

Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging

136e jaargang/2006-I

Europese integratie

Preadviezen van

Prof. dr. D.M. Curtin

Prof. mr. J.M. Smits

Prof. mr. A.H. Klip

Prof. dr. J.A. McCahery

Vertalingen

Mevrouw drs. L.H. Punt-Heyning (vertaling preadvies prof. dr. D.M. Curtin)

Mevrouw mr. drs. A.M. Ulot (vertaling preadvies prof. dr. J.A. McCahery)

Ontwerp omslag: Corps 3 op 2 BNO, Den Haag

© 2006 D.M. Curtin, A.H. Klip, J.A. McCahery, J.M. Smits

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

ISBN 90-13-03644-9

NUR 823-318



Deirdre Curtin (1960) studeerde rechten in Dublin (University College Dublin en Trinity College Dublin, BCL 1980; M. Litt (Legal Science) 1983, en LL.D, 1991). Zij werd tevens in 1983 toegelaten als barrister-at-law (*The Honorable Society of the Kings Inns*, Dublin). Zij was vervolgens wetenschappelijk medewerkster aan de Law School, Trinity College Dublin (1980-1983) en aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden (1983-1985 en 1991-1992). Van 1985-1991 was zij *referendaris* in het kabinet van rechter T.F. O'Higgins (Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te Luxemburg). In 1992 werd zij benoemd tot hoogleraar Recht van Internationale Organisaties aan de Rechtenfaculteit van de Universiteit Utrecht. In 2003 stapte zij over naar de nieuw opgerichte Utrechtse School voor Bestuurs- en Organisatie-wetenschap (*Utrecht School of Governance*) waar zij de interdisciplinaire leerstoel Recht en Bestuur van Internationale Organisaties bekleedt. In 2003 werd zij gekozen tot lid van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen (KNAW). Zij heeft vele publicaties op haar naam staan over onderwerpen met betrekking tot de constitutionele en institutionele ontwikkeling van de Europese Unie (onder meer *Postnational Democracy. The European Union in Search of a Political Philosophy* in 1997) en werkt momenteel aan een boek getiteld *EU Executives. Accountability, Law and Politics*.



Jan Smits (1967) is sinds 1999 hoogleraar Europees privaatrecht aan de Universiteit Maastricht. Hij is tevens coördinerend programmaleider binnen de Ius Commune Onderzoeksschool, raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Amsterdam en redacteur van onder meer de Maastricht Journal of European and Comparative Law. Hij was gasthoogleraar aan Tulane Law School, aan de universiteiten van Leuven en Luik en, in het academisch jaar 2005-2006, aan Louisiana State University. Een volledig CV en lijst van publicaties zijn te vinden op de website <http://www.personcel.unimaas.nl/jm.smits>.



André Klip is hoogleraar straf(proces)recht en de grensoverschrijdende aspecten van het strafrecht aan de Universiteit Maastricht. Zijn onderzoeksaccenten liggen onder andere op het terrein van de betekenis van de Europese Unie voor het strafrecht. Daarover ging ook zijn oratie Uniestrafrecht uit 2004. Hij is raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch. Samen met Göran Sluiter is hij oprichter en editor van de serie *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, waarvan in 2006 het negende deel zal verschijnen. Voorts is hij redacteur van de *Commentaar op het Nederlandse recht inzake strafrechtelijke samenwerking (Melai-Internationaal)* en co-voorzitter van de Nederlandse sectie van de *Association Internationale de Droit Pénal*. André Klip is getrouwd en heeft een zoon en een dochter.



Joseph A. McCahery is hoogleraar Corporate Governance en Business Entrepreneurship aan de Universiteit van Amsterdam en hoogleraar international business recht aan de Universiteit van Tilburg. Hij publiceert regelmatig op het gebied van het vennootschaps- en belastingrecht, bank- en effectenrecht, recht en economie, jurisdictionele competitie en de centralisatie en decentralisatie van regulering in het algemeen.

Inhoud

Prof. dr. D.M. Curtin

Europese Juridische Integratie: 'Paradise Lost'? 1

Prof. mr. J.M. Smits

Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi
voor keuzevrijheid 57

Prof. mr. A.H. Klip

Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht 105

Prof. dr. J.A. McCahery

Harmonisatie in het Europese vennootschapsrecht:
de politieke economie van economische integratie 155

Europese Juridische Integratie: 'Paradise Lost'?

D.M. Curtin*

Inhoud

1	<i>Inleiding</i>	3
2	<i>Het karakter van de Europese (juridische) integratie</i>	5
2.1	Inleiding	5
2.2	(Liberaal) Intergouvernementalisme	7
2.3	Neofunctionalisme	9
2.4	Federalisme	10
3	<i>'Recht' en 'wetgeving': het 'harde' model van Europese integratie</i>	13
3.1	Inleiding	13
3.2	Formele juridische instrumenten	16
3.2.1	Harmonisatie als juridisch instrument	16
3.2.2	Pluralistische regelgeving: het juridische beginsel van wederzijdse erkenning	19
3.2.3	Regelgevende voorschriften: tenuitvoerlegging van (gedelegeerde) wetgevingshandelingen	21
4	<i>Coördinatie, convergentie en 'governance': het 'zachte' model van Europese integratie</i>	25
4.1	Inleiding	25
4.2	De rol van coördinatie/convergentie en van 'governance' in het integratieproces	28
4.2.1	Inleiding	28
4.2.2	Voorbeelden van informele governance	29
4.2.2.1	Verschuivingen in reguleringsinstrumenten (zacht recht en convergentie)	29
4.2.2.2	Governance via netwerken	33
4.2.2.3	Verschuivingen in de taakstelling van officiële instellingen	37

* Hoogleraar Recht en Bestuur van Internationale Organisaties, Universiteit Utrecht.

5	<i>Paradise Lost? Nieuw leven voor de rol van het recht en van juristen?</i>	40
5.1	Paradise Lost?	40
5.2	De juridische bijdrage aan de vormgeving van verantwoordingspraktijken en mechanismen	43
5.2.1	In kaart brengen van wetgevende en uitvoerende macht binnen de EU	43
5.2.2	Openbare verantwoordingsmechanismen en praktijken	46
5.2.2.1	Theorievorming over 'openbare verantwoording'	46
5.2.2.2	Transparantie: een noodzakelijke voorwaarde voor verantwoording	48
5.2.2.3	Voorbeelden van verschillende verantwoordingsmechanismen	51
5.3	Slotopmerkingen	54

*'De Europese Gemeenschap is een paradijs voor juristen. Zij heeft haar eigen conceptuele hemel geschapen, die zelfs nog hoger reikt en helderder schijnt dan de nationale hemel'*¹

1 Inleiding

Juristen hebben de neiging er vrij gemakkelijk van uit te gaan dat de rol van het recht in het integratieproces van de EU een overheersende is geweest. Weliswaar is het uiteindelijke doel van de EU (voorheen de EG) altijd een politiek doel geweest (een steeds nauwere band tussen de volkeren van Europa) en waren haar directe doelstellingen van economische en sociale aard, maar de gehanteerde instrumenten en technieken ter verwezenlijking daarvan zijn van oudsher 'juridisch': de toepassing en voortschrijdende ontwikkeling van gemeenschappelijke regels en handavingsprocedures. De juridische integratie 'van bovenaf' heeft geleid tot verheerlijking van de rol van het recht op zich en werd in hoge mate gedomineerd door een nogal naar binnen gerichte juridische gemeenschap, die steunde op de typische kenmerken, de naar zichzelf verwijzende systematiek en het formalisme van de Europese rechtsorde.² De juridische gemeenschap heeft er steeds toe geneigd het gehele proces te zien als een autonoom functionerend en objectief proces (de zgn. 'mythe van juridisch objectivisme'³). Zij heeft de Europese integratie neergezet als een fundamenteel a-politiek proces door een tegenstelling te scheppen tussen enerzijds het domein van het Europese 'recht' als een rationele kracht voorwaarts naar het onvermijdelijke en anderzijds het domein van nationale 'politiek' als 'uitdrukking van het onlogische, irrationele en ideologische'.⁴ De Amerikaanse politicooloog Martin Shapiro heeft de reactie van de (wetenschappelijke) juridische gemeenschap op de fundamentele rol van het recht in het Europese integratieproces gehekeld met zijn beroemd geworden omschrijving: '*constitutional law without politics*' en '*work that presents the Community as a juristic idea; the written constitution as a sacred text; the professional commentary as a legal truth; the case-law as the inevitable working out of the correct implications of the constitutional text; and the constitutional court as the disembodied voice of right reason and constitutional teleology*'.⁵

1. A. Holand, Die rechtssoziologie unter der unbekannte Kontinent Europa, 14 Zeitschrift für Rechtssoziologie (1993), p. 177.
2. Zie voor een algemene beschouwing H. Schepel en R. Wesseling, The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe, 3 European Law Journal, 165, 166.
3. Zie A. Burley en W. Mattli, Europe before the Court: a political theory of legal integration, International Organization 47 (1): 41-77.
4. Zie H. Schepel en R. Wesseling, a.w. p. 186.
5. M. Shapiro, Comparative Law and Comparative Politics, 53, Southern California Law Review 1980, p. 537, 538.

Het Europese 'recht' is inderdaad van oudsher gepresenteerd en opgevat als een nagenoeg autonome wereld die uitsluitend wordt beheerst door juridische leerstukken en interpretatietechnieken binnen een geheel eigen, vergaand gespecialiseerde 'epistemologische gemeenschap' ('epistemic community').⁶ Het cement dat het gehele rechtssysteem bijeenhoudt is de taal van het recht die advocaten, rechters en academische juristen met verschillende nationale achtergronden bindt en het niet-juridisch geschoolde publiek buitensluit.⁷ Een goed voorbeeld is de wijze waarop zowel wetenschappers als rechters (en advocaten) het EU-recht instrumenteel hebben vormgegeven als een 'in de vorm van een grondwet gegoten Verdrag'. Dit concept verwijst naar de door het Hof van Justitie (hierna: HvJ) aan de EG gegeven interpretatie van een supranationale rechtsgemeenschap alsmede naar het feit dat het HvJ geleidelijk en stapsgewijs een ingewikkelde juridische architectuur heeft geconstrueerd waarop deze gemeenschap berust.⁸ De onderliggende gedachte is dat, wanneer de theoretische en institutionele mechanismen eenmaal vastgesteld en operationeel zijn, het systeem zichzelf verder gaande houdt omdat er voor het individu prikkels zijn om zaken aan te brengen, omdat de nationale rechter verplicht is de relevante wetgeving toe te passen en het HvJ de voorgelegde zaken onvermijdelijk beslist op een wijze die het verdere juridische integratieproces bevordert en vormgeeft.

Wat is veranderd (een proces dat nog gaande is), is het feit dat het in de hedendaagse EU niet langer wenselijk en soms zelfs niet langer mogelijk is de bredere (politiek-economische) *context* te negeren waarbinnen het recht functioneert. 'Law in context' mag dan als begrip al zijn ontstaan bij een wetenschappelijk project uit 1980er jaren,⁹ het is nu in snel tempo een zaak van fundamenteel belang aan het worden een veel genuanceerder beeld van het Europese recht te ontwikkelen dan in het verleden gebruikelijk was. Dit brengt met zich mee dat men oog moet hebben voor zowel de onzekerheden die zich voordoen bij rechtsvorming als de beperkte doelmatigheid van een rechtssysteem wanneer men dit los ziet van de bredere context waarin het functioneert.¹⁰ Europese integratie kan immers worden

6. Het begrip 'epistemic community' is een specifiek begrip dat door wetenschappers op het gebied van internationale verhoudingen/politicologie vaak wordt gebruikt als aanduiding voor (een netwerk van) toonaangevende deskundigen die met recht aanspraak kunnen maken op beleidsrelevante kennis binnen hun kennisgebied en een gezamenlijke normatieve overtuiging.
7. Zie Burley A. en W. Matli, *Europe before the Court: a political theory of legal integration*, International Organization 1993, p. 41-77.
8. Zie voor een klassiek geworden uitspraak F. Mancini, *The Making of a Constitution for Europe* (1989), *Common Market Law Review*.
9. Zie M. Cappelletti, M. Seccombe en J. Weiler, *Integration Through Law*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986.
10. Zie C. Joerges, *Taking the law seriously: on political science and the role of law in the process of European integration*, 2 *European Law Journal* 1996, p. 106.

beschouwd als ‘fundamentally a *political process*: whether to engage in it, its pace, shape, success and failure are largely determined by political actors and political will.’¹¹ Het recht speelt daarbij echter in die zin wel een cruciale rol dat het recht het kader afbakt waarbinnen politieke actoren functioneren, waarmee het hun optreden en onderlinge verhoudingen beheerst en ten minste gedeeltelijk bepalend is voor de gevolgen en doelmatigheid van hun optreden.¹² Dit is het recht zoals dit tevoorschijn is gekomen uit opeenvolgende Verdragswijzigingen (laatstelijk in het Grondwettelijk Verdrag) en op dergelijke plechtige ‘constitutionele’ momenten is het duidelijk de wil van de politieke actoren die de boventoon voert. Deze veranderende context heeft echter niet alleen de opkomst van ‘recht met politiek’ tot gevolg, maar ook een toename van ‘*non-recht* met *non-politiek*’. Men verlaat zich in toenemende mate op wat men de ‘informele governance’ van de EU zou kunnen noemen.¹³ Hiermee wordt niet alleen bedoeld op de toenemende hantering van instrumenten van ‘zacht recht’ maar ook op een aanzienlijke toename van het aantal (niet-politieke) actoren (deskundigen, ambtenaren, anderen) alsmede stakeholders die zijn betrokken bij netwerken en andere (institutionele) fora. Is er, in een tijd waarin de traditionele opvatting van het (Europese) recht onder vuur ligt en waarin zich een toenemend aantal ‘gaten’ voordoet tussen praktijken van informele ‘governance’ en de strikt hiërarchische conceptie van het recht met zijn nadruk op formele wetgevingsprocessen, nog wel een rol van betekenis weggelegd voor ‘het recht’ en ‘rechtsbeoefenaren’ in de huidige fase van Europese politieke integratie? Zo ja, wat voor soort rol? En op welke wijze krijgt deze rol vastere vorm c.q. zou hij vaste vorm moeten krijgen in een zich langzaam ontvouwend politiek stelsel?

2 Het karakter van de Europese (juridische) integratie

2.1 Inleiding

De EU is oorspronkelijk geconcentreerd als een internationale organisatie maar heeft met het verstrijken der jaren een aanzienlijke ontwikkeling doorgemaakt. Er zijn wetenschappers die onder de invloed van hun specifieke vaktechnische en theoretische invalshoek (voornamelijk internationaal publiekrecht¹⁴ of – voorzover het politicologen betreft – uitgaande van

11. *Integration Through Law*, vol. I, a.w. p. 4.

12. *Integration Through Law*, p. 4.

13. Zie verder in algemene zin, T. Christiansen en S. Piattoni, *Informal Governance in the European Union*, Edward Elgar Publishing, 2005.

14. Zie bijv. recentelijk W. Werner en R. Wessel, *Internationaal en Europees Recht. Een verkenning van grondslagen en kenmerken*, Europa Law Publishing, 2005.

rationalistische veronderstellingen ten aanzien van de centrale rol van de lidstaten als actoren¹⁵) de EU hardnekkig zijn blijven zien als een hoog-ontwikkelde internationale organisatie. Het door deze bril kijken naar de EU, zo zegt Paul Magnette, is een goed middel om 'optische illusies te vermijden, de originaliteit van de EU te doen uitkomen en haar werkelijke waarde te begrijpen'.¹⁶ Het leidt ook tot de conclusie dat het democratisch tekort een 'hardnekkige mythe' is.¹⁷ Beschouwt men de EU echter als een federale staat in ontwikkeling, dan komt men vanzelfsprekend tot heel andere – en politiek veel gevoeliger – conclusies.

Over het algemeen is de wetenschappelijke benadering van het juridische onderzoek naar de Europese integratie in feite niet 'geworteld' in een bepaald theoretisch standpunt over Europese integratie. In de woorden van een prominent juridisch geleerde vertonen academici op dit gebied eerder de neiging zich te beperken tot 'observeren, verklaren, speculeren, voorschrijven en kritiek leveren'.¹⁸ In het algemeen heeft men het overgelaten aan de sociale wetenschappen om te trachten de bevoegdheden en rol van de verschillende instellingen te begrijpen en te verklaren in het licht van een specifieke theoretische invalshoek. Die invalshoek wordt dan weer bepaald door de uitgangspunten waarop de desbetreffende wetenschapper zich baseert (neorealistisch resp. liberaal-tergouvernementalistisch, neofunctionalistisch of legalistisch). De laatste jaren heeft zich een exponentiële groei voorgedaan van het aantal politicologen dat zich bezighoudt met onderzoek naar een expliciete theorievorming over de rol van het recht in het integratieproces. Een overzicht van de contemporaine (juridische en niet-juridische) literatuur levert (ten minste) drie verschillende soorten verklaringen op van de wijze waarop juridische integratie heeft plaatsgevonden, die blijk geven van drie verschillende theorieën over juridische integratie.¹⁹ De uitgangspunten van deze drie theorieën zou men kunnen duiden als neorealistisch (liberaal-tergouvernementalistisch) respectievelijk neofunctionalistisch en 'legalistisch'. De betekenis die wordt toegekend aan de belangrijkste bij het proces betrokken actoren zal variëren al naar gelang de gekozen specifieke theoretische invalshoek.

15. Zie o.a. A. Moravcsik, *Preferences and Power in the European Community: A Liberal intergovernmental Approach*, 31 *JCMS* 1993, 473.

16. P.Magnette, *The Nature of the European Union*, Palgrave, 2005, p. viii.

17. Zie bijv. A. Moravcsik, *Is there a democratic deficit in world politics? A framework for analysis*, 39, *Government and Opposition* 2004, p. 336-363.

18. Zie G. deBurca, *Rethinking law in neofunctionalist theory*, 12 *JEPP* 2005, p. 310-326, 314.

19. Zie ook K. Alter, *Legal integration in the EC and integration theory: a focus on national judiciaries of the Member States – the case of Germany*, www.ecsanet.org/conferences/ecsanetworld2/alter.htm

In de volgende paragrafen beschrijf ik in het kort de belangrijkste (academische) debatten voorzover deze van belang zijn voor een begrip van de aard van de EU (die voornamelijk wordt gezien als een internationale organisatie, in nogal klassieke vorm of een vorm waarbij economische beleids-terreinen het politieke domein binnendringen) en de rol die het recht daarbij speelt, als inleiding tot de bespreking in § 5 van de zich ontwikkelende rol van het recht en de verhouding tussen recht tot (non-)politiek. Daarnaast benadruk ik het feit dat zowel het *debat* over als de inhoud van (een gedeelte van) het Grondwettelijk Verdrag zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat er sprake is van het construeren van één enkele – federale – *staat* en niet van een confederatie. Met andere woorden, het formeel in de vorm van een grondwet gieten van de EU-Verdragen heeft een fundamentele tweedeling doen uitkomen en weer nieuw leven ingeblazen in de bestaande opvattingen over de aard van de EU, ten aanzien van wat zij is en wat zij bezig is te worden.

2.2 (Liberaal) intergouvernementalisme

Vanaf relatief vroeg in de geschiedenis van de Europese Gemeenschap is door (realistische) politicologen een theorie voorgestaan volgens welke het Europese integratieproces wordt gezien als het successievelijk delegeren van bevoegdheden door de oprichters/lidstaten aan bijvoorbeeld de Commissie of het Hof van Justitie als supranationale actoren.²⁰ Bij deze principaal-agent analyse is de aandacht gericht op de keuze van de lidstaten bevoegdheden te delegeren op basis van de functies die de agent geacht wordt te vervullen en de daarvan te verwachten uitwerking op het resulterende beleid.²¹ De taken van de Commissie vertonen een opvallende gelijkenis met de centrale uitvoerende taken van willekeurig welk politiek systeem: de Commissie neemt het initiatief tot wetgeving en bepaalde daarmee tot nog maar kort geleden als enige (formeel) de EU-agenda;²² zij is de belangrijkste uitvoerende actor waar het de tenuitvoerlegging van wetgeving

20. Zie verder M. Pollack, *The Engines of European Integration. Delegation, Agency and Agenda-Setting in the EU*, Oxford, 2003. Zie ook jurist H.P. Ipsen, *Zur Executivrechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft*, in: P. Badura, R. Scholz (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, 1993, 425-441, met verdere verwijzingen.

21. Het door de aanhangers van de principaal/agent theorie onderzochte centrale dilemma is, hoe men de agent ertoe brengt te handelen in het belang van de principaal wanneer de agent een informatievoorsprong heeft op de principaal en andere belangen heeft dan de principaal. Zie in EU-verband verder M. Pollock, *ibid.*

22. Gesteld kan worden dat feitelijk de Europese Raad geleidelijk de belangrijkste bopaler van de agenda is geworden in de EU. Zie tevens J. Werts, *The unstoppable advance of the European Council*, in S. Blockmans et al (eds.), *The European Constitution: The Best Way Forward?*, Kluwer, Den Haag, 2005 alsmede P. Schoothete en H. Wallace, *The European Council Notre Europe*, september 2002 http://www.notre-europe.asso.fr/article.php3?id_article=185.

en vaststelling van delegatievoorschriften betreft; zij heeft een leidende rol op het gebied van externe betrekkingen en is verantwoordelijk voor het opstellen en afleggen van verantwoording voor de begroting van de Unie. Zij is in feite op unieke wijze bekleed met een mix van wetgevende, uitvoerende en bestuurlijke taken. Volgens de principaal-agent theorie is een schijnbaar supranationale actor als de Commissie in feite opgezet als een orgaan dat in een afhankelijke relatie wordt aangestuurd door de politieke wil van de lidstaten. Op dezelfde manier zullen degenen met een realistisch uitgangspunt het schijnbaar supranationale HvJ zien als een instelling die in feite de wil van de lidstaten interpreteert in concrete arresten die de verdere juridische integratie bevorderen (ongeacht of in de uitspraken 'grondwettelijke' dan wel andere beginselen worden vastgelegd).²³

Vanuit juridisch perspectief worden bij deze politicologische benadering met zijn op de relatie principaal-agent gebaseerde onderzoekskader belangrijke nuances over het hoofd gezien in de wijze waarop rol en taken van Commissie en Hof van Justitie zich hebben ontwikkeld binnen het institutionele systeem van de EU.²⁴ Niet alleen opereert de Commissie als een autonome instelling met taken die niet aan de lidstaten, collectief of individueel, kunnen worden teruggegeven, maar ook hebben rol en taken van de Commissie de laatste jaren een aanzienlijke ontwikkeling doorgemaakt. Dit was de laatste jaren reden voor de Commissie om haar eigen rol in het integratieproces opnieuw te formuleren²⁵ op een wijze waarvan men niet snel zal zeggen dat het gaat om door de Raad (met of zonder het Europees Parlement) gedelegeerde functies. Er is daarentegen sprake van een aanzienlijk element van het door de Commissie, in de hoedanigheid van wat men een 'autonome' actor zou kunnen noemen, uitwerken van haar eigen rol in een snel veranderende economische, politieke en mondiale omgeving.²⁶

Voorts is het voor een jurist volslagen onmogelijk het Hof van Justitie te zien als 'agent' van de lidstaten. Vanuit dit perspectief kan men aan een strikte principaal-agent benadering niet alleen tegenwerpen dat deze de bestaande fundamentele (niet-statelijke) mechanismen negeert die de juri-

23. Zie met name G. Garrett, *The politics of legal integration in the European Union*, International Organization 49 (1), p. 171-181.

24. Zie D. Halberstam, *The Bride of Messina or European Democracy and the Limits of Liberal Intergovernmentalism*, Jean Monnet Working paper, nr. 5/04, New York, NYU School of Law, 2004, te vinden op <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501.html>.

25. Zie Witboek over Governance, 2001.

26. Zie ook: European Commission, Forward Studies Unit, *Evolution in Governance: What lessons for the Commission? A First Assessment* (N. Lebeccis and J. Paterson), Working Paper 1997, http://europa.eu.int/comm/cdp/working-paper/index_en.htm.

dische integratie bevorderen, maar ook dat voor die benadering geen krachtig positief empirisch bewijs bestaat. Bovendien wordt bij deze benadering aan de Verdragsteksten een veel te groot vermogen toegekend om op langere termijn actoren als het Hof (en zelfs de Commissie) te kunnen *beheersen*. Zoals Halberstam terecht heeft betoogd, houden dergelijke verklaringen geen rekening met de door het HvJ bewerkstelligde fundamentele herijking van de Europese integratie, namelijk ‘an important and pervasive shift in focus away from member state governments and toward the inclusion of the individual as the unmediated unit of normative concern’.²⁷ Die herijking omvat mede het in het constitutionele systeem opnemen van vermeende ‘intergouvernementele’ bepalingen op een door de auteurs van het Verdrag niet voorziene wijze.

2.3 Neofunctionalisme

Het uitgangspunt van het *neofunctionalisme* is juristen welbekend: integratie wordt geacht eerst plaats te vinden op functioneel specifieke en technische gebieden en zich vervolgens uit te breiden naar minder technische, meer politiek geladen gebieden. De neofunctionalistische school onderkent en waardeert openlijk de rol van supranationale actoren als de Commissie en het HvJ. In de politicologische literatuur wordt al ruim tien jaar enige aandacht besteed aan het belang van het neofunctionalisme voor het recht. Hierbij wordt niet zozeer een algemene theorie ontwikkeld ten aanzien van de rol van het recht bij het vooruithelpen van het integratieproces, maar worden met name verschillende neofunctionalistische begrippen gehanteerd om te komen tot een analyse van de rol van de rechter (met name de cruciale rol van het HvJ) en van rechtszaken bij het ontstaan van de rechtsorde van de EU.²⁸ Het mechanisme van juridische integratie is functioneel in de zin van de logica van het recht als een hermeneutisch stelsel. Neofunctionalistische verklaringen spitsen zich toe op de door het EG-rechtsstelsel in zijn geheel gegenereerde individuele prikkels, en gesteld wordt dat uitbreiding en succes van het rechtsstelsel te danken zijn aan het feit dat het stelsel was gericht op de individuele belangen van *actoren* (individuele burgers, juristen, nationale rechters en het HvJ zelf) binnen de instellingen van de EU en binnen de nationale rechtsstelsels, waardoor een draagvlak is gecreëerd dat heeft bijgedragen aan de versterking van de positie van het rechtsstelsel van de EG binnen de nationale arena's.²⁹ Uitstraling naar de politiek doet zich inderdaad voor, maar met heel kleine stapjes en zeer geleidelijk naarmate verwachtingen worden bijgesteld tengevolge van rechterlijke uitspraken die kleine verschuivingen afbakenen in

27. Zie D. Halberstam, supra noot 24.

28. Zie G. De Burca, Rethinking law in neofunctionalist theory, 12 JEPP 2005, p. 310-326.

29. Zie K. Alter, a.w.

de heersende status quo en die worden geaccepteerd of waarin men berust. Dit leidt met de jaren tot een meer fundamentele verdieping van het integratieproces en de rol van het HvJ daarin.

Deze benadering is veel meer in overeenstemming met de manier waarop juristen het supranationale HvJ zien, nl. als de belangrijkste actor-regisseur van het Europese integratieproces, als een 'hero who has greatly advanced the cause of European integration'.³⁰ Voor velen komt de integrerende kracht van het EG-recht niet zozeer voort uit het recht zelf als wel uit de manier waarop dit wordt uitgelegd, namelijk volgens de teleologische interpretatiemethode waarbij de tekst wordt uitgelegd in het licht van het beoogde effect of doelstelling van een bepaald initiatief. Onder de bredere doelstellingen van de EG valt nu juist ook het bewerkstelligen van verdere integratie ('een steeds hechter verbond'). Anderen zoeken het mechanisme van juridische integratie in wat men een functionalistische juridische doctrine van '*effet utile*' zou kunnen noemen, van het nemen van die beslissingen die noodzakelijk zijn om het rechtsstelsel doelmatig en werkbaar te maken. Daarnaast is er de legalistische benadering waarbij de nationale rechter in de lidstaten wordt geacht op grond van juridische argumenten te zijn overtuigd van de legitimiteit van het primaat van het EG-recht boven het nationale recht en van het belang dat door de nationale rechter aan het recht van de EG het hoogste gezag wordt toegekend.

Wat men echter de laatste tijd binnen de juridische gemeenschap ziet ontstaan is een groter bewustzijn van het feit dat het HvJ niet de enige (of zelfs maar de belangrijkste) actor is in het juridische proces en dat het handelen van het Hof ook niet geheel onafhankelijk is van de politieke omgeving waarin het functioneert. De beslissingen van het HvJ zijn evenmin op zichzelf zo gezaghebbend dat de politieke omgeving waarin het Hof functioneert daardoor onmiddellijk wordt getransformeerd. In plaats daarvan wordt steeds meer onderkend dat het HvJ in uiterst hoge mate afhankelijk is van de nationale rechters en de instemming van politieke organen. In de Europese juridische literatuur is men gaan inzien dat nationale rechts- en politieke stelsels hun eigen stempel drukken op het juridische integratieproces en is men thans minder exclusief gericht op de rol van het HvJ als de alfa en omega van de Europese (juridische) integratie.

2.4 Federalisme

Een met name door sommige juristen vanouds aangehangen theoretisch kader voor Europese integratie betreft een integratiemethode die in de

30. Zie U. Haltern, *Integration through law*, in: A. Wiener en T. Diez, *European Integration Theory* Oxford, 2004, p. 177-196, p. 179.

geschiedenis wordt geassocieerd met de traditionele manier van staatsvorming, nl. federalisme. Vele federalisten oude-stijl tezamen met voorstanders van integratie, houden vol dat het federale concept voldoende ruimte biedt om de toepassing ervan niet te beperken tot de natie-staat. Zij betogen daarentegen dat federalisme gezien als middel voor het structureren van de relaties tussen onderling verbonden autoriteiten, ook kan worden toegepast op de EU.³¹ Federalisme wordt hierbij opgevat als een bepaalde manier om voorheen afzonderlijke, autonome of onafhankelijke territoriale eenheden bijeen te brengen en aldus een nieuw soort unie tot stand te brengen op basis van grondbeginselen die globaal gesproken kunnen worden samengevat onder de noemer 'eenheid in verscheidenheid'.³²

De Oxford English Dictionary geeft als betekenis van het werkwoord 'to integrate' het samenvoegen van *delen* tot een *geheel*. Het in het woord integratie opgesloten element van volledigheid en eenheid ('geheel') is geen ontkenning van de mogelijkheid van samengesteld zijn (uit verschillende onafhankelijke 'delen') maar sluit deze juist in.³³ 'Integratie' kan aldus variëren van simpele samenwerking tot bijna volledige unificatie. Bovendien is de mate van integratie niet noodzakelijkerwijs bepalend voor de kracht van het geheel vergeleken bij die van de delen: die wordt veeleer bepaald door de kracht van de structuur. In de woorden van Elazar, 'both the whole and the parts can gain in strength simultaneously and, indeed, must do so on an interdependent basis'.³⁴ Zowel het integratieproces als het eindresultaat (de mate van integratie die is bereikt) kan gelden als essentieel voor de integratieanalyse. Maar die integratie kan plaatsvinden op zeer veel verschillende manieren variërend van een confederatie – meer een unie van staten dan één enkele staat – tot een federatie.

De EU is recentelijk in conceptueel staatsvorm-achtige bewoordingen – waaronder zowel grondgebied als staatsburgerschap – geplaatst in een categorie 'supranationale federatie' die enig is in zijn soort.³⁵ Door zijn

31. Zie bijv. K. Lenaerts, *Federalism: Essential Concepts in Evolution – The Case of the European Union*, 21 *Fordham International Law Journal* 1998, p. 746-798, p. 748. Zie voorts T. Koopmans, *Federalism: The wrong debate*, *Common Market Law Review* 1992, p. 1047-1052 en D. Sidjanski, *Actualité et dynamique du fédéralisme européen*, *Revue du Marché Commun*, 1990, p. 655, 658.

32. Zie voorts M. Burgess, *Federalism*, in: A. Wiener en T. Diez, *European Integration Theory*, Oxford, 2004, 25, 26.

33. Zie *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A General Introduction*, in: Cappelletti, Secombe en Weiler, *Integration Through Law*, p. 12 (Boek I).

34. D. Elazar, *Introduction*, in D. Elazar, (ed.) *Federalism and Political Integration*, p. 3. Ramat Gan, Turtledove, 1979.

35. Zie A. von Bogdany, *The EU as a supranational federation: a conceptual attempt in the light of the Amsterdam Treaty*, 6 *Columbia Journal of European Law* 2000, 27-52.

beslissingen inzake de fundamentele rechten heeft het Hof de basis gelegd voor de daarop volgende formalisering van de burgerrechten in het EU-verdrag. De andere supranationale instellingen (de Commissie en het Parlement) hebben eveneens bijgedragen aan wat in feite kan worden beschouwd als de formalisering van het proces van het opbouwen van een staatsbestel. Bovendien heeft het feit dat de Europese Unie zelf zich de laatste jaren als een staatseenheid heeft beziggehouden met een complexe maar zichtbare poging haar eigen interne structuur opnieuw in kaart te brengen door een 'Grondwet' voor de Europese Unie op te stellen en te trachten deze geratificeerd te krijgen, het debat aantoonbaar en regelrecht naar een openlijk politiek niveau getild en het moeilijker gemaakt expliciete analogieën met een zelfstandige staat te vermijden. Qua woordgebruik zijn de keuzes waarvoor Europa zich gesteld zag expliciet en openlijk gegoten in de vorm van 'grondwettelijke' keuzes. Het debat over institutionele hervorming was niet (zoals gebruikelijk bij verdragshervormende conferenties) van louter technische en juridische aard maar had een *politieke* lading met bredere implicaties en statelijke analogieën.

Zoals Christensen het zo toepasselijk heeft geformuleerd: 'Together these processes, and the policy and institutional developments they encompass, have led to a hardening of the 'core' of the European Union. They have contributed to an image of the EU that is more statist, in that it has a clearer sense of its underlying norms and values, as well as in having a more clearly defined outer boundary. And each of these attributes also come with the aspiration towards greater permanence – a 'constitution' that should not require frequent reform, a border that will be closer to the 'final' boundary of the Union – that is traditionally the hallmark of the modern state.' Via hun lidmaatschap van de Europese Unie hebben de lidstaten derhalve de afgelopen jaren niet alleen hun onderlinge verhoudingen geregeld, maar in feite gezamenlijk een op zichzelf staand *staatsbestel* in wording geregeerd.³⁶ Door bij de inkadering van de samenstellende delen van de EU niet de conceptuele taal van een (federale) staat te hanteren maar veeleer die van een 'politiek stelsel'³⁷ is het echter mogelijk daarin ook 'pre-statelijke of niet-statelijke gemeenschappen op te nemen, evenals rollen en functies die niet openlijk met een staat lijken te worden geasso-

36. T. Christiansen, Towards Statehood? The EU's move towards Constitutionalisation and Territorialisation, ARENA Working Paper 21, augustus 2005, www.arena.uio.no.

37. Dit is een aanvaard begrip onder zowel politicologen. Zie S. Hix, *The Political System of the European Union*, London: Palgrave, 2nd edition, verschijnt in 2005; P. Mair, *Popular Democracy and the EU Polity: an assessment*, European Governance Papers, C-05-03, <http://www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-05-03.pdf>. Zie W. van Gerven, *The European Union: a Polity of States and Peoples*, Oxford: Hart Publishing, 2005 hoofdstuk 1.

cieerd'³⁸ (zie verder hierna, § 5). In EU-verband heeft dit klassieke politologische taalgebruik met bijbehorend vast referentiekader het grote voordeel dat hierdoor de mogelijkheid wordt geschapen de EU op te vatten als een politiek stelsel en daarmee als iets dat ook vergelijkbaar is met andere politieke stelsels. Op basis van dit bruikbare theoretische kader, dat ons in staat stelt de EU inhoudelijk te construeren als een (toekomstig) politiek stelsel, is het mogelijk ten aanzien van de EU dezelfde vragen te stellen als ten aanzien van ieder ander politiek stelsel. Volgens deze analyse is vergelijking met een staat of zelfs met andere internationale organisaties of federale staten niet relevant aangezien het hanteren van het begrip politiek stelsel nu juist is bedoeld om door het hanteren van een abstractere categorie de knellende banden te vermijden van andere nauwkeuriger omschreven categorieën en functies die zo op het oog mogelijk geen verband houden met de staat.³⁹

3 'Recht' en 'wetgeving': het 'harde' model van Europese integratie

3.1 Inleiding

In EU-verband worden de begrippen 'recht' en 'wet' vaak nogal losjes gehanteerd, maar meestal als aanduiding van de neiging van de EU om (wettelijk) *bindende* normen vast te stellen. Met het begrip 'hard recht' wordt doorgaans bedoeld op nauwkeurig vastgestelde (of door jurisprudentie of uitvaardiging van uitvoeringsverordeningen nauwkeurig vast te stellen) wettelijk bindende verplichtingen waarbij de bevoegdheid tot uitleg en tenuitvoerlegging van de wet wordt gedelegeerd.⁴⁰ Hieronder vallen in ieder geval formele, op verdragen gebaseerde bepalingen alsmede wat men 'afgeleide rechtsregels'⁴¹ en 'delegatie- en uitvoeringswetgeving' zou kunnen noemen.⁴² Tot aan het Grondwettelijk Verdrag is het begrip wetge-

38. Zie S.E. Finer, *Almond's concept of the political system*, 5:1 *Government and Opposition* 1970, 3-21, p. 5.

39. *Ibid.*

40. Zie K. Abbott en D. Snidal, *Hard and soft law in international governance*, *International Organization* 2000. Zie echter ook M. Finnemore en S. Toope, *Alternatives to 'Legalization': Richer views of law and politics*, 55 *International Organization* 2001, 743-758.

41. Vastgesteld volgens de 'Communautaire methode' alsmede buiten dat kader (bijvoorbeeld recentelijk op het gebied van justitie en binnenlandse zaken). Hier wordt met name bedoeld op de zgn. 'kaderbesluiten' die bindend zijn. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott in zaak C-105/03, *Criminal Proceedings against Maria Pupino*, 11 november 2004.

42. Er heeft de laatste jaren een uitvoerig debat plaatsgevonden over de noodzaak tot consolidatie en vereenvoudiging van het *acquis* aan harde wetgeving, met name waar het de secundaire regelgeving betreft. Zie voor een overzicht Europese Commissie, *Eerste Rapport inzake de tenuitvoerlegging van het communautair actieprogramma 'actualisering en vereenvoudiging van het communautair acquis'*, COM (2003) 623 definitief, http://www.eu.int/comm/governance/docs/comm_premrapport_en.pdf.

vingshandeling in de EU nimmer gedefinieerd; men heeft deze kwestie daarentegen altijd benaderd door verschillende soorten juridische instrumenten uit te werken zonder te trachten onderscheid te maken tussen wetgevingshandelingen en handelingen niet zijnde wetgevingshandelingen (uitvoeringshandelingen). Het Grondwettelijk Verdrag (art. 1-34) heeft hierin verandering gebracht en bepaalt dat een wetgevingshandeling wordt gekenmerkt door de gehanteerde *procedure* volgens welke deze wordt vastgesteld (neerkomend op gezamenlijke besluitvorming met het Europees Parlement).⁴³ Verwarrend genoeg worden zowel gedelegeerde verordeningen (een nieuwe procedure en bevoegdheid voor de Commissie) als uitvoeringshandelingen (comitologieprocedures) uitdrukkelijk onder de categorie 'handelingen niet zijnde wetgevingshandelingen' gebracht. Volgens deze definitie omvat de categorie 'handelingen niet zijnde wetgevingshandelingen' in beginsel ook bindende maatregelen en weerspiegelt zo de klassieke tweedeling tussen wetgeving en uitvoering (dit punt wordt hierna afzonderlijk besproken). Tegelijkertijd heeft het juridische systeem het begrip 'wederzijdse erkenning' tevoorschijn getoerd als alternatief voor harmonisering via formele wetgeving (3.2.2) en ook dit begrip zal worden verkend als een juridisch instrument in de categorie 'handelingen niet zijnde wetgevingshandelingen'.

De constitutionele logica van de juridische en politieke stelsels van de EU is van oudsher 'wetgevingsgeoriënteerd'.⁴⁴ De belangrijkste maatregel waartoe de EU bevoegd is, is van wetgevende aard, de belangrijkste basis voor de afbakening van de relatie tussen voorrang van de EU en nationale soevereiniteit is wetgevende macht, de spil waaromheen het ideologische debat tussen intergouvernementele en supranationale standpunten zich afspeelt is de wetgevingshandeling. Bovendien is de zogenaamde 'Communautaire methode' gebaseerd op het exclusieve initiatiefrecht van de Commissie op het gebied van wetgeving en op de wetgevende (en begrotings-)bevoegdheden van de Raad van Ministers en (later) het Europees Parlement alsmede op de rechtsprekende rol van het Hof van Justitie.⁴⁵ Interactie tussen deze drie institutionele spelers – Commissie, Europees Parlement en Raad – waarbij de Europese Gerechten het 'harde recht' interpreteren, wordt gezien als het centrale element in het besluitvormingsproces.

43. Zie voor de uitzonderingen en een nadere beschouwing A. Turk, The concept of the 'legislative act' in the Constitutional treaty, German Law Journal 2005, www.german-lawjournal.com.

44. N. Walker, Freedom, Security and Justice, in: B. de Witte (ed.), Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe, Florence European University Institute, 2003, 159-182.

45. Zie Europese Commissie, European Governance – Een Witboek, COM (2000) 428 definitief, p. 8.

Een belangrijke onderstroom van het formele juridische en constitutionele gebied bestaat uit wat wel 'de *informele* bronnen van het fluïde integratieproces van Europa' worden genoemd.⁴⁶ Het juridische systeem van de EU heeft altijd instrumenten gekend met een hiaat-dichtende functie evenals instrumenten die niet in de EG-verdragen zelf zijn omschreven.⁴⁷ De informele 'bronnen' zijn divers van aard maar omvatten in ieder geval alle voorschriften en actoren die zowel een formele rechtsbasis als toezicht door het HvJ missen. Dit gezegd zijnde moet worden opgemerkt dat ook niet alle 'formele' voorschriften en actoren bijvoorbeeld een formele rechtsbasis in een Verdrag hebben, zonder dat dit hen noodzakelijkerwijs onttrekt aan toezicht door het HvJ – hoewel dit toezicht in de praktijk tamelijk marginaal en gekunsteld kan uitvallen. Een voorbeeld is het instrument 'interinstitutioneel akkoord', dat wordt beschouwd als een pragmatisch antwoord op wrijvingen en conflicten tussen de drie wetgevende instellingen (Commissie, Raad en Europees Parlement) doordat het voorziet in 'beperkte aanpassingen van procedures en deelname aan het besluitvormingsproces hetgeen de spanningen kan doen afnemen doordat een constructieve samenwerking wordt verzekerd'.⁴⁸ Deze akkoorden worden in de Verdragen niet genoemd maar zijn door het HvJ onder bepaalde omstandigheden bindend geacht.

Bij een nadere beschouwing van de functies die het recht in de verschillende fasen van de Europese integratie kan spelen dient te worden bedacht dat de neiging bestaat om de verschillende door het recht te verwerven functies toe te voegen aan de reeds bestaande.⁴⁹ Met andere woorden: de oude functies blijven in de een of andere vorm bestaan en tegelijkertijd komen nieuwe functies tot ontwikkeling en worden toegevoegd aan wat in de loop der tijd uitgroeit tot een uiterst veelgelaagd en ongelijksoortig geheel. In vele opzichten is dit een gelijkenis voor het verhaal van de ontwikkeling van de Europese Unie in het algemeen van een relatief simpele gemeenschappelijke (en later interne) markt tot een veel gediifferentieerdere en ingewikkeldere politieke unie met gelaagde kaders variërend van het uitdrukkelijk federale 'Grondwettelijk Verdrag' tot de opzettelijk meer ingetogen werkelijkheid van transnationale governance-praktijken. In de huidige EU zijn alle verschillende rollen die het recht in de traditionele EG kan spelen bijeengebracht in de Verdragsteksten alsmede – en belangrijker

46. Zie J. Stacey en B. Rittberger, Dynamics of formal and informal institutional change in the EU, 10 JEPP 2003, 858-883. Cursivering van de auteurs.

47. Zie in algemene zin L. Senden, Soft Law in European Community Law. Its Relationship to Legislation, Oxford, 2003.

48. Zie J. Monar, Interinstitutional agreements: the phenomenon and its new dynamics after Maastricht, 31 CML Rev. 1994, 693-719.

49. Zie in dezelfde zin T. Koopmans, The role of law in the next stage of European Integration, 1986 35 ICLQ 925.

– in de gestaag voortschrijdende ontwikkeling die op zowel formeel als informeel niveau plaatsvindt in de juridische en institutionele praktijken van de EU.⁵⁰

3.2 Formele juridische instrumenten

3.2.1 Harmonisatie als juridisch instrument

De begrippen 'onderlinge aanpassing' en 'harmonisatie' worden vaak als onderling verwisselbare termen gebruikt voor de aanpassing van nationale wetgevingen teneinde te voldoen aan de specifieke, in het communautaire instrument neergelegde doelstellingen. Wegens het primaat van het communautaire recht kan wetgeving, wanneer deze eenmaal is geharmoniseerd, niet meer worden gewijzigd of vervangen door nationale voorschriften. Tengevolge van dit optreden dringt het communautaire recht door in gebieden die niet rechtstreeks onder de bevoegdheden van de Gemeenschap vallen. In de oorspronkelijke versie van het EEG-verdrag kwam het begrip 'harmonisatie' in slechts één enkele bepaling voor (in art. 99 EEG, in verband met indirecte belastingen). Ten aanzien van alle overige kwesties werd het begrip 'onderlinge aanpassing' gebruikt en dit werd pas in 1987 vervangen door het formele begrip 'harmonisatie' in de leden 4 en 5 van art. 100a van de Europese Akte (thans art. 95, leden 4 en 5). In wezen lijken deze begrippen echter te worden gebruikt als synoniemen waarbij 'harmonisatie' uitdrukkelijk is gedefinieerd als communautair-rechtelijke 'maatregelen tot onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten met als doel de instelling of het functioneren van de interne markt'.⁵¹

Het stereotiepe model is dat van 'volledige harmonisatie' in die zin dat de verschillende nationale wetgevingen worden *vervangen* door één enkele EG-regeling, waarbij geen ruimte wordt gelaten voor optreden op lidstaat-niveau of voor diversiteit. Het feit dat de harmonisatie van nationale wetgevingen vaak wordt bereikt door middel van het instrument *richtlijn*⁵² houdt echter impliciet een zekere mate van nationale diversiteit en discretionaire bevoegdheid in. In de beginjaren neigde men er aanvankelijk toe min of meer te streven naar *uniformiteit* tussen de verschillende nationale wetgevingen met richtlijnen die in de praktijk net zo gedetailleerd plachten

50. Zie verder D. Curtin and I. Dekker, *The European Union as a Layered International Organization: Institutional Unity in Disguise?*, In P. Craig and G. de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, p. 83-137.

51. Zie art. 95 EG, lid 1.

52. Zie voorts W. van Gerven, *Harmonization of Private law: Do we need it?*, 41 *Common Market Law Review* 2004, 506.

te zijn als 'verordeningen'. Deze aanpak van technische harmonisatie liep echter op een totale mislukking uit om uiteenlopende redenen, waaronder de buitensporige hoeveelheid tijd die gemoeid was met het opstellen van de richtlijnen.⁵³ Tegen de tijd dat overeenstemming was bereikt over een richtlijn was hij al min of meer verouderd. Na het arrest van het HvJ in *Cassis de Dijon*, ging de Commissie over tot de aankondiging en vervolgens de toepassing van wat zij een 'nieuwe aanpak' noemde van harmonisatierichtlijnen, waarbij zij afstapte van gedetailleerde overregulering. Er werd bepaald dat voortaan uitsluitend harmonisatie zou plaatsvinden op het niveau van minimumeisen, waarna de lidstaten elkaars wetgevingen moesten erkennen (het zogenaamde beginsel van *wederzijdse erkenning* van nationale wetgevingen). Daarnaast werden ingevolge de 'nieuwe aanpak' op het gebied van de technische harmonisatie en normalisatie bevoegdheden die in feite quasi-wetgevingsbevoegdheden waren, gedelegeerd aan privaatrechtelijke standaardisatie-lichamen.

Niet alleen werd het vaststellen van juridische harmonisatie-instrumenten procedureel gezien gemakkelijker (stemmen bij gekwalificeerde meerderheid in plaats van met unanimiteit) maar er kwam structureel een grotere differentiatie tussen een aantal verschillende harmonisatiemethodes⁵⁴ met als doel minder gedetailleerde regelgeving dan voorheen. Met name heeft zich in de algemene communautaire aanpak van interne-marktkwesties een verschuiving voorgedaan van volledige harmonisatie naar minimum harmonisatie.⁵⁵ Waar het bij minimumharmonisatie om gaat is dat de nationale bevoegdheden niet volledig worden verdrongen: de desbetreffende communautaire (c.q. Unie-)wetgeving stelt een bodem vast, het Verdrag zelf stelt een plafond en de lidstaten zijn binnen deze twee parameters vrij een eigen binnenlands beleid te voeren.⁵⁶ Hoewel er al sinds de beginjaren van de EG richtlijnen strekkende tot minimumharmonisering bestaan, zijn in 1987 in de Europese Akte formeel enkele nieuwe rechtsbases opgenomen waarbij uitdrukkelijk wordt bepaald dat de Gemeenschap richtlijnen dient aan te nemen waarin 'minimumeisen' worden vastgesteld. Men ziet in minimum harmonisatie het voordeel dat het helpt een middenweg te vin-

53. Verordeningen kunnen ook leiden tot 'harmonisatie' (unificatie) van nationale wetgevingen (inclusief nationale privaatrechtelijke wetgevingen).

54. In theorie omvatten deze zowel 'Alternatieve harmonisatie' waarbij de lidstaten de keuze wordt gelaten tussen alternatieve harmonisatiemethoden, als de zgn. 'optionele harmonisatie'. Van deze laatste harmonisatiemethode, in de vorm van juridische instrumenten (meestal richtlijnen) die een geharmoniseerde norm vastleggen waaraan fabrikanten zich naar keuze al dan niet kunnen conformeren, is in de praktijk echter weinig gebruik gemaakt (zie echter recente debatten op privaatrechtelijk gebied).

55. Zie voorts M. Dougan, *Minimum Harmonization and the Internal Market*, 37 *Common Market Law Review* 2000, 853.

56. Zie M. Dougan, a.w.

den tussen de behoefte aan minimumnormen op Europees niveau (gelijke concurrentievoorwaarden) terwijl tegelijkertijd ruimte wordt gelaten voor nationale verscheidenheid (boven die minimumnormen). Dit is met name belangrijk op niet-economische, het algemeen welzijn betreffende gebieden, waarbij het de lidstaten is toegestaan bij regelgeving striktere normen te handhaven en vaak ook in te voeren dan de door de Communautaire c.q. Uniewetgeving voorgeschreven normen, met als doel het bevorderen van een bepaald sociaal of welzijnsbelang, en mits bedoelde aanvullende eisen niet in strijd zijn met het Verdrag.⁵⁷

In de praktijk is de ontwikkeling van onderlinge aanpassing dus gekenmerkt door een streven naar meer diversiteit en flexibiliteit in de wijze waarop de individuele lidstaten bindende verplichtingen van 'hard recht' implementeren.⁵⁸ Daarnaast kan het toenemende gebruik van *kaderrichtlijnen* worden uitgelegd als een middel waarbij de lidstaten aanzienlijke flexibiliteit wordt toegestaan bij de implementatie van richtlijnen.⁵⁹ Bovendien moet men niet uit het oog verliezen dat dit slechts enkele aspecten zijn van de trend naar toenemende differentiatie in de regelgeving die thans op het hoogste niveau zijn beslag heeft gekregen in de formele, in het Verdrag opgenomen bepalingen inzake 'nauwere samenwerking'.

Tegelijkertijd is het opvallend dat bijvoorbeeld op nieuwere beleidsterreinen als de strafrechtelijke samenwerking in de EU het harmonisatie-instrument vaak lijkt te worden ingezet met het klassieke stereotiepe doel de nationale wetgevingen te vervangen door invoering van een 'nieuwe' regeling waarin de nationale regelingen (in ieder geval gedeeltelijk) opgaan.⁶⁰ Bij de onderlinge aanpassing van strafrecht gaat het om de bevoegdheid bepaalde soorten gedrag onder het strafrecht te brengen en daarvoor straffen vast te stellen – mogelijk vormt deze doelstelling van strafoplegging en repressie een verklaring voor het feit dat op dit gebied, in tegenstelling tot dat van de interne markt, de harmonisatie een proces met zich meebrengt dat is gericht op unificatie (en dus totale uitbanning van verscheidenheid).⁶¹ Het zou kunnen dat 'harmonization and unification are complementary

57. Met de jaren heeft zich een ruimer begrip van interne markt ontwikkeld waarbij deze uitdrukkelijk ook geacht wordt zich uit te strekken over niet-economische integratie, consumentenveiligheid, sociale rechten, arbeidsbeleid en het milieu. Zie ook Craig en de Burca, EU Law. Text, Cases and Materials Oxford, 2004, p. 1201.

58. Zie in het algemeen De Witte, Hanf en Vos (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law* Intersentia, 2000.

59. Zie voorts J. Scott en D.M. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the EU*, 8 *European Law Journal* 2002, 1, p. 3.

60. Zie in algemene zin A. Weyembergh, *Approximation of Criminal Laws, the Constitutional Treaty and the Hague Programme*, 42 *Common Market Law Review* 2005, p. 1567.

61. Maar zie ook het preadvies van A. Klip.

rather than antagonistic processes'.⁶² Het initiatief *Corpus Juris* vertegenwoordigt in ieder geval een verstrekkende visie op harmonisatie met zijn bepalingen ten aanzien van het materiële strafrecht en strafprocesrecht. Een van de methoden die zijn voorgesteld om de gestaag vorderende harmonisatie van de strafrechtstelsels van de lidstaten doelmatiger te laten verlopen is het ontwikkelen van een harmonisatiemodel dat kan dienen als basis voor de toekomstige harmonisatie van het strafrecht in de EU (het opstellen van een modelwetboek van strafrecht voor de Europese Unie). In die zin lijkt het debat over harmonisatie op EU-niveau wel heel erg dicht in de buurt te komen van de al zovele jaren plaatsvindende discussies op privaatrechtelijk gebied (bijv. Europees Wetboek van Verbintenissenrecht).⁶³

Harmonisatie van wetgevingen is, mogelijk uit angst voor het stereotiepe beeld, als instrument of mechanisme op zijn retour op bepaalde gebieden waar *beleid* de plaats inneemt van het recht, en op die gebieden zien we een toename van de zogenaamde 'nieuwe governance' methoden, de open methode van coördinatie en vrijwillige overeenkomsten met en door privaatrechtelijke actoren (zie hieronder § 4). Bovendien komt het steeds vaker voor dat het de EU-wetgever in Verdragsteksten uitdrukkelijk wordt verboden de wetgevingen van lidstaten überhaupt te harmoniseren. Dit betreft de (niet-economische) gebieden waarop de Unie uitsluitend 'ondersteunend, coördinerend of aanvullend' mag optreden. De instellingen van de EU mogen hier juridisch bindende besluiten nemen maar deze mogen geen harmonisatie van de wet- en regelgeving van de lidstaten met zich meebrengen. Coördinatie en samenwerking zijn niet gericht op het wijzigen van de nationale wetgeving en betreffen niet de normen zelf of hun inhoud doch veeleer de praktische gevolgen daarvan.

3.2.2 Pluralistische regelgeving: het juridische beginsel van wederzijdse erkenning

Zoals hiervoor reeds is aangegeven heeft de Commissie, in navolging van het arrest van het HvJ in *Cassis de Dijon*, sterk de nadruk gelegd op het faciliteren van toegang tot de markt en beperking van de nationale autonomie op het gebied van regulering in die zin dat (in bovengemeld geval) goederen die niet aan de nationale technische en kwaliteitseisen voldeden toch tot de nationale markt konden worden toegelaten. Nadien is erkend dat het beginsel van wederzijdse erkenning overeenkomstig van toepassing is op de vrijheid van dienstverlening binnen de interne markt. Op nationaal niveau zijn alleen beperkingen toegestaan die niet-discriminerend zijn, gerechtvaardigd worden door redenen van doorslaggevend algemeen be-

62. Zie A. Weyembergh, a.w., p. 1567.

63. Zie de proadviezen van collega's J. Smits en A. Klip.

lang, waarvan aannemelijk is dat daarmee het desbetreffende doel zal worden verwezenlijkt, en die in ieder geval objectief zijn. Nog weer later is het beginsel van wederzijdse erkenning in zo sterke mate toegepast op strafrechtelijke kwesties dat het nu zelfs één van de belangrijkste elementen is geworden van de strafrechtelijke samenwerking binnen de EU.⁶⁴

Het beginsel van wederzijdse erkenning heeft van oudsher in de ontwikkeling van de (interne) markt vooral een rol gespeeld als een *alternatief* voor wetgevend optreden door de EU dat zich voornamelijk afspeelt op het niveau van nationale ambtelijke diensten c.q. de rechtspraak.⁶⁵ Anders gezegd: het betreft een gedecentraliseerd model waarbij bijvoorbeeld de nationale 'ontvangende' ambtelijke diensten goederen op hun grondgebied moeten 'toelaten' of de nationale rechter binnen zijn eigen rechtsgebied de uitspraken van buitenlandse rechters moet erkennen. In zoverre is het een niet door de EU-instellingen als zodanig aangestuurde, gedecentraliseerde vorm van implementatie en controle gebaseerd op een systeem van pluralistische regulering. Het vereist dat de ontvangende staat (ambtenaren, wetgevers, rechters) in zoverre ander-gericht ('*other-regarding*') zijn dat zij informatie over het reguleringsverleden van een product, dienst of werknemer uit een andere lidstaat moeten erkennen en daaraan inhoud moeten geven.⁶⁶

Wederzijdse erkenning kent twee hoofdmodaliteiten. Passieve wederzijdse erkenning doet zich voor in de ontvangende staat als resultante van een voorgeschreven procedure die normalerwijze dient te zijn voorafgegaan door een specifieke transnationale overeenkomst (in de vorm van inhoudelijke normen of het vereiste dat bijv. verschillende kwalificaties/diploma's als gelijkwaardig dienen te gelden), waarbij de bevoegdheid tot passieve wederzijdse erkenning wordt verleend. 'Actieve' wederzijdse erkenning daarentegen doet zich voor waar nationale regelgevende instanties (of rechters voor wat betreft het strafrecht) verplicht zijn functionele equivalenties op te sporen tussen de door de ontvangende staat verplicht voorgeschreven procedures en procedures die reeds zijn doorlopen in een ander rechtsgebied.⁶⁷ Naar zijn aard is een dergelijke actieve wederzijdse erkenning vaak op het individuele geval toegespitst.

Na 1992 heeft de Commissie als vervolg op haar 'Actieprogramma voor de interne markt' een bekendmaking inzake wederzijdse erkenning vastge-

64. Het schijnt voor het eerst aan de orde te zijn gekomen tijdens de Europese Raad van Cardiff in juni 1998.

65. Zie K. Armstrong, *Mutual Recognition* in C. Barnard and J. Scott (eds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford, Hart Publishing 2002, p. 225-67, 239.

66. Zie K. Armstrong, p. 231.

67. Zie K. Armstrong, p. 241.

steld waarin nadrukkelijk wordt geconstateerd dat het gebruik van wederzijdse erkenning normatieve beperkingen stelt aan het communautaire optreden aangezien 'deze [erkenning] het vrije verkeer van goederen en diensten mogelijk maakt zonder de noodzaak van harmonisatie van nationale wetgevingen op Gemeenschapsniveau'.⁶⁸ Met andere woorden, bij deze nieuwere verschijningsvorm van het beginsel van wederzijdse erkenning ligt sterk de nadruk op de functie van het overbodig maken van wetgeving op communautair niveau. Later echter, toen men werd geconfronteerd met de complexiteit van de materie, zou de Commissie benadrukken dat wederzijdse erkenning 'niet altijd een magische oplossing [biedt] ... en (verdere) harmonisatie zonder twijfel een van de meest doelmatige instrumenten blijft, zowel voor marktpartijen als voor het nationale bestuur'.⁶⁹ Dit houdt een erkenning in van de problematiek die eigen is aan de volledige verwezenlijking van de potentiële mogelijkheden van het beginsel van wederzijdse erkenning, aangezien die afhankelijk is van ambtenaren (of rechters) die wel eens terughoudend willen zijn bij de erkenning van de gelijkwaardigheid van buitenlandse producten of diensten (of zelfs van rechterlijke c.q. andere beslissingen).

3.2.3 Regelgevende voorschriften: tenuitvoerlegging van (gedelegeerde) wetgevingshandelingen

Onder rechtshandelingen op Unie-niveau vallen niet alleen voorschriften van wetgevende aard maar ook gedetailleerde bepalingen die het mogelijk maken wettelijke bepalingen in de praktijk ten uitvoer te leggen alsmede besluiten waarbij wettelijke en andere algemene voorschriften worden toegepast op een concreet geval.⁷⁰ Het is bij de huidige institutionele structuur in feite niet gemakkelijk een formeel onderscheid te maken tussen wetgeving en tenuitvoerlegging van wetgeving.⁷¹ In feite moet bij iedere wetge-

68. Er zijn nog een nadere bekendmaking van 1999 alsmede verschillende 'tweejaarlijkse verslagen over toepassing in de interne markt' verschenen. Er is ook een speciale website gewijd aan het beginsel van wederzijdse erkenning: http://www.europa.eu.int/comm/enterprise/regulation/goods/mutrec_en.htm.

69. Zie Europese Commissie, Tweede Tweejaarlijkse Verslag over toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning in de interne markt, COM (2002) 419 final, p. 14.

70. Zie voorts K. Lenaerts en P. van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, tweede druk, Thomson, Sweet and Maxwell, Londen 2005, p. 569 e.v.

71. Het Verdrag kent thans slechts in zoverre een onderscheid tussen 'wetgevings-' en 'uitvoerings-'handelingen dat art. 207, lid 3 van het EG-Verdrag bepaalt dat de Raad de gevallen moet omschrijven 'waarin hij geacht moet worden op te treden als wetgever' ten einde in die gevallen een ruimere toegang tot de documenten toe te staan. Het Grondwettelijke Verdrag introduceerde voor het eerst een duidelijk onderscheid tussen wetgevingshandelingen en andere besluiten van de Unie. Zie verder K. Lenaerts en M. Desomer, *Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedure*, 11 *European Law Journal* 2005, 664-765.

vingshandeling tevens de specifieke uitvoeringsprocedure worden vastgesteld. Uitvoeringshandelingen zijn gebaseerd op een wetgevingshandeling of op een eerdere uitvoeringsmaatregel. Het begrip uitvoering behelst zowel het opstellen van uitvoeringsvoorschriften voor concrete gevallen als de toepassing van voorschriften op concrete gevallen door middel van individuele toepassingsbesluiten.⁷² Waar de uitvoeringsprocedure niet uitdrukkelijk is vastgesteld, is het aan de lidstaten om zorg te dragen voor de uitvoering. Waar het Verdrag de uitvoering aan de Unie zelf opdraagt, wordt daarbij soms een autonome uitvoeringsbevoegdheid toegekend aan de Commissie. In de overgrote meerderheid van de gevallen is het echter de Raad die dient te beslissen over de wijze van tenuitvoerlegging van wetgevingshandelingen. Deze taken zijn vanouds gedelegeerd aan de Commissie met toepassing van de 'comitologie' procedures. Dit is een besluitvormingsmethode waarbij comités bestaande uit vertegenwoordigers van de lidstaten (en voorgezeten door een vertegenwoordiger van de Commissie) een raamwerk opstellen waarbinnen de Commissie de aan haar opgedragen uitvoerende bevoegdheden uitoefent.⁷³

Het juridische debat over 'comitologie' heeft zich steeds toegespitst op het 'intergouvernementeel maken' van bepaalde aan de Commissie gedelegeerde taken.⁷⁴ De greep van het Europese recht als zodanig op comitologie-comités is slechts mogelijk door toepassing van de kunstgreep dat die comités in weerwil van hun samenstelling ('vertegenwoordigers van de lidstaten') geacht kunnen worden 'deel uit te maken van' de Commissie.⁷⁵ De Commissie heeft zich hiertegen verzet op grond van het feit dat de rol van de Commissie terzake van hun werkzaamheden eerder faciliterend is dan dirigerend. Desalniettemin heeft het Hof in *Rothmans* geoordeeld dat dergelijke comités in feite – en ironisch genoeg op grond van hun oorspronkelijke controlefunctie – dienen te worden beschouwd als integraal onderdeel van de Commissie zelf.⁷⁶ In de woorden van het Hof: 'Vanuit organisatorisch en administratief oogpunt moeten deze comités derhalve als deel uitmakend van de Commissie worden beschouwd'. Het Hof zag zich geplaatst voor 'een spanningsveld tussen enerzijds de klassieke figuur waarin comités worden beschouwd als een controlemechanisme en ander-

72. Zaak 16/88, *Commissie v. Raad* [1989] E.C.R. 3457, rov. 11.

73. J.-P. Jacque, *The principle of institutional balance*, 41 *Common Market Law Review* 2004, p. 383-391, p. 385.

74. Zie echter E. Vos, *Overcoming the crisis of confidence: risk regulation in an enlarged European Union* Universiteit van Maastricht 2003.

75. Zie de benadering van het HvJ in Zaak T-188/97, *Rothmans International BV v Commissie van de Europese Gemeenschappen*, Arrest van het Gerecht van eerste Aanleg (Eerste Kamer, uitgebreid) van 19 juli 1999, ECR, p. II-02463.

76. Zie zaak *Rothmans*, rov. 49.

zijds het concreet functioneren van de bureaucratische organisatie waarbij de scheidslijnen tussen de verschillende actoren nogal vaag zijn.⁷⁷

Ten aanzien van andere actoren dan de met name in de Verdragen genoemde actoren alsmede de actoren waaraan door de kerninstellingen van de EU bevoegdheden zijn 'gedelegeerd', meestal op het gebied van het als uitvoerende macht uitvaardigen van voorschriften, is het juridische debat over de toelaatbare delcgering van bevoegdheden op het niveau van de instellingen van de EU veelal geformuleerd in termen van het 'beginsel van het evenwicht der machten'. Het begrip 'evenwicht der machten', dat met art. 4 van het Stichtingsverdrag van Rome zijn intrede deed in het juridisch vocabulaire van de Europese Gemeenschappen – in de vorm van de bepaling dat elk der instellingen genoemd in (oorspronkelijk) Art. 4 EG handelt 'binnen de grenzen van de haar door dit Verdrag verleende bevoegdheden' – lijkt in sommige opzichten op de traditionele constitutionele doctrine van de scheiding der machten. Het beginsel van institutioneel evenwicht blijft echter een nogal ongrijpbaar en omstreden beginsel met een onduidelijke reikwijdte.⁷⁸ Bovendien bestaat er, gegeven de centrale plaats van het vereiste van een rechtsbasis, niet zoiets als één enkel institutioneel evenwicht of vaste structuur voor institutionele wisselwerking. Voor ieder onderwerp bepaalt de rechtsbasis (de Verdragsbepaling) of de Unie handelend kan optreden, welke instellingen daarbij betrokken moeten worden en op welke wijze.⁷⁹ Het 'recht' en met name het Hof van Justitie hebben getracht het primaat van de wetgevingsprocessen en de hard-recht component van het rechtstelsel van de EU te behouden door grenzen te stellen aan wat gedelegeerd mag worden aan technocratische lichamen als 'comitologie'-comités (en gespecialiseerde agentschappen).

Sinds de beslissing van het Hof van Justitie in de zaak *Meroni*⁸⁰ (bijna 50 jaar geleden gegeven en nog steeds 'geldend recht') is het niet toegestaan de bevoegdheid tot het uitvaardigen van afgeleide rechtsregels of de bevoegdheid tot het opstellen van voorschriften ter implementatie van wetgeving te delegeren aan onafhankelijke *agentschappen*. Dientengevolge doen zich bij de inrichting van Europese agentschappen aanzienlijke pro-

77. Zie R. Dehousse, *Misfits: EU law and the transformation of European governance*, Jean Monnet Working Paper 2/02.

78. Zie tevens K. Lenaerts en A. Verhoeven, *Institutional Balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance*, in: C. Joerges en R. Dehousse, *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford 2002, p. 35-88, p. 38.

79. Zie voorts R. van Ooik, *Rechtsgrondslag van Besluiten van de Europese Unie*, Utrecht 1999.

80. Zaak 9/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, S.p.A. v Hoge Autoriteit van de EGKS*, [1957-58] ECR 133 en Zaak 10/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, S.p.A. v Hoge Autoriteit van de EGKS*, [1957-58] ECR 157.

blemen voor. Sommige Europese agentschappen (bijvoorbeeld het Europees Geneesmiddelen Bureau) vaardigen zelf geen besluiten uit maar bereiden adviezen voor (over toelating van producten bijvoorbeeld) die vervolgens door de Commissie zelf formeel worden vastgesteld. Aan andere agentschappen is de bevoegdheid verleend om zelf besluiten vast te stellen waarbij de voorschriften van afgeleid recht worden toegepast op individuele gevallen. De gedachtegang hierbij lijkt te zijn dat dit laatste toelaatbaar is wanneer er sprake is van een technische beoordelingsmarge met betrekking tot nauwkeurig omschreven doelstellingen en niet van een 'ruime beoordelingsmarge op een ingewikkeld economisch gebied of een besluit met politieke implicaties'. Niet toelaatbaar, zo is tot nu toe aangenomen, is bijvoorbeeld de algehele delegering door de Commissie aan een Europees Mededingingsbureau van haar besluitvormingsbevoegdheden terzake van het mededingingsbeleid.⁸¹

In de praktijk is de zaak echter in beweging aangezien de Commissie in haar Witboek over Europese Governance heeft aangekondigd voornemens te zijn om (naast de nieuw gevormde Europese uitvoerende agentschappen) een meer onafhankelijke en autonome structuur te scheppen in de vorm van Europese Regelgevende Agentschappen aan welke bepaalde (discretionaire) regelgevende taken zouden worden gedelegeerd.⁸² Het is de bedoeling dat in bepaalde beleidssectoren Regelgevende Agentschappen verordeningensbesluiten gaan vaststellen binnen de grenzen van een algemeen kader van voorwaarden waaraan instelling en functioneren van die agentschappen alsmede het toezicht daarop zijn onderworpen.⁸³ Sommige van die regelgevende agentschappen zullen de bevoegdheid krijgen individuele besluiten te nemen die bindend zijn voor derden op het desbetreffende beleidsgebied.⁸⁴ In juridische (en andere) analyses wordt echter vaak over het hoofd gezien dat in de juridische en institutionele praktijk reeds agentschappen van regelgevende aard bestonden – lang voordat er sprake was van enige deugdelijke rechtsbasis of oog voor de bredere context van verantwoordingsplicht en legitimiteit waarbinnen deze moeten functioneren.⁸⁵ Daarnaast bestaan er op de nieuwere beleidsterreinen van

81. Zie bijv. Ehlermann, *Reflections on a European Cartel Office*, *Common Market Law Review* 1995, p. 471-486.

82. *Europese Governance – Een Witboek* van 25 juli 2001, COM (2001) 428 definitief, p. 24.

83. Zie het ontwerp Interinstitutioneel akkoord betreffende Europese regelgevende agentschappen, COM (2005) 59 definitief.

84. Er bestaan momenteel ten minste drie agentschappen die voldoen aan de door de Commissie gehanteerde criteria voor verordenende beslissingsbevoegdheid: het Harmonisatiebureau voor de interne markt, het Communautair Bureau voor Plantenrassen en het Europees Agentschap voor de Veiligheid van de Luchtvaart.

85. Zie verder D. Curtin, *Delegation to EU non-majoritarian agencies and emerging practices of public accountability*, in: D. Girardin en N. Petit, (eds.), *Regulation Through Agencies: A New Paradigm of European Governance*, Dartmouth 2006.

de Unie (tweede en derde 'pijler') reeds organen (bijvoorbeeld Europol) en agentschappen (het Europees Defensieagentschap bijvoorbeeld) met enkele autonome regelgevende en/of operationele bevoegdheden.⁸⁶ In tegenstelling tot de poging van de Commissie om haar agentschappen te structureren en te rationaliseren (zelfs zonder een formele rechtsbasis in de Verdragen), lijkt de Raad uitsluitend op *ad hoc* basis te werk te gaan en telkens weer een nieuwe of gewijzigde formule te bedenken, hetgeen aanzienlijk bijdraagt aan de algehele structurele ondoorzichtigheid.⁸⁷

4 Coördinatie, convergentie en 'governance': het 'zachte' model van Europese integratie

4.1 Inleiding

Zoals wij hebben gezien, was de constitutionele logica van de juridische en politieke stelsels van de EU van oudsher georiënteerd op 'recht' en 'wetgeving' (het 'harde' model van Europese integratie). De EU heeft zich daarnaast als een beleidsvormende entiteit ontwikkeld die zich echter (anders dan haar lidstaten) meer op regulerend beleid toelegt dan op (her)verdelende beleidsmaatregelen.⁸⁸ De EU heeft al heel wat jaren taken naar zich toe getrokken die verband houden met inschatting en beheersing van risico's die voortvloeien uit natuurlijke gebeurtenissen en activiteiten van de mens. In de loop der jaren is de oriëntatie op (risico-)regulering een kenmerkende eigenschap geworden van de EU in haar hoedanigheid van wat een 'regulerende staat' wordt genoemd.⁸⁹ Dit begrip wordt gehanteerd als aanduiding voor actorconfiguraties en probleemoplossende activiteiten die niet noodzakelijkerwijs passen binnen de voorziene institutionele kaders van het Europese recht, maar die zich hebben ontwikkeld als antwoord op dringende functionele eisen en behoeften. Een dergelijke risicoregulering betreft een heel scala aan problemen met betrekking tot kwesties als milieu, sociale ontwrichting, internationale misdaad, terrorisme en migratie, mede ten gevolge van bredere globaliseringprocessen. Het is de taak van risicoreguleerders te reageren op nieuwe soorten risico's en aldus voortdurend nieuwe normen te ontwikkelen al naar gelang zich nieuwe problemen voordoen. Voorbeelden hiervan zijn onder meer de recentelijk nieuw ontwikkelde technische normen op verschillende gebieden betreffende de volksgezondheid naar aanleiding van uiteenlopende crises (BSE, vogel-

86. Zie voorts D. Curtin, a.w.

87. Zie voorts D. Curtin, a.w.

88. Dit wil niet zeggen dat de beleidsmaatregelen van de EU geen herverdelende gevolgen hebben.

89. Zie, G. Majone, *Regulating Europe*, 1996.

griep). De risicobeoordeling en -beheersing speelt zich niet af in de context van specifiek 'Europese' problemen maar in een veel breder internationaal en mondiaal verband.

Risicoregulering komt niet tot stand door gewoon maar een wet aan te nemen, doch vereist gedetailleerde kennis van en betrokkenheid bij de te reguleren activiteit. Dit heeft geleid tot een trend van het oprichten van zogenaamde 'epistemic communities' waarin niet-politieke *deskundigen* kunnen zorgen voor verhoging van het kennisniveau en vermindering van de informatieproblematiek bij het maken van keuzes in risicosituaties. Evenals in het geval van comitologie-comités worden de deskundigen benoemd door de lidstaten of werken zij in een wat meer autonoom verband van bijvoorbeeld (gespecialiseerde) agentschappen opgezet op het niveau van de EU zelf. In beide genoemde gevallen is er een specifieke en nauwkeurig omschreven juridische en institutionele relatie met de formele (politieke) actoren op EU-niveau (Commissie respectievelijk Raad en soms het Europees Parlement). Een andere mogelijkheid is dat het opstellen van 'normen' wordt overgelaten aan private actoren/stakeholders. Een goed voorbeeld van de laatste mogelijkheid is wat (destijds in de jaren 1980) de 'nieuwe aanpak van technische harmonisatie' werd genoemd waarbij technische *normen* dienden te worden ontwikkeld door Europese normalisatieorganen als CEN (het Europees Comité voor Normalisatie), CENELEC (het Europees Elektrotechnisch Comité) en ETSI (het Europees Telecommunicatie & Standaardisatie Instituut), alle privaatrechtelijke organisaties. Deze normen zouden als zodanig binnen de communautaire rechtsorde geen bindende kracht hebben maar in de praktijk zijn zij, hoewel formeel niet bindend, juridisch zeker van belang.⁹⁰ Het lijkt zeker dat we kunnen spreken van normalisatiewetgeving opgesteld door privaatrechtelijke normalisatieorganen maar aanvaard en effectief gemaakt door de officiële Europese instellingen.

Het begrip 'regulering' kan echter veel ruimer worden omschreven dan alleen de handhaving en tenuitvoerlegging van formele en informele *voorschriften* vastgesteld door verschillende institutionele configuraties. Veel regulering komt tot stand zonder de hulp van voorschriften van welke aard dan ook. Regulering komt dan veeleer tot stand 'by organizing economic incentives to steer business behavior, by moral suasion, by shaming, and even by architecture. On this broadest view, regulation means influencing the flow of events.'⁹¹ In die zin heeft het begrip regulering veel gemeen met het begrip 'governance' dat de laatste jaren ook in EU-verband opgang

90. Zie in het algemeen H. Schepel, *The Constitution of Private Governance*, Oxford 2005.

91. Zie C. Parker en J. Braithwaite, *Regulation*, in: P. Cane en M. Tushnet, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford 2004, p. 119-145, p. 119.

doet.⁹² Governance wordt vaak gesteld tegenover 'regeren' en het laatste voorgesteld als steeds meer achterhaald.⁹³ Terwijl 'regeren' van oudsher wordt opgevat als iets waarbij onderscheid dient te worden gemaakt tussen degene die regert (de regering als uitvoerende macht) en degene die wordt geregeerd (de burger), wordt dat onderscheid bij governance op zijn minst vager. Het is veeleer zo dat sociale sturing 'is becoming more and more a property of the interaction of organizations, networks and associations involving both public and private actors, rather than a product of government control and intervention in society'.⁹⁴ Het hoeft geen betoog dat alleen al het begrip (al dan niet 'nicuwe') governance aanleiding geeft tot een aanzienlijke mate van scepticisme onder EU-juristen, die zich zoals we hiervóór hebben gezien normalerwijze vooral bezighouden met hard recht en handhaving door de rechter.⁹⁵

Het is een intrinsiek kenmerk van de ideeën en praktijken van transnationale governance dat de besluitvorming (in een of andere vorm) geschiedt door andere actoren dan politici (en rechters), namelijk door *technocraten* (ambtenaren of wetenschappelijke deskundigen op een of ander gebied) en/of private actoren. Het begrip omvat zowel juridisch gestructureerde stelsels als minder formele regelingen (bijvoorbeeld de open coördinatie-methode) en de normen die daarbinnen tot stand komen.⁹⁶ Met het oog op het lossere verband van (functionele) actoren die bijeenkomen om deel te nemen aan een gestaag voortgaand proces van leren en problemen oplossen, een verband dat niet is gebonden aan de institutionele context van de lidstaten en ook niet noodzakelijkerwijs aan die van de supranationale EU, is de nieuwe term 'transnationale' governance bedacht⁹⁷ als antwoord op een behoefte aan een meeromvattende definitie van wat governance (nog

92. 'Governance' is recentelijk, zoals EU-waarnemers wel weten, voor de Commissie een ware obsessie geworden. Na een langdurig proces van reflectie en onderzoek produceerde de Commissie in juli 2001 een Witboek over dit onderwerp en sindsdien heeft zij een implementatieschema opgesteld voor een groot aantal van de belangrijkste in dat Witboek neergelegde initiatieven. Europese Governance – Een Witboek van 25 juli 2001 (COM (01) 428 definitief), te vinden op http://europa.eu.int/comm/governance/white_paper/index_en.htm.

93. Zie bijvoorbeeld titels als J. Rosenau (ed.), *Governance without government*, Cambridge 2000.

94. H. Schepel, *The Constitution of Private Governance*, Oxford 2005.

95. Zie bijvoorbeeld T. Eijssbouts, De raad van opperhoofden, in: A.K. Koekkoek (red.) *Bijdragen aan een Europese grondwet* (preadviezen staatsrechtconferentie 2000), Deventer 2000 (Tjeenk Willink), p. 59-87.

96. Dit komt tot uitdrukking in het recentelijk onder redactie van C. Joerges, I.-J. Sand en G. Teubner verschenen boek *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart, Oxford 2004.

97. Zie C. Joerges, I.-J. Sand en G. Teubner, *ibid.* Alle drie de samenstellers en meer dan de helft van de meewerkende auteurs zijn jurist.

meer) kan zijn (naast 'regeren'). Vanuit dit perspectief kan governance worden omschreven als een flexibel en vaak informeel mechanisme voor het oplossen van conflicten en problemen dat enkele fundamentele kenmerken van gezagsuitoefening weerspiegelt die in bijna alle contemporaine samenlevingen en economieën naar voren komen.⁹⁸ De begrippen 'governance' en 'transnationaal' worden door zowel juristen als politicologen steeds vaker in combinatie gebruikt 'to create a conceptual apparatus to caption the far more fluid post-Westphalian world, a world where territoriality and functionality do not cohere.'⁹⁹

4.2 De rol van coördinatie/convergentie en van 'governance' in het integratieproces

4.2.1 Inleiding

'Nieuwe governance' is in EU-verband wel gedefinieerd als iedere belangrijke afwijking van de klassieke (rechtscheppende) 'communautaire methode'.¹⁰⁰ Dit is natuurlijk een enge definitie en gebaseerd op de gedachte dat er echt iets 'nieuws' is aan de governance-praktijken op EU-niveau.¹⁰¹ De neiging om af te wijken van de communautaire methode van rechtsvorming bestaat al redelijk lang en omvat het vaststellen van open-eind normen, flexibele richtsnoeren en andere vormen van 'zacht recht' in tegenstelling tot formele voorschriften en 'hard recht'. In de discussie over 'nieuwe governance' in de EU wordt het begrip 'zacht recht' inderdaad vaak gebruikt als aanduiding van governance regelingen die functioneren in plaats van c.q. naast het 'harde recht' dat voortvloeit uit bindende juridische instrumenten voor de Europese integratie, zoals Verdragen op primair niveau of tweede niveau-instrumenten als richtlijnen, verordeningen, arresten van het Hof enz. Nieuwe-governance methoden ontberen kenmerken als verplichting, uniformiteit, onderwerping aan rechtspraak, sancties enz. en zij worden als instrument voor het bewerkstelligen van Europese integratie soms in positieve en soms in negatieve zin vergeleken met hard recht.

98. Zie P. Schmitter, geciteerd door C. Joerges, *Constitutionalism and Transnational Governance: Exploring a Magic Triangle*, in: C. Joerges, I.-J. Sand en G. Teubner, *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart, Oxford 2004, p. 341.

99. C. Joerges, I.-J. Sand en G. Teubner, *ibid.*

100. J. Scott en D.M. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, 8 *European Law Journal* 2002, p. 1.

101. Maar zie C. Möllers, *European Governance – meaning and value of a concept*, 2006 *Common Market Law Review*, nog niet verschenen, die zich afvraagt 'how can we legitimately call anything new (or old) while everything is in flux and therefore simultaneously old and new?'

Maar bij governance gaat het niet alleen om zachtere instrumenten of methoden van convergentie of een minder strakke coördinatie. Natuurlijk valt onder governance in ieder geval het vaststellen van voorschriften door (buiten-)institutionele maar wel officiële fora als comitologie en (onafhankelijke) EU-agentschappen die in feite in de juridische en institutionele praktijk steeds vaker tot gevestigde instellingen worden omgevormd. Governance bestrijkt echter ook meer informele en 'nieuwere' netwerkverbanden volgens de zogenaamde open coördinatiemethode (OCM). In de literatuur laat men (nieuwe) 'governance' soms geheel samenvallen met OCM, hetgeen duidelijk een te enge benadering is. De Commissie hanteert het begrip governance echter wel op een bijzonder verwarrende wijze. Enerzijds wordt het gebruikt ter aanduiding van groepen actoren en niet-institutionele verbanden die niet vallen onder de formele, op Verdragsteksten gebaseerde bevoegdheden van de belangrijkste besluitvormende instellingen. Anderzijds wordt het ook gebruikt als middel voor het versterken van (de rol van de Commissie bij) de communautaire methode. In deze zin wordt het begrip op nogal ongedefinieerde wijze gehanteerd in zowel een formele als informele context.

Gegeven het feit dat 'informele governance' een steeds centralere rol inneemt in de (institutionele) EU-omgeving, geldt dat de parameters en (constitutionele) betekenis van het verschijnsel informaliteit een diepgaandere analyse verdienen. Hetzelfde kan worden gezegd met betrekking tot de chaotische groei van zowel formele als informele *netwerken* in en rond de beleidsvormingsprocessen van de EU.

4.2.2 Voorbeelden van informele governance

4.2.2.1 Verschuivingen in reguleringsinstrumenten (zacht recht en convergentie)

Recentelijk is er onder zowel academici¹⁰² als mensen uit de praktijk hernieuwde belangstelling ontstaan voor zacht recht.¹⁰³ 'Zacht recht' is in EU-verband natuurlijk helemaal geen nieuw begrip en wordt al langer gebruikt als aanduiding voor allerlei procedures met normstellende inhoud in een of andere vorm die echter geen formeel bindende kracht hebben. In 1994 omschreef Snyder zacht recht als 'rules of conduct which in principle have

102. Zie bijvoorbeeld L. Senden, *Soft Law in European Community Law. Its Relationship to Legislation*, Hart 2003.

103. Zie voorts Trubek et al., 'Soft law', 'Hard law' and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, Jean Monnet Working Paper 02/05, www.jeanmonnetprogram.org.

no legally binding force but which nevertheless may have practical effects'.¹⁰⁴

Bij de voorbereiding van haar Witboek over Governance heeft de Commissie enige aandacht besteed aan alternatieve methoden voor het tot stand brengen van regulering waarbij het institutionele kader van de EU ofwel in het geheel niet betrokken is ofwel slechts op aanvullende of ondergeschikte wijze.¹⁰⁵ In verband met regulerende maatregelen van niet-wetgevende aard zijn instrumenten als zelfregulering en wat men co-regulering is gaan noemen duidelijk van belang. Zuivere 'zelfregulering' is een *bottom-up* instrument voor de private sector waarbij bedrijven (en/of beroepsorganisaties en anderen) louter op vrijwillige basis en puur om hen moverende redenen actie ondernemen. Het vermogen om te komen tot zelfregulering hangt echter in hoge mate af van de aanwezigheid van lichamen en procedures voor de uitvoering van de verschillende onderdelen van het karwei – consensusvorming over inhoud of voorschriften, handhaving, enz. Anders dan bij individuele reacties van bedrijven, is er bij instrumenten van zelfregulering als gedragscodes, normen of certificering de noodzaak van samenwerking tussen deelnemers aan een bedrijfstak op verschillende niveaus (sectorniveau, nationaal, regionaal enz.). Zelfregulering kan worden gezien als een alternatief voor wetgeving, dat zich echter tot op zekere hoogte tevens afspeelt 'in de schaduw van de wet'.¹⁰⁶

In wezen is de onderliggende gedachte van 'co-regulering' dat wordt getracht de voordelen van de voorspelbaarheid en het bindende karakter van wetgeving en die van de meer flexibele aanpak via zelfregulering zodanig te combineren dat zij elkaar versterken. Co-regulering kan op zich niet door het regulerende orgaan, bijv. de Commissie of een Agentschap, worden opgelegd maar is afhankelijk van een samenwerkingsverband tussen overheid en private actoren. Het voordeel voor het regulerende orgaan ligt vaak in de inbreng van een type deskundigheid door stakeholders dat buiten het normale bereik van overheidsinstanties ligt, terwijl het voor de overheidsinstantie niet doelmatig zou zijn te trachten die deskundigheid zelf in huis te halen. Het louter consulteren van belangengroepen wordt vervangen door daadwerkelijke deelneming van stakeholders die een zekere mate van verantwoordelijkheid op zich nemen door er voor in te staan

104. F. Snyder, *Soft law and Institutional Practice in the EU*, in: S. Martin (ed.), *The Construction of Europe*, Kluwer 1994 en K.C. Wellens and G.M. Borchardt, *Soft Law in EC Law*, *European Law Review* 1989, 267-321.

105. Zie met name de juridische normen neergelegd in het Interinstitutioneel Akkoord 'Beter wetgeven'; PB C 321/I, 31 December 2003.

106. Zie *Alternative Regulations or Complementary Methods? Evolving Options in European Governance*, EIPAScope 2003/1.

dat met het gezamenlijke optreden van de partners de gewenste doelen zullen worden verwezenlijkt.

In de praktijk vindt ingrijpen door de overheid plaats zowel voor- als nadat de stakeholders hun werk hebben gedaan: bij een 'top-down' benadering¹⁰⁷ bijvoorbeeld bepaalt de wetgever het wettelijke kader, de stakeholders geven daaraan invulling en de overheid houdt toezicht op het resultaat of bekrachtigt in sommige gevallen die gedetailleerdere voorschriften door deze om te zetten in een bindende verordening. Een goed voorbeeld vindt men in de in art. 138-139 van het Verdrag neergelegde dialoogprocedure, waarbij aan de Europese sociale partners de bevoegdheid is verleend te onderhandelen over overeenkomsten ter regulering van kwesties van sociaal beleid op het gebied van arbeidsomstandigheden. Het succes van deze procedure (met als eindproduct een Richtlijn) is te danken aan het bestaan van reeds lang gevestigde vertegenwoordigende organen op nationaal en Europees niveau die in staat zijn verantwoordelijkheid te dragen zowel in het onderhandelingsproces als in de uitvoeringsfase. Op andere gebieden is dit problematisch: er is, met als belangrijke uitzondering de Europese normalisatieorganen (CEN, CENELEC en ETSI) en een handvol andere, een gebrek aan EU-brede organen die in staat zijn tot of belang hebben bij het tot stand brengen van zelfregulering op EU-niveau. De Europese normalisatieorganen vormen dan ook een voorbeeld van ('top-down') co-regulering op EU-niveau, waarbij de basisvereisten bij wet worden vastgesteld, terwijl de stakeholders worden uitgenodigd de technische harmonisatienormen uit te werken op basis waarvan een 'vermoeden van conformiteit' wordt aangenomen. In dergelijke gevallen wordt op een duidelijk omliggende wijze gebruik gemaakt van een zelfreguleringsprocedure ter ondersteuning van het publieke recht.

Co-regulering kan het best meer worden gezien als aanvulling op dan als vervanging van communautair optreden middels wetgeving. In de praktijk kan harmonisatie van wetgevingen echter ook worden *vervangen* door een zachtere methode van 'beleidscoördinatie', aangestuurd door het openbaar bestuur zelf. Zo kan de Europese Commissie bijvoorbeeld niet-bindende beginselen aanmoedigen die mettertijd zullen leiden tot grotere 'conver-

107. Bij een 'bottom-up' benadering is het niet waarschijnlijk dat stakeholders zich de nodige inspanning zullen getroosten om een vertegenwoordigend orgaan op te zetten of te activeren voor het opstellen van een gedragscode of normen, tenzij zij door de overheid daartoe zijn uitgenodigd en zij redelijk harde garanties hebben dat de resultaten van hun werkzaamheden, mits deze voldoen aan de vooraf door de overheid gestelde voorwaarden, zullen worden overgenomen en bekrachtigd. Een voorbeeld van ('bottom-up') co-regulering is de Aanbeveling van de Commissie betreffende de vermindering van CO₂-emissies van personenauto's na vrijwillige toezeggingen van verenigingen van autobouwfabrikanten.

gentie' van nationale wetgevingen (in plaats van over te gaan tot harmonisatie). Convergentie is een algemeen begrip waaronder niet alleen onderlinge aanpassing via een geïnstitutionaliseerde procedure (hard recht) wordt verstaan maar ook het naar elkaar toegroeien van voorschriften door vrijwillig of zelfs spontaan optreden (zacht recht of de praktijk).¹⁰⁸ Dit kan bijvoorbeeld instrumenten betreffen als een 'gezamenlijk referentiekader' en optionele codes die de laatste jaren op het terrein van het Europese privaatrecht (contractenrecht en consumentenrecht) een prominente plaats hebben verworven.¹⁰⁹ In laatstgenoemd verband komt het verschijnsel van 'convergentie door regelgeving' door verschillende netwerken van regelgevers steeds algemener voor en wordt het ook steeds meer in een of andere vorm op EU-niveau geïnstitutionaliseerd (zie ook hierna). Op het gebied van de financiële dienstverlening bijvoorbeeld oefent het Comité van Europese Effectenregelgevers (CESR) zijn taken via drie verschillende wegen uit: gecoördineerde implementatie van EU-wetgeving in de lidstaten, convergentie door regelgeving en convergentie door toezicht.¹¹⁰ In het CESR zien wij, anders gezegd, een *bottom-up* aanpak door de nationale regelgevers waarbij de leden van het CESR bij hun regelgevende werkzaamheden richtsnoeren, aanbevelingen en normen invoeren. Hoewel deze regels en normen geen bindende kracht hebben, worden zij op grond van wederzijds vertrouwen tussen de regelgevers vrijwillig nageleefd en door laatstgenoemden in overleg met private actoren binnen hun rechtsgebied toegepast op de betrekkingen tussen producenten en gebruikers van financiële diensten.

Het meest wijdverbreide voorbeeld van een *top-down* en *bottom-up* vorm van governance op EU-niveau is wat de 'open coördinatiemethode' (OCM) wordt genoemd. Deze is ontstaan in verband met de coördinatie van nationale micro-economische beleidsmaatregelen in de vroege jaren negentig van de vorige eeuw en heeft zich sindsdien nogal snel uitgebreid naar allerlei andere beleidsgebieden.¹¹¹ De methode is gericht op het coördineren van het optreden van de verschillende lidstaten op een bepaald beleidsgebied terwijl zij worden vrijgelaten de overeengekomen beleidsdoelen na te streven op een wijze die past in de eigen nationale omgeving en met verschillende snelheden. De gedachte is dat het scheppen van voorwaarden waaronder de lidstaten van elkaar kunnen leren in de praktijk zou kunnen

108. Zie ook W. van Gerven, Bringing (private) laws closer to each other at the European level, in: F. Cafaggi (ed.), *The Institutional framework of European Private Law*, Academy of European Law, Florence, publication forthcoming.

109. Zie verder preadvies van Jan Smits in deze bundel.

110. Zie verder W. van Gerven, a.w.

111. Varianten van de OCM zijn toegepast op een toenemend aantal beleidsgebieden, variërend van onderwijs, gezondheidszorg, sociale uitsluiting tot immigratie en asielbeleid, en nog vele andere.

leiden tot een zekere mate van vrijwillige beleidsconvergentie. Voorstanders van OCM betogen dat zacht recht ruimte laat voor een scala aan interpretatiemogelijkheden en voor *trial and error* zonder de knellende banden van uniforme voorschriften of de dreiging van formele sancties. Dit maakt het voor lidstaten mogelijk oplossingen te ontwikkelen die zijn toegesneden op hun specifieke problemen in hun eigen nationale omgeving en biedt terugkoppelingsmechanismen voor het delen en opbouwen van kennis.¹¹² Bovendien kan met zachtere governance-vormen als OCM eerst een minimum nalevingsniveau worden ingesteld en kunnen vervolgens steeds hogere normen worden geformaliseerd naarmate deze worden bereikt. Dit vereist zowel aansturing door de Europese instellingen met richtsnoeren op EU-niveau (Europese Raad), als tenuitvoerlegging en terugkoppeling naar de instellingen (Commissie) door de lidstaten, alsmede evaluatie door de Raad van wat reeds tot stand is gebracht en aanbevelingen van de Raad aan individuele staten over de wijze waarop zij hun richtsnoeren implementeren.

Een aantal critici heeft betoogd dat OCM, omdat het 'harde' elementen ontbeert, niet doelmatig is als middel om echte veranderingen tot stand te brengen. Er zijn wel pogingen gedaan om de doeltreffendheid van de OCM te meten, met enige aanwijzingen dat OCM-procedures in wisselende mate invloed hebben op verschillende beleidsterreinen.¹¹³ Wat daar ook van zij, de methode zal mogelijk haar werkelijke waarde niet bewijzen als alternatief voor hardere rechtsvormen (bijv. wanneer die niet mogelijk zijn), doch veeleer als een *complementaire* vorm van governance die de uitwerking van hard recht aanvult en benchmarks en indicatoren oplevert waaraan men kan aflezen in welke mate de gezamenlijke doelstellingen van de OCM-instrumenten en verschillende wettelijk bindende instrumenten (zoals richtlijnen) worden bereikt.¹¹⁴

4.2.2.2 Governance via netwerken

'Governance' als specifieke wijze van regeren brengt mee dat publiek beleid wordt geformuleerd of ten uitvoer gelegd door netwerken waarbij publieke actoren (politici en ambtenaren) en verschillende soorten niet-publieke actoren (deelnemers aan het economische verkeer, belangenbehartigers en stakeholders, deskundigen) gezamenlijk zijn betrokken. Overleg, onderhandelen en streven naar compromissen zijn daarbij de methoden

112. Zie D. Trubek, *Hard and Soft Law in European Integration* (met P. Cottrell & M. Nance), nog te verschijnen in J. Scott and G. de Burca, *New Governance and Constitutionalism*, Hart 2006.

113. Zie Trubek et al., p. 22.

114. Zie Trubek 2005, a.w.

voor het bereiken van overeenstemming in de governance-arena's, die worden gekenmerkt door 'cooperative relations between governmental units attached to different territorial levels (subnational, national, European etc.) and by collaboration of these units with various non-public bodies (associations, third-sector organizations, firms etc.)'¹¹⁵ De verwachting is dat governance van het netwerk-type zal leiden tot besluiten met een sterke 'output legitimacy'¹¹⁶ omdat de inhoud daarvan technisch gezien adequater is of door de doelgroepen beter wordt aanvaard. Politicologen betogen dat het centrum van de besluitvorming nimmer bij een netwerk kan liggen; macht wordt verspreid over meer of minder autonome actoren, de besluitvorming verloopt via een onderhandelingsproces en 'government does not have enough power to exert its will on other actors'.¹¹⁷ Juristen worstelen met het probleem van de ongrijpbaarheid en het gebrek aan procedures en 'harde' (voor handhaving vatbare) resultaten. Veel Europese juristen geloven intuïtief dat Europese integratie heldere sturing, uniforme behandeling, sancties ter afschrikking van niet-naleving en onderwerping aan rechtspraak vereist en derhalve uitsluitend tot stand kan komen middels harde verdragsrechtelijke bepalingen en verordeningen en richtlijnen. Diegenen die voordelen zien in de nieuwe governance en zacht recht plaatsen echter vraagtekens bij het nut van traditionele vormen van hard recht met betrekking tot veel van de kwesties waarvoor de EU zich heden ten dage geplaatst ziet.¹¹⁸ Zij zien liever dat er een kader van zachte wetgeving komt dat ruimte biedt aan diversiteit, wederkerige leerprocessen bevordert, goede procedures verspreidt, en convergentie naar EU-doelstellingen aanmoedigt.¹¹⁹

Men dient governance via netwerken binnen de EU in ieder geval te zien in wijder mondiaal verband waarbij zowel transgouvernementele als transnationale netwerken gevestigde verschijnselen zijn dwars door vele probleemgebieden heen.¹²⁰ Ambtelijke diensten zijn al enige tijd bezig hun

115. Zie Y. Papadopoulos, *Problems of political accountability in network and multi-level governance*, *European Law Journal* 2006, nog te verschijnen.

116. Zie F. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?* Oxford 1999.

117. Zie nader W. Kickert, *Complexity, Governance and Dynamics: Conceptual explorations of network management*, in: J. Kooiman (ed.), *Modern Governance: new government-society interactions*, London 1993, p. 275. Zie tevens C. Harlow en R. Rawlings, *Promoting accountability in multi-level governance: a network approach*, *European Law Journal* 2006, nog te verschijnen.

118. Zie nader Trubek et al., a.w.

119. Zie bijvoorbeeld K. Jacobsson en H. Schmidt, *The European Employment strategy at the Crossroads: Contribution to the Evaluation*, in: D. Folden en L. Magnusson (eds.), *Five Years Experience of the Luxembourg Employment Strategy*, Brussel ETUI 2003.

120. Zie K. Raustiala, *The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of international law*, 43 *Virginia Journal of International Law* 2002, p. 1-92.

eigen externe betrekkingen te organiseren met hun tegenvoeters in andere landen. Volgens sommige auteurs leidt het opkomende pluralisme bij de externe betrekkingen tot versnippering van de staatsorganisatie waarbij achter de schermen van de soevereiniteit wordt gekeken.¹²¹ Anne-Marie Slaughter beschrijft in haar boek 'A New World Order' hoe verscheidene overheidsnetwerken van uiteenlopende aard (informatienetwerken, handhavingsnetwerken en harmonisatienetwerken) thans leiden tot het uiteenvallen van soevereiniteit ('*disaggregation of sovereignty*') en de '*disaggregated state*'. Zij roept op tot een conceptuele verschuiving: 'laten we ophouden het internationale stelsel te zien als een stelsel van staten – unitaristische eenheden als biljartballen of zwarte dozen – die zijn onderworpen aan regels vastgesteld door internationale instellingen los van, of liever 'boven' die staten. Denk voortaan in termen van een wereld van (wetgevende, rechtsprekende, uitvoerende) overheidsinstanties die functioneren in wisselwerking met zowel elkaar in eigen land als met hun buitenlandse en supranationale tegenvoeters'.¹²²

Er zijn allerlei soorten (overheids)netwerken die functioneren onder de auspiciën van de EU, inclusief samenwerkings- en informele (en ook buiten-institutionele) netwerken die door verschillende actoren zelf in de periferie (als het ware) van de Europese integratie zijn opgezet. Een goed voorbeeld is het netwerk van nationale parlementen zowel binnen COSAC-verband als daarbuiten.¹²³ Nu de Europese Grondwet er niet is gekomen met het daarin voorziene formele juridische kader waarin de nationale parlementen werden geautoriseerd om (quasi-collectief) een 'gele kaart' of 'vroegge waarschuwing' uit te delen dat voorgenomen EU-wetgeving strijdig zou kunnen zijn met het beginsel van subsidiariteit, is het netwerk van nationale parlementen voornemens om in de praktijk en informeel toch min of meer hetzelfde te doen en aldus aanzienlijke politieke druk uit te oefenen op de Commissie.¹²⁴

Er zijn (informatie- en handhavings-)netwerken die in beginsel een duidelijke rechtsbasis hebben in de EU-rechtsorde, bijvoorbeeld het Europese netwerk van mededingingsautoriteiten *European Competition Network*

121. Zie Picciotto, *Networks in International Economic Integration: Fragmented States and the Dilemmas of Neo-Liberalism*, 17 *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1966/97, p. 1014-1056 en C. Möllers, a.w.

122. Zie A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton 2004, p. 5.

123. Zie verder P. Kiver, *The National Parliaments in the European Union. A Critical View on Constitution-Building*, Maastricht 2005.

124. Zie National parliaments to show Commission yellow card, 18 november 2005, www.euobserver.com.

(ECN)¹²⁵, hoewel dit onmiskenbaar geen orgaan of agentschap is van de EU (EG) als zodanig. Dit netwerk oefent aanzienlijke invloed uit met zijn deskundige waarnemers en heeft in verband met de handhaving van het mededingingsrecht van de EG een formele relatie met de Commissie. Er zijn andere netwerken die functioneren op gebieden waar de EU geen duidelijk omliggende of slechts (uiterst) beperkte bevoegdheden heeft en enkele daarvan bezitten in feite (formele) bevoegdheden tot het uitvaardigen van regels. Dit is het geval bij het eerder genoemde netwerk van effectentoezichthouders CESR dat opereert op het gebied van de financiële dienstverlening.¹²⁶ De EU maakt ook gebruik van rechtshandavingsnetwerken bestaande uit nationale ambtelijke diensten, welke netwerken formeel op EU-niveau zijn geautoriseerd om bepaalde taken uit te voeren of informatie uit te wisselen. Zo is men thans bijvoorbeeld doende het netwerk van rechtshandavingsinstanties van de lidstaten door middel van het equivalent van een 'richtlijn' (een kaderbesluit van de Raad) formele bevoegdheid te verlenen om onder bepaalde voorwaarden onderling gegevens en inlichtingen uit te wisselen. Volgens art. 1 van dit ontwerp-kaderbesluit heeft dit ten doel 'regels vast te stellen volgens welke rechtshandavingsinstanties van de lidstaten doelmatic en snel bestaande gegevens en inlichtingen kunnen uitwisselen teneinde strafrechtelijke onderzoeken of criminele inlichtingenoperaties uit te voeren.' Op dezelfde wijze kunnen EU-verplichtingen direct worden opgelegd aan bijvoorbeeld alle aanbieders van telecomdiensten of alle rechtshandavingsinstanties in de verschillende lidstaten.¹²⁷

Wat zich thans in EU-verband voltrekt, is de ontwikkeling van hoogontwikkelde netwerken van ambtelijke diensten die in toenemende mate worden geïnstitutionaliseerd. Zij mogen dan, met name op instigatie van de Commissie, als nieuwe instanties in het leven worden geroepen, zij worden echter wel opgezet naar het voorbeeld van (bestaande) transnationale netwerken en gedeeltelijk als vervanging daarvan (vgl. Lamfalussy). Hierdoor kan de Commissie direct deelnemen aan de coördinatie van nationale regelgevers zonder tussenkomst van de regeringen van de lidstaten. Bovendien zijn de nationale regelgevende instanties verplicht rekening te houden met de besluiten van andere nationale ambtelijke diensten en we-

125. Zie in algemene zin J.S. Venit, *Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, 40 CML Rev 2003, 545-580. Zie voorts http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/procedural_rules/cooperation_network_en.pdf.

126. Zie voorts W. van Gerven, *Bringing (private) laws closer to each other at the European level*, Europees Universitair Instituut, Florence 2004, nog niet verschenen.

127. Zie bijv. het ontwerp-kaderbesluit van de Raad inzake vereenvoudiging van de onderlinge uitwisseling van gegevens en inlichtingen tussen nationale rechtshandavingsinstanties, document 15482/05, 8 december 2005, nog niet gepubliceerd.

derkerige naleving en respectering te bedingen: een soort 'positieve comity'.¹²⁸ Eenzelfde verschijnsel lijkt zich ook op bredere schaal voor te doen op gebieden als politieke samenwerking en wetshandhaving. In laatstgenoemd verband is het veeleer de Raad die een sturende rol speelt door het opstellen van juridische instrumenten waarbij verplichtingen worden opgelegd aan (specifieke) nationale regelgevende en andere instanties zodat deze nauwer kunnen samenwerken en sneller informatie kunnen uitwisselen en voorschriften vaststellen c.q. handhaven, al naar gelang de behoeften op een bepaald beleidsterrein. Met andere woorden, we zijn getuige van het ontluikend begin van een proces waarbij de verschillende functies van de lidstaten – wetgevende, rechtsprekende en uitvoerende functies – worden losgekoppeld ('*disaggregated*') en de ontkoppelde pendanten op transnationaal niveau in nauwe associatie met de supranationale instellingen (Commissie c.q. Raad) worden samengevoegd.

4.2.2.3 Verschuivingen in de taakstelling van officiële instellingen

Uit het voorgaande volgt dat de informele aspecten van governance ook aan formele actoren en voorschriften gaan kleven hetgeen mettertijd kan leiden tot een echte 'verschuiving' in de wijze waarop we die formele actoren/voorschriften moeten zien. Laatstgenoemd effect doet zich mogelijk bijzonder sterk voor ten aanzien van de Raad en de wijze waarop deze de laatste jaren stapsgewijs taken van uitvoerende aard naar zich toe heeft getrokken. De Raad is oorspronkelijk geconcipeerd als het intergouvernementele orgaan *par excellence* en die was vele jaren het absoluut centrale besluitvormingsorgaan. De laatste jaren is veel nadruk gelegd op de wetgevende rol van de raad zowel op het traditionele beleidsterrein van de EG als op de nieuwere beleidsgebieden als justitie en binnenlandse zaken. Wat voor het blote oog minder zichtbaar is gebleven, mede omdat dit geen uitdrukking heeft gevonden in formele verdragsbepalingen of in de gebruikelijke opvattingen over de aard (namelijk intergouvernementeel) van de Raad van Ministers als instelling van de EU, is het feit dat de Raad thans ook moet worden gezien als een orgaan dat taken van uitvoerende aard vervult en bovendien wordt geacht tevens de beleidsontwikkeling met betrekking tot activiteiten van meer operationele aard (gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid en justitie en binnenlandse zaken) onder zijn vleugels te hebben. In feite heeft de Raad een steeds grotere rol verworven die vergelijkbaar is met de rol van de Commissie op andere beleidsterreinen.

Het is niet gebruikelijk de Raad te zien als een orgaan dat zelf op enigerlei substantiële wijze bestuurlijke of uitvoerende macht uitoefent. Dat dit

128. Zie C. Möllers, a.w. p. 22.

de afgelopen tien jaar, sinds het Verdrag van Maastricht, in feite wel het geval is geweest leidt tot de vraag hoe de Raad, gezien zijn aard van intergouvernementeel orgaan bestaande uit ministers en met een (per zes maanden) roulerend voorzitterschap, in de praktijk taken van bestuurlijke en uitvoerende aard heeft kunnen vervullen. Het antwoord moet in belangrijke mate worden gezocht bij een verdergaande onderkenning dan er tot nu toe is geweest van de stuwende rol van de bureaucratie (vaste ambtenaren) en van de nationale ambtenaren die een permanente zetel bezetten in de onderbuik van de Raad bestaande uit werkgroepen, coördinatiecomités enzovoort, bij de voorbereiding en verdere behandeling van specifieke maatregelen (binnen de brede beleidsparameters vastgesteld door de lidstaat die op enig moment het voorzitterschap bekleedt). Zo is bijvoorbeeld het secretariaat-generaal van de Raad de afgelopen jaren vanuit zijn voorheen nogal passieve rol geëvolueerd en speelt thans in het kader van bijstand aan het voorzitterschap een veel actievere rol 'niet alleen bij de toepassing van procedures, maar ook bij de voorbereiding van inhoudelijke onderhandelingen. Tegelijkertijd is de rol van de juridische dienst belangrijker en veelomvattender geworden, ook tijdens intergouvernementele conferenties. In het algemeen werd door de halfjaarlijkse wisseling van voorzitterschap en de belangrijker rol van het voorzitterschap de bijstand van het secretariaat-generaal steeds noodzakelijker ter bevordering van de continuïteit en de doelmatigheid van de werkzaamheden; de opeenvolgende voorzittersschappen konden profijt trekken van de ervaring die in de loop der jaren was opgedaan'.¹²⁹ Politicologen beginnen in te zien dat het secretariaat-generaal van de Raad inderdaad een centrale rol speelt in wat er achter de schermen wordt bereikt en een aantal keren de uitslag zelfs heeft beïnvloed en meer in lijn gebracht met de eigen visie van dat secretariaat op de wijze waarop de EU zich ontwikkelt.¹³⁰

Zo houdt bijvoorbeeld het feit dat de ontwikkeling van belangrijke aspecten van beleidsvorming op het gebied van justitie en binnenlands zaken is gebaseerd op actieplannen, zoals het Actieplan inzake de georganiseerde misdaad¹³¹ of het Tampere Actieplan, nauw verband met de opkomst van

129. Trumpf/Piris Verslag, Het functioneren van de Raad in het vooruitzicht van een grotere Unie, Verslag van de door de secretaris-generaal van de Raad ingestelde werkgroep, GBVB Verklaring van de voorzitter, Brussel 1999.

130. Zie bijv. D. Beach, *The Unseen Hand in the Treaty Reform Negotiations: the Role and Influence of the Council Secretariat*, 11 *Journal of European Public Policy*, 2004, p. 408-439 en T. Christiansen, *Out of the Shadows: The General Secretariat of the Council of Ministers*, R.M. van Schendelen en R. Scully (eds.), *The Unseen Hand: Unelected Legislators in the EU*, London, Frank Cass 2003 p. 80.

131. Actieplan voor de bestrijding van de georganiseerde misdaad (vastgesteld door de Raad op 28 april 1997), PB C 251, 15/08/1997, p. 1-16.

een meer autonome rol voor het secretariaat-generaal van de Raad. Meer recentelijk zijn bij een aantal besluiten taken opgedragen aan de Raad (in de praktijk aan het secretariaat-generaal van de Raad) betreffende de evaluatie van uitvoeringsmaatregelen die zeer veel lijken op door de Commissie uitgevoerde taken ten aanzien van de klassieke EG-gebieden. Daarnaast vormt de bij het Verdrag van Amsterdam voorziene benoeming van een Hoge Vertegenwoordiger voor het buitenlands en veiligheidsbeleid (die tevens dienst doet als secretaris-generaal van de Raad) een bijzonder duidelijke illustratie van dit punt, aangezien de desbetreffende taken onder meer bestaan uit het opzetten, voorbereiden en uitvoeren van de besluiten van de Unie op het gebied van buitenlands beleid.

Wat zich in de loop der jaren in de juridische praktijk heeft ontwikkeld ten aanzien van de uitvoerende taken van de Raad is bevestigd in de bepalingen van het Grondwettelijk Verdrag. In een groeiend aantal gevallen heeft de Raad in zijn hoedanigheid van uitvoerende macht een van de wetgever onafhankelijke functie. Dit is het geval bij besluiten op het gebied van buitenlands en veiligheidsbeleid, waarbij de EU haar beleid ten opzichte van derde landen bepaalt, bij sommige besluiten op het gebied van politieke samenwerking, alsmede bij besluiten met betrekking tot het functioneren van de Economische en Monetaire Unie, die zijn bedoeld als reactie op bepaalde situaties die moeilijk vooraf bij wetgeving kunnen worden gereguleerd. Dit zou men kunnen aanduiden als de 'autonome' rol van de Raad optredend als een 'uitvoerende' macht. Hieronder vallen mede operationele activiteiten waaraan in de bepalingen van het Grondwettelijk verdrag een zekere ereplaats is gegeven. Dit hield in dat een efficiëntere structuur moest worden opgezet voor de coördinatie van operationele samenwerking op *hoog technisch niveau* binnen de Raad, de missie van het zogenaamde 'Artikel 36 comité'. Deze hervormde structuur, die men al bezig is in te voeren zelfs zonder dat een Grondwettelijk Verdrag van kracht is, zorgt voor de coördinatie van en toezicht op het gehele spectrum van operationele activiteiten inzake politie- en veiligheidskwesties (onder meer politieke samenwerking, oriëntatiemissies, faciliteren van samenwerking tussen Europol en Eurojust, intercollegiale toetsing, burgerbescherming enz.).

Een ander aspect van de bredere institutionele architectuur van de Unie dat zowel het formele en informele betreft is het steeds frequenter instellen en opdragen van taken aan veelsoortige (autonome) EU-agentschappen en allerlei lichamen of quasi-autonome 'comités'. Het is niet alleen de Commissie die taken delegeert aan uitvoerende en regelgevende instellingen in het kader van haar lopende herbezinning op haar (politieke) kerntaken, het is ook (en steeds vaker) de Raad die taken van uitvoerende en operationele aard die vroeger tot het domein van de lidstaten behoorden delegeert of opdraagt aan instellingen op Europees niveau. Europol is waar-

schijnlijk het bekendste voorbeeld van een door de lidstaten opgezet onafhankelijk orgaan met – nogal zwakke – banden met de Raad, waarvan de taken steeds verder zijn uitgebreid en thans ook taken van meer operationele aard omvatten zoals de deelname van Europol aan zogenaamde 'recherchesamenwerkingsteams'. Europol heeft recentelijk op zeer ruime schaal een bevoegdheid uitgeoefend bij het onderhandelen over en sluiten van internationale overeenkomsten met derde landen en andere internationale organisaties. De wijze waarop in de praktijk bevoegdheden en taken worden gedelegeerd aan een hele reeks *non-majoritarian* agentschappen die zijn opgericht en opereren op Europees niveau is een treffend voorbeeld van de zich in de praktijk voordoende ontwikkeling van institutionele structuren buiten het officiële verdragsrechtelijke kader om. Tot op de dag van vandaag bieden de constituerende verdragen (evenals als het Grondwettelijk Verdrag) geen rechtsbasis die de structurele instelling van dergelijke agentschappen op Europees niveau mogelijk maakt.

5 *Paradise Lost?* Nieuw leven voor de rol van het recht en van juristen?

5.1 Paradise Lost?

De juridische wetenschap heeft zich bij de bestudering van Europese integratie traditioneel gericht op de rol van het recht daarbij als een grotendeels autonoom stelsel met onuitgesproken axioma's ten aanzien van de teleologische implicaties. Maar de juridische wetenschap heeft met name de laatste jaren de aandacht ook gericht op politieke integratie *door middel van* het recht, dat wil zeggen het recht als zowel 'integratieobject als integratieinstrument'. Mogelijk bestaan er nog wel enkele overblijfselen van het in conceptueel opzicht zuivere juristen-'paradijs' als beschreven in de openingsregels van dit preadvies, maar wat echt radicaal en fundamenteel is veranderd is de hedendaagse context waarin het recht zijn rol speelt (of soms ook niet speelt). Zelfs het Hof van Justitie, zogenaamd in ballingschap in het sprookjesachtige hertogdom Luxemburg,¹³² houdt zich tegenwoordig bezig met de heruitvinding van zijn traditionele rol, namelijk de inrichting van de rechtsorde van de Europese Unie, door politieke beslui-

132. In de oorspronkelijke woorden van Eric Stein, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, 75 *American Journal of International Law* 1981, p. 1-27.

ten te herijken ten gunste van het individu.¹³³ Een recent arrest als *Pupino*¹³⁴ is bijvoorbeeld staatsrecht met politiek.¹³⁵

Tegelijkertijd mogen juristen het karakter in wording van de Europese Unie misschien wel steeds meer als een politiek systeem gaan zien, maar men moet wel bedenken dat het een politiek systeem is dat verschilt van nationale politieke systemen. In de woorden van politicoloog Peter Mair: 'The efforts to displace conflict dimensions into arenas where democratic authority is lacking, as well as the efforts to depoliticize issues that relate to European integration, have led to the development of a distinct political system in which the exercise of popular control and electoral accountability proves very difficult'.¹³⁶ Het feit dat zich in het hart van het EU-systeem een naar normale opvattingen zo groot politiek tekort voordoet heeft gevolgen voor de (her)bezinning van de relatie tussen recht en politiek op dat niveau. Bovendien heeft de wijze waarop het politiek-institutionele systeem zich in de praktijk op EU-niveau ontwikkelt, geleid tot een conceptuele vervaging van grenzen en begrippen als bevoegdheid, machtsfeer, jurisdictie, soevereiniteit enz.

Tevens brengt de vervlechting van publieke en private instellingen met zich mee dat het onderscheid tussen formeel en informeel minder belangrijk wordt. In wezen is de kern van het onderscheid tussen formele en informele actoren en regels waarschijnlijk dat in informele procedures de actoren niet wettelijk gebonden zijn aan hun regels, hoewel deze wel juridische betekenis kunnen hebben; op het punt van handhaving is het verschil dat benadeelde partijen zich uitsluitend kunnen beroepen op politieke sancties, waarvan de rechtskracht verwaarloosbaar is. Nog een belangrijk onderscheid tussen formele en informele actoren en regels heeft betrekking op het feit dat er bij informele governance sprake is van veel meer geslotenheid en gebrek aan transparantie dan bij formele EU-governance. Een dergelijke 'vertrouwelijkheid' kan in sommige omgevingen als een voordeel worden beschouwd aangezien daardoor veel 'openhartiger' discussies mogelijk zijn tussen bijvoorbeeld politieke actoren (zoals ministers van finan-

133. Zie voor het gebruik van dit begrip D. Halberstam, *The Bride of Messina or European democracy and the Limits of Liberal Intergovernmentalism*. In *Altmeuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective* (Symposium), Jean Monnet Working Papers, vol. 5/04, New York, NY, Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice 2004. Te vinden op <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-20.html>.

134. Zaak C-105/03, *Pupino*, arrest van 16 juni 2005, nog niet gepubliceerd.

135. P. Mair, *Popular Democracy and the European Union Polity*, European Governance Papers, no. C-05-03, www.connex-network.org/eurogov.

136. P. Mair, *Popular Democracy and the European Union Polity*, European Governance Papers, no. C-05-03, www.connex-network.org/eurogov.

ciën, bijvoorbeeld in de Eurogroep¹³⁷) maar zij kan ook leiden tot het 'verborgen houden' van de technocratische besluitvorming waarna de besluiten vervolgens op formeel-politiek niveau als hamerstukken worden goedgekeurd.

Zolang bepaalde doelen worden bereikt, wordt het steeds minder relevant of dit nu gebeurt met gebruikmaking van juridische procedures of langs informele weg. Bij een governance-kijk op overheid gaat het om institutionele keuzen en doelmatigheid waarbij het juridisch perspectief naar het lijkt noodgedwongen op de achtergrond treedt. Legaliteitsvragen worden verdrongen door vragen over institutionele structuur. Governance-instrumenten zijn lang niet altijd aan enige rechtsmacht onderworpen of in rechte afdwingbaar, maar zij kunnen wel een aanzienlijke informele politieke of economische invloed hebben. Governance kan tot op zekere hoogte worden beschouwd als een hedendaags eufemisme – een woord dat de gebruikers in staat stelt het begrip 'regeren' te vermijden en daarmee enkele ongemakkelijke en ingewikkelde vragen betreffende het onderscheid tussen bevoegdheid enerzijds en macht (of invloed) anderzijds te ontlopen. Spreken over governance in plaats van over regeren effent de weg voor een zekere neiging tot het verborgen willen houden bij wie het regeringsgezag nu precies berust. Toch hebben de woorden *government* (regeren) en *governance* dezelfde etymologische wortels als aanduiding van openbaar gezag en zeggenschap.¹³⁸ Zoals Christoph Möllers het formuleert: 'Governance ... is not something different to government, it is just a more general concept that goes beyond governmental institutions and includes the whole of society'.

Het punt is dat het bij de EU gaat om *government* (regeren) maar ook om governance; het gaat om formele instellingen en actoren en hun bevoegdheden en instrumenten maar het gaat *ook* om informele actoren en informele instrumenten. Er is geen governance zonder regeren en er is ook geen zacht recht zonder hard recht. Maar het is geen kwestie van eenrichtingsverkeer; er zijn ook aanwijzingen van bewegingen in tegenovergestelde richting (van governance terug naar regeren en van zacht recht terug naar hard recht). Dus indien het 'paradijs' heeft bestaan en bestaat uit absolute helderheid qua begrippenkader met (harde) begrippen en paradigma's, grenzen enz., dan is dat 'paradijs', voorzover het ooit meer is geweest dan een optische illusie, inderdaad 'verloren'. Dat betekent niet dat nu het vuur of de voorportalen van de hel ons wenken; misschien betekent het gewoon

137. Zie voorts U. Puetter, *Governing Informally: the role of the Eurogroup in EMU and the Stability and Growth Pact*, 11 JEP 2004, p. 854-870.

138. Zie de beschouwing in C. Möllers, *European Governance - meaning and value of a concept*, *Common Market Law Review* 2006, nog te verschijnen.

een terugkeer naar de planeet aarde met dingen als onscherpe, vage grenzen, die we aan het begin van de 21^e eeuw ook in onze nationale politieke en rechtsstelsels heel gewoon zijn gaan vinden. Het 'paradijs' met al zijn kunstmatige aantrekkingskracht ligt misschien niet meer binnen bereik, maar de echte wereld wenkt – met burgers van vlees en bloed en geen mythische engelen. In de realiteit van de Europese Unie in 2006 is het vraagstuk van publieke verantwoording een fundamenteel onderdeel van het politieke systeem in ontwikkeling. Het is mijn overtuiging dat het recht en juristen een zeer positieve en behulpzame rol kunnen spelen bij het ontwikkelen van (bestuursrechtelijke) verantwoordingsmechanismen die recht doen aan de institutionele en juridische werkelijkheid. Om deze reden zal ik kort aandacht schenken aan de vraag waar dit meer specifieke terrein van het bestuursrecht zich bevindt.

5.2 *De juridische bijdrage aan de vormgeving van verantwoordingspraktijken en mechanismen*

5.2.1 In kaart brengen van wetgevende en uitvoerende macht binnen de EU

Juristen beschrijven en analyseren graag de formele institutionele structuren van de Unie, maar richten zich daarbij met name op 'hard recht' en de handhaving en tenuitvoerlegging daarvan. Kort gezegd, juristen hebben de neiging zich te concentreren op de institutionele situatie waarin op EU-niveau (Commissie tegenover Ministerraad/ Europese Raad) het begrip 'regeren' (*government*) wordt gehanteerd. Sommige juristen wijzen wel bijzonder onverbloemd op hetzij de Commissie hetzij de Europese Raad als voorbeeld bij uitstek van 'regering' op EU-niveau.¹³⁹ Dit kan een mogelijke verklaring vormen voor de wijze waarop juristen met name vaak de kwestie van het democratisch tekort op EU-niveau benaderen. Regeren wordt immers niet alleen geassocieerd met de natie-staat maar ook met het staatsmodel van representatieve democratie. Juristen hebben aldus op verschillende manieren actief deelgenomen aan het debat over manieren om de representatieve democratie in Europees te versterken, met name door een nogal legalistische versterking van de rol van het Europese Parlement via rechtszaken.¹⁴⁰ Maar zij hebben ook meegewerkt aan het ontwerpen van en de theorievorming over een veel bredere rol voor het Europese

139. Zie bijvoorbeeld voor de Europese Raad T. Eijsbouts, *De macht, de mensen, het model. Europa's grondwet à l'américaine*, NJB 2005/20. Zie voor de Commissie W. van Gerven, *The European Union. A Polity of States and Peoples*, Hart, Oxford 2005.

140. Zie voor een beschrijving F. Mancini, *Making a Constitution for Europe*, CML Rev. 1989.

Parlement in het wetgevingsproces en aan het ontwerpen van een (aangepaste) 'medebesluitvormings'-procedure.

Binnen de klassieke communautaire methode van wetgeving (en ook wel wetstocpassing) is het debat over democratische verantwoording redelijk eenzijdig geweest waarbij de aandacht grotendeels uitging naar de Ministerraad als feitelijke wetgevende macht. Dientengevolge werd de 'oplossing' gezocht in termen van meer parlementaire inbreng en tegenwicht (op hetzij nationaal hetzij Europees niveau of beide). Dit is in de loop der jaren in aanzienlijke mate tot stand gebracht (en zou in nog grotere mate het geval zijn geweest indien het Grondwettelijk Verdrag van kracht zou zijn geworden, waarbij de normale wetgevingsprocedure van toepassing zou zijn geweest op praktisch alle beleidsterreinen¹⁴¹). Voor wat betreft de bevoegdheden van het Europese Parlement neigden juristen er toe de aandacht te richten op verbetering van het medebesluitvormingsproces als zodanig en uitbreiding van de reikwijdte daarvan dan wel op de zelfregulerende bevoegdheden van het Europese Parlement zelf om zich proactief assertiever op te stellen op het punt van het controleren en ter verantwoording roepen van de verschillende instituten waar de macht in de huidige, veel fragmentarischer EU in feite wordt uitgeoefend. Zo heeft het Europese Parlement zijn reglement van orde gewijzigd teneinde bijvoorbeeld directeuren van Onafhankelijke Agentschappen te kunnen oproepen en onderwerpen enz.¹⁴² Hierin kan men enige bereidheid zien zich bezig te houden met de realiteiten van het zich ontwikkelende karakter van Europese governance. Tegelijkertijd gaat het juridische debat vaak voorbij aan de zeer reële zwakke punten in de organisatorische structuur van het EP, het gebrek aan politiek debat en aan Europa-brede politieke partijen die vraagstukken op Europees niveau op de politieke agenda zouden kunnen zetten.¹⁴³ De rol die nationale parlementen kunnen spelen bij het 'controleren' van hun eigen regering neemt periodiek een belangrijke plaats in, ook onder juristen.¹⁴⁴ Wat daar ook van zij, het vraagstuk van de procedure voor de vaststelling van wetten door de EU (en de inbreng van parlementen in die procedure) vormt slechts één stukje van de puzzel en bovendien niet langer het

141. Zie verder hierover B. Crum, *Tailoring Representative Democracy to the European Union: Does the European Constitution Reduce the Democratic Deficit*, 11 *European Law Journal* 2005, p. 452-467.

142. Zie verder D. Curtin, *Delegation to EU Non-Majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability*, in: D. Gerardin, R. Muñoz en N. Petit (eds.), *Regulation Through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Edgar Elgar, London 2006, p. 85.

143. Zie in tegengestelde zin W. van Gerven, *Closing the Accountability Gap. And the Rule of Law?*, niet gepubliceerd manuscript, in het bezit van de auteur.

144. Zie bijvoorbeeld een recent gepubliceerd boek van P. Kivcr, *The National Parliament in the European Union. A Critical View on EU Constitution-Building*, Maastricht 2005.

onmiskienbaar centrale stukje dat het was in bijvoorbeeld de dagen waarin de interne markt werd voltooid (en ook daarvoor).

Op het punt van de legitimiteit van en verantwoording voor de uitoefening van *uitvoerende macht* op EU-niveau placht het debat zich te concentreren op manieren om de democratische legitimiteit van de *Commissie* als primaire uitvoerende actor te vergroten. Daarbij werd gedacht aan het betrekken van politieke partijen in de benoeming van de Commissie en uitbreiding van de controlemechanismen van het Europese Parlement. De EU is overduidelijk niet de door Larry Siedentop beschreven onbeheersbare superstaat.¹⁴⁵ Volgens sommige politicologen is het democratische tekort zelfs een 'mythe' aangezien de EU zo democratisch is als zij kan, ja zelfs moet zijn.¹⁴⁶ Toch is er wel op gewezen dat zelfs de 'meest flinterdunne' theorie over 'democratie' de eis stelt van tegenkandidaten voor politiek leiderschap en publiek debat over de richting van de beleidsagenda, twee elementen die in de EU opvallend afwezig zijn.¹⁴⁷

Degenen die het 'democratisch tekort' van de EU smalend afdoen als een mythe hebben weinig begrip voor de meer fundamentele wijze waarop de EU zich geleidelijk ontwikkelt tot een politiek en bureaucratisch systeem. Wat in de (juridische en andersoortige) discussie over de uitoefening van niet-wetgevende macht (door mij onder de noemer 'uitvoerende' macht gevat) in ernstige mate wordt gebagatelliseerd is de exponentiële toename van de uitoefening van uitvoerende bevoegdheden door zowel de Raad van Ministers zelf, met name het secretariaat-generaal daarvan, als verschillende andere actoren en comités, waarvan een groot aantal geen rechtsbasis heeft in de Verdragen. De discussie over de democratische legitimiteit van deze ontwikkeling of zelfs over de mechanismen waarmee dergelijke actoren met een of andere vorm van beslissingsbevoegdheid ter verantwoording kunnen worden geroepen voor hun besluiten, is nog maar nauwelijks begonnen.¹⁴⁸ Dit kan men wel één van de grote 'pijnpunten' noemen op het gebied van zowel de juridische als de politieke verantwoording in de hedendaagse EU. Maar het is niet alleen het secretariaat-generaal van de Raad dat vanuit dit oogpunt een probleem vormt, er bestaat ook een legitimiteits- en verantwoordingsprobleem met betrekking tot andere actoren in de vorm van comités, agentschappen en, steeds vaker, netwerken van

145. L. Siedentop, *Democracy in Europe*, Oxford 2001.

146. Zie met name A. Moravcsik, *Is there a democratic deficit in world politics? A framework for analysis*, 30 *Government and Opposition* 2004, p. 336-363.

147. Zie voorts A. Follesdal en S. Hix, *Why there is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik*, *European Governance Papers*, www.connex-network.org/eurogov.

148. Zie voorts D. Curtin, *Mind the Gap: the Evolving EU Executive and the Constitution*, Europa Law Publishing 2004.

ationale actoren. In de woorden van Christian Joerges: 'There is a great deal wrong with building up opaque networks which get entrusted with the task of seeking to carry through what they have learned or agreed upon in democratic societies. Such a model may be soft because it no longer relies on mandatory provisions. It is for the same reason wrong because it risks empowering the executive and removing the virtues of democratic accountability, of rule-bound public governance and its judicial control. Should we, by taking the rule of law so lightly promote executive governance instead of deliberate polyarchy?'.¹⁴⁹

Anders gezegd: juristen en de juridische gemeenschap kunnen een essentiële rol spelen door eerst nauwkeurig in kaart te brengen waar de wetgevende resp. uitvoerende bevoegdheden op EU-niveau nu precies berusten en wat de reikwijdte ervan is. Deze belangrijke taak van het in kaart brengen vereist de bereidheid verder te kijken dan de louter formele omschrijvingen in de Verdragen alsmede de bereidheid een veel breder gebied van juridische en institutionele praktijken¹⁵⁰ bij het onderzoek te betrekken, waarbij men er niet voor zal mogen terugschrikken in het kreupelhout van het EU-recht te duiken. En dit vereist een veel uitgebreider en realistischer kennis van de fijne kneepjes van de institutionele en niet-institutionele uitoefening van wetgevende¹⁵¹ en uitvoerende bevoegdheden en taken in de hedendaagse EU dan juristen van oudsher plegen te hebben. Pas dan kan er een op maat gesneden debat plaatsvinden over de bijdrage die het recht en juristen kunnen leveren aan het ontwerpen van verantwoordingsmechanismen die zijn toegesneden op de werkelijkheid van vandaag.

5.2.2 Openbare verantwoordingsmechanismen en praktijken

5.2.2.1 Theorievorming over 'openbare verantwoording'

Op dit punt aangekomen kan het zinvol zijn eerst wat genuanceerder vast te stellen wat precies wordt bedoeld met de term 'openbare verantwoording'. Gesteld kan worden dat wat 'verantwoording in enge zin' wordt genoemd een aantal duidelijk onderscheiden elementen bevat. Allereerst is er het verslag uitbrengen in de afgezwakte zin van een verhaal, gevolgd door het stellen van vragen of debatteren over de aan de orde zijnde kwes-

149. C. Joerges, What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy, *ELRev.* 2005, 461-489.

150. Zie nader voor bedoelde praktijken D. Curtin en I. Dekker, The European Union as a Layered International Organization: Institutional Unity in Disguise?, in: P. Craig en G. deBurca (eds.), *The Evolution of EU Law*. Oxford 1999, p. 83-137.

151. Zie verder R. van Schendelen en R. Scully (eds.), *The Unseen Hand. Unlected EU Legislators*. Cass, Londen 2003.

ties, waarna tenslotte een evaluatie volgt of een oordeel wordt geveld met – mogelijk – consequenties voor de actor.¹⁵² Verantwoording in deze zin vindt plaats in de context van een 'sociale relatie' tussen een actor en een forum (het verantwoordingsforum) waarbij de actor *verplicht* is zijn optreden uit te leggen en te rechtvaardigen ten overstaan van het verantwoordingsforum. Dit forum kan een specifiek aangewezen instituut zijn (parlement, ombudsman, controlerend accountant, rechterlijk college) maar ook een meer algemeen forum zoals het grote publiek (media, internet). Onder deze definitie van openbare verantwoording vallen ook politieke verantwoordingsmechanismen, bijvoorbeeld van een minister (of lid van de Commissie) aan het parlement, maar zij is hiertoe niet beperkt en kan ook transparantiemechanismen, toezicht door de rechter en andere verantwoordingsinstellingen omvatten.

Het woord *openbaar* in het begrip openbare verantwoording doelt zowel op 'openheid' in de zin dat de verantwoording in al zijn vormen toegankelijk is voor eenieder, als op het afleggen van verantwoording over zaken in en met betrekking tot het publieke domein.¹⁵³ Natuurlijk is het zo dat dit soort verantwoording betrekking heeft op wat in wezen bestuurlijke praktijken en mechanismen zijn en niet op de politieke verantwoording op 'hoger niveau' die vaak vanuit democratisch perspectief onderwerp van discussie is. Maar dit soort verantwoording kan, gegeven de grote hoeveelheid bestuurlijke/uitvoerende governance die plaats vindt onder de auspiciën van de EU, worden gezien als een zeer nuttige en doelgerichte aanvulling op de meer traditionele mechanismen en vormen van *politieke* verantwoording – en bovendien één waarbij het recht en juristen een belangrijke rol kunnen spelen.

Eén terrein waarop het recht en juristen reeds een cruciale rol hebben gespeeld is de ontwikkeling van transparantiepraktijken en -mechanismen over een breed spectrum aan EU-werkzaamheden van wetgevende en ook van meer uitvoerende en bestuurlijke aard. Hiermee wordt niet beweerd dat transparantie moet worden gezien als synoniem met verantwoording – het is duidelijk dat transparantie geen verantwoording in bovenomschrevene zin oplevert – maar het kan wel worden beschouwd als een zeer belangrijke noodzakelijke voorwaarde wil verantwoording in die zin kunnen bestaan. Ik zal hier nu verder kort op ingaan.

152. Zie verder M. Bovens, *Analysing and Assessing Public Accountability, A conceptual framework*, European Governance Papers, www.connex-network.org/eurogov.

153. Zie M. Bovens, *ibid.*

5.2.2.2 Transparantie: een noodzakelijke voorwaarde voor verantwoording

Ter compensatie van de trage en zeer onvolmaakte officiële democratische legitimatie van het Europese bestel, zijn (buiten-constitutionele) 'elements of substitute democratic legitimation' ontwikkeld die tevens de werking van het verantwoordingbeginsel versterken.¹⁵⁴ Vanuit dit perspectief vormt het transparantieprogramma van de EU een zeer belangrijk voorbeeld. Zo bestaat één van de methodes voor bijvoorbeeld het vergroten van de legitimiteit van de Raad in zijn wetgevende hoedanigheid hieruit, dat volledige transparantie wordt geëist van de door de Raad gehanteerde procedures, dat de documenten van de Raad voor een zo breed mogelijk publiek toegankelijk worden gemaakt en dat de Raad, wanneer deze in zijn 'wetgevende hoedanigheid' bijeenkomt, wordt verplicht in het openbaar te vergaderen.¹⁵⁵ In dit verband hebben het recht en juristen reeds een prominente rol gespeeld waarbij het HvJ zich soms tot taak heeft gesteld te verzekeren dat het transparantiebeginsel een zo breed mogelijke toepassing vindt in de realiteit van de Europese governance, daarbij soms buiten de strikt legalistische benadering tredend.

In de periode die kan worden omschreven als de 'eerste periode' van nadenken over 'transparantie' binnen de EU overheerste in feite een tamelijk juridische opvatting van wat onder transparantie zou kunnen worden verstaan en met name een gerichtheid op het beginsel van openbaarheid van informatie. Deze benadering bouwde voort op de bestaande jurisprudentie over het recht te worden gehoord, het recht op gemotiveerde beslissingen en het recht van inzage in dossiers.¹⁵⁶ Zij gaf verdere inhoud aan de reeds goed ontwikkelde wettelijke verantwoordingsmechanismen binnen het kader van de EU en is gebaseerd op de specifieke verantwoordelijkheden van de drie instellingen (Commissie, Raad en Europees Parlement). De juridische fase bereikte zijn hoogtepunt met de vaststelling van een nieuw en bindend juridisch instrument, Verordening 1049/2001 die op 3 december 2001 van kracht werd.¹⁵⁷ In deze periode speelden de Europese gerecht-

154. Zie A. Heretier, *Elements of democratic legitimation in Europe: an alternative perspective*, 6 JEPP 1999, p. 269-282.

155. EG-verdrag, art. 207, lid 3.

156. Zie verder H. Ragnemalm, *The Community courts and openness within the European Union*, in: *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 2 -- 1999; B. Vesterdorf, *Transparency – not just a vogue word*, in: *Fordham International Law Journal*, 902-929 en K. Bradley, *La transparence de l'Union européenne: une évidence ou un trompe l'oeil?*, *Cahiers de Droit Européen* 1999, p. 283.

157. Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, PB 145/43 (31 mei 2001).

ten een beslissende rol door in feite in korte tijd een grote hoeveelheid jurisprudentie te creëren die over het geheel genomen de instellingen onder druk zette zich open te gedragen en toereikende systemen voor toezicht te ontwerpen. De gerechten neigden tot een nogal royale uitleg van de wettelijke bepalingen zodat bijvoorbeeld bepaalde institutionele regelingen (bijv. in de 'derde pijler' van justitie en binnenlandse zaken) geen beperkend effect hadden op de bepalingen met betrekking tot de openbaarheid van informatie.

Samenvattend kan worden gesteld dat de juridisch-constitutionele benadering zo'n tien jaar nadat hiermee een begin werd gemaakt kan worden beschouwd stevig te zijn verankerd in wetsteksten, ook op het meest fundamentele niveau van het Grondwettelijk Verdrag. De bepalingen over toegang van het publiek tot documenten hebben duidelijk tot veranderingen geleid doordat de burger daarmee een instrument is gegeven om toegang te verkrijgen tot die documenten waartoe hij toegang wenst, zij het met aanzienlijke en significante vertraging. Het internet speelde in deze periode een beperkte rol aangezien de EU niet actief transparantie tot stand bracht. Documenten werden uitsluitend aan burgers ter beschikking gesteld wanneer zij daar specifiek om vroegen. Pas met de uitvoering in de praktijk van de verplichting tot het ter beschikking stellen en bijhouden van een register van documenten met betrekking tot elk der drie belangrijkste besluitvormende (wetgevende) instellingen werd het 'publiek' echter in staat gesteld te weten tot welke soorten documenten men toegang zou kunnen wensen.

In de tweede en meer openlijk politieke fase van de ontwikkeling van transparantie in de EU wordt transparantie niet alleen gezien als doel op zich, maar tevens als instrument om te komen tot een democratischere wijze van werken en besluitvorming. De Commissie heeft onbetwistbaar het goede voorbeeld gegeven, met name met zijn Witboek over Governance, toen zij het doel van grotere openheid presenteerde als middel voor het bereiken van meer democratie. De wijze waarop de Commissie nieuwe databases heeft ontworpen die via internet toegang verschaffen tot voorheen vertrouwelijke informatie, bijvoorbeeld wie er nu eigenlijk zitting hebben in comités, hoeveel comités er zijn, wanneer zij vergaderen, de vergaderagenda's enz., is een maatstaf voor hoeveel 'wijder' de kieren in de deur naar de besluitvorming binnen de EU zijn geworden.¹⁵⁸ Er zijn stappen gezet voor het transparanter maken van het functioneren van de vele adviescommissies die momenteel bijdragen aan de beleidsvorming door de

158. Zie verder D. Curtin en A. Meijer, *Does Transparency Strengthen Legitimacy? A Critical Analysis of European Union Policy Documents*, Information Policy, 2006 nog te verschijnen.

Commissie (bijvoorbeeld: het publiek kan thans zowel de samenstelling van die groepen als de door hen uitgebrachte adviezen vinden op internet). De Raad houdt ook al enkele jaren een uitgebreid en in het algemeen toegankelijk register bij op internet. Voor diegenen die de kennis, tijd en moed bezitten om zich door de enorme hoeveelheden op internet geplaatste documenten heen te werken is het mogelijk de veelsoortige werkzaamheden van de Raad in zijn verschillende samenstellingen te onderwerpen aan een zekere mate van onderzoek en beoordeling. De Raad heeft zijn informatie echter in veel mindere mate gebruikersvriendelijk geordend dan de Commissie, mogelijk omdat hij er meer moeite mee heeft erg open te zijn over de omvang van zijn de laatste jaren steeds uitdijende taken van uitvoerende aard.

Er zijn voor juristen en anderen wel mogelijkheden om met gebruikmaking van de bestaande wetgeving de gordijnen nog verder open te schuiven en er voor te zorgen dat met name de Raad er niet in slaagt deze bepalingen te omzeilen voorzover het zijn niet-wetgevende werkzaamheden betreft. Insiders betogen steeds vaker dat volledige openheid en transparantie uitsluitend kan worden gevergd ten aanzien van de wetgevende werkzaamheden van de Raad en niet ten aanzien van zijn niet-wetgevende werkzaamheden. Er wordt dan ook betoogd dat 'the Council's non legislative work, as in any collective 'cabinet' type function be afforded the degree of confidentiality necessary for an effectively functioning executive'.¹⁵⁹ Dit onderscheid tussen wetgevende besluiten en besluiten van niet-wetgevende en operationele aard is ook in het Grondwettelijk Verdrag verankerd. Waar buitenstaanders zich zorgen over maken is dat vele gebieden waarop de EU actief is in dit domein van niet-wetgeving vallen, terwijl deze documenten in de praktijk waarschijnlijk evenzeer verstreckende beleidsbesluiten zullen inhouden als documenten van wetgeving. Een goed voorbeeld hiervan is het Schengen informatiesysteem van de tweede generatie. Afgelopen herfst bood de Commissie haar wetgevingsvoorstellen inzake SIS II aan de Raad aan. Maar lang voordat er sprake was van enig formeel besluit – van wetgevende aard – werd er al hard gewerkt aan de daadwerkelijke inrichting van SIS II. Meer dan een jaar eerder was er een contract gesloten voor 40 miljoen euro en nog weer eerder waren Raad en Commissie het al eens geworden over de essentiële technische specificaties zoals de persoons- en gegevenscategorieën die in de gegevensbank moesten worden opgenomen.¹⁶⁰ Met andere woorden, vier jaar van beleidsvorming was uitsluitend

159. Zie M. Bauer, *Transparency in the Council*, in M. Westlake en D. Galloway, *The Council of the European Union*, 3e druk, John Harper Publishing, Londen, 2004, p. 367-388, p. 388.

160. Zie voorts B. Hayes, *SIS II fait accompli, Construction of EU's Big Brother database underway*, zie: <http://www.statewatch.org/news/2005/may/sisII-analysis-may05.pdf>.

en geheel gebaseerd op documenten van niet-wetgevende aard. Het is niet verbazingwekkend dat er recentelijk weer stemmen zijn opgegaan dat de EU een Wet Vrijheid van Informatie dient aan te nemen.¹⁶¹ De achterliggende gedachte is dat de thans geldende regels formeel zouden worden uitgebreid (zodat deze ook van toepassing worden op de vergaderingen en documenten – van niet-wetgevende aard – van onder meer de Europese Raad) en dat de plicht om de relevante informatie bijeen te zoeken en beschikbaar te maken zou komen te rusten op de desbetreffende instelling (veel meer dan van de aanvrager te vergen dat hij zelf precies weet welke documenten hij wil opvragen).

5.2.2.3 Voorbeelden van verschillende verantwoordingsmechanismen

Een duidelijk voorbeeld van de gerichte ontwikkeling van praktijken en mechanismen van 'openbare verantwoording' die vallen onder de door Bovens gegeven enge definitie van verantwoording betreft de agentschappen. Zoals reeds is opgemerkt worden bevoegdheden en taken in de praktijk gedelegeerd aan een – zich snel uitbreidende – reeks *non-majoritarian* agentschappen die worden ingesteld en functioneren op Europees governance niveau.¹⁶² Onderzoek van de constituerende teksten van en de institutionele gebruiken rond de agentschappen heeft aan het licht gebracht dat er een laag van verschillende verantwoordingsmechanismen bestaat die functioneren rond de instelling en de werkwijze van dergelijke agentschappen op EU-niveau.¹⁶³ Zo kunnen bepaalde agentschappen bijvoorbeeld gelden als kweekgrond en leerplaats voor de nieuwste verantwoordingspraktijken die uiteindelijk algemeen zouden kunnen worden ingevoerd over het gehele spectrum van het Unie-bestuur. Wat in dit verband in het oog springt is het feit dat een bepaald huidig niveau van verantwoordingsmechanismen zijn neerslag heeft gekregen in het ontwerp van de Commissie voor een interinstitutioneel akkoord betreffende een kader voor (toekomstige) Europese regelgevende agentschappen.¹⁶⁴ Het is de bedoeling dat regelgevende agentschappen nieuwe stijl onderworpen zullen worden aan een verplichting om, op verzoek van het Europees Parlement of de

161. Zie B. Hayes, The right to know or the right to try and find out? The need for an EU freedom of information law, www.statewatch.org.

162. Zie voor een juridisch verslag over de snelle uitbreiding daarvan Van Ooik en Eijbouts, De Wonderbaarlijke Vermenigvuldiging van Europese Agentschappen, SEW 2006, nog te verschijnen.

163. Zie verder D. Curtin, Delegation to non-majoritarian agencies and emerging practices of public accountability, in: D. Gerardin, R. Munoz en N. Petit (eds.), Regulation Through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance, Edgar Elgar 2006, p. 88-119.

164. Zie ontwerp-Interinstitutioneel Akkoord betreffende Europese regelgevende agentschappen, COM (2005) 59 definitief, 25 februari 2005.

Raad, 'te allen tijde en met name bij openbaarmaking van het jaarverslag over de werkzaamheden van het agentschap' een verzoek te honoreren tot het horen van de directeur over een onderwerp betreffende de werkzaamheden van het agentschap. In dit geval bestaat er een verantwoordingsrelatie tussen het agentschap enerzijds en het Europees Parlement en de Raad als de verantwoordingsfora anderzijds. Vanuit theoretisch oogpunt gaat dit niet veel verder dan voorschrijven dat verantwoording moet worden afgelegd aan de politieke meesters (de wetgever) die de bevoegdheid in eerste instantie hebben gedelegeerd. Er zijn ook andere verantwoordingsmechanismen die meer zuiver bestuurlijk van aard zijn en in mindere mate voldoen aan bovengenoemde criteria van Bovens. Zo zijn er bij vele van de nieuwere Agentschappen bepalingen opgenomen die een onafhankelijke externe evaluatie om de drie tot vijf jaar, afhankelijk van het Agentschap in kwestie, verplicht stellen. Dit is een belangrijke verbetering ten opzichte van de eerdere situatie en in sommige gevallen is uitdrukkelijk bepaald dat de mening van stakeholders en andere belanghebbenden in aanmerking wordt genomen en wordt gepubliceerd (zie bijvoorbeeld het Europees Agentschap voor samenwerking inzake buitengrenzen). Er is nog geen ervaring met het uitvoeren van dergelijke externe evaluaties maar de Europese Autoriteit voor voedselveiligheid werkte in 2005 aan de start van zijn eerste evaluatie.¹⁶⁵

De belangrijkste aanvullende *checks and balances* die volgens het ontwerp deel uitmaken van de waarborgen rond de Agentschappen zijn die welke te maken hebben met onafhankelijke rechterlijke controle en externe financiële controle. Zo krijgt de Commissie tamelijk uitgebreide bevoegdheden tot toetsing van alle besluiten van uitvoeringsorganen en tot het zelf nemen van maatregelen van rechtsprekende aard, namelijk de bevoegdheid de uitvoering van de maatregel van het betrokken uitvoeringsorgaan op te schorten, voorlopige maatregelen terzake te bevelen of algehele of gedeeltelijke wijziging te bevelen van de maatregel van het orgaan, waarbij aan het orgaan de verplichting wordt opgelegd de beslissing terzake van de Commissie na te leven. Als laatste middel kan een vordering worden ingesteld bij het Hof van Justitie tot vernietiging van 'de uitdrukkelijke of stilzwijgende verwerping van het administratieve beroep door de Commissie'.¹⁶⁶ Volgens het voorgestelde kader voor regelgevende agentschappen voorziet de Commissie daarbij geen soortgelijke centrale rol voor zichzelf, hetgeen in overeenstemming is met haar mening over de meer werkelijk

165. Zie 16e vergadering Raad van Bestuur van 14 september, te vinden op http://www.efsa.eu.int/mboard/mb_meetings/606/mb16_doc05_evaluation_en1.pdf.

166. Art. 22, lid 5 van Verordening (EG) nr. 58/2003 van de Raad van 19 december 2002 tot vaststelling van het statuut van de uitvoerende agentschappen waaraan bepaalde taken voor het beheer van communautaire programma's worden gedelegeerd, PB L 11/1.

autonome aard van dergelijke agentschappen.¹⁶⁷ In het geval van beslissingsbevoegde agentschappen is het veeleer de bedoeling dat belanghebbenden de mogelijkheid zullen krijgen de rechtmatigheid van de door het agentschap genomen beslissingen aan te vechten – mogelijk met een interne regeling met raden van beroep – voor het Gerecht van Eerste Aanleg als de bevoegde rechter, naast het aan lidstaten en de instellingen toekennen van een vordering tot nietigheid in geval van strijd met de algemene beginselen van het communautaire recht.

Naast bepalingen die de Ombudsman in staat stellen hier een rol te spelen, is het ook van belang dat in dit verband de algemene bepalingen van de Unie met betrekking tot de toegang tot informatie worden toegepast en ook dat OLAF (Europees Bureau voor fraudebestrijding) in staat wordt gesteld zijn rol in dit verband ten volle te vervullen. De onderliggende gedachte van het opnemen van dergelijke aanvullende *checks and balances* in het systeem is dat daarmee kan worden verzekerd dat de Agentschappen, hoewel gedecentraliseerd en autonoom, toch stevig worden ingebed in het algehele Uniesysteem van rechtmatigheid en verantwoordingsplicht.¹⁶⁸

Waar het netwerken betreft, ligt de situatie ingewikkelder, maar desondanks kunnen juristen misschien toch met enkele speciaal daarop gerichte antwoorden op de proppen komen terzake van mogelijke verantwoordingsmechanismen en de toepassing daarvan in de praktijk. Zo is door twee juristen recentelijk gesteld dat er een model voor verantwoordingsnetwerken moet worden ontwikkeld en toegepast als antwoord op de uitdaging van governance via netwerken.¹⁶⁹ Een dergelijk netwerk zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit gerechten, te zien als een verantwoordingsstelsel als onderdeel van de algehele handhavingsfunctie van de gerechten (met in laatste instantie de 'stok' van een sanctie).¹⁷⁰ Daarnaast is de rol van de Europese ombudsman voorgesteld als modelvoorbeeld van Bovens' enge

167. In tegenstelling tot het Europees Parlement dat wel een soortgelijke rol voor de Commissie voorziet ten aanzien van administratieve klachten in eerste instantie tegen besluiten van regelgevende agentschappen, gelijk aan de rol die de Commissie heeft met betrekking tot uitvoeringsorganen, zie het Verslag van 4 december 2003 opgesteld namens de Commissie Constitutionele Zaken over de communicatie van de Commissie 'Kader voor Europese regelgevende agentschappen' (EP Doc A5-0471/2003 Final, para.18).

168. Zie verder Curtin, a.w.

169. Zie C. Harlow en R. Rawlings, Promoting accountability in multi-level governance: A network approach, a.w.

170. Het zou buiten het bestek van dit preadvies voeren om diep op deze materie in te gaan maar zie verder Harlow en Rawlings, *ibid.*, voor een beschouwing over de vraag of gerechten binnen het EU-stelsel kunnen worden beschouwd als verantwoordingsnetwerk.

definitie van verantwoordingsplicht. Om met Carol Harlow en Richard Rawlings te spreken: 'the very modesty of the Office of European Ombudsman is seen as encouraging close co-operation with equivalent bodies in the Member States: an accountability network.'¹⁷¹ Met andere woorden, juristen hoeven zich niet te beperken tot een door angst gedreven struisvogelreactie van doen alsof al dit gepraat en gedoe over 'nieuwe governance' niet echt gebeurt, het is veel lonender en creatiever om te zoeken naar manieren om de aan het recht en de rechtsorde ten grondslag liggende normatieve waarden toe te passen op hoe de machinerie van de EU in institutioneel opzicht en in de ervaringspraktijk werkelijk functioneert.

5.3 Slotopmerkingen

De uitdaging waarvoor wij juristen ons gesteld zien door de kloof tussen een klassieke opvatting van het recht en de nieuwe governance is noch een nieuw probleem noch een probleem dat zich alleen in EU-verband voordoet. Integendeel, het maakt deel uit van een bredere kloof tussen het recht zoals men zich dat volgens de traditionele rechtstheorie voorstelt en de bestuurlijke en regelgevende/governance praktijk.¹⁷² Zoals zo treffend verwoord door (de juristen) Scott en Trubek: 'A traditional conception of law appears to rest upon a clear distinction between rule making on the one hand, and rule application and implementation on the other. New governance, on the contrary, accepts that this distinction must break down, as indeterminate and flexible rules are adapted to meet new challenges and resolve unexpected problems. Related to this, while a traditional conception of law might see itself as predicated upon existing knowledge, new governance places emphasis upon the need to facilitate the continuous generation of new knowledge(s). There is then a gap between the premises and values of a traditional conception of law, and the premises and values of new governance.'¹⁷³

Realistische juristen betogen dat de aan het recht en het rechtstelsel ten grondslag liggende normatieve waarden er niet beter mee zijn gediend wanneer het recht zijn toevlucht neemt tot een soort camouflage-exercitie, bijvoorbeeld door koppig vol te houden dat er geen sprake is van delegatie (zoals in de zaak *Meroni* inzake agentschappen) en door comitologie-comités op te vatten als 'deel uitmakend van' de Commissie (de zaak *Rothmans*) in weerwil van duidelijke aanwijzingen dat dit niet het geval is. Het grondbeginsel van de rechtsstaat zou het HvJ er daarentegen toe moe-

171. Harlow en Rawlings, a.w.

172. Zie P. Goodrich, Law-induced anxiety: legists, anti-lawyers and the boredom of legality, 9 Social and Legal Studies 2000, 143.

173. J. Scott and D. Trubek, a.w., p. 8.

ten brengen zich onomwonden bevoegd te achten tot toetsing van de besluiten van ieder lichaam waaraan binnen het raamwerk van de EU bevoegdheden zijn gedelegeerd.¹⁷⁴ Anders gezegd, een ondubbelzinnige erkenning door het HvJ van met name de feitelijke veranderingen die zich binnen de Europese governance hebben voorgedaan zou vanuit constitutioneel oogpunt – nl. dat alle bevoegdheden aan controle onderworpen moeten zijn – zeer bevorderlijk zijn voor een betere onderlinge afstemming tussen het recht en de realiteit van governance in de praktijk in institutioneel EU-verband.

In EU-verband springt de 'kloof' tussen recht en governance misschien wel extra in het oog gezien de instrumentele en centrale rol die 'het recht' heeft gespeeld in het Europese integratieproces. Waar we in de toekomst behoefte aan hebben is een veel reflexievere attitude binnen de juridische gemeenschap ten aanzien van de wijze waarop het recht een rol kan blijven spelen in de sociale en politieke omgeving zoals die bezig is te ontstaan. Er zijn al enkele aanwijzingen dat het HvJ soms bereid is op een opener en authentieker wijze te reageren op de nieuwe governance.¹⁷⁵ Tegelijkertijd zijn er echter – helaas – ook aanwijzingen dat het Hof niet immuun is voor reacties ingegeven door angst, vooral waar het betreft de toekenning aan potentiële procespartijen (burgers) van directere toegang tot de eigen rechter in hun zoektocht naar gerechtigheid en het afleggen van verantwoording terzake van bevoegdheden zoals deze op EU-niveau worden uitgeoefend.¹⁷⁶

De toekomst is niet aan diegenen (onder de juristen) die een nostalgisch pleidooi houden voor het verleden en de ogen sluiten voor de veranderende omgeving en tijden waarin de ontwikkeling van de EU thans plaatsvindt, maar aan diegenen (onder de juristen) die de energie en het voorstellingsvermogen hebben om het debat aan te gaan over de veranderende rol van het recht in onder meer het Europese integratieproces en over de mogelijke bijdrage van het recht aan het verbeteren van de democratische legitimiteit van de EU als zodanig. Hiervoor zal men onder andere een grondige kennis moeten ontwikkelen van de harde feiten van Europese governance evenals de bereidheid tonen zich bezig te houden met de informelere institutionele praktijken die niet stevig zijn verankerd in primaire

174. Zie Dehousse, a.w. Dezelfde suggestie is ook gedaan door K. Lenaerts, *Regulating the Regulatory Process: 'Delegation of Powers' in the European Community*, *European Law Review* 1993, p. 22-49.

175. Zie bijvoorbeeld het arrest *Standley en Metson*, Zaak C-293/97, 1999 ECR II-1559. Zie ook Scott en Trubek, a.w.

176. Zie nader Conclusie van advocaat-generaal Jacobs in zaak C-50/00P, *Union de Pequeños Agricultores v. Raad van Ministers*, 21 maart 2002.

wetgeving. Bovendien zal de juridische wetenschap zich moeten wagen buiten de cocon van doctrine en positivisme en de nagenoeg exclusieve gerichtheid op wat de hogere gerechten (vooral het Hof van Justitie en de hogere gerechten van de lidstaten) doen. Een (meer) reflexieve benadering betekent ook samenwerking met sociale wetenschappers die zoeken naar inzicht in bepaalde veranderingen en naar verklaringen waarom die zich voordoen en de causale mechanismen, die empirisch bewijsmateriaal verzamelen en trachten de dynamiek van veranderingsprocessen aan te tonen.¹⁷⁷ Het recht met zijn normatieve waarden en referentiepunten kan wel degelijk een essentiële bijdrage leveren aan de legitimiteit van het zich ontwikkelende politieke systeem van de EU. Dat is bovendien een rol die, gegeven het wezen van het recht, bij uitstek geschikt is voor het besteden van normatieve aandacht aan en het verdedigen van de rechten en belangen van *individuele personen* die worden beïnvloed door het Europese integratieproces.¹⁷⁸ Recht en politiek mogen nog steeds verschillende poorten zijn, ze geven echter toegang tot hetzelfde gebied en zij moeten (beide) in wisselwerking (leren) samenwerken bij het construeren van een open en flexibel stelsel van democratische verantwoording en constitutionele ordening binnen het politieke stelsel met zijn vele facetten (intergouvernementeel, supranationaal en transnationaal) waarvan de contouren zich in de hedendaagse Europese Unie beginnen af te tekenen. Het unieke juristen-paradijs is waarschijnlijk echt een 'paradise lost'; wat we kunnen 'winnen' is een juridische attitude die beter past bij de huidige sociale en politieke context en minder naar binnen gericht en geïsoleerd is dan voorheen. Om te spreken met Milton, en zonder juristen te willen vergelijken met Lucifer in zijn prachtige gedicht *Paradise Lost*: 'in my choice, to reign is worth ambition, though in Hell. Better to reign in hell than serve in heaven.'¹⁷⁹

177. Zie C. Joerges, *The Law in the Process of Constitutionalizing Europe*, EUI Working Paper IAW, No. 2002/4.

178. Zie D. Halberstam, *The Bride of Messina or European Democracy and the Limits of Liberal Intergovernmentalism*, a.w.

179. John Milton, *Paradise Lost*, Oxford University Press (book I, l. 263).

Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid

Jan M. Smits*

Inhoud

<i>I</i>	<i>Inleiding</i>	59
1	Doel en opbouw van dit preadvies	59
<i>II</i>	<i>Integratie van vermogensrecht: een overzicht</i>	60
2	Overzicht	60
3-4	De basis: bevoegdheden van de EU om 'privaatrechtelijk' op te treden	60
5	Het vermogensrechtelijk acquis communautaire	62
6	Karakterisering van het acquis	65
7	De politieke dimensie: plannen voor de toekomst	67
8	Sluipende Europese integratie: het belang van Europeanisering en globalisering	69
9	Europese integratie, harmonisatie en unificatie	70
<i>III</i>	<i>De noodzaak van harmonisatie van vermogensrecht</i>	71
10	Overzicht	71
11-14	Eerste motief: bevordering van de interne markt	72
15	Tweede motief: bescherming van de zwakkere en een Europees BW ter bescherming van 'social values'	77
16	Derde motief: een Europees BW ter versterking van de Europese identiteit	78
17-19	Mijn standpunt over de noodzaak van harmonisatie: laat burgers en bedrijven zelf kiezen!	79

* Met dank aan Christa Dubois, Jaap Hage en Gerrit van Maanen voor hun commentaar bij een eerdere versie.

<i>IV</i>	<i>De vormgeving van een toekomstig Europees privaatrecht: het GRK en de optionele code</i>	83
20	Inleiding	83
21	Het GRK: nodig om de bestaande problemen met het acquis op te lossen?	83
22	Mijn keuze: één gesystematiseerde minimumrichtlijn op het terrein van de consumentenbescherming	85
23	Lof voor de keuze voor een optionele code	87
24	De beperkingen van een optionele code	88
25-26	De inhoud: 'social justice'?	89
27	De inhoud: diverse hooginformatieve rechtsstelsels naast elkaar	91
28-29	De toepasselijkheid en legitimiteit van de code	93
30	Conclusie: een gelaagd Europees privaatrecht	95
<i>V</i>	<i>Invloed op nationaal recht</i>	95
31	Overzicht	95
32	Erosie van een coherent systeem	96
33	<i>Multilevel</i> rechtsvorming: een blijvende opgave	99
34-35	Implementatiestrategieën: de Nederlandse wetgever	99
36	Implementatiestrategieën: implementatie buiten het BW	102
37	Mijn keuze: een Boek in het BW	103
<i>VI</i>	<i>Ten slotte</i>	104
38	Synopsis	104

I Inleiding

Doel en opbouw van dit preadvies

1. Indien de functie van een preadvies is om stelling te nemen, dan leent het onderwerp van Europese integratie op vermogensrechtelijk terrein zich daarvoor uitstekend. Het laatste decennium wordt immers in alle hevigheid een debat gevoerd over de vele vragen die het Europees privaatrecht oproept. En anders dan het geval is in de meeste juridische disciplines is dat debat internationaal: het vindt grotendeels plaats in de Engelse taal onder (merendeels) academici afkomstig uit verschillende landen. In dit preadvies worden enkele belangrijke vragen uit dat debat voor de Nederlandse jurist voor het voetlicht gebracht. Indachtig de functie van een preadvies geef ik daarbij steeds aan hoe *ik* die vragen beantwoord, maar ook welke andere antwoorden mogelijk zijn. Blijken zal dat de discussie over Europees privaatrecht raakt aan enkele zeer fundamentele vragen over de rol van het recht in de (Europese) samenleving.

Dit preadvies kent eenzelfde opbouw als de preadviezen over strafrecht en ondernemingsrecht: na een korte schets van de bestaande Europese bevoegdheden en regelgeving op vermogensrechtelijk terrein (deel II), wordt ingegaan op de *noodzaak* van harmonisatie: is harmonisatie van vermogensrecht werkelijk nodig om het ermee beoogde doel te bereiken? (deel III). Vervolgens wordt besproken hoe een *toekomstig* Europees privaatrecht het beste kan worden vormgegeven. De Europese Commissie volgt thans twee sporen: het op korte termijn opstellen van een 'Gemeenschappelijk Referentiekader' op het terrein van het verbintenissenrecht en daarnaast een nader onderzoek naar een 'optioneel' wetboek. Zowel de praktische vragen wat daarin moet komen en hoe deze moeten worden opgesteld als de meer principiële vraag of deze maatregelen de geschetste problemen werkelijk verhelpen worden in deel IV besproken. Ten slotte wordt de invloed van 'Europa' op het Nederlands vermogensrecht kritisch beschouwd (deel V).

Met deze opbouw hoop ik ook degene die niet thuis is in het Europeesprivaatrechtelijk debat een handvat te bieden om deel te nemen aan de discussie ter vergadering: in deel II vindt hij een korte beschrijving van het thans geldend Europees vermogensrecht en in de latere delen wordt hij gevoerd langs enkele belangrijke vragen uit het huidige debat. Tegelijkertijd zouden mijn antwoorden op deze vragen ook voor de specialist discussie moeten uitlokken. Onvermijdelijk is daarbij dat wie mijn opvattingen al kent¹ niet steeds nieuwe gedachten aantreft, al heb ik geprobeerd om waar mogelijk nieuwe wegen te bewandelen. Bovendien is dit preadvies

1. Zie bijv. J.M. Smits, *The Making of European Private Law*, Antwerpen 2002 en de hieronder aangehaalde literatuur.

geschreven als een *betoog*: dat verklaart niet alleen de ikvorm, maar ook waarom lang niet alle vragen die aan de orde *kunnen* komen worden besproken. Uiteindelijk is dit preadvies samen te vatten in één zin: Europese integratie is gebaat bij diversiteit van recht en daardoor bestaan de keuzevrijheid, niet bij van bovenaf opgelegde uniformiteit.

II Integratie van vermogensrecht: een overzicht

Overzicht

2. Vóór het debat de feiten: in het navolgende wordt voor de niet-inge-wijde een korte schets gegeven van de Europese integratie in het vermo-gensrecht. Aan drie dimensies van die integratie wordt aandacht besteed: de juridische, de politieke en de praktische. De juridische dimensie omvat een beschrijving van de bevoegdheden die de Europese Unie op privaatrechtelijk terrein heeft en de manier waarop Brussel daarvan tot nu toe gebruik heeft gemaakt (nr. 3-6). De politieke dimensie verwijst naar de discussie over verdergaande integratie op vermogensrechtelijk terrein zoals die door Europees Parlement en Europese Commissie is aangezwengeld (nr. 7). De laatste dimensie heeft het oog op de meer sluipende manieren waarop Europese integratie het nationaal vermogensrecht beïnvloedt (nr. 8). Dit alles leidt tot een oordeel over wat Europese integratie eigenlijk behelst (nr. 9).

De basis: bevoegdheden van de Europese Unie om 'privaatrechtelijk' op te treden

3. Het spreekt voor zich dat de nationale wetgever zich bemoeit met de regulering van privaatrechtelijke verhoudingen en dat deze bevoegdheid zich uitstrekt over in beginsel alle onderwerpen.² De codificatieopdracht in art. 107 Grondwet getuigt daarvan. Dit is anders in het geval van de Europese Unie.³ De Europese Unie is een rechtsgemeenschap en kan slechts optreden voorzover daartoe een bevoegdheid bestaat in het Europese recht (met name in het EG-Verdrag⁴). De bevoegdheden van de EU kunnen daar-bij steeds worden teruggevoerd op de doelen die de EU nastreeft.

Van de negen doelen van de EU die in art. 2 EG-Verdrag zonder enige rangorde worden opgesomd is het bevorderen van de 'ontwikkeling van de

2. Zie meer uitgebreid J.M. Smits, Europa en het Nederlands privaatrecht, NTBR 21 (2004), p. 490 v.

3. Ik gebruik de term Europese Unie (EU) ook ter aanduiding van de bevoegdheden die zijn toegekend aan de Europese Gemeenschappen.

4. Geconsolideerde versie van het Verdrag tot Oprichting van de Europese Gemeenschap, Pb. EG 2002, C 325/33.

economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap' zonder twijfel het belangrijkste. Dat geschiedt door het instellen van een gemeenschappelijke markt en van een economische en monetaire unie. Art. 3 EG-Verdrag maakt vervolgens duidelijk dat op de Europese interne markt een vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal bestaat. Die interne markt vormt de kern van de EU want van de 2400 Europese richtlijnen hebben er 1400 direct daarop betrekking. Op die markt mag volgens art. 3 de mededinging niet worden vervalst en mag de EU zich bezighouden met 'het nader tot elkaar brengen van de nationale wetgevingen in de mate waarin dat voor de werking van de gemeenschappelijke markt noodzakelijk is'.

Hiermee staat vast dat de belangrijkste bevoegdheid van de Europese Unie om op privaatrechtelijk terrein op te treden slechts een *afgeleide* bevoegdheid is: alleen voorzover nationaal recht in de weg staat aan de werking van de gemeenschappelijke markt is de EU bevoegd om maatregelen te nemen. Of dat nationale recht in een lidstaat als privaatrechtelijk, administratiefrechtelijk of anderszins wordt gekarakteriseerd is daarbij irrelevant: recht is een *instrument* om een hoger doel te bereiken.⁵ Dit heeft geleid tot een grote hoeveelheid Europese wetgeving op het terrein van onder meer het mededingingsrecht, het vennootschapsrecht, het arbeidsrecht, het verzekeringsrecht en het milieurecht. Steeds wordt deze wetgeving gerechtvaardigd met een verwijzing (in de considerans bij de Europese richtlijn of verordening) naar de gemeenschappelijke markt. Ook het vermogensrechtelijke *acquis communautaire* is vrijwel geheel gebaseerd op de doelstelling van de gemeenschappelijke (en interne⁶) markt (zie nr. 5).

4. Art. 3 EG-Verdrag noemt nog twee andere doelen van de EU die privaatrechtelijk van belang zijn. In de eerste plaats is dat de nauw met de doelstelling van de interne markt samenhangende consumentenbescherming (pas met het Verdrag van Amsterdam uitgewerkt in art. 153 EG-Verdrag, maar sindsdien vrijwel nooit -- en terecht: zie nr. 15 -- als grondslag voor Europese wetgeving gebruikt). In de tweede plaats is sinds het Verdrag van Maastricht,⁷ maar zeker sinds het Verdrag van Amsterdam⁸ en de daarop gevolgde Europese Raad in Tampere (1999) en het Haags Programma (2004), één van de uitdrukkelijke doelstellingen van de EU ook

5. Vgl. M. Cappelletti, M. Seccombe en J.H.H. Weiler, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience: A General Introduction*, in: dez. (eds.), *Integration Through Law*, vol. 1 Book 1, Berlin 1986, p. 15.

6. Voor het onderscheid tussen beide (zeer relativerend): R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, 10de dr., Deventer 2001, p. 272. In het vervolg wordt vooral de term interne markt gebruikt.

7. Verdrag betreffende de Europese Unie 1992, Pb. EG 1992, C. 224.

8. Verdrag van Amsterdam 1997, Pb. EG 1997, C. 340.

het tot stand brengen van een 'ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid' voor de Europese burger.⁹ Geheel los van de economische doelen staat dat overigens niet want deze ruimte is in de visie van de EU onlosmakelijk verbonden met het vrije verkeer van personen: dat wordt immers belemmerd indien in een civiele procedure stukken bijvoorbeeld niet grensoverschrijdend kunnen worden betoond. Wat hier van zij, het EG-Verdrag kent thans een gehele titel (art. 61-69) die is gewijd aan 'visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen'. Eén van die andere 'beleidsterreinen' betreft de 'justitiële samenwerking in burgerlijke zaken' (art. 61 sub c, uitgewerkt in art. 65 EG-Verdrag). Daarmee zijn maatregelen mogelijk op het terrein van grensoverschrijdende betekening en kennisgeving van (buiten)gerechtelijke stukken, vergaren van bewijsmiddelen, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, collisie en jurisdictiegeschillen en de werking van civiele procedures.

Het is goed te bedenken dat, waar deze 'samenwerking in burgerlijke zaken' aanvankelijk (namelijk volgens het Verdrag van Maastricht) intergouvernementeel van aard was (in de befaamde 'derde pijler'), zij sinds het Verdrag van Amsterdam communautair recht is. Dat betekent tegenwoordig dat – net zoals bij de besluitvorming inzake de interne markt – de medebeslissingsprocedure van art. 251 wordt gevolgd: besluiten kunnen worden genomen met meerderheid van stemmen, zij het dat eenparigheid nodig blijft voor aspecten die verband houden met familierecht (art. 67). Het bijzondere is overigens niet dat Europa zich bemoeit met justitiële samenwerking want dit was al eerder het geval. Samenwerking leidde dan tot het sluiten van verdragen. Het in 1968 tussen de toenmalige lidstaten van de EG tot stand gebrachte EEX,¹⁰ met daarin de praktisch belangrijke plicht tot wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen, is daarvan het belangrijkste voorbeeld. Het bijzondere is voelbaar dat sinds 1999 een bevoegdheid bestaat van de EU *zelf* en maatregelen op dit terrein ook tegen de zin van individuele lidstaten kunnen worden genomen.¹¹

Het vermogensrechtelijk acquis communautaire

5. Tot welke Europese wetgeving op het terrein van het vermogensrecht hebben bovenstaande bevoegdheden nu geleid? Over een periode van twin-

9. Zie bijv. P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, Baden-Baden 2005.

10. Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968, Trb. 1969, 101, thans vervangen door de 'Brussel I-Verordening' (Verordening 44/2001).

11. Er bestaan nog andere grondslagen voor Europees optreden, waaronder art. 308 EG-V. Zie voor een overzicht J. Basedow, *Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex*, AcP 200 (2000), p. 478.

tig jaar tel ik negentien richtlijnen die het vermogensrecht in enige zin betreffen.¹² De meeste (namelijk tien) hebben betrekking op het overeenkomstenrecht, twee handelen over misleidende of vergelijkende reclame, twee over transacties in de financiële sfeer, twee over productenaansprakelijkheid, een over teruggave van cultuurgooederen, een over elektronische handel en een over oneerlijke handelspraktijken. Van de ruim 650 artikelen in de Boeken 3 en 6 en Titel 7.1 BW zijn er 65 het resultaat van implementatie van deze richtlijnen. Dat is tien procent van het totaal.

Alle negentien richtlijnen zijn gebaseerd op art. 94 of 95 EG-Verdrag. Dat zijn uitwerkingen van de doelstelling van art. 3 en daarmee ligt de rechtvaardiging voor het Europees optreden er dus in dat de door de richtlijnen behandelde onderwerpen van zodanig belang zijn dat verschillen in wetgeving tussen de lidstaten de werking van de interne markt verstoren. De meeste richtlijnen bevatten consumentenbeschermende wetgeving, maar dat is niet primair uit idealisme jegens de zwakke consument. Het primaire motief is doorgaans het voorkomen van concurrentievervalsing. De redenering is dan aldus dat de wetgeving van de lidstaten op een bepaald vlak (bijvoorbeeld consumentenkoop) verschillen vertoont 'zodat de nationale markten voor de verkoop van goederen en het aanbieden van diensten aan consumenten onderling uiteenlopen en verstoringen van de concurrentieverhoudingen tussen de verkopers en de dienstverrichters kunnen ontstaan, met name bij het op de markt brengen in andere Lid-Staten'.¹³ Voorop staat daarmee het creëren van Europees vergelijkbare voorwaarden voor de *verkoper* of anderszins professioneel handelende partij. Dat de consument tevens wordt beschermd is eerder een gewenst neveneffect. Een derde motief, dat in enkele richtlijnen is terug te vinden, is dat de consument er toe moet worden bewogen om meer grensoverschrijdende aankopen te doen.

Indien het acquis moet worden geplaatst in de klassieke structuur van het vermogensrecht (goederenrecht, overeenkomstenrecht en aansprakelijkheidsrecht), dan valt op dat de Europese wetgever zich tot nog toe weinig heeft bemoeid met het goederenrecht. Wanneer wordt geabstraheerd van de wijze van totstandkoming van de overeenkomst van timeshare, dan resteren een summieri en praktisch weinig invloedrijke bepaling over eigendomsvoorbehoud, een bepaling over de revindicatie van cultuurgooederen

12. Deze richtlijnen zijn opgenomen in J.H.M. van Erp en J.M. Smits (red.), *Bronnen Europees privaatrecht*, Den Haag 2001, aan te vullen met Richtlijn 2002/47 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten, Pb. EG 2002, L 168/43, Richtlijn 2002/65 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten (...), Pb. EG 2002, L 271/16 en Richtlijn 2005/29 betreffende oneerlijke handelspraktijken (...). Pb. EG 2005, L 149/22.

13. Aldus de preambule bij Richtlijn 93/13 (oneerlijke bedingen).

en bepalingen over de bescherming van houders van zakelijke zekerheden bij (met name) effectentransacties.¹⁴

Op het vlak van de onrechtmatige daad bestaan meer regels van Europese oorsprong. Behalve de productenaansprakelijkheid wordt ook de onrechtmatigheid bij het door een professionele handelaar aanbieden van goederen of diensten met gebruikmaking van reclame geregeld. Daarnaast bestaan Europese regelingen inzake het verhaalsrecht van de verkoper op diens voorschakel en inzake de aansprakelijkheid van de dienstverlener (tussenpersoon) in de informatiemaatschappij. Recent werd de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aangenomen.¹⁵

Zoals gezegd kent het overeenkomstenrecht de meeste Europese regels. Kenmerkend is evenwel dat deze regels nooit het gehele overeenkomstenrecht betreffen, maar steeds slechts van toepassing zijn op enkele aspecten van bijzondere overeenkomsten. De totstandkoming van bepaalde typen overeenkomsten wordt beheerst door regels over vormvoorschriften, vertegenwoordiging, het tijdstip van totstandkoming, bewijs van het bestaan van een verklaring en vóór en na het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij te verstrekken informatie. De contractsinhoud wordt mede bepaald door Europese regels over uitleg, oneerlijke bedingen en algemene voorwaarden. De meeste regels bestaan echter op het terrein van de uitvoering van de overeenkomst: Brussel bemoeit zich met het conformiteitsbegrip bij consumentenkoop, de acties van de consumentkoper bij niet-nakoming, commerciële garanties jegens de consument, het tijdstip van nakoming en de te betalen rente bij niet-nakoming.¹⁶

Dit min of meer vertrouwde acquis is de laatste jaren aangevuld met maatregelen in het kader van de 'ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.' Specifiek vermogensrechtelijke regelgeving is dit echter niet: het betreft vooral procesrecht en internationaal privaatrecht.¹⁷ Dat geldt

14. Richtlijnen 93/7 (teruggave cultuurgooederen), 94/47 (timeshare), 98/26 (afwikkeling van betalingen en effectentransacties), 2000/35 (bestrijding betalingsachterstand bij handelstransacties) en 2002/47 (financiële zekerheidsovereenkomsten).

15. Richtlijnen 84/450 (misleidende reclame), 97/55 (vergelijkende reclame), 1999/44 (consumentenkoop), 1999/93 (elektronische handtekeningen), 2000/31 (elektronische handel) en 2005/29 (oneerlijke handelspraktijken).

16. Richtlijnen 85/577 (colportage), 87/102 (consumentenkrediet), 90/314 (pakketreizen), 93/13 (oneerlijke bedingen), 94/47 (timeshare), 97/7 (afstandsvereenkomsten), 1999/44 (consumentenkoop), 1999/93 (elektronische handtekeningen), 2000/31 (elektronische handel), 2000/35 (bestrijding betalingsachterstand bij handelstransacties), 2002/47 (financiële zekerheidsovereenkomsten) en 2002/65 (verkoop op afstand van financiële diensten).

17. Insolventieverordening 1346/2000, Betekeningsverordening 1348/2000, Brussel I-Verordening 44/2001, Bewijsverordening 1206/2001, Brussel II-Verordening 2201/2003 en Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen-Verordening 805/2004.

ook voor het EVO.¹⁸ De fundamentele vrijheden van art. 5-7 EG-Verdrag hebben – anders dan geldt voor het verzekerings-, mededingings- en ondernemingsrecht – evenmin veel invloed op het nationale vermogensrecht.¹⁹

Karakterisering van het acquis: fragmentarisch, willekeurig, inconsistent en ineffectief

6. Na dit overzicht lijkt het nuttig om het bestaande acquis te karakteriseren. Wie dat doet vanuit het perspectief van de Europese wetgever, kan niet anders dan kritisch zijn. De gebreken van het acquis zijn voor de Europese Commissie in 2001 dan ook een van de redenen geweest om een discussie aan te zwengelen over de toekomst van het Europees privaatrecht.

Wat zijn die gebreken? Ik tel er vier.²⁰ In de eerste plaats is het huidige acquis fragmentarisch: de Europese richtlijnen behandelen slechts bepaalde thema's.²¹ Dat valt een privatist extra op omdat het nationale privaatrecht traditioneel compleet en systematisch is neergelegd in wetboeken (althans op het continent) en dat beeld door Europa wordt verstoord. Vanuit Europees perspectief is de gefragmenteerde behandeling ongewenst omdat de Europese 'fragmenten' in de praktijk te zeer de invloed ondergaan van nationaal recht. Zij worden geheel ingekapseld binnen de nationale wetgeving en zijn soms niet eens meer als Europees recht herkenbaar. Dat is problematisch omdat nationale rechters deze fragmenten wel op andere wijze moeten interpreteren dan het recht van nationale oorsprong, namelijk in het licht van de doelstelling van de richtlijn.²² Het is vooral deze fragmentatie die het Europees Parlement er toe heeft bewogen om al vier maal op te roepen tot het maken van een Europees BW.²³ Dat is ietwat naïef omdat de enige wijze waarop aan dit soort fragmentatie kan worden ontkomen het vaststellen van een uniform recht voor de gehele Unie is, ongeacht of het om een grensoverschrijdende of een puur nationale verhouding gaat, terwijl de EU-bevoegdheid voor een dergelijke alomvattende code thans ontbreekt.

In de tweede plaats lijdt het acquis aan willekeur: het is betrekkelijk willekeurig dat de Europese wetgever nu juist de thema's heeft geroegeld die hij

18. Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op overeenkomsten 1980, geconsolideerde versie in Pb. EG 1998 C 27/34.

19. Zie O. Remien, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrags*, Tübingen 2003.

20. Zie ook in ietwat andere vorm, Smits, o.c., NTBR 2004, p. 490 v.

21. Dit is de oude kritiek van richtlijnen als 'Inseln im Meer des nationalen Rechts': F. Rittner, *Das gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration*, JZ 1995, p. 851.

22. Zie onder, nr. 32.

23. Resoluties A2-157/89 (Pb. EG 1989, C 158/400), A3-00329/94 (Pb. EG 1994, C 205/518), B5-0228/2000 (Pb. EG 2000, C 377/323) en C5-0471/2001 (Pb. EG 2002, C 140 E/538); vgl. Resolutie P5_TA (2003) 0355, Pb. EG 2004, C 076 E/95.

heeft geregeld. Het lijkt een kwestie van actualiteit, pressie van belangengroeperingen of gewoon toeval te zijn geweest dat wel een richtlijn bestaat over de pakketreisovereenkomst, maar niet over bijvoorbeeld huurkoop of (de privaatrechtelijke regels inzake) 'gewone' schadeverzekering. Veel onderwerpen lijken zich immers te lenen voor harmonisatie met het argument dat de concurrentieverhoudingen anders zouden worden vervalst. Thans zijn de acties tot nakoming, ontbinding en prijsvermindering bij consumentenkoop geharmoniseerd, maar waarom divergerende regimes ten aanzien van het verkrijgen van schadevergoeding bij niet-nakoming niet óók in de weg staan aan de volbrenging van de interne markt, blijft onduidelijk. Deels is de verklaring voor deze willekeur banaal: het ene Directoraat-Generaal van de Europese Commissie (er zijn er vier die initiatief kunnen nemen voor privaatrechtelijke regelgeving) is actiever dan het andere.

In de derde plaats is het acquis ook innerlijk inconsistent.²⁴ Soms bevat het tegenstrijdige bepalingen (bij een recht van timeshare dat via colportage wordt verkocht bestaan bijvoorbeeld twee verschillende termijnen voor de uitoefening van het recht op ontbinding zonder dat duidelijk is welke prevaleert²⁵), maar vaker nog verschillen bepalingen zonder dat daar een goede reden voor bestaat. Zo verschillen de termijnen voor ontbinding (de richtlijnen reppen meestal van 'herroeping') van de diverse door Brussel geregelde overeenkomsten aanzienlijk. Waarom die termijn bij colportage zeven dagen, bij overeenkomsten op afstand zeven werkdagen, bij timeshare tien dagen en bij financiële diensten op afstand veertien dagen is,²⁶ is volkomen duister.

Een laatste kritiekpunt is dat het acquis vaak ook ineffectief is. Dat is het geval om minstens twee redenen. Vooreerst wordt voor bijna alle vermogensrechtelijke wetgeving het instrument van de richtlijn met minimumkarakter gebruikt.²⁷ Dit betekent dat de lidstaten strengere voorschriften kunnen vaststellen om consumenten beter te beschermen dan de richtlijn doet. Het effect daarvan is dat bedrijven te maken blijven houden met verschillen in wetgeving tussen de lidstaten en nog steeds worden afgeschrikt om elders zaken te doen. Met andere woorden: de vraag is of het middel van minimumharmonisatie wel geschikt is om de doelstelling van het bevorde-

24. Vgl. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: een coherenter Europees verbintenissenrecht, een actieplan, COM (2003) 68 def., Pb. EG 2003, C 63/01, nr. 16 v.

25. Zie HvJ 22 april 1999, zaak C-423/97, Jur. I-2195 (Travel Vac/Sanchis). Vgl. Mededeling over Europees verbintenissenrecht, o.c., nr. 35.

26. Art. 5 Richtlijn 85/577; art. 6 Richtlijn 97/7; art. 5 Richtlijn 94/47; art. 6 Richtlijn 2002/65. Zie ook J.M. Smits en R.R.R. Hardy, De toekomst van het Europees contractenrecht, WPNR 6513 (2002), p. 830.

27. Dit is bewust beleid van de Europese Commissie sinds het Witboek Volttooiing van de interne markt uit 1985.

ren van de interne markt – het creëren van een *level playing field* voor het Europese bedrijfsleven – te verwezenlijken. De consumentenbescherming als zodanig wordt er uiteraard wel door bevorderd omdat de consument dankzij de richtlijnen kan vertrouwen op een uniform minimumniveau van bescherming binnen de EU. Recent is overigens voorzichtig gebroken met minimumharmonisatie.²⁸ Die tendens lijkt te worden voortgezet (zie onder, nr. 22).

Het acquis is bovendien ineffectief omdat er vaak termen in worden gebruikt die een uniforme Europese interpretatie ontberen. Diverse richtlijnen hanteren het begrip 'schade', maar hoe dit op Europese wijze uit te leggen is onduidelijk. Als een interpretatievraag aan het Europese Hof van Justitie wordt voorgelegd – wat lang kan duren – kan het voorkomen dat het Hof een term vooral uitlegt in het licht van de richtlijn zelf zodat verschillende begrippen schade naast elkaar komen te staan. Het Hof²⁹ heeft namelijk ontkend dat de definitie van een term in de ene richtlijn iets betekent voor diezelfde term in een andere richtlijn: van interpretatie in het licht van het acquis is dus (althans tot nu toe) geen sprake, enkel van uitleg in het licht van de richtlijn zelf. Dat bevordert succesvolle harmonisatie niet.

Al met al gaat het (veel) te ver om te concluderen dat het acquis heeft geleid tot één Europees privaatrecht op de terreinen die het bestrijkt. Met Joerges kan worden gezegd dat 'there are as many European laws as there are relatively autonomous legal discourses, organized mainly along national, linguistic and cultural lines'.³⁰ Het is onder meer dit wat de Europese Commissie wil verhelpen met het opstellen van een 'Gemeenschappelijk Referentiekader' (zie onder nr. 7).

De politieke dimensie: plannen voor de toekomst

7. Naast de Europese regelgeving op *juridische* basis bestaat een uitgebreid *politek* debat. Dit inleidende overzicht zou niet compleet zijn zonder ook daar iets over te zeggen.³¹ Bekend is dat de Europese Commissie

28. Aldus in art. 4 van Richtlijn 2002/65 (verkoop op afstand van financiële diensten) en in art. 3 van Richtlijn 2005/29 (oneerlijke handelspraktijken). Zie ook art. 1 lid 9 van Richtlijn 97/55 (vergelijkende reclame).

29. HvJ 12 maart 2002, zaak C-168/00, Jur. 2002-I, 2631 (Simone Leitner/TUI Duitsland) waarover J.M. Smits en R.R.R. Hardy, Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking, WPNR 6532 (2003), p. 385 v.

30. C. Joerges, The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline, EU Working Paper Law 2004/12, p. 12.

31. Zie voor een anders getinte politieke dimensie M.W. Hesselink, The Politics of a European Contract Law: Who has an Interest in what Kind of Contract Law for Europe?, in: Stefan Grundmann en Jules Stuyck (eds.), An Academic Green Paper on European Contract Law, The Hague 2002, p. 181 v.

inmiddels drie 'mededelingen' over de toekomst van het Europees contractenrecht het licht heeft doen zien.³² Daarmee is het debat, dat door het Europees Parlement al in 1989 was aangezwengeld met een pleidooi voor een Europees Burgerlijk Wetboek,³³ in een stroomversnelling geraakt. De wens van de Europese Commissie om de wetenschappelijke discussie over de beste vormgeving van een Europees privaatrecht te verbreden naar de praktijk en nationale overheden is in vervulling gegaan. Wie daaraan twijfelt, behoeft slechts de meer dan 300 schriftelijke reacties op Mededeling 2001 en Actieplan 2003 te bekijken.³⁴

Het breed gevoerde debat heeft er uiteindelijk toe geleid dat de Europese Commissie inzet op twee maatregelen. De eerste bestaat in het verbeteren van het huidige en toekomstige acquis door het vervaardigen van een 'Gemeenschappelijk Referentiekader' (GRK). Dit GRK zal bestaan uit 'duidelijke definities van juridische termen, grondbeginselen en coherente modelbepalingen van verbintenissenrecht (...), die op het acquis communautaire en op de beste oplossingen uit de rechtsstelsels van de lidstaten berusten'.³⁵ Dit GRK vervult de functie van een 'toolbox'³⁶; bij het verbeteren van het acquis en bij het maken van nieuwe regelgeving zal de Europese wetgever het GRK 'zonodig' gebruiken. Bovendien kunnen ook nationale wetgevers zich van het GRK bedienen bij de implementatie van Europese richtlijnen en bij het maken van nieuwe nationale wetgeving. Daarnaast zijn nog andere functies voorzien. Zo zouden arbiters zich er op kunnen beroepen bij het beslechten van een geschil, maar ook zou het GRK de contracten die de Europese organen zelf sluiten kunnen beheersen. Voor het Europese Hof van Justitie biedt het een leidraad bij de interpretatie van EG-wetgeving. Een formeel bindend instrument is het niet.³⁷ Een groep academici wordt geacht in 2007 een voorzet te doen voor een tekst, waarna de Europese Commissie het zal onderwerpen aan een 'bruikbaarheidstest' voor de praktijk³⁸ en belanghebbenden zal consulteren. In 2009 zou het GRK moeten zijn vastgesteld.

De tweede maatregel bestaat er in dat de Commissie wil nadenken over de wenselijkheid van een 'optioneel instrument' (een Europees contractenwetboek). De Commissie heeft daarmee niet de bedoeling om 'een 'Euro-

32. Mededeling (...) over Europees verbintenissenrecht, COM (2001) 398 def., Pb. EG 2001, C 255/1; Mededeling (...): een coherenter Europees verbintenissenrecht, een actieplan, COM (2003) 68 def., Pb. EG 2003, C 63/01; Mededeling over Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM (2004) 651 def., Pb. EG 2005, C 14/6 (verder: Mededeling 2004).

33. Resolutie A2-157/89, Pb. EG 1989, C 158/400.

34. De reacties zijn beschikbaar via <http://europa.eu.int/comm/consumers>.

35. Mededeling 2004, o.c., p. 3; vgl. p. 12.

36. Mededeling 2004, o.c., p. 16.

37. Mededeling 2004, o.c., p. 6.

38. Mededeling 2004, o.c., p. 13.

pees burgerlijk wetboek' voor te stellen waarin het verbintenissenrecht van de lidstaten wordt geharmoniseerd'.³⁹ Wel zal het GRK als basis voor zo een instrument kunnen dienen.⁴⁰ De vele vragen die GRK en optioneel instrument oproepen komen aan de orde in hoofdstuk IV.

Sluipende Europese integratie: het belang van Europeanisering en globalisering

8. Uit het voorafgaande blijkt dat Europa veel verwacht van het *recht* als methode van integratie van nationale markten.⁴¹ Enerzijds *creëert* Europees recht de interne markt, anderzijds *reguleert* het die door de mogelijk negatieve effecten van die markt tegen te gaan. Maar de vraag is of Europese integratie niet vooral wordt veroorzaakt door factoren waar de Europese wetgever weinig invloed op heeft en of die negatieve effecten werkelijk door hem kunnen worden voorkomen. Over beide maak ik een enkele relativerende opmerking.

Ten aanzien van het ontstaan van een geïntegreerde Europese markt geldt dat in de laatste decennia de betekenis van landsgrenzen en afstanden sterk is verminderd. In Europa is dat proces versterkt door het bestaan van de Europese Unie, maar het zou zich waarschijnlijk ook zonder Europese invloed hebben voorgedaan. De ontwikkeling van een uniforme wereld-economie en van een wereldwijd kleiner worden van barrières om grensoverschrijdend te handelen, ook wel aangeduid met het modewoord globalisering,⁴² is invloedrijker dan de jurist geneigd is te denken. De rol van internationaal opererende bedrijven en advocatuur bij de internationalisering van het nationaal recht mag daarom niet worden veronachtzaamd.

Wat de regulering van de markt betreft moet het belang van het recht ook worden gerelativeerd. Het meest in het oog springende gevolg van Europeanisering en globalisering op privaatrechtelijk vlak is dat bedrijven en consumenten steeds minder worden geregeerd door hun 'eigen' nationale recht en dat daar vaak geen gelijkwaardig ander rechtstelsel voor in de

39. Mededeling 2004, o.c., p. 10. Idem de Commissie in Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 (...), COM (2002) 654 def., p. 14.

40. Mededeling 2004, o.c., p. 6. Van een derde maatregel, het bevorderen van het gebruik van Europese standaardvoorwaarden via een website, is afgezien: zie Eerste voortgangverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis, COM (2005) 456 def., p. 11.

41. Vgl. C. Joerges, *On the Legitimacy of Europeanising Private Law*, Ius Commune Lecture 6, Maastricht 2003, p. 2.

42. Zie bijv. R. Michaels, *Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung*, *RabelsZ* 69 (2005), p. 525 v.; G.I. Zekos, *Cyberspace and Globalization, Law, Social Justice & Global Development Journal* 2002 (1) omschrijft globalisering als 'growing global interconnectedness of people through the reduced effects of distances and borders, including a reduced role for the State and an increasing role for non-State actors.'

plaats komt. Met andere woorden: globalisering leidt er toe dat nationaal recht wordt gepasseerd en, in het geval van transacties tussen bedrijven, plaats maakt voor zoiets als een 'lex mercatoria', een systeem van groten-deels private regulering.⁴³ Maar niet alleen de rol van de nationale wetgever raakt op deze manier uitgespeeld: bedrijven kunnen ook het Europees recht omzeilen door hun productie vanuit de Europese Unie te verplaatsen naar landen met kinderarbeid of andere in Europa verboden praktijken. Zo beschouwd speelt het (niet democratisch gelegitimeerde) bedrijfsleven een grote rol bij de vormgeving van de nieuwe 'global village'.⁴⁴

Europese integratie, harmonisatie en unificatie

9. Hoe moet nu worden geoordeeld over de Europese integratie van vermogensrecht zoals deze in het bovenstaande in drie dimensies is beschreven? Een oordeel over succes of falen van die integratie kan alleen worden gegeven indien een criterium voor de beoordeling ervan bestaat. Wat dat criterium moet zijn is echter onduidelijk. Is het de mate waarin integratie heeft geleid tot uniform recht? Dan valt het oordeel over het acquis zeker negatief uit: de bestaande methode van minimumharmonisatie laat immers veel ruimte voor verschillende nationale implementaties. Is het in hoeverre de Europese consument wordt beschermd? Dan is het oordeel positiever. Of is het de bevordering van de Europese interne markt? Ook daaraan heeft het Europese recht bijgedragen, zij het dat die bijdrage in het licht van de algehele Europeanisering en globalisering niet moet worden overschat.

Alvorens mijn eigen antwoord te formuleren op de vraag naar het succes van de Europese integratie tot nu toe, is het nuttig om de begrippen integratie, harmonisatie en unificatie nader te definiëren. Vaak worden deze 'open termen'⁴⁵ immers door elkaar gebruikt. Integratie omvat voor mij alle mogelijke manieren waarop verschillende rechtssystemen meer uniform kunnen worden. Integratie kan dus *door* het recht, maar ook langs andere (zoals politieke of economische) weg geschieden. Harmonisatie is daarmee slechts één van de methoden van integratie en wel die waarbij toenadering van de nationale rechtssystemen plaatsvindt door Europese wetgeving.⁴⁶ Die harmonisatie kan op een laag niveau geschieden (wederzijdse erkenning van buitenlandse uitspraken, zoals voorzien in het EEX), maar ook kan volledige harmonisatie (waarbij de nationale regel wordt vervangen door de Europese) zijn beoogd. Op vermogensrechtelijk terrein laat harmonisa-

43. Zie W. Twining, *Globalisation and legal theory*, London 2000, p. 51.

44. N. Hertz, *The Silent Takeover: Global Capitalism and the Death of Democracy*, London 2001.

45. M. Boodman, *The Myth of Harmonization of Laws*, *AJCL* 39 (1991), p. 699 v.

46. Vgl. C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford 2004, p. 506. Boodman, o.c., p. 708 noemt harmonisatie 'conceptually and methodologically indeterminate.'

tie verscheidenheid doorgaans in stand door enkel een minimum te harmoniseren: het eindresultaat hoeft niet in alle Europese landen identiek te zijn. Omdat harmonisatie bovendien bij richtlijn geschiedt, heeft het Europees recht altijd het nationale recht van node om effectief te kunnen zijn: vorm en middelen komen immers uit dat laatste. Unificatie ten slotte verwijst naar het mogelijke resultaat van integratie of harmonisatie: uniform recht. Dit resultaat wordt echter zelden bereikt: uniform recht veronderstelt immers dat de nationale rechtsstelsels volledig zijn verdwenen en dat het nieuwe recht uniform wordt toegepast.⁴⁷ Dat lijkt mij tot in de verre toekomst een utopie.

In mijn visie dient het succes van integratie, harmonisatie en unificatie te worden afgemeten aan het doel dat er mee wordt nagestreefd. Integratie van recht kan immers nooit een doel op zichzelf zijn. Indien het na te streven doel de bevordering van de Europese interne markt is, moet dus worden bezien in hoeverre dat met harmonisatie van recht wordt bereikt. Het succes is echter nimmer alléén daarvan afhankelijk: bij de beoordeling van het succes zullen bovendien de nationale ervaringen met Europese regelgeving moeten worden betrokken. Met andere woorden: het succes van een harmonisatiemaatregel kan enkel worden vastgesteld door zowel te kijken naar de mate waarin daarmee het achterliggende Europese doel wordt bereikt als naar de effecten van die maatregel op nationaal niveau. Indien harmonisatie naar algemeen oordeel de coherentie van het nationale recht verstoort, kan deze moeilijk succesvol worden genoemd.

Dit voert – na bovenstaand inleidend overzicht van de huidige methoden van unificatie – terug naar twee meer principiële vragen. De eerste is waarom harmonisatie van vermogensrecht eigenlijk nodig is (hoofdstuk III). De tweede vraag is hoe de invloed van Europa op het nationale recht moet worden gewaardeerd (hoofdstuk V). Nauw daarmee verbonden is een derde vraag: hoe een Europees vermogensrecht optimaal vorm te geven? (hoofdstuk IV).

III De noodzaak van harmonisatie van vermogensrecht

Overzicht

10. Harmonisatie van privaatrecht wordt nogal eens gezien als een doel op zichzelf. De gedachte is dan dat verschillen tussen Europese landen moeten worden vermeden omdat verschillen als zodanig *slecht* zijn. Waarom zou de eigendom van een zaak in België overgaan met de koop en in Nederland met de overdracht? Waarom zou het slachtoffer van een ver-

47. Daarom wordt unificatie meestal als proces beschreven. Zie Cappelletti, Seccombe en Weiler, o.c., p. 12.

keersongeval in Portugal minder moeten worden beschermd dan datzelfde slachtoffer in Nederland? Dit is niet mijn opvatting: ik ben van oordeel dat er reële motieven moeten zijn om bestaande verschillen op te heffen.

In dit hoofdstuk worden drie van die motieven op waarde geschat. Uit het voorafgaande bleek al dat het belangrijkste doel van het EG-Verdrag de bevordering van de interne markt is: vergt die interne markt ook harmonisatie van vermogensrecht? (nr. 11-14) Daarvan afgeleid is de doelstelling van bescherming van de zwakkere (meestal de consument: nr. 15). In de literatuur is bovendien geopperd dat eenwording van privaatrecht dienstig is voor de ontwikkeling van een Europese identiteit of cultuur (nr. 16).

Eerste motief: bevordering van de interne markt

11. Bevordert harmonisatie van vermogensrecht de werking van de Europese interne markt? Die vraag heeft een fundamenteel en een praktisch aspect. De vraag is fundamenteel omdat wanneer dit niet het geval is, harmonisatie, althans om deze reden, uiteraard beter achterwege kan blijven. Praktisch is het antwoord van groot belang omdat het Europese Hof van Justitie in het Tabaksreclame-arrest⁴⁸ heeft bepaald dat de loutere vaststelling van 'verschillen tussen nationale regelingen en (...) het abstracte risico van daaruit voortvloeiende belemmeringen' niet volstaat als bevoegdheid om de interne markt op grond van art. 95 EG-Verdrag te reglementeren. Het bestaan van belemmeringen moet daarentegen waarschijnlijk zijn en de betrokken maatregel moet er toe strekken die belemmeringen te voorkomen. Is aan die voorwaarden niet voldaan, dan ontbeert de richtlijn een juridische grondslag en kan hij door het Europese Hof terzijde worden gesteld.⁴⁹

12. Voor veel voorstanders van harmonisatie van privaatrecht is er geen enkele twijfel dat het bestaan van meer dan 25⁵⁰ verschillende rechtsstelsels in Europa een belemmering vormt voor de werking van de interne markt. Zij hebben vooral het oog op het contractenrecht en noemen als voorbeeld de zakenvrouw in (bijvoorbeeld) Italië die wil contracteren in Nederland maar daarvan wordt weerhouden door haar gebrekkige kennis van Nederlands recht.⁵¹ De Europese Commissie stelt het zo:⁵²

48. HvJ 5 oktober 2000, zaak C-376/98, Jur. 2000, I-8419 (Duitsland/Europees Parlement en Raad).

49. W.-H. Roth, *Europäischer Verbraucherschutz und das BGB*, JZ 2001, p. 475 v. Zie ook onder, nr. 15.

50. Behalve de 25 nationale stelsels kennen enkele landen (waaronder het Verenigd Koninkrijk en Spanje) diversiteit van privaatrecht binnen hun grenzen.

51. Zie bijv. O. Lando, *Is Codification Needed in Europe?*, ERPL 1 (1993), p. 157.

52. Mededeling 2001, o.c., nr. 30-32; vgl. Actieplan 2003, o.c., nr. 34.

'Gebrekkige kennis van het toepasselijke privaatrecht van andere landen kan met name kleine en middelgrote ondernemingen (het MKB) en consumenten ervan weerhouden grensoverschrijdende transacties aan te gaan. (...) Leveranciers van goederen en diensten kunnen het aanbieden van hun goederen en diensten aan consumenten in andere landen als economisch oninteressant beschouwen en er derhalve van af zien. Onderling verschillende nationale regels kunnen daarnaast tot hogere transactiekosten leiden. (...) Deze hogere transactiekosten kunnen ook een concurrentienadeel inhouden, bijvoorbeeld in een situatie waarin een buitenlandse leverancier concurreert met een leverancier die in hetzelfde land woont als de potentiële klant.'

Hoe plausibel deze redenering ook lijkt, geheel bevredigen doet zij niet. Een economische redenering als deze gaat immers alleen op indien a) contractspartijen daadwerkelijk worden afgeschrikt door een afwijkend privaatrecht in het andere land en de kosten van grensoverschrijdend contracteren daadwerkelijk groter zijn dan van het sluiten van een 'nationaal' contract (nr. 13) en b) de kosten van het creëren van geharmoniseerd recht opwegen tegen de kosten die verbonden zijn aan de huidige rechtsdiversiteit (nr. 14). Bovendien zal, indien een economisch argument vóór harmonisatie bestaat, dit altijd moeten worden afgewogen tegen mogelijke andere argumenten tegen harmonisatie (nr. 17).

Overigens wordt doorgaans een soortgelijk economisch argument aangevoerd voor harmonisatie van zekerheidsrechten⁵³ en van het aansprakelijkheidsrecht.⁵⁴ Ook op die terreinen is verdedigbaar dat rechtsdiversiteit leidt tot kosten die niet worden gemaakt indien men een zekerheidsrecht in eigen land verkrijgt of aldaar slachtoffer is van eens anders onrechtmatige daad. Ik concentreer mij in het navolgende op het contractenrecht.

13. Het argument van de voorstanders van harmonisatie dat het sluiten van een grensoverschrijdende transactie duurder is dan het sluiten van een overeenkomst in eigen land is op zichzelf waar. Weliswaar hebben contractspartijen doorgaans zélf de mogelijkheid om diversiteit van recht het hoofd te bieden door een rechtskeuze te doen, maar dat voorkomt niet dat nationaal dwingend recht van toepassing is op hun overeenkomst. Dat is een probleem omdat vooral nationale consumentenbescherming vaak gedetailleerde en van het gemene recht afwijkende regels kent,⁵⁵ zodat een

53. Zie bijv. Boodman, o.c., p. 712.

54. Hierover bijv. M. Faure en T. Hartlief, Naar een harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht in Europa?, NJB 2003, p. 170 v.; M. Faure, How Law and Economics May Contribute to the Harmonisation of Tort Law in Europe, in: R. Zimmermann (ed.), Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, Baden-Baden 2003, p. 59 v.

55. Vgl. Reactions to the Communication 2001, o.c., p. 7: 'Businesses are discouraged from cross-border transactions more by differences in the details of different consumer protection regimes than by diversity in the overall level of protection afforded.'

partij zich dan alsnog moet laten adviseren over voor haar onbekend recht. Vraag is wel of dit voor alle partijen in dezelfde mate het geval is, welke kosten er precies aan grensoverschrijdend contracteren verbonden zijn en of deze kosten nu worden veroorzaakt door verschillen in recht of door andere oorzaken.

In de eerste plaats moet onderscheid worden gemaakt tussen verschillende soorten partijen. Diversiteit van recht lijkt vooral een probleem op te leveren voor het midden- en kleinbedrijf (MKB). Grote bedrijven zijn doorgaans meer ervaren in internationale handel en kunnen hun sterke onderhandelingspositie uitbuiten. Bovendien zullen grote bedrijven vaker grote transacties sluiten en bij dergelijke overeenkomsten kunnen de transactiekosten snel worden terugverdiend. Omdat grote partijen doorgaans toch al hun eigen contractvoorwaarden opleggen ongeacht of hun wederpartij in hun eigen land of elders is gevestigd, zijn de kosten van grensoverschrijdend contracteren ook niet groter.⁵⁶ Dit is anders voor kleine en middelgrote bedrijven. Zij hanteren doorgaans geen eigen contractvoorwaarden en vertrouwen op nationaal aanvullend recht. Indien zij onzeker zijn over dat recht in een ander land zullen zij worden afgeschrikt.⁵⁷ Voor het MKB zijn de kosten van juridisch advies dan vaak disproportioneel in verhouding tot de waarde van de transactie.⁵⁸ Ook consumenten zullen niet snel over de grens contracteren indien zij geen kennis hebben van buitenlands recht. Hun onderhandelingspositie is nog beperkter want zij zullen over de rechtskeuze van de buitenlandse verkoper voor zijn eigen recht al helemaal niet kunnen onderhandelen.

Welke kosten ondervinden deze bedrijven en consumenten nu precies? In theorie zijn dit de kosten verbonden aan het verkrijgen van informatie over het toepasselijke rechtstelsel, de inhoud van dat rechtstelsel en de verschillen met het eigen recht. Aangenomen dat partijen deze kosten thans maken omdat het recht elders anders is (zie *onder*) zou unificatie kostenverminderend werken. Unificatie strekt zich dan bij voorkeur ook uit over andere terreinen dan het vermogensrecht. Met name van unificatie van belastingrecht en procesrecht valt in dat scenario veel te verwachten.

Zou harmonisatie van recht nu inderdaad leiden tot een eliminatie of vermindering van deze kosten? Zolang dat een harmonisatie is door richtlijnen luidt het antwoord ontkennend: richtlijnen laten immers nog altijd veel

56. Zie C. Ott en H.-B. Schäfer, *Die Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts: Ökonomische Notwendigkeit oder akademisches Interesse?*, in: C. Ott en H.-B. Schäfer (eds.), *Vereinheitlichung und Diversität des europäischen Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, Tübingen 2002, p. 209.

57. Ott en Schäfer, o.c., p. 213.

58. Vgl. D. Staudenmayer, *The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?*, *ERPL* 10 (2002), p. 255 en de bijdragen van Gerhard Wagner en Helmut Wagner in J.M. Smits (ed.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives*, Groningen 2005.

verschillen tussen de Europese rechtssystemen. Maar zelfs in een scenario van volledige unificatie – waarin nationale privaatrechtssystemen dus hebben plaats gemaakt voor een werkelijk Europees BW – is twijfelachtig of de kosten van grensoverschrijdend contracteren niet grotendeels blijven bestaan. Het is immers niet alleen het *recht* dat een belemmering vormt. Ik wijs op het bekende werk van Macaulay en Weintraub,⁵⁹ die laten zien hoe commerciële contractspartijen doorgaans in het geheel niet geïnteresseerd zijn in de juridische vormgeving van hun verhouding of in het afdwingen van contractuele remedies. Het maken van uitgebreide contracten wordt vaak te duur en te arbeidsintensief bevonden en weegt niet op tegen het geringe aantal gevallen waarin een conflict ontstaat. Het belang van het contractenrecht moet dus niet worden overschat.

Dit wordt bevestigd door de reacties op de Mededeling van 2001. De Europese Commissie vroeg aan bedrijfsleven, praktiserende juristen en consumenten of zij problemen ondervonden door diversiteit van recht. De overheersende reactie van het bedrijfsleven⁶⁰ was dat de interne markt niet optimaal functioneerde maar dat dit minder te maken had met verschillen in privaatrecht dan met taalbarrières, culturele verschillen, afstanden, gewoonten en rechtsdiversiteit op het terrein van belastingrecht en procesrecht.⁶¹ *De facto* barrières zijn veel belangrijker dan recht. Ook consumenten vinden divergerend contractenrecht niet het belangrijkste probleem. Weliswaar is het vertrouwen van de consument in bescherming tegen de verkoper in geval van grensoverschrijdende aankopen lager (31%) is dan in geval van een aankoop in eigen land (56%),⁶² maar dit kan vooral worden toegeschreven aan verschillen in taal en afstand.⁶³

Mijns inziens kan de vraag of diversiteit van recht werkelijk een belemmering vormt voor de interne markt slechts worden beantwoord door uitgebreid empirisch onderzoek naar het effect van unificatie op grensoverschrijdende handel. Dergelijk onderzoek is schaars. Voor economen is het grotendeels *terra incognita*: zij zwijgen over het soort contractenrecht dat transactiekosten minimaliseert, anders dan dat dit recht zoveel mogelijk de

59. S. Macaulay, Non-contractual relations in business: a preliminary study, *American Sociological Review* 28 (1963), p. 55 v., bevestigd door bijv. R.J. Weintraub, *A Survey of Contract Practice and Policy*, Wisconsin L.R. 1992, p. 1 v.

60. Vgl. *Reactions to the Communication 2001*, o.e., p. 6 v.

61. Vgl. bijv. de reactie van de Britse regering, beschikbaar via <http://europa.eu.int/comm/consumers>. De reactie van *Orgalime*, dat de belangen van 130.000 bedrijven in de Europese metaalverwerkende industrie vertegenwoordigt, vind ik representatief: 'it will of course always be easier to trade with companies and persons from your own country. This has, however, more to do with ease of communication, traditions and other factors, which are not dependent on contract law.'

62. http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/events/event42_en.html (EOS Gallup Europe 'Consumers survey' van januari 2002).

63. Zie ook Explanatory memorandum Proposal for a Directive concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, COM (2003) 356 final, nr. 13.

rechtszekerheid moet dienen.⁶⁴ Zeker is wel dat hoge transactiekosten leiden tot hogere prijzen, daardoor tot lagere investeringen, lagere consumptie en dus tot een lager nationaal inkomen.⁶⁵ Psychologen – die zich bij uitstek bezighouden met menselijk gedrag en dus ook de invloed van unificatie op dat gedrag kunnen onderzoeken – hebben hier evenmin over geschreven. Binnen de betrekkelijke nieuwe stroming van de ‘behavioural economics’ beschrijft Sunstein⁶⁶ verschillende psychologische fenomenen. Zo geeft de ‘status quo bias’ aan dat partijen de neiging hebben om de status quo te prefereren, zelfs indien een andere situatie wellicht beter voor hen is.⁶⁷ Dit wijst er op dat partijen eerder een rechtsstelsel dat zij kennen zullen kiezen dan een kwalitatief wellicht beter uniform recht. Dit wordt bevestigd door ervaringen met het Weens Koopverdrag dat door grotere bedrijven vaak wordt uitgesloten omdat het te veel onzekerheid laat bestaan en bovendien in geval van toepasselijkheid toch niet de gehele contractuele relatie beheerst.⁶⁸

Al met al is duidelijk dat het moeilijk is om de kosten van rechtsdiversiteit te meten: empirisch bewijs dat die kosten minder zijn indien het vermogensrecht in Europa wordt geüniformeerd is er niet.

14. Gesteld nu dat de kosten van de huidige rechtsdiversiteit inderdaad groot zijn, betekent dit dan dat het nationale privaatrecht moet worden ingruïeld voor een uniform Europees privaatrecht? Mijns inziens moet het economisch argument pro unificatie dan nog worden afgewogen tegen de kosten die unificatie met zich brengt. In economisch opzicht zijn dit de kosten van transitie naar een ander rechtsstelsel. Die transitiekosten zijn aanzienlijk: zij omvatten onder meer de kosten van het politieke besluitvormingsproces en van het realiseren van de herziening en de kosten van aanpassing van nationale rechtsstelsels aan het nieuwe regime (zoals de kosten van herzien van contracten en herscholen van juristen).⁶⁹ Ook deze transitiekosten zijn moeilijk te meten. Wel is zeker dat zij op langere termijn verdwijnen zodat zij wel heel hoog moeten zijn om het in een puur economische afweging af te leggen tegen de kosten van rechtsdiversiteit.

64. H. Wagner, *Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty: The Example of the European Union*, in: Smits (ed.), *The Need for, o.c.*, p. 30 v.

65. Voor die causale keten: H. Wagner, in: Smits (ed.), *The Need for, o.c.*, p. 32 v.

66. C. Sunstein (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge Mass. 2000, p. 3 v.

67. Zie ook H. Kerkmeester, *Uniformity of European Contract Law: An Economic Study Between Logic and Fact*, in: Smits (ed.), *The Need for, o.c.*, p. 69 v. en J.J. Rachlinski, *The Psychology of Conflicts of Laws*, in: Smits (ed.), *The Need for, o.c.*, p. 93 v.

68. Vgl. R.I.V.F. Bertrams, *Enige aspecten van het Weens Koopverdrag*, Lelystad 1995, p. 72.

69. Zie over dit soort *path dependence* J.M. Smits, *The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolutionary Theory*, *Georgia J. of Int. and Comp. Law* 31 (2002), p. 79 v.

Hoe ook te oordelen over het economisch motief, het is niet beslissend. Het economisch argument vóór of tegen harmonisatie moet worden afgewogen tegen mogelijke andere argumenten.

Tweede motief: bescherming van de zwakkere en een Europees BW ter bescherming van 'social values'

15. Een tweede motief voor Europese harmonisatie is de bescherming van de zwakkere partij binnen de Europese Unie. Van oudsher heeft deze bescherming de vorm gekregen van consumentenbescherming via Europese richtlijnen. De noodzaak daarvan als tegenwicht voor het vrije spel der marktkrachten wordt door weinigen ontkend en in dit opzicht lijkt de Europese wetgeving ook een redelijk succes: het uniforme minimumniveau van bescherming dat thans in Europa bestaat zou, indien consumentenbescherming geheel aan de lidstaten zou zijn overgelaten, waarschijnlijk niet zijn bereikt.

Het is in dit verband wel bizar dat nu juist de consumentenbescherming geen zelfstandige grondslag heeft in het EG-Verdrag. Het in 1999 ingevoerde art. 153 biedt die zelfstandige grondslag naar algemeen oordeel immers niet, maar ondersteunt enkel de grondslag van bevordering van de interne markt.⁷⁰ Het is dan ook daarop dat de meeste richtlijnen zijn gebaseerd. Het nadeel van deze grondslag is evident: de bescherming van de consument wordt afhankelijk gemaakt van de vraag of met harmonisatie de interne markt wordt bevorderd terwijl zojuist bleek dat dit nu juist twijfelachtig is. Het leidt er toe dat sommige richtlijnen – Roth⁷¹ noemt colportage, oneerlijke bedingen en consumentenkoop – wellicht niet voldoen aan de eisen die sinds het Tabaksreclame-arrest aan art. 95 worden gesteld. Beter lijkt dan ook om een zelfstandige bevoegdheidsgrondslag voor consumentenbescherming in het EG-Verdrag op te nemen en nieuwe richtlijnen daarop te baseren.

Recent is de vraag opgeworpen of de noodzaak om de zwakkere partij en 'social values' te beschermen niet noopt tot vergaande Europeanisering. In die visie kan alleen een bindend Europees wetboek een tegenwicht vormen voor toenemende globalisering en de daardoor veroorzaakte 'onrechtvaardigheden.' De strijdkreet van de Turijnse hoogleraar Ugo Mattei, 'Hard Code Now!'⁷² is overgenomen door een groep auteurs onder leiding van Martijn Hesselink die zich profileert als de 'Study group on social justice

70. Zie bijv. Roth, o.c., JZ 2001, p. 477.

71. Roth, o.c., JZ 2001, p. 478.

72. U. Mattei, *Hard Code Now! A Critique and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification*, in: dez., *The European Codification Process: Cut and Paste*, The Hague 2003, p. 107 v.

in European private law.⁷³ De groep bepleit dat een toekomstig Europees privaatrecht in vergaande mate recht moet doen aan sociale rechtvaardigheid als tegenwicht voor het marktdenken van de Europese Unie. Een Europees BW is in hun visie niet zozeer nodig ten behoeve van het bedrijfsleven, maar juist ter bescherming tegen dat bedrijfsleven.

Straks (nr. 22) zal blijken dat ik mij met deze visie niet kan verenigen. Mijn voornaamste bezwaar is dat een hoog niveau van sociale bescherming in Europa niet paternalistisch en van bovenaf moet worden opgelegd. Daar is niet alleen het bedrijfsleven, maar ook de consument – die daardoor zal worden geconfronteerd met stijgende prijzen – niet mee gediend. Tegelijkertijd zie ik in dat de Europese Unie een verantwoordelijkheid heeft voor het bewaken van een minimumniveau van consumentenbescherming. Dat minimumniveau – met name bestaande in informatieplichten – is echter afdoende. Overigens is terecht opgemerkt dat, als de politieke wens is om een uniform niveau van sociale bescherming te creëren, het zich beijveren voor een Europees minimumloon, een Europese sociale zekerheid en een Europese gezondheidszorg meer voor de hand ligt dan een pleidooi voor een sociaal Europees privaatrecht.⁷⁴

Derde motief: een Europees BW ter versterking van de Europese identiteit

16. Als reden voor harmonisatie is ook aangevoerd de wens om de Europese identiteit te versterken: één Europa vergt één privaatrecht.⁷⁵ Zoals de nationale codificaties uit de negentiende eeuw een middel vormden voor de vorming van een nationaal bewustzijn ter onderscheiding van andere volkeren, zou een Europees BW het symbool zijn van één Europa en van de solidariteit tussen de lidstaten.⁷⁶ Europese integratie wordt hiermee tot een 'metawaarde' los van welk economisch motief dan ook.⁷⁷ Het motief is nauw verbonden met de wens om de strijdbijl tussen de Europese landen voor eens en voor al te begraven en om het trauma van de tweede wereldoorlog te verwerken.⁷⁸ Dat verklaart overigens ook deels waarom in het

73. Study Group on Social Justice in European Private Law, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, ELJ 10 (2004), p. 653 v.

74. Zie Faure, in: Zimmermann (ed.), o.c., p. 68.

75. Zie bijv. G. Alpa, *European Community Resolutions and the Codification of Private Law*, ERPL 2000, p. 333 en vgl. T.M.J. Möllers, *The Role of Law in European Integration*, AJCL 48 (2000), p. 679 v.

76. Die solidariteit wordt genoemd in art. 2 EG-Verdrag. Zie ook de preambule bij de Europese Grondwet (2004) die rept van de 'gemeenschappelijke lotsbestemming' van de Europese volkeren.

77. Cappelletti, Scoccione en Weiler, o.c., p. 6 : 'a meta-value in itself above any mundane cost-benefit analysis.'

78. Zie, in plaats van velen, Winston S. Churchill, *We must build a kind of United States of Europe*, lezing Zürich 19 september 1946, in: id., *The Sinews of Peace: Post War Speeches*, London 1948.

wetenschappelijke debat over Europese integratie – uitzonderingen daargelaten – oudere juristen vaak pro Europese codificatie van privaatrecht zijn en de jongere generatie daar genuanceerder over denkt.

Ik acht het identiteitsargument niet overtuigend. Ik sluit mij aan bij diegenen voor wie de kern van de Europese identiteit niet ligt in uniformiteit, maar juist in het koesteren van de pluraliteit van talen, culturen en recht. Ik zeg het de Zwitserse politicoloog Bruno Frey na:⁷⁹ ‘the essence of Europe is its *variety*. The strength of Europe is its wide range of different ideas, cultures and policies. Diversity, and not unity, has been the crucial element of Europe’s rise in history and continues to do so. A homogenized Europe loses its *raison d’être*, and will lose its economic and political role.’ Thomas Wilhelmsson stelt terecht dat uniformering die Europese identiteit dan ook juist zou verzwakken in plaats van versterken. Als er al een Europese identiteit is, noopt die niet tot unificatie van privaatrecht maar hoogstens tot een bepaald soort buitenlands beleid.⁸⁰ Ik verwijs naar het Amerikaanse voorbeeld: de Verenigde Staten ontberen een uniform privaatrecht, maar dat geen Amerikaanse identiteit bestaat valt moeilijk vol te houden.

Mijn standpunt over de noodzaak van harmonisatie: laat burgers en bedrijven zelf kiezen!

17. Ik pleit er voor om de bovenstaande twijfels over de noodzaak van harmonisatie van privaatrecht serieus te nemen. Zolang onzeker is of die harmonisatie het doel van werking van de interne markt daadwerkelijk bevordert, moet die niet van bovenaf worden opgelegd. De enige goede reden voor harmonisatie lijkt dan nog bescherming van de zwakkere partij op de Europese markt te zijn.

Maar bij dit argument tegen harmonisatie laat ik het niet. Er is namelijk – waar bescherming van de zwakke partij niet aan de orde is – ook een argument vóór handhaving van diversiteit van rechtssystemen in Europa. Dit argument is afkomstig van de jonggestorven Amerikaan Charles Tiebout (1924-1968).⁸¹ Tiebout omschrijft de behoeften van bedrijven en personen in termen van ‘preferenties’ die van elkaar kunnen verschillen. Indien di-

79. B.S. Frey, A Europe of variety, not harmonization, in: A. Marciano en J.-M. Josselin (eds.), *The Economics of Harmonizing European Law*, Cheltenham 2002, p. 209 ff.

80. T. Wilhelmsson, The Legal, the Cultural and the Political – Conclusions from Different Perspectives on Harmonisation of European Contract Law, EBLR 2002, p. 546 en dez., *The Ethical Pluralism of Late Modern Europe and Codification of European Contract Law*, in: Smits (ed.), *The Need for*, o.c., p. 123 v.

81. C. Tiebout, A Pure Theory of Local Expenditures, *J. of Political Economy* 64 (1956), p. 416 v. Zie ook A. Ogus, Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law, ICLQ 48 (1999), p. 405 v. en G. Wagner, The Virtues of Diversity in European Private Law, in: Smits (ed.), *The Need for*, o.c., p. 5 v.

verse rechtsstelsels met elkaar concurreren kunnen meer preferenties worden bevredigd: consumenten en bedrijven kunnen dat rechtsstelsel kiezen dat in hun opvatting hun belangen het beste waarborgt. Omdat zij aldus een jurisdictie die hen niet aanstaat kunnen inruilen voor een andere ('vote with their feet'), worden nationale overheden gestimuleerd om hun jurisdictie zo aantrekkelijk mogelijk te houden. Introductie van uniform recht zou die exit-mogelijkheid reduceren en er toe leiden dat minder preferenties kunnen worden bevredigd.

Diversiteit van rechtsstelsels heeft bovendien als voordeel dat innovatie van bestaand recht veel eenvoudiger is. Kennisname van een andere oplossing in een ander land laat zien hoe die oplossing daar al dan niet functioneert. Staten zijn daarmee 'experimenting laboratories'⁸² en het experiment elders kan een lichtend of juist afschrikwekkend voorbeeld zijn.⁸³ Zo kan erkenning van het homohuwelijk door Nederland en België een voorbeeld zijn voor andere landen. Was Nederland op grond van Europese regelgeving niet in staat geweest om het homohuwelijk te erkennen, dan zouden andere landen geen voorbeeld hebben gehad van hoe die institutie op succesvolle wijze in te bedden in het bestaande familierecht. Bij harmonisatie van het huwelijksrecht op Europees niveau zou het homohuwelijk er waarschijnlijk niet gekomen zijn. Mijn standpunt is dat daartoe ook geen noodzaak bestaat: waarom zouden Nederlanders moeten worden gedwongen eenzelfde familierecht als de Ieren te hebben?⁸⁴ Op het terrein van het vennootschapsrecht heeft het Hof van Justitie⁸⁵ de weg al vrijgemaakt voor een vrij verkeer van bedrijven: zij kunnen kiezen naar welk recht zij hun vennootschap oprichten: achten zij de Limited Company een geschiktere rechtsvorm voor hun onderneming dan de BV, dan zijn zij vrij om voor de eerste te kiezen. Ik verwijs naar het preadvies van McCahery.

18. Dat ik mij tot dit gedachtegoed heb bekeerd,⁸⁶ betekent niet dat ik een tegenstander ben van unificatie van recht. Ik geloof alleen niet dat de noodzaak daarvan door academici of door de Europese wetgever moet worden bepaald. Het zijn diegenen voor wie het recht bestaat die moeten uitmaken met welke rechtsregels hun belangen het beste worden behartigd. Voorzover lokale variatie bestaat is dit voor mij dus niet noodzakelijkerwijs het resultaat van toeval maar van het feit dat die regels kennelijk het best

82. Zie L. Brandeis, in: *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262.

83. F.A. Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, Kieler Vorträge N.S. 56, Kiel 1968.

84. Het voorbeeld is van G. Wagner, in: Smits (ed.), *The Need for, o.c.*, p. 11: 'Diversity allows 'avant-garde' jurisdictions to boldly move ahead and prove to the others that it is safe to follow.'

85. HvJ 9 maart 1999, zaak C-212/97, Jur. 1999-I, 1459 (Centros).

86. Zie bijv. Smits, *o.c.*, Georgia J. of Int. and Comp. Law 31 (2002), p. 79 v.

geschikt zijn voor die specifieke landen. Het opleggen van één uniforme voorkeur acht ik veel te paternalistisch. In dit standpunt sta ik niet alleen, in Nederland noch daarbuiten. Zo heeft Nieuwenhuis collega's Faure en Hartlief en mijzelf⁸⁷ er van beschuldigd de 'Romantische rechtsschool van Maastricht' te vormen nu wij zozeer de eigenheid van het Franse, Duitse, Nederlandse, etc. recht benadrukken.⁸⁸ Maar het van hogerhand bepalen wat rechtvaardig is voor iedereen in Europa – zoals Nieuwenhuis wil – acht ik in strijd met de keuzevrijheid die burgers zouden moeten hebben. Wat 'ieder het zijne' behelst moet vooral worden bepaald door burgers zelf en niet door de Europese Unie.

19. Ik wil niet verhelen dat bezwaren kunnen worden aangevoerd tegen competitie van rechtsstelsels.⁸⁹ Het hangt echter grotendeels van de wijze van vormgeving van een Europees privaatrecht af of die bezwaren hout snijden. Ik bespreek drie bezwaren.

Het eerste bezwaar luidt dat competitie tussen rechtsstelsels weliswaar kan leiden tot unificatie van recht, maar dat het niveau van dat recht het *laagste* is van alle rechtsstelsels waartussen de competitie plaatsvindt. Indien personen of bedrijven zich verplaatsen van rechtsstelsel A naar het hen welgezinder rechtsstelsel B leidt dat er immers toe dat stelsel A zijn recht aanpast aan stelsel B om nog meer vertrek te voorkomen. Dit 'home country control principle' zou er toe leiden dat een recht van de laagste standaard overblijft. Zo vaak als deze vrees voor een 'race to the bottom' of 'social dumping' is geuit, zo weinig empirisch materiaal is er echter om die vrees te ondersteunen.⁹⁰ Maar belangrijker is dat een volledige competitie tussen rechtsstelsels ook niet nastrevenswaardig is: het is nu juist het doel van minimumwetgeving – zoals de EU die doorgaans uitvaardigt – om de race slechts te laten plaatsvinden binnen bepaalde grenzen: soms moet recht dwingend zijn om bescherming te bieden.

Een tweede bezwaar luidt dat het kiezen voor een ander rechtsstelsel niet zonder kosten is. De presumptie dat personen en bedrijven zich vrijelijk van staat A naar staat B begeven indien staat B een beter rechtsstelsel heeft is onjuist. Daar zijn kosten aan verbonden.⁹¹ Bovendien is de vraag of het enkele bestaan van een ander *privaatrecht* bepalend is voor die keuze.

87. M. Faure en T. Hartlief, o.c., NJB 2003, p. 170 v.; J.M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, Deventer 2000.

88. J.H. Nieuwenhuis, *De romantische rechtsschool van Maastricht*, RMTh 2003, p. 61 v.

89. Zie bijv. Smits, *The Making of European Private Law*, o.c., p. 66 v.

90. Zie C. Barnard, *Social dumping and the race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware*, ELR 25 (2000), p. 57 v. en R. Van den Bergh, *Forced Harmonization of Contract Law in Europe: Not to be Continued*, in: Grundmann en Stuyck (eds.), o.c., p. 260.

91. Vgl. over die 'costs of moving' G. Wagner, in: Smits (ed.), *The Need for*, o.c., p. 7.

Daarmee overschatten we wederom het belang van dit rechtsgebied.⁹² De oplossing ligt er in dat partijen niet *fysiek* hoeven te verhuizen naar een ander rechtsstelsel ('vote with their feet'), maar het gewenste recht van toepassing kunnen verklaren als zij dat willen. Dat is precies de consequentie van de Centros-beslissing van het Europese Hof voor het vennootschapsrecht en ik zie niet in waarom die visie niet ook kan worden aanvaard in het vermogensrecht (zie nader nr. 23). Partijen moeten dan wel weten welk rechtsstelsel daarvoor het meest in aanmerking komt. Thans ontbreekt het vaak aan goede informatie over een ander stelsel. Een Nederlandse partij is vaak al niet op de hoogte van Duits of Engels recht, laat staan van Pools of Tsjechisch recht.⁹³ Dat is anders in de VS, waar over de meer dan 50 jurisdicties veel informatie in één taal voorhanden is. De oplossing ligt mijns inziens, *naast* het bevorderen van competitie tussen nationale rechtsstelsels, in het vervaardigen van verschillende 'hooginformatieve' optionele codes. Ik kom er in nr. 27 op terug.

Een derde bezwaar is dat thans lang niet altijd de vrijheid bestaat om een keuze te maken voor een bepaald rechtsstelsel. Voor succesvolle competitie van rechtsstelsels is dat echter wel nodig.⁹⁴ Op het vlak van het contractenrecht wordt de mogelijkheid van rechtskeuze met name sterk ingeperkt door art. 3 lid 3 en art. 5 van het EVO. Art. 3 lid 3 EVO beperkt de rechtskeuze in geval van een puur nationaal contract: de rechtskeuze kan niet leiden tot afwijking van dwingend recht van een land indien het contract met alleen dat land verbonden is. Partijen die hun eigen nationale recht willen ontlopen moeten daarom *zelf* vertrekken naar een ander land. Ik pleit er voor om ook in puur nationale verhoudingen rechtskeuze toe te staan.⁹⁵ Art. 5 beschermt onder bepaalde omstandigheden de consument die in een ander land contracteert: hij heeft de bescherming van het recht van zijn gewone verblijfplaats, zelfs als een rechtskeuze is gedaan voor het recht van een ander land. Hoewel sommige auteurs eliminatie van ook deze bepaling bepleiten omdat de keuzevrijheid van de consument hiermee te zeer wordt ingeperkt,⁹⁶ zie ik nog wel reden voor handhaving: een minimumniveau van consumentenbescherming blijft gewenst.

92. G. Wagner, o.c., p. 9: 'to suggest that "the people" would vote a government out of office for the reason of it inaugurating an efficient contract law or leaving such inferior law in place is simply absurd.'

93. Vgl. R. Van den Bergh, Regulatory Competition or harmonization of laws? Guidelines for the European regulator, in: Marciano en Josselin (eds.), o.c., p. 33.

94. Zie ook Van den Bergh, in: Marciano en Josselin (eds.), o.c., p. 30 v.: zolang *estoppel* en *privity* voor civil law-juristen onduidelijke begrippen blijven, zal competitie niet ontstaan.

95. Daarover E.-M. Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, Tübingen 2002, p. 284 v.

96. Zie bijv. C. Kirchner, An Optional European Civil Code (OECC): Initiating a Learning Process, in: Grundmann en Stuyck (eds.), o.c., p. 399 v.

Concluderend wordt de noodzaak van unificatie in mijn model van competitie van rechtsstelsels vooral bepaald door de rechtspraktijk zelf en vindt harmonisatie niet van bovenaf plaats. De besproken bezwaren tegen dat model snijden geen hout, mits wordt uitgegaan van een bepaalde vormgeving van het Europees privaatrecht. In het navolgende wordt die ideale vormgeving besproken en afgezet tegen de plannen van de Europese Commissie voor een GRK en een optionele code.

IV De vormgeving van een toekomstig Europees privaatrecht: het GRK en de optionele code

Inleiding

20. Nu het bestaande acquis en de noodzaak van harmonisatie zijn besproken, kan één van de meest bediscussieerde vragen inzake het Europees privaatrecht aan de orde komen: wat is de beste weg voorwaarts? In dit preadvies herhaal ik niet het academisch debat over de beste methode van unificatie zoals dat het afgelopen decennium is gevoerd, maar is het vertrekpunt de door de Europese Commissie in 2004 gemaakte keuzen op het terrein van het verbintenissenrecht. Die keuzen komen neer op de invoering van een Gemeenschappelijk Referentiekader (GRK) en discussie over een optionele code. Dat roept vragen op. Zo is niet onmiddellijk evident waarom een GRK nodig is om de bestaande problemen op te lossen (nr. 21). Ik prefereer een eenvoudiger weg (nr. 22). Bovendien is de vraag wat de beste manier is om een optioneel rechtsstelsel en/of GRK in het vat te gieten. Omdat die laatste vraag het debat de komende jaren zal beheersen besteed ik daar wat meer aandacht aan (nr. 23-29).

Het GRK: nodig om de bestaande problemen met het acquis op te lossen?

21. Zo recent als het plan is om een GRK vast te stellen, zo divers zijn reeds de meningen over de functie van het GRK en over hoe het moet worden vormgegeven. De Mededeling van de Europese Commissie uit 2004 laat namelijk ruimte voor verschillende interpretaties. Enerzijds is duidelijk dat de Commissie het GRK beschouwt als een hulpmiddel bij het verbeteren van het acquis en het maken van nieuwe regelgeving en hoopt dat het Hof van Justitie het zal gebruiken als instrument bij de interpretatie van EG-wetgeving.⁹⁷ Zo beschouwd is het GRK weinig meer dan een soort

97. Zie boven, nr. 7.

‘aanwijzingen voor de regelgeving.’⁹⁸ Anderzijds ziet de Commissie het GRK ook als basis voor het ‘optioneel instrument’ en doet de gedetailleerde indeling in grondbeginselen, definities en regels wel erg denken aan een echt wetboek. Dit heeft verschillende auteurs⁹⁹ er toe gebracht het GRK als opstap voor een Europees BW te zien.

Het lastige is dat het voor de juiste waardering van het GRK zeer veel uitmaakt of het inderdaad alleen er toe dient om het bestaande acquis te verbeteren of een Europees BW in wording is. Dat het méér is dan het eerste lijkt te volgen uit het feit dat voor de enkele verbetering van het acquis een GRK helemaal niet nodig is. Sterker nog, de vraag is maar helemaal hoe een GRK zoals de Commissie zich dat voorstelt werkelijk kan helpen om de bestaande problemen op te lossen.

Het GRK zal bestaan uit een hoofdstuk I met gemeenschappelijke grondbeginselen van Europees contractenrecht (contractsvrijheid, bindende kracht, etc.¹⁰⁰). Hoofdstuk II omvat definities van abstracte termen zoals ‘overeenkomst’ en ‘schade’. Dat is zeker nuttig maar beginselen en begrippen maken slechts een beperkt deel van het GRK uit. De kern ervan is hoofdstuk III dat voorbeeldbepalingen (‘model rules’) bevat over de thema’s totstandkoming, vorm, geldigheid, uitleg en inhoud van de overeenkomst, volmacht, precontractuele verplichtingen, (niet-)nakoming, pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren, cessie, schuld- en contractsovername, verjaring, koop en verzekeringsovereenkomsten. Hoe deze modelbepalingen kunnen bijdragen aan de verbetering van het acquis is echter niet heel helder. Indien zij lijken op de *Principles of European Contract Law* (PECL) – en die kans is groot¹⁰¹ nu ‘de beste oplossingen uit de rechtsstelsels’¹⁰² moeten worden gedestilleerd – dan zullen zij ver afstaan van het huidige acquis. De PECL zijn immers grotendeels gebaseerd op de Europese rechtsstelsels terwijl het acquis juist functioneel is georiënteerd. Dat betekent dat de huidige richtlijnen aanzienlijk moeten worden aangepast indien zij in overeenstemming dienen te worden gebracht met de (waarschijnlijke) bepalingen van het GRK. Vervolgens is dan de vraag

98. Aldus ook L.A.D. Keus, De Europeanisering van het vermogensrecht, in het bijzonder van het contractenrecht, in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht* (W.E. Haak-bundel), Deventer 2004, p. 194 v.

99. Manifesto, o.c., ELJ 10 (2004), p. 662; M.W. Hesselink, *The Politics of a European Civil Code*, ELJ 10 (2004), p. 689 en dez., *Naar een coherenter Europees contractenrecht?*, NJB 2003, p. 2086; M.Tj. Bouwes, *Harmonisatie van het burgerlijk recht door de achterdeur*, NJB 2005, p. 944 v.

100. Mededeling 2004, o.c., p. 12 en Annex I, p. 16.

101. Zie aldus ook M.W. Hesselink, *Capacity and Capability in European Contract Law*, ERPL 2005, p. 494.

102. Mededeling 2004, o.c., p. 3. Dat is immers ook een pretentie van de PECL: zie O. Lando en H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague 2000, p. xxii.

welke invloed het (niet-bindende¹⁰³) GRK zal hebben op de wijziging van het acquis: de kans dat bij het uitonderhandelen van de gewijzigde richtlijnen deze, net als thans, in sterke mate een compromis zullen zijn van de diverse opvattingen in de Raad van Ministers is groot.

Ik ben er – Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en een groot deel van het bedrijfsleven hebben dit ook bepleit¹⁰⁴ – dan ook voorstander van om niet de voltooiing van (een deel van) het GRK in 2009 af te wachten alvorens het acquis te herzien. Dat kan immers ook zonder GRK. De kwaliteit en de consistentie van het acquis kunnen eenvoudig worden verbeterd door de bestaande richtlijnen in één meer coherente richtlijn samen te voegen en die te voorzien van een aantal definities van begrippen. Daarmee zijn die definities ook gelijk bindend voor de lidstaten – anders dan het GRK dat slechts vrijblijvende definities zal bevatten. De thans voorgestelde structuur van het GRK – die thema's en typen overeenkomsten omvat die door de huidige richtlijnen helemaal niet worden bestreken – is veel te uitgebreid om de in nr. 6 geschetste problemen adequaat en snel op te lossen.

Mijn keuze: één gesystematiseerde minimumrichtlijn op het terrein van de consumentenbescherming

22. Mijn minder ambitieuze alternatief bestaat dus in een de lidstaten bindende systematisering van het huidige acquis. Een dergelijk instrument – dat alle bestaande richtlijnen vervangt – valt relatief eenvoudig te realiseren. In deze 'European Code on Consumer Protection' kan toekomstige Europese wetgeving ook worden ingepast. De keuze tussen een verticale aanpak, waarbij bestaande richtlijnen afzonderlijk worden gewijzigd, en een horizontale aanpak waarbij regels voor elk type overeenkomst (koop, pakketreizen, etc.) worden geformuleerd¹⁰⁵ stelt zich dan ook niet. Een eenvoudige opsomming van definities en systematisering van regels (zoals die over informatieplichten en herroepingstermijnen) volstaat. Uiteraard kan het acquis tegelijkertijd inhoudelijk worden herzien waar dat nodig is, maar – met Grundmann¹⁰⁶ – de presumptie is dat de regels van het acquis in stand blijven tenzij een duidelijke superieure regel kan worden aangevoerd. Dat heeft als bijkomend voordeel dat de inhoud van die verordening bestaat uit het huidige acquis en dus al politiek gelegitimeerd en nationaal geïmplementeerd is.¹⁰⁷

103. Mededeling 2004, o.c., p. 6.

104. Zie de samenvatting van de reacties op het Actieplan, beschikbaar via <http://europa.eu.int/comm/consumers>.

105. Aldus de Commissie: Eerste voortgangsverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis, COM (2005) 456 def., p. 10.

106. S. Grundmann, European Contract Law(s) of What Colour?, ERCL 1 (2005), p. 208.

107. S. Grundmann, The Optional European Code on the Basis of the *Acquis Communautaire* Starting Point and Trends, ELJ 10 (2004), p. 701 v.

Vraag is wel hoe dit instrument in het vat moet worden gegoten. Het huidige acquis wordt gekenmerkt door een hoge mate van bescherming van de consument. Ik wees er echter al op dat een nadeel van het huidige systeem van minimumbescherming is dat het door het bedrijfsleven gewenste *level playing field* niet wordt bereikt. Vandaar ook dat de Europese Commissie heeft aangekondigd de minimumharmonisatie te willen herzien.¹⁰⁸ Ik ben daar tegen: daarmee wordt een verschillende implementatie door lidstaten immers nog niet voorkomen. Dat kan alleen door invoering van een de burgers rechtstreeks bindende verordening,¹⁰⁹ maar dat middel lijkt mij erger dan de kwaal.

Het grote nadeel van een verordening of maximumharmonisatie is immers dat lidstaten niet langer méér bescherming dan het Europese minimumniveau mogen bieden. Het zou betekenen dat Nederland zijn consumentenbescherming terug moet schroeven naar een lager uniform niveau. Het voordeel van minimumharmonisatie is echter nu juist dat aan de nationale voorkeur voor een hoger beschermingsniveau kan worden voldaan. Easterbrook zegt: 'producing a level playing field by chopping down the heights, forcing all of us to live in the valleys, has nothing to recommend it.'¹¹⁰ En inderdaad: waarom zou Frankrijk colportage van bepaalde artikelen niet geheel mogen verbieden¹¹¹ en waarom zou de economische ontwikkeling van Tsjechië of Polen moeten worden gehinderd door de West-Europese opvattingen over wat een 'rechtvaardig' niveau van consumenten- of milieubescherming is? Om het zo gewenste *level playing field* te bevorderen, kunnen hoogstens optionele codes voor verdergaande consumentenbescherming worden geboden (zie nr. 27).

Ik laat mij bij deze keuze voor een laag minimumniveau van consumentenbescherming ook leiden door de gedachte dat helemaal niet zeker is of consumentenbescherming wel effectief is. De nadruk die Europa legt op een 'active and confident consumer'¹¹² die vrijelijk koopt via internet en over de grens is zeker niet steeds in overeenstemming met de praktijk en de vraag is of niet juist die consument aan bescherming weinig behoefte heeft. Oud Amerikaans empirisch onderzoek toont aan dat bijvoorbeeld informatieplichten van de professionele wederpartij juist de positie van de consument met een hoger inkomen verbeteren en niet de positie van de

108. Mededeling 2004, o.c., p. 3; Consumer Policy Strategy 2002-2006, COM (2002) 208, Pb. EG 2002, C 11/1. Zie ook boven, nr. 6.

109. In die zin S. Leible, *The Approach to European Law in Domestic Legislation*, German Law J. 4 (2003), p. 1266.

110. F.H. Easterbrook, *Federalism and European Business Law*, Int. Rev. of Law and Economics 14 (1994), p. 132.

111. HvJ 16 mei 1989, zaak C-382/87, Jur. 1989, 1235 (Buct).

112. Vgl. S. Weatherill, *Prospects for the development of European private law through 'Europeanization' in the European court*, ERPL 3 (1995), p. 314.

zwakkere consumenten die het meer nodig hebben.¹¹³ Toch heeft het overgrote deel van de Europese richtlijnen ten doel om een informaticasymmetrie te herstellen: de 'zwakkere' partij wordt zoveel mogelijk gebracht in de positie alsof zij een gelijke onderhandelingspositie heeft als de professionele wederpartij. Maar als we weinig weten over het effect van dit soort bepalingen, dan is het beter om experimenten van nationale wetgevers toe te staan en zo te leren van elders. Alleen zo kan blijken wat de 'beste' regel is.

Lof voor de keuze voor een optionele code

23. Buiten het terrein waar (minimale) bescherming van de zwakkere partij nodig is, juich ik de keuze van de Europese Commissie voor een Europese optionele code (een '26^{ste} regeling'¹¹⁴) toe.¹¹⁵ Een optioneel rechtstelsel past immers uitstekend in de door mij aanvaarde competitie van rechtstelsels. Het succes van die code hangt echter af van zijn inhoud, legitimiteit en toepasselijkheid.¹¹⁶ Vele varianten zijn denkbaar. Zo kan de code algemene regels voor alle contracten bevatten (naar het model van de PECL) maar ook zijn beperkt tot commerciële of consumentencontracten of zelfs alleen tot koop; hij kan enkel aanvullend of ook dwingend recht bevatten; hij kan betrekking hebben op alleen grensoverschrijdende of ook nationale contracten; hij kan zien op alleen contractenrecht of ook andere terreinen van het privaatrecht; hij kan bij verordening of als aanbeveling worden vastgesteld; hij kan democratisch worden gelegitimeerd door nationale parlementen bij de totstandkoming te betrekken, maar ook geheel aan het werk van academici worden overgelaten; ook kan de code in beginsel toepasselijk zijn tenzij uitgesloten ('opt-out') of enkel gelden indien dit expliciet is overeengekomen ('opt-in'). De combinatie van deze factoren bepaalt of aan de voorwaarden voor succesvolle competitie (zie nr. 19) is voldaan. In het navolgende komen de factoren achtereenvolgens aan de orde. Om de redenen uiteengezet in nr. 21 zie ik het GRK daarbij vooral als een opmaat voor een optioneel Europees wetboek; wat ik over het ene zeg geldt tevens voor het andere.

113. Zie de klassieke studie van W.C. Whitford, *The Function of Disclosure Regulation in Consumer Transactions*, Wisconsin LR 2 (1973), p. 400 v.

114. Voor die (gelet op Schots en Catalaans recht niet geheel terecht) term: *Eerste voortgangsverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis*, COM (2005) 456 def., p. 12.

115. In dezelfde zin het Europees Parlement: Resolutie P5_TA (2003) 0355, Pb. EG 2004, C 076 E/95; de positie van de Raad is minder duidelijk: die lijkt alleen het GRK te hebben aanvaard. Zie Europese Raad van Brussel 4/5 november 2004, 14292/04, p. 31. Zie ook het preadvies van McCahery voor een overzicht van voor- en nadelen van optionele regimes in het vennootschapsrecht.

116. Zie over de parameters voor een optionele code ook J.M. Smits, *Toward a Multi-Layered Contract Law for Europe*, in: Grundmann en Stuyck (eds.), o.c., p. 387 v.

De beperkingen van een optionele code

24. Uit wat voor regels moet de optionele code nu bestaan? Omdat ik voor het acquis reeds een plaats heb gereserveerd in een apart consumentencode hangt het antwoord niet af van de inhoud van bestaande richtlijnen en is de weg vrij voor een principiële discussie over de inhoud van het toekomstig Europees privaatrecht. Ik laat mij daarbij leiden door de wens dat een optionele code reëel moet kunnen concurreren met nationale rechtsstelsels. Dat kan indien de code de informatiekosten die thans bestaan om kennis te nemen van buitenlandse oplossingen vermindert.

Een eerste vraag is dan of de optionele code moet worden beperkt tot het contractenrecht, zoals beoogd in de Mededeling van 2004. Het grote nadeel daarvan is dat contractspartijen die grensoverschrijdend contracteren nog altijd worden geconfronteerd met onbekend nationaal recht. Dat is een belangrijke reden waarom het Weens Koopverdrag – dat ook een optioneel model biedt – door partijen vaak wordt uitgesloten. Dit pleit er voor dat de code de gehele relatie tussen partijen beheerst en ook regels biedt over onder meer dwingend contractenrecht, overdracht van roerende zaken en zekerheidsrechten. Nodig is dan wel dat de verhouding tussen de optionele code en het nationale recht afdoende duidelijk wordt. Zo is op zichzelf denkbaar dat een Europees zekerheidsrecht wordt gecreëerd, maar dat kan alleen effectief zijn als het kan worden ingepast in het nationale systeem van zekerheidsrechten en soms dus ook voorrang heeft boven nationale rechten van derden. Een poging van de Commissie om een Europees eigendomsvoorbehoud in te voeren is vooral daarom mislukt: de lidstaten vonden zo een inbreuk op hun nationale rechtsstelsel (en dus op de belangen van derden in het eigen land) te ver gaan.¹¹⁷ Thans overweegt zij een 26^{ste} regeling voor hypothecair woningkrediet.¹¹⁸ Dit valt toe te juichen.

Een ander probleem van toepasselijkheid van een optionele code doet zich voor in het onrechtmatige daadsrecht. Omdat de gelding van een optionele code altijd afhangt van een keuze door partijen zal het aansprakelijkheidsrecht er in beginsel buiten moeten blijven. Uiteraard kunnen partijen onderling een keuze maken voor toepasselijkheid van een Europees aansprakelijkheidsregime, maar de kern van het aansprakelijkheidsrecht – een regeling voor dader en slachtoffer die elkaar vóór de schadetoebrengende gebeurtenis niet kennen – wordt er niet door getroffen. Hetzelfde geldt overigens voor vertrouwensbescherming in het contractenrecht.¹¹⁹

117. Zie thans art. 4 van Richtlijn 2000/35 (bestrijding betalingsachterstand bij handelstransacties), dat enkel het eigendomsvoorbehoud tussen partijen regelt.

118. Groenboek Hypothecair krediet in de EU, COM (2005) 327 def. Zie ook het Groenboek financiële diensten, COM (2005) 177 def.

119. Zie N. Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, Tübingen 2004, p. 16 en – met vermelding van uitzonderingen – Ralf Michaels, *Private or International? Two Economic Models for Private International Law of Torts*, Duke Law School Research Paper Series No. 73 (2005), p. 26 v.

De inhoud: 'social justice'?

25. Hiermee is nog niet gezegd uit welke inhoudelijke regels de optionele code moet bestaan. De 'Study group on social justice in European private law'¹²⁰ en zijn individuele leden Mattei¹²¹ en Hesselink¹²² hebben recent een vurig pleidooi gehouden voor meer 'social justice' in het Europees contractenrecht. Zij betogen dat door de eenzijdige nadruk die de Europese Unie legt op de bevordering van de interne markt een 'Europese' visie op rechtvaardigheid in het contractenrecht – anders dan in het nationale recht – ontbreekt. Weliswaar heeft Europa een grote bijdrage geleverd aan consumentenbescherming, maar hun vrees is dat de voortschrijdende Europese integratie dit in de toekomst anders zal maken. Daarom moet een 'social justice agenda' worden ontwikkeld.¹²³ Maar wat is 'social justice'?:

*'At the heart of the social justice agenda beats the concern about the distributive effects of the market order. The rules of contract law shape the distribution of wealth and power in modern societies. (...) A modern statement of the principles of the private law of contract needs to recognise its increasingly pivotal role in establishing distributive fairness in society.'*¹²⁴

Het creëren van een toekomstig Europees privaatrecht is voor deze auteurs vooral een *politiek* proces: de regels die de juiste balans tussen vrije markt en 'rechtvaardigheid' bepalen (en dat zijn *alle* regels van contractenrecht¹²⁵) moeten daarom op democratische wijze worden vastgesteld. De consultatie van practici bij het maken van het GRK is daartoe niet voldoende: Europees Parlement en nationale wetgevers moeten daarbij worden betrokken.¹²⁶

26. Ik ga er thans aan voorbij dat in deze opvatting niet op voorhand duidelijk is waarom een 'sociaal rechtvaardig' privaatrecht nu juist op Europees niveau moet worden gerealiseerd. Vraag is immers of in het samenspel van Europees en nationaal recht niet juist dat laatste beter in staat is

120. Manifesto, o.c., ELJ 10 (2004), p. 653 v. Zie ook C.U. Schmid, *The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code*, ERCL 1 (2005), p. 211 v.

121. Mattei, *Hard Code Now!*, o.c., p. 107 v.

122. Hesselink, o.c., ELJ 10 (2004), p. 675 v.

123. Manifesto, o.c., ELJ 10 (2004), p. 664.

124. Manifesto, o.c., ELJ 10 (2004), p. 665.

125. Deze op Critical Legal Studies gebaseerde ideologie is recent nog eens samengevat voor een Europees publiek: D. Kennedy, *The political stakes in 'merely technical' issues of contract law*, ERPL 10 (2002), p. 7 v.

126. Zie ook M.W. Hesselink, *Europese verkiezingen moeten over Europees Burgerlijk Wetboek gaan*, NJB 2004, p. 1169. Vgl. Manifesto, o.c., ELJ 10 (2004), p. 669.

om het misschien weinig sociale karakter van de Europese wetgeving te verhelpen. Zolang Europees en nationaal recht naast elkaar bestaan – en dat zal nog lang zo zijn – is er in dit opzicht geen reden voor bezorgdheid. Mijn bezwaren zijn echter meer principieel.

Mijn eerste bezwaar betreft de vaagheid van het begrip ‘social justice.’ Dat begrip is niet te operationaliseren;¹²⁷ het verwijst naar een ideaal waarvan niemand weet wanneer het precies is bereikt. De studiegroep realiseert zich dat nationale rechtsstelsels, mede door culturele en economische verschillen, elk een ander gewicht kunnen hechten aan sociale rechtvaardigheid,¹²⁸ maar dat maakt het nu juist nog lastiger om vast te stellen wanneer het ideaal is bereikt. Betekent ‘social justice’ dat de professionele verkoper gebreken van de zaak die hij kent altijd aan de consument moet melden? Dat overeenkomsten zonder ‘rechtvaardige prijs’ nietig zijn? Dat verschillen in inkomen teniet gedaan dienen te worden? Kortom: welke distributie van welvaart is de beste? Dat kan niet worden vastgesteld aan de hand van het open begrip ‘social justice.’

Aan de opvatting van de studiegroep ligt een visie ten grondslag over wat recht is en hoe dat zich moet ontwikkelen. Die visie is samengebond in de zin dat ‘the rules of contract law shape the distribution of wealth and power (...).’¹²⁹ Hiertegen richt zich mijn tweede bezwaar. Is de verdeling van macht en welvaart werkelijk het product van welbewust *design*? Het hieruit sprekende geloof in de maakbaarheid van de samenleving – niet voor niets gaven de auteurs hun artikel de naam ‘manifest’ mee, daarmee verwijzend naar dat andere document uit 1848 – is niet het mijne. Wat de beste regels voor Europa zijn, wordt in mijn visie niet bepaald door een almachtige wetgever die het in zich heeft de bestaande verdeling van macht en rijkdom te veranderen – als men dat al zou willen. Het huidige rechtssysteem is het resultaat van een lang proces van *trial* en *error* waarmee een deels spontane orde is ontstaan. Natuurlijk moet de wetgever soms in die orde ingrijpen om de belangen van zwakkeren te behartigen, maar dat wil niet zeggen dat daarmee de gehele verhouding tussen contractsvrijheid en bescherming op de schop moet. Voor mij is recht niet primair het resultaat van bewuste keuze, maar van spontane ontwikkeling. Ik verwijs de liefhebber naar het werk van Nobelprijswinnaar Friedrich Hayek.¹³⁰

127. Zie ook T. Wilhelmsson, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, ELJ 10 (2004), p. 714: ‘(...) ‘social justice’ in contract law does not represent a coherent structure of ideas that as such could be used as a basis for a coherent assessment and development of European contract law.’

128. *Manifesto*, o.c., p. 666. Zie ook R. Brownsword, G. Howells en T. Wilhelmsson (eds.), *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth 1994.

129. Zie boven, nr. 25.

130. F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, London 1973-1979; *The Fatal Conceit*, London 1988.

Mijn derde bezwaar is gericht tegen de idee dat het contractenrecht de verdelende rechtvaardigheid moet dienen.¹³¹ Zoals bekend eist de verdelende rechtvaardigheid een politieke keuze om uit alle mogelijke verdelingen van welvaart er één te kiezen die het beste het gewenste collectieve doel nastreeft. Traditioneel is dit het domein van het publiekrecht. Zo is een keuze voor progressieve belastingheffing typisch een manier om verdelende rechtvaardigheid te realiseren. Daartegenover staat traditioneel de vergeldende rechtvaardigheid: die eist geen beslissing over een collectief sociaal, economisch of politiek doel, maar corrigeert slechts een onrechtvaardige verdeling in het gegeven geval.¹³² Van oudsher speelt in het contractenrecht alleen deze laatste vorm van rechtvaardigheid een rol.¹³³ Indien het privaatrecht nu tot het domein van de verdelende rechtvaardigheid wordt gerekend, wordt het ondergeschikt gemaakt aan een publiek doel;¹³⁴ als het dat doel niet realiseert, faalt het. In mijn visie is het echter niet de overheid die ex ante moet bepalen wat een rechtvaardig contractenrecht is: dat is niet alleen paternalistisch,¹³⁵ het doet ook de voordelen van competitie teniet.¹³⁶ Hoogstens kan het *resultaat* achteraf op zijn rechtvaardigheid worden beoordeeld en gecorrigeerd. Ik laat dan nog daar dat herverdeling van welvaart via het contractenrecht reeds daarom gedoemd is te mislukken omdat toekomstige contractanten naar alle waarschijnlijkheid zullen afzien van contracteren met de te beschermen 'zwakkere' partijen.¹³⁷

De inhoud: diverse 'hooginformatieve' rechtsstelsels naast elkaar

27. Mijn oplossing is een andere: niet de overheid bepaalt wat een sociaal rechtvaardig privaatrecht voor Europa is, maar partijen beslissen *zelf* over het privaatrecht dat zij wensen. Op terreinen die niet worden bestreken door de code met beschermende regels stelt competitie van rechtsstelsels hen daartoe in staat. Wil een optioneel Europees model kunnen concurren-

131. Zie aldus reeds A. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, Yale LJ 89 (1980), p. 472 v.

132. E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge Mass. 1995, p. 211 v.

133. Vgl. bijv. art. 6:248 lid 2 BW.

134. Het scherpe onderscheid tussen publiek- en privaatrecht verdwijnt daarmee: Manifesto, o.c., ELJ 10 (2004), p. 668 en M.W. Hesselink, *The New European Private Law*, The Hague 2002, p. 228 v.

135. Vgl. J.R. Spencer, *Why is the harmonisation of penal law necessary?*, in: A. Klip en H. van der Wilt (eds.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam 2002, p. 44: 'This set of rules is the best. So you must have it, because it will be good for you. And what is good for you is something we decide.'

136. Het Manifesto, o.c., ELJ 10 (2004), p. 672 wil nog wel ruimte laten voor competitie, maar hoe dit te verenigen met het nastreven van 'social justice': wat voor zin heeft competitie als we van tevoren weten wie zal winnen? Zie ook Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, o.c.

137. C. Fried, *Contract as Promise*, Cambridge Mass. 1981, p. 106.

ren met de bestaande nationale rechtsstelsels, dan zal het voor partijen echter wel aantrekkelijk moeten zijn om er gebruik van te maken. Dat kan door het 26^{ste} stelsel niet te laten lijden aan het gebrek dat aan veel buitenlandse stelsels kleeft: het is moeilijk om de inhoud er van te leren kennen. Tegelijkertijd zou het optioneel model zo aantrekkelijk mogelijk moeten zijn voor verschillende soorten contractspartijen: dat pleit tegen een set algemene beginselen zoals de PECL: zij zijn zo algemeen geformuleerd dat zij de concurrentieslag met nationale stelsels zullen verliezen.¹³⁸ Contractspartijen zullen eerder de rechtszekerheid van een nationaal stelsel prefereren.

Mijn pleidooi bestaat er dan ook in om, naast een gemeenschappelijke basis van regels die alle contracten gemeen hebben, diverse optionele modellen *naast elkaar* te creëren. Indien een optioneel stelsel met bijvoorbeeld een grote rol voor redelijkheid en billijkheid, een vergaande aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen en aanvaarding van een leer van de rechtvaardige prijs wordt geplaatst naast een stelsel waarin contract contract is,¹³⁹ blijkt vanzelf aan welk stelsel partijen de voorkeur geven. Uiteraard zullen die stelsels dan ook regels van dwingend recht moeten bevatten en moet buiten twijfel worden gesteld dat rechtskeuze voor zo een stelsel mogelijk is.¹⁴⁰ Het ligt voor de hand om daarbij in elk geval een onderscheid te maken tussen commerciële contracten en consumentencontracten.¹⁴¹ Binnen de eerste categorie kunnen dan ook weer diverse bijzondere contracten (handelskoop, franchising, leasing, etc.) worden onderscheiden. Een optionele regeling van de consumentenovereenkomst zal verschillende niveau's van bescherming bovenop het toch al bestaande minimum kunnen bieden. Die consumentencodes liggen dan gereed voor gebruik door partijen.¹⁴² Om de informatieve waarde van de codes ten opzichte van nationale rechtsstelsels te verbeteren zullen zij gedetailleerde regels moeten bevatten.¹⁴³

Het creëren van enkele optionele modellen naast elkaar in plaats van één optioneel Europees wetboek heeft nog een ander voordeel. Psychologisch

138. Zie ook J.M. Smits, *Waarom harmonisering van het contractenrecht (via beginselen) onwenselijk is*, *Contracteren* 3 (2001), p. 73-74.

139. Vgl. G. Wagner, *The Economics of Harmonization: the Case of Contract Law*, *CMLR* 39 (2002), p. 1002.

140. Dat vergt aanpassing van art. 3 lid 3 EVO: thans is omstreken in hoeverre dit artikel een rechtskeuze voor ander dan nationaal recht toestaat.

141. Vgl. Mededeling 2004, o.c., p. 12-13.

142. Bedoeld zijn de contractspartijen zelf; uiteraard kunnen ook nationale wetgevers zich laten leiden door de inhoud van de optionele codes bij het vormgeven van hun nationale recht: zie onder, nr. 37.

143. De suggestie van G. De Geest, *Towards Extremely Detailed International Standard Codes*, Working Paper CIAV Utrecht 2001, om een zeer gedetailleerd Europees BW te maken, is dan ook niet zo bizar als soms wordt voorgesteld.

onderzoek¹⁴⁴ wijst uit dat – anders dan rechtseconomen suggereren – partijen zich lang niet altijd laten leiden door wat voor hen het beste is. Zij prefereren vaak het voor hen inefficiënte aanvullend contractenrecht boven het zelf opstellen van de voor hun overeenkomst meest optimale regels. De Amerikaanse rechtspsycholoog Korobkin bepleit daarom dat de wetgever beter diverse alternatieve status quo's naast elkaar kan creëren. Partijen kunnen zo de 'status quo bias' omzeilen en kiezen voor het voor hen optimale recht.¹⁴⁵ Ook dat pleit tegen één algemene Europese code. Korobkin zegt:¹⁴⁶

'The lawmaker charged with determining a tailored default term must ask not what term most contracting parties would have agreed to had they made provisions for a contingency – a question that does not require an inquiry into the specifics of any one transaction – but what term two particular parties would have agreed to had they provided for the contingency.'

Ik wijs er nog eens met nadruk op dat in mijn model van competitie partijen ook moeten kunnen kiezen voor *nationale* rechtsstelsels. De Europese wetgever moet ook daartoe de ruimte bieden door een aanpassing van art. 3 EVO (zie nr. 19).

De toepasselijkheid en legitimiteit van de code

28. Moet de code alleen voor grensoverschrijdende transacties of ook voor puur nationale rechtsverhoudingen gelden? Er is in mijn visie geen enkel bezwaar tegen dat de code voor beide typen verhoudingen kan worden gekozen. Indien de code alleen voor grensoverschrijdende contracten zou gelden,¹⁴⁷ zouden bovendien onvoldoende rechterlijke uitspraken worden gedaan om de code tot een voldoende rechtszeker instrument te maken. De code zou dan vergelijkbaar zijn met het Weens Koopverdrag, waar in de meeste landen niet meer dan tien uitspraken per jaar over worden gedaan.¹⁴⁸

De wens om zo informatief mogelijke stelsels te creëren levert ook het antwoord op de vraag of de code via 'opt-in' of 'opt-out' toepasselijk moet

144. R. Korobkin, Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law, in: Sunstein (ed.), o.c., p. 137 ff.

145. Korobkin, in: Sunstein (ed.), o.c., p. 138; vgl. Kerkmeester, in: Smits (ed.), The Need for, o.c., p. 69 v.

146. Korobkin, in: Sunstein (ed.), o.c., p. 140.

147. In die zin: U. Drobnig, A Subsidiary Plea: A European Contract Law for Intra-European Border-Crossing Contracts, in: Grundmann en Stuyck (eds.), o.c., p. 343 v.

148. Zie S. Grundmann en W. Kerber, European System of Contract Laws a Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-Making, in: Grundmann en Stuyck (eds.), o.c., p. 312.

zijn. Indien de code geldt tenzij deze wordt uitgesloten, is van groter belang dat de code voor vele soorten contracten en partijen geldt omdat partijen er dan op moeten kunnen vertrouwen dat de code ook hun belangen goed weergeeft. Dat pleit voor een 'opt-in'-code. Bovendien zou een 'opt-out'-code praktisch beschouwd een vervanging van bestaand nationaal recht betekenen.¹⁴⁹ Dat roept de vraag op of de EU wel bevoegd is om zo een instrument te vervaardigen.

29. De nadruk die ik hiermee leg op het *kiezen* van recht door de marktactoren heeft als bijkomend voordeel dat over de legitimiteit van de Europese code niet hoeft te worden gesteggeld. Terecht is de vraag opgeworpen waar een GRK of Europees contractenwetboek eigenlijk zijn legitimiteit aan ontleent.¹⁵⁰ Op nationaal niveau zijn het 'the reciprocally informed and controlling influences of legislation, adjudication and practice, science and the public'¹⁵¹ die maken dat privaatrecht wordt aanvaard. Maar hoe dat te garanderen in Europa? Is de consultatie van belanghebbenden zoals door de Europese Commissie voorzien¹⁵² voldoende? Twee stromingen staan tegenover elkaar. Enerzijds kan de code legitimiteit ontleen aan zijn wetenschappelijke bearbeitung: de wetenschap bepaalt hoe de code te vullen, niet de wetgever.¹⁵³ Dit is niet alleen de opvatting van de Europese Commissie, maar ook van Von Bar en de zijnen.¹⁵⁴ Zij plaatsen zich hiermee in de traditie van Windscheid en andere grote Duitse negentiende-eeuwse juristen;¹⁵⁵ de code overtuigt omdat hij dogmatisch goed in elkaar steekt. Anderzijds kan worden verdedigd dat een code een *politieke* legitimatie behoeft. Dat is het standpunt van het 'manifest': de door Europeanisering en globalisering veroorzaakte 'non-governance' (de invloed van democratisch gelegitimeerde nationale overheden verdwijnt) moet het hoofd worden geboden met een (op zijn minst) door het Europees Parlement gelegitimeerd privaatrecht.¹⁵⁶ Daarmee wordt voorkomen dat de code

149. Vgl. Grundmann en Kerber, o.c., in: Grundmann en Stuyck (eds.), o.c., p. 311.

150. Manifesto, o.c., ELJ 2004, p. 653 v.; zie ook Ugo Mattei, *The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biasos, Strategies and Developments*, Hastings ICLR 21 (1998), p. 883 v.

151. C. Joerges, *The Science of Private Law and the Nation State*, in: F. Snyder (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford 2000, p. 82.

152. Zie boven, nr. 7.

153. Vgl. Joerges, o.c., EUJ Working Paper Law 2004/12, p. 11.

154. C. Von Bar, O. Lando en S. Swann, *Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code* (2001), (beschikbaar via <http://europa.eu.int/comm/consumers>), nr. 63: 'an impartial formulation of principles in the light of detailed comparative research.'

155. Aldus Joerges, o.c., EUJ Working Paper Law 2004/12, p. 10.

156. Manifesto, o.c., ELJ 10 (2004), p. 669 en vgl. Hesslink, o.c., ELJ 10 (2004), p. 692.

langs de achterdeur wordt ingevoerd en de te nemen beslissingen als slechts technisch en niet-politiek worden beschouwd.¹⁵⁷

Hoe hierover te oordelen? Ik meen dat in de tweede visie te zeer wordt uitgegaan van een Europees BW naar het model van bindende nationale wetboeken.¹⁵⁸ Zou Brussel inderdaad een Europees BW van bovenaf willen opleggen, dan is een democratische legitimering zeker vereist. Maar in geval van een optionele code ligt de legitimering primair in de *keuze* die door partijen daarvoor wordt gedaan. Overigens leidt Europese integratie onvermijdelijk tot een zeker verlies aan democratie: indien voorheen exclusief nationale bevoegdheden worden overgedragen aan een hogere instantie komt de burger uiteraard verder van het beslissingsproces af te staan.¹⁵⁹

Conclusie: een gelaagd Europees privaatrecht

30. De conclusie is duidelijk: een toekomstig Europees privaatrecht kent bij voorkeur een gelaagde structuur. De oplossing van de bestaande problemen met het (vooral) de consument beschermende acquis eist een andere aanpak dan het vinden van 'de beste oplossingen' voor de optionele code. Waar het eerste is gediend bij één algemene minimumrichtlijn, vereist het tweede differentiatie naar verschillende soorten partijen en contracten. Beide onder één dak brengen in een GRK acht ik weinig vruchtbaar.

V Invloed op nationaal recht

Overzicht

31. Het laatste onderdeel van dit preadvies is gewijd aan de invloed die Europees recht heeft op het Nederlands vermogensrecht.¹⁶⁰ Het zojuist geschetste toekomstperspectief wordt daarmee ingeruild voor een waardering van de huidige situatie vanuit nationaal perspectief.¹⁶¹ Na een korte

157. Mattei, o.c., Hastings ICLR 21 (1998), p. 898: 'avoiding political choices in the name of neutrality is itself a political choice in favor of the strongest market actor.'

158. Een voorbeeld van 'methodological nationalism': zie daarover Michaels, o.c., *RabelsZ* 69 (2005), p. 525 v.

159. Cappelletti, Seccombe en Weiler, o.c., p. 7 repten al van een 'tension between integration and democracy.'

160. Zie over dit thema ook M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht*, Den Haag 2006. Helaas nam ik in een zodanig laat stadium kennis van deze belangwekkende oratie dat ik haar hier niet de aandacht kan geven die zij verdient.

161. De (grote) invloed van Europeanisering op de rechtswetenschap blijft buiten beschouwing.

schets van de invloed van (vooral) Europese richtlijnen (nr. 32-33) bespreek ik welke strategie de Nederlandse wetgever tegenover Europese wetgeving thans volgt (nr. 34) en hoe dit anders zou kunnen (nr. 35-36).

Erosie van een coherent systeem

32. Sinds de grote codificaties van de negentiende eeuw wordt het vermogensrecht beschouwd als een coherent nationaal systeem. Het is coherent omdat het niet een verzameling van losse regels, begrippen, beginselen en casus omvat, maar omdat de regels daarentegen een onderlinge samenhang vertonen en met de daaruit af te leiden beginselen nieuwe casus kunnen worden beslist die op hun beurt ook weer deel gaan uitmaken van het systeem.¹⁶² Behalve dogmatische zuiverheid is hiermee het belang van rechtsgelijkheid (en daarmee rechtszekerheid) gediend: alleen als begrippen en regels uniform worden toegepast worden gelijke gevallen gelijk behandeld. Bovendien is het systeem nationaal omdat allen die bijdragen aan de totstandkoming en verdere ontwikkeling er van (wetgever, rechter, wetenschap) zich binnen Nederland bevinden. In zo een systeem kan de jurist steeds naar interne consistentie streven. Zodra echter ook anderen dan de nationale rechtsvormers in beeld komen kan de pretentie van een coherent en compleet nationaal systeem niet langer worden waargemaakt.¹⁶³ Het is nuttig om na te gaan hoe Europese wetgeving de coherentie van dit systeem precies verstoort.¹⁶⁴ Dit is het geval om drie redenen.

In de eerste plaats is Europese wetgeving moeilijk in te passen in de nationale rechtsstelsels omdat zij functioneel georiënteerd is. Waar het nationale privaatrecht algemene regels biedt, geven richtlijnen enkel regels voor specifieke thema's zoals informatieplichten, ontbindingsrechten bij bijzondere overeenkomsten en bepaalde gevallen van onrechtmatig handelen. Dit betekent dat voor gevallen die systematisch *ook* onder de algemene regels van het BW vallen voortaan eigen Europese regels bestaan. Die brokjes Europees recht detoneren: het is niet erg als er wel een Europese richtlijn is voor bepaalde typen voedsel (worst), maar niet voor andere typen (paprika's). Zodra een richtlijn echter enkel de remedies bij koop, maar niet de totstandkoming er van regelt, vinden juristen dat een inbreuk

162. Vgl. R. Dworkin, *Law's Empire*, London 1986 en meer algemeen J.C. Hage, *Law and Coherence*, *Ratio Iuris* 17 (2004), p. 87 v.

163. Vgl. R. Zimmermann, *Codification: History and Present Significance of an Idea*, *ERPL* 3 (1995), p. 95 v. en P. Legrand, *Against a European Civil Code*, *MLR* 60 (1997), p. 45 v.: een BW als een 'self-contained and self-referential system.' Zie voor het wegdrijven van de exclusiviteit van het schema (nationale) wetgeving-rechtspraak ook J.B.M. Vranken, *Algemeen deel: een vervolg*, Deventer 2005, nr. 78.

164. Zie ook J.M. Smits, *The Europeanisation of National Legal Systems: Some Consequences for Legal Thinking in Civil Law Countries*, in: M. Van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford 2004, p. 229 v.

op hun coherente systeem dat van oudsher *alle* thema's regelt.¹⁶⁵ Die presentie wil de nationale wetgever ook niet opgeven, zodat uiteindelijk twee wetgevers zich met hetzelfde thema bemoeien. Teubner¹⁶⁶ spreekt van 'legal irritants': de regel van Europese oorsprong wordt niet geassimileerd in de nationale rechtsorde, maar ontregelt die.

In de tweede plaats bevatten de richtlijnen, anders dan ons BW, doorgaans zeer gedetailleerde regels met een van het nationale recht afwijken-de terminologie.¹⁶⁷ Richtlijnen gebruiken bewust neutrale termen als 'herroepingsrecht' en 'prijsvermindering'¹⁶⁸ die vervolgens in nationale terminologie moeten worden omgezet. Dat zou relatief eenvoudig zijn indien de lidstaat geheel vrij is om de Europese termen om te zetten zoals hij wil en soms ook af te zien van implementatie omdat het nationale recht richtlijnconform kan worden geïmplementeerd. Die vrijheid is de wetgever echter doorgaans niet gegund: volgens het Hof van Justitie moet de consument zijn 'Europese' rechten onmiddellijk kunnen herkennen en een richtlijnconforme uitleg door de nationale rechter op het gebied van consumentenbescherming kan 'niet de helderheid en nauwkeurigheid (...) hebben die met het oog op de rechtszekerheid noodzakelijk zijn.'¹⁶⁹ Indien Europees recht een recht op prijsvermindering toekent in geval van non-conformiteit bij consumentenkoop, is onvoldoende dat de Nederlandse rechter in dat geval een gedeeltelijke ontbinding toestaat: de wetgever moet expliciet in de wet opnemen dat een recht op prijsvermindering bestaat (zie thans art. 7:22 BW). Deze plicht tot implementatie van gedetailleerde regelingen versterkt de versterking van het nationale systeem: wat eigenlijk al volgt uit nationaal recht moet nog eens expliciet worden gecodificeerd.

In de derde plaats wordt de eenheid van de nationale rechtsorde aangetaast door de wijze van interpretatie van geïmplementeerd Europees recht. Zoals bekend dient dit recht richtlijnconform te worden uitgelegd, d.w.z. in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn.¹⁷⁰ De bedoeling van de wetgever zoals kenbaar uit de wetsgeschiedenis en het systeem van de regeling – die bij nationale wetgeving zo een grote rol spelen – zijn van veel minder belang. Die mindere waarde voor wetsgeschiedenis en sys-

165. Vgl. W.-H. Roth, Transposing 'Pointillist' EC Guidelines into Systematic National Codes: Problems and Consequences, ERPL 2002, p. 769.

166. G. Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, MLR 61 (1998), p. 12: 'Legal irritants cannot be domesticated; they are not transformed from something alien into something familiar.'

167. Roth, o.c., ERPL 2002, p. 761 v. noemt ze pointillistisch: ze lijden aan 'Detailversessenheit' (Roth, o.c., JZ 2001, p. 485).

168. Art. 6 Richtlijn 97/7 (afstandsovereenkomsten) en art. 3 Richtlijn 1999/44 (consumentenkoop).

169. HvJ 10 mei 2001, zaak C-144/99, Jur. 2001, I-3541 (Commissie/Nederland).

170. HvJ 10 april 1984, zaak C-14/83, Jur. 1984, 1891 (Von Colson en Kamann/Nordrhein-Westfalen). Zie Wissink, o.c.

teem verbaast niet nu beide in geval van Europese wetgeving doorgaans niet inzichtelijk zijn. Een parallel met de *exclusionary rule* van het Engelse recht dringt zich op. Naar Engels recht mocht de wetsgeschiedenis in beginsel niet worden geconsulteerd want 'the rules by which the citizen is to be bound, should be ascertainable by him (...) by reference to identifiable sources that are publicly accessible.'¹⁷¹ De rechtszekerheid die in *civil law*-landen vaak in systematisering wordt gezocht, zoekt het Hof van Justitie in een vooral tekstuele en teleologische interpretatie van de richtlijn.

Een voorbeeld van de conceptuele divergentie¹⁷² die hierdoor kan ontstaan is de uitleg van de term 'consumentenkoop' in art. 7:5 BW. Die dient naar algemeen oordeel subjectief te geschieden: indien de verkoper wist noch behoorde te weten dat de koper de zaak voor privé-doeleinden kocht (omdat de laatste de indruk wakte te kopen voor beroeps- of bedrijfsmatig gebruik), geniet de koper toch bescherming als consument.¹⁷³ Dit lijkt anders te zijn bij de uitleg van de Europese term 'consument': daar blijkt de objectieve benadering de heersende.¹⁷⁴ Zo krijgt eenzelfde term in het BW twee verschillende betekenissen. Daarvan bestaan veel meer voorbeelden. Wij hebben nu reeds twee soorten uitleg van contracten contra proferentem: indien over een contractsbeding in een consumentencontract niet afzonderlijk is onderhandeld *moet* uitleg in geval van twijfel ten gunste van de consument geschieden (de Europese regel), bij andere overeenkomsten *kan* dat (de Nederlandse regel).¹⁷⁵ Ook bestaan verschillende begrippen van (non-)conformiteit voor de (Europese) consumentenkoop en de (Nederlandse) 'gewone' koopovereenkomst.¹⁷⁶ Dit soort divergenties zal in de toekomst exponentieel toenemen. Het is immers onvermijdelijk dat het Hof van Justitie uiteindelijk een van het Nederlandse recht afwijkende interpretatie gaat geven van alle geïmplementeerde Europese regels.¹⁷⁷

171. Fothergill v. Monarch Airlines Ltd., [1981] AC 251, 279 per Diplock LJ. Zie, ook over de recente wijziging van deze rechtspraak met Pepper v. Hart, [1993] 1 All ER 42, Stefan Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Tübingen 2001.

172. Roth, o.c., JZ 2001, p. 482 spreekt van 'Begriffsinself' en 'Begriffsspaltungen.'

173. Zie (kritisch) Asser-Hijma 5-1, 6dc dr., Deventer 2001, nr. 77 v.

174. Zie bijv., in het kader van (nu) art. 15 EEX-Verordening, HvJ 20 januari 2005, zaak C-464/01 (Gruber/Bay Wa), waarover M.B.M. Loos, WPNR 6638 (2005), p. 771 v.

175. Zie art. 5 Richtlijn 93/13 (oneerlijke bedingen), art. 6:238 lid 2 BW en HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 258.

176. Art. 7:17 en 7:18 BW.

177. Inclusief het 'doorgeharmoniseerd' recht: een term afkomstig uit een richtlijn en ruimer toepasselijk dan de richtlijn bedoelde moet toch op coherente en uniforme wijze worden uitgelegd. Het HvJ is ook bevoegd tot uitleg van het achterliggende gemeenschapsrecht: HvJ 17 juli 1997, zaak C-28/95, Jur. I-4161 (Leur-Bloem).

Multilevel rechtsvorming: een blijvende opgave

33. De hier geschetste erosie van het nationaal rechtssysteem door de functionele oriëntatie en gedetailleerdheid van het acquis en door de plicht tot richtlijnconforme interpretatie noopt tot bezinning. Het vermogensrecht gaat steeds meer bestaan uit verschillende lagen van recht *naast* elkaar en *door* elkaar. Politicologen gebruiken hiervoor de term *multilevel governance*,¹⁷⁸ maar ook zonder van dit woord gebruik te maken is inzichtelijk dat Europese integratie onvermijdelijk leidt tot elkaar overlappende regels van de Europese en nationale wetgever. Zolang Europees en nationaal recht niet volledig samensmelten tot één rechtsstelsel – wat vooralsnog onvoorstelbaar is – zullen rechter en wetgever moeten leren omgaan met rechtsvorming op verschillende niveau's. Het privaatrecht blijft een bouwplaats waar twee architecten, één in Den Haag en één in Brussel, aan het werk zijn.¹⁷⁹

Er is geen reden om over deze ontwikkeling negatief te oordelen. De opmerking van de Franse privatist Malaurie 'je ne connais pas le droit européen et je ne l'aime pas'¹⁸⁰ geeft misschien weer wat veel juristen denken, maar vruchtbaarder is om het Europese recht zo goed mogelijk te accommoderen in de nationale rechtsorde. Dat betekent voor de rechter dat de huidige uniforme methode van rechtsvinding plaats zal maken voor differentiatie al naar gelang de herkomst van de regel.¹⁸¹ De wetgever staat voor de taak om de co-existentie van twee verschillende rechtsstelsels in zo goed mogelijke banen te leiden. De verschillende strategieën die de Nederlandse wetgever in dit verband kan volgen, komen thans aan de orde.

Implementatiestrategieën: de Nederlandse wetgever

34. Hoe dient de nationale wetgever Europese richtlijnen nu te implementeren in het nationale recht?¹⁸² De wetgever dient twee principiële keuzes te maken. Eerst dient hij uit te maken *waar* implementatie plaatsvindt: in het Burgerlijk Wetboek of daarbuiten. Vervolgens is de vraag of de Europese richtlijn op consistente wijze moet worden ingepast in het nationale

178. Zie voor een definitie G. Marks e.a., *Competencies, Cracks and Conflicts: Regional Mobilization in the European Union*, *Comparative Political Studies* 29 (1996), p. 167: 'overlapping competencies among multiple levels of governments and the interaction of political actors across those levels.'

179. Dit beeld is van Roth, o.c., *JZ* 2001, p. 488.

180. Zie Hélène Gaudemet-Tallon, *Droit privé et droit communautaire: quelques réflexions*, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 2000, p. 228.

181. Zie ook A. Flessner, *Juristische Methode und europäisches Privatrecht*, *JZ* 2002, p. 14 v. en S. Vogenaier, *Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts – Plädoyer und Programm*, *ZEuP* 2005, p. 234 v.

182. Zie daarover Roth, o.c., *JZ* 2001, p. 484 v., dez., o.c., *ERPL* 2002, p. 761 v. en Loos, o.c.

rechtssysteem of eenvoudigweg *als zodanig* in de nationale rechtsorde moet worden opgenomen – met het risico van inconsistenties tussen Europees en nationaal recht van dien. Beide vragen vallen niet samen, want goed voorstelbaar is dat Europese richtlijnen gesystematiseerd buiten het BW om worden geïmplementeerd.¹⁸³

De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor een zo systematisch mogelijke implementatie in het BW. Recent heeft de Minister van Justitie in een principiële passage uiteengezet dat wil het richtlijnenrecht overzichtelijk blijven, het moet worden ingepast in de nationale wetgeving waar het verband mee houdt.¹⁸⁴ Het BW staat dat in de visie van de Minister ook toe nu het als ‘open stelsel’ nieuwe Europese ontwikkelingen kan opvangen. Door in het BW te implementeren, kunnen ook de consequenties van de richtlijn voor het nationale recht worden gezien, inclusief ‘waar het nationale recht met het oog op de coherentie van het nationale rechtssysteem verder aan de richtlijn moet worden aangepast dan waartoe die richtlijn eventueel strikt zal verplichten.’ Alleen door sommige richtlijnen aldus een groter toepassingsbereik te geven dan nodig is, ontstaat ‘een coherent stelsel.’¹⁸⁵ De oplossing om buiten het BW om te implementeren zou leiden tot ‘een lappendeken’ en ‘een onoverzichtelijk geheel van losse wetgeving, met als gevolg onderlinge tegenstrijdigheden en onvindbare of ondoorzichtige bepalingen.’¹⁸⁶

Inderdaad heeft de Nederlandse wetgever de bijna twintig vermogensrechtelijke richtlijnen zoveel mogelijk ingepast in het BW. Daarbij is vaak ‘spontaan doorgeharmoniseerd’:¹⁸⁷ gevallen die niet binnen het toepassingsgebied van de richtlijn vallen zijn er toch onder gebracht om het systeem zuiver te houden. Zo breidt art. 6:231 sub a BW de transparantieplicht uit tot niet-consumentenovereenkomsten en zijn het non-conformiteitsbegrip van art. 7:17 lid 2 en de regel van art. 7:21 lid 3 BW ook voor de gewone koop aangepast aan een richtlijn die enkel op consumentenkoop ziet.¹⁸⁸

35. Wat te denken van deze strategie? Behalve de er mee beoogde consistentie, is een voordeel dat het BW aldus zijn centrale rol als privaatrecht-codificatie kan behouden. Dat is ook precies de reden waarom Duitsland, dat Europese richtlijnen vrijwel steeds in aparte wetten neerlegde en daar-

183. Ook voorstelbaar is een ongesystematiseerde opname in het BW.

184. Handelingen EK 1 maart 2005, EK 17-759 v.

185. Handelingen EK 2005, p. 17-760 en 17-768.

186. Handelingen EK 2005, p. 17-760.

187. Zie voor die term Wissink, o.c., p. 256. Roth, o.c., JZ 2001, p. 482 noemt dit ‘überschiessende Umsetzung’ of ‘spin-off effect’ (Roth, o.c., ERPL 2002, p. 770), Leible, o.c., German Law J. 4 (2003), p. 1268 ‘supercerogatory implementation.’

188. Zie resp. art. 4 lid 2 van Richtlijn 93/13 (oneerlijke bedingen) en art. 2 lid 2 en art. 3 lid 3 van Richtlijn 1999/44 (consumentenkoop).

mee begon te lijden aan 'decodificatie',¹⁸⁹ in 2002 heeft gekozen voor een radicale ommecwaai en vrijwel alle implementatiewetten heeft geïntegreerd in het BGB.¹⁹⁰

Deze benadering heeft echter ook belangrijke nadelen. Het meest in het oog springt dat systematisch 'doorharmoniseren' soms leidt tot inhoudelijk ongewenste resultaten. De verwerping in 2005 door de Eerste Kamer van het wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn inzake financiële zekerheidsovereenkomsten¹⁹¹ is daarvan een mooi voorbeeld. De werkingssfeer van de richtlijn is beperkt tot grote financiële instellingen, maar was in het wetsvoorstel uitgebreid tot alle ondernemingen om zo de verbrokkelde regeling van de richtlijn te verhelpen: wat in de richtlijn ontbreekt (een coherente regeling voor alle ondernemingen) zou het Nederlandse recht wel moeten bieden. Voor de Eerste Kamer was dit een brug te ver: het enkele argument dat het rechtssysteem een groter toepassingsbereik eist – zonder dat daar ook een inhoudelijke reden voor bestaat – overtuigde de Kamer niet. Een nieuw wetsvoorstel volgt nu de beperktere benadering van de richtlijn.¹⁹²

Er is nog een reden waarom het Nederlandse beleid inzake implementatie kan worden bekritiseerd. De vraag is namelijk of met 'doorharmoniseren' de gewenste consistentie wel wordt bereikt. Ook ná 'doorharmoniseren' blijven immers twee van de drie oorzaken van verstoring van het coherente systeem in stand: de gedetailleerdheid en de wijze van interpretatie van de regels blijven wezenlijk anders dan in het nationale recht. Van Boom¹⁹³ heeft gelijk als hij constateert dat, met de principiële keuze voor implementatie in het BW, het wetboek tot een zandkasteel bij opkomend tij wordt: het is niet te handhaven, hoe de nationale wetgever ook zijn best doet.

De vraag is hiermee gewettigd of de Nederlandse wetgever er niet een te ingewikkelde implementatiemethode op na houdt. Nog los van bovengenoemde bezwaren, leidt implementatie in het BW tot een bijzonder complex wetboek, dat permanent moet worden gewijzigd, waarbinnen vaak onduidelijk is welke bepalingen van Europese oorsprong zijn en waarvan men zich steeds meer kan afvragen of het nog wel een eenheid vormt. Niet geheel onterecht is in de Eerste Kamer opgemerkt:¹⁹⁴ 'Er wordt telkenma-

189. Leible, o.c., *German Law J.* 4 (2003), p. 1273 en T.M.J. Möllers, *European Directives on Civil Law: The German Approach*, ERPL 2002, p. 777 v.

190. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts: Begründung, BT-Drucks. 14/6040 (2001), p. 79: 'das Bürgerliche Gesetzbuch als zentrale Zivilrechtskodifikation.' De Produkthaftungsgesetz 1989 is echter gehandhaafd.

191. Wetsvoorstel Uitvoering van Richtlijn 2002/74 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten, EK 2003-2004, 28874.

192. TK 2004-2005, 30138.

193. W.H. van Boom, *Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht*, RMTh 2003, p. 299. Zie ook Vranken, *Algemeen deel: een vervolg*, o.c., nr. 75.

194. Bij monde van Kamerlid Rabbinge, *Handelingen EK 2005*, p. 17-750.

le een weg gekozen die demonstreert hoe bekwaam het beste jongetje van de Europese klas is, waardoor in vele gevallen wordt afgeweken van de geest van de Richtlijn en een langdurig en uitgebreid wetgevingstraject wordt ingeslagen.'

Implementatiestrategieën: implementatie buiten het BW

36. Het voorgaande roept de vraag op of een andere wijze van implementatie niet de voorkeur verdient. Implementatie van Europees recht buiten het BW om is lang de strategie van Duitsland geweest en is nog altijd de overheersende wijze van implementatie in onder meer Frankrijk, Spanje en Oostenrijk. Deze landen hebben het merendeel van de Europese richtlijnen in een aparte code opgenomen.¹⁹⁵ Ook Italië implementeert grotendeels buiten de Codice Civile om¹⁹⁶ en het Verenigd Koninkrijk kan uiteraard niet anders.

Deze benadering heeft diverse voordelen.¹⁹⁷ Omdat de gedetailleerde en functioneel anders georiënteerde Europese regels niet te hoeven worden ingepast in het nationale wetboek, is er geen reden tot 'doorharmoniseren' en doorkruising van de stijl van het wetboek. Permanente aanpassing en vernummering zijn evenmin nodig. Bovendien is onmiddellijk duidelijk welke regels uit Europa komen zodat de rechter weet dat een andere interpretatiemethode geboden is en de consument zijn 'Europese' rechten onmiddellijk kan herkennen, zoals het Europese Hof ook eist.¹⁹⁸ Dit is thans vaak niet het geval: wie weet welke woorden van art. 7:17 lid 2 BW van Europese en welke van nationale oorsprong zijn? Ook het verschijnsel dat een identiek woord in het BW een verschillende betekenis kan hebben al naar gelang diens herkomst, wordt hiermee voorkomen.

Tegenover deze voordelen bestaat zeker het nadeel dat de Nederlandse wetgever vreest: implementatie buiten het BW om leidt tot een onoverzichtelijk geheel van losse en onderling tegenstrijdige wetgeving.¹⁹⁹ Die vrees zou echter alleen bewaarheid worden indien -- zoals het geval is met de Franse Code de la Consommation -- de Europese richtlijnen zonder enige verdere structurering naast elkaar worden geplaatst. Ook denkbaar is om de Europese regels gesystematiseerd in een apart 'nationaal Europees' wetboek op te nemen. Dan blijven nog de tegenstrijdigheden tussen het nationale BW en de verzameling Europese wetgeving, maar die zijn -- gelet op het eerder gereleveerde eigen karakter van Europees recht -- onvermij-

195. Resp. Code de la Consommation, Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios en Konsumentenschutzgesetz.

196. Met uitzondering van de richtlijnen over oneerlijke bedingen (art. 1469-bis v.), handelsagenten (art. 1742 v.) en consumentenkoop (art. 1519-bis v. CC).

197. Zie ook Roth, o.c., ERPL 2002, p. 773 en dez., o.c., JZ 2001, p. 484 v.

198. HvJ 10 mei 2001, zaak C-144/99, Jur. 2001, I-3541 (Commissie/Nederland).

199. Zie boven, nr. 34.

delijk: geconfronteerd met de keuze tussen het tevergeefs proberen weg te poetsen van die tegenstrijdigheden in het BW of ze openlijk laten blijken, valt het laatste te prefereren.

Er zijn echter andere argumenten die wél pleiten tegen implementatie buiten het BW. Een aparte codificatie van het Europese richtlijnenrecht zou sterk het karakter dragen van een consumentenwetboek. Een dergelijk wetboek zou mijns inziens, wil de titel geen valse verwachtingen wekken,²⁰⁰ alle voor de consument relevante regelgeving moeten omvatten en dus een belangrijk deel van het BW (en wellicht zelfs van de rechtspraak) moeten herhalen. Dat is ongewenst. Bovendien zijn in een consumentenwetboek de Europese richtlijnen die niet specifiek de consument beschermen (zoals die over bestrijding betalingsachterstanden en elektronische handel) niet onder te brengen.

Het dilemma is hiermee duidelijk: het Europees vermogensrecht kan nimmer op een geheel bevredigende manier worden geïmplementeerd. Een coherente implementatie in het BW is gelet op het eigen karakter van het Europese recht onmogelijk en een implementatie er buiten doet onder meer ernstig afbreuk aan het BW als alomvattende regeling. Is er een uitweg?

Mijn keuze: een Boek in het BW

37. Is het mogelijk om het Europees vermogensrecht in het BW te implementeren en tegelijkertijd de nadelen die aan de huidige methode van implementatie zijn verbonden te voorkomen? Dat zou betekenen dat het wetboek zijn rol als centrale privaatrechtcodificatie kan behouden, maar zonder dat de stijl van het wetboek wordt doorkruist of het risico van conceptuele divergentie optreedt. Evenmin zouden permanente aanpassing en vernummering van de Boeken 3 tot en met 7 het BW nodig zijn.

De enige manier om dit te realiseren lijkt het reserveren van een apart gedeelte van het BW voor Europese wetgeving. Het vervaardigen van een afzonderlijk Boek met daarin 'nationaal' (geïmplementeerd) Europees privaatrecht stelt de Nederlandse wetgever in staat om het Europese recht naar eigen wens te systematiseren. Indien ook andere landen het acquis op deze manier implementeren, is er natuurlijk nog geen *level playing field*, maar wordt de kenbaarheid van de verschillende nationale implementaties wel zeer bevorderd. Het Gemeenschappelijk Referentiekader kan daarbij zeker een rol vervullen als inspiratiebron, maar ik verwacht meer van het opstellen van verschillende Europese (consumenten)codes met elk een ander niveau van bescherming naast elkaar: nationale wetgevers kunnen dan kiezen (zie nr. 27).

Ik bepleit dus dat niet zozeer de Europese als wel de nationale wetgever tot een codificatie van Europees vermogensrecht komt. De kern daarvan

200. Zie Roth, o.c., JZ 2001, p. 486 v., ook voor andere argumenten.

vormt de implementatie van de eerder voorgestelde algemene minimum-richtlijn op het terrein van de consumentenbescherming, maar die kan verder worden opgetuigd. Wel moet de systematisering van het Boek relatief eenvoudig zijn zodat nieuwe richtlijnen zonder al te veel tijdverlies kunnen worden omgezet. De ingewikkelde weg die thans veelal wordt gekozen is tijdrovend en leidt vaak tot te late implementatie. Dat is één van de redenen waarom Duitsland heeft gewacht tot een kritische massa van richtlijnen bestond alvorens die gezamenlijk in het BGB te structureren.²⁰¹ Toekomstige richtlijnen zullen daarom waarschijnlijk ook weer eerst buiten het BGB om worden geïmplementeerd.²⁰² Invoering van een Boek Europees vermogensrecht staat toe dat richtlijnen eenvoudig in het BW kunnen worden geïmplementeerd.

V Ten slotte

Synopsis

38. Aan het begin van dit preadvies beloofde ik de lezer om aandacht te besteden aan enkele belangrijke vragen uit het debat over Europees privaatrecht en die vragen van antwoorden te voorzien. Ik heb er daarbij bewust voor gekozen om *mijn* antwoorden af te zetten tegen die van anderen. Wie mijn denkbelden samengevat wil zien, verwijs ik naar de titel van dit preadvies: mijn visie is ingegeven door het besef dat Europese integratie gebaat is bij diversiteit van recht en de daardoor geaccommodeerde keuzevrijheid van partijen. Ik heb het belang van competitie tussen rechtstelsels daarbij op twee wijzen gerelativeerd. In de eerste plaats door te laten zien dat ik niet blind ben voor de nadelen van competitie; dat leidde tot een pleidooi voor een minimumbeschermingsniveau voor de zwakkere Europeaan. En in de tweede plaats door te erkennen dat een keuze voor een ander dan het eigen rechtstelsel thans vaak niet op zinvolle wijze kan plaatsvinden omdat informatie over alternatieve rechtstelsels ontbreekt. Mijn betoog was er daarom mede op gericht dat probleem zoveel mogelijk te verhelpen. De Nederlandse wetgever riep ik op om vooral niet te blijven proberen het Europees acquis systematisch in te voegen in de huidige structuur van het Burgerlijk Wetboek. Dat deze standpunten niet door een ieder zullen worden gedeeld, beschouw ik voor een preadvies als een voordeel: ik verheug me op de vergadering.

201. Vgl. Roth, o.c., ERPL 2002, p. 773.

202. Zoals al is geschied bij de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten: Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG (...) vom 5 April 2004, BGBl. 2004, I, nr. 15, p. 502 v. (die overigens vooral de Hypothekenbankgesetz wijziget).

Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht

Prof. mr. A.H. Klip*

Inhoud

<i>I</i>	<i>Inleiding</i>	107
<i>II</i>	<i>Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht</i>	108
2.1	Europese integratie en harmonisatie	108
2.2	Strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsrecht	109
2.3	Uniestrafrecht	113
2.4	Nationaal strafrecht	119
2.5	Karakterisering en waardering van het acquis: fragmentarisch en weinig doeltreffend	121
2.5.1	Methoden van integratie en harmonisatie: vorm en middelen	121
2.5.2	Resultaten van integratie en harmonisatie	128
2.6	Twee samenvallende ruimtes	133
2.7	Conclusie: een zwabberkoers met toekomstmogelijkheden	139
<i>III</i>	<i>Noodzaak van integratie en harmonisatie</i>	141
<i>IV</i>	<i>Doorwerking van integratie en harmonisatie in de nationale rechtsorde</i>	144
<i>V</i>	<i>Eigen voorstellen</i>	148
<i>VI</i>	<i>Afsluitende opmerkingen</i>	153

* Dit onderzoek is mede tot stand gekomen dankzij een vervangingssubsidie van NWO.

*'Harmonisatie van strafrecht is een hachelijke zaak. Het nationale strafrecht is veelal het produkt van een ontwikkeling van eeuwen. De uitkomsten in verschillende landen lijken globaal op elkaar, maar de wijze waarop die worden verkregen verschillen. Harmonisatie van één of enkele onderdelen uit die stelsels haalt deze uit hun onderling verband'*¹

I Inleiding

Vraagstelling, opbouw en beperking van het preadvies

Anno 2006 worden problemen van de huidige Europese samenleving veelal gevolgd door een roep om een gezamenlijke Europese aanpak. Terrorisme en andere maatschappelijke problemen dienen met wortel en tak te worden uitgeroeid en daarvoor is het strafrecht het eerste middel dat ter hand wordt genomen. Naast deze functie van probleembestrijder wordt het strafrecht gebruikt als middel om de Europese integratie te bevorderen.² Alhoewel niet iedereen gelukkig is met de Europese invloed op het strafrecht is de onlosmakelijke verbondenheid van Europa en het strafrecht een gegeven dat inmiddels als zodanig niet meer ter discussie staat. Aanzienlijk moeilijker is het de exacte betekenis van Europa en het strafrecht voor elkaar te duiden. Ik zal dat trachten te doen aan de hand van de volgende vragen. Welke rol speelt Europese integratie en harmonisatie in het strafrecht? Welke rol speelt het strafrecht in de Europese integratie en harmonisatie? Welke zijn de doelstellingen, methoden en effecten van Europese harmonisatie van het strafrecht?

De thans voorliggende preadviezen zijn waar mogelijk geschreven volgens een gemeenschappelijke structuur en onder een gemeenschappelijke noemer: Europese integratie. De wat meer in het Europese strafrecht ingevoerde jurist zal opmerken dat de term harmonisatie hem herkenbaarder in de oren klinkt. Het is daarom noodzakelijk van aanstonds af te definiëren wat ik onder deze begrippen versta. Europese *integratie* beschouw ik als het politieke streven tot Europese eenwording. Dit streven krijgt gestalte in een gezamenlijke buitenlands en defensiebeleid en een gezamenlijke munt, maar ook in een waaijer van uitwisselingsprogramma's voor studenten, Europese onderzoeksprogramma's en allerlei andere initiatieven waardoor Europeanen dichter bij elkaar moeten worden gebracht. Integratie vindt

1. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, J.P.H. Donner (rapporteur), Europa, wat nu? Voorstudies en achtergronden V91, Den Haag 1995, p. 70.
2. Zie bijv. de Belgische Minister van Justitie M. Verwiltghen, Interpellation sur les travaux de la Convention dans le secteur pénal: la nécessité d'entrer au coeur du débat: 'La construction de l'espace judiciaire pénal est en effet indispensable pour consolider l'Union européenne.', in: Gilles de Kerchove et Anne Weyembergh, Quelles réformes pour l'espace pénal européen?, Bruxelles 2003, p. 9.

niet per definitie plaats in juridische vorm. De definitie van *harmonisatie* die ik hanteer is: het naar elkaar toegroeien van de rechtspraak van verschillende rechtssystemen op grond van een gemeenschappelijke norm.³ Harmonisatie kan worden beschouwd als een juridisch middel om het politieke streven van integratie te realiseren. Harmonisatie gaat uit van verschillen, anders valt er niets te harmoniseren. Harmonisatie tracht deze verschillen te verkleinen, maar streeft niet naar opheffing ervan.⁴ Opheffing van alle verschillen wordt beoogd met *unificatie*. Daarvan is thans in strafrechtelijke context geen sprake.⁵ Harmonisatie onderscheidt zich daarin van *wederzijdse erkenning* dat wederzijdse erkenning aan de geconstateerde verschillen juist niets wenst te veranderen. Er wordt een vorm gevonden waardoor die verschillen er even niet toe doen. In de rechtsontwikkeling van de Europese Unie is er duidelijk verband tussen ideeën over harmonisatie en wederzijdse erkenning. Soms worden de beide concepten als alternatieven van elkaar gezien, soms juist weer als gelijktijdig te hanteren instrumenten.

De focus van mijn bijdrage is beperkt tot de strafrechtelijke aspecten van integratie en harmonisatie. De behandeling is spiegelbeeldig. Zowel vanuit Europees perspectief, als vanuit strafrechtelijk perspectief wordt het thema Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht benaderd. Ik zal vaststellen dat het huidige beleid en instrumentarium niet leiden tot het beoogde doel. Voorts constateer ik dat de beginselen die geworteld zijn in de tradities van de economische gemeenschap, op zijn zachtst gezegd, enigszins conflicteren met de tradities van het strafrecht. Ik zie echter ook toekomstmogelijkheden voor het Europese strafrecht en sluit af met enkele voorstellen.

II Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht

2.1 Europese integratie en harmonisatie

De belangrijkste rol als instigator van Europese integratie en harmonisatie is weggelegd voor de Europese Gemeenschappen/Europese Unie. Hoewel ik me in dit preadvies vooral zal richten op de EG/EU, zijn er enkele andere organisaties die eveneens van belang zijn voor de ontwikkeling van de

3. Het gaat mij er minder om of dit de enige ware definities zijn, dan dat er expliciete definities worden gehanteerd. Dat laatste faciliteert de discussie en maakt het mogelijk integratie en harmonisatie überhaupt te toetsen.
4. Harmonisatie is een proces. Zie F.M. Tadić, *How harmonious can harmonisation be?*, in: A.H. Klip en H.G. van der Wilt, *Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, KNAW LNR deel 186, Amsterdam 2002, p. 1-21.
5. Ik laat daarbij het strafrechtelijke karakter van de rechtstreekse handhaving van de kartelwetgeving door de Commissie even buiten beschouwing.

Europese gedachte in het strafrecht, danwel een harmoniserende invloed op het strafrecht hebben uitgeoefend: de Raad van Europa, de Benelux en de Verenigde Naties.

2.2 Strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsrecht

Bij de oprichting van de Europese Gemeenschap in 1957 stelde deze zich tot doel binnengrenzen te laten wegvallen en de interne markt te realiseren (art. 2 EG-verdrag). De doelstellingen waren economisch bepaald en gericht op de zogenaamde vier vrijheden: de vrijheden van werknemers, van goederen, van kapitaal en van diensten. Deze vrijheden mogen in Europa niet aan enige beperking onderhevig zijn. In het EG-verdrag werd het beginsel van gemeenschapstrouw neergelegd, onder meer inhoudende de verplichting voor de lidstaten om het recht van de gemeenschap te handhaven. Deze nalevings- of handhavingsplicht rust op alle organen van de lidstaat, in het bijzonder de wetgever en de rechter.

Dat gemeenschapsrecht bestaat uit het EG-verdrag, uit *richtlijnen* en *verordeningen*. Ingevolge art. 249 EG-verdrag is een richtlijn 'verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.' Een verordening heeft ingevolge art. 249 EG-verdrag 'algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.' Het gemeenschapsrecht vergt derhalve in de regel wel omzetting naar nationaal recht maar schrijft de lidstaten niet voor op welke wijze zij dat moeten doen. Zij kunnen kiezen voor administratieve handhaving, civielrechtelijke of strafrechtelijke handhaving, of welk middel dan ook. Het gaat om een resultaatsverbintenis. Deze achtergrond verklaart dat het strafrecht bij de handhaving van het gemeenschapsrecht lange tijd een bescheiden rol speelde. De beleidsterreinen van de EG waren beperkt en vooral economisch gekleurd.

De Commissie is de spil van het gemeenschapsrecht. Zij doet voorstellen voor wetgeving, welke door de Raad en het Europese Parlement dienen te worden aanvaard. Daarnaast zorgt de Commissie in het gemeenschapsrecht voor harmonisatie op drie verschillende niveaus: door middel van controle van de uitvoeringswetgeving (lidstaten dienen hun voorgenomen uitvoeringswetgeving aan de Commissie mede te delen); door middel van controle op de handhaving (de Commissie is bevoegd na te gaan of lidstaten het gemeenschapsrecht handhaven) en door het instellen van infractieprocedures tegen staten die het gemeenschapsrecht niet naleven (indien de Commissie van mening is dat een lidstaat het gemeenschapsrecht niet naleeft kan zij deze staat voor het Hof van Justitie dagen en zo naleving af dwingen).

Het Hof van Justitie is opgericht om de uniforme uitlegging van het EG-verdrag te verzekeren. In de praktijk krijgt het zijn zaken op twee manieren. Ten eerste doordat de Commissie een zaak aanhangig maakt tegen een lidstaat waarvan zij vindt dat deze het gemeenschapsrecht niet handhaaft (art.226 EG-verdrag). In dat geval kan het Hof vaststellen dat de betreffende lidstaat zijn verplichtingen al dan niet is nagekomen. Deze procedure wordt veelvuldig toegepast. Ten tweede kunnen nationale rechters het Hof van Justitie verzoeken om uitlegging van het gemeenschapsrecht wanneer voor hen een geschil aanhangig is waarin dat voor de uitkomst van de zaak relevant is. Een nationale rechter stelt in dat geval een *prejudiciële vraag*. Ook deze verzoeken worden veelvuldig aan het Hof gedaan. De prejudiciële verzoeken kunnen alle rechtsgebieden (dus ook strafzaken) betreffen. De positie van het Hof wordt versterkt doordat de wetsgeschiedenis van EG/EU-wetgeving bijzonder weinig houvast biedt voor de uitleg ervan.

De meeste invloed op het strafrecht gaat uit van de *richtlijn*. Voorzover de richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is omschreven laat zij de lidstaten geen beoordelingsmarge en dient de richtlijn strikt te worden nageleefd.⁶ In andere woorden: als een lidstaat nalatig is in de uitvoering van het gemeenschapsrecht in het nationale recht, werkt dat gemeenschapsrecht desondanks door, op voorwaarde dat het gaat om voor de burger gunstige bepalingen. In de rechtspraak van het Hof van Justitie in strafzaken is 'gunstig' vertaald als een recht waar verdachten en anderen aanspraak op maken.⁷ De rechter is gehouden nationale uitvoeringswetgeving zoveel mogelijk in de geest van de richtlijn te interpreteren (*richtlijnconforme interpretatie*). Een burger mag zich daarop ten allen tijde in elke procedure beroepen. Voorts heeft het Hof in zijn rechtspraak bepaald dat strafrechtelijke aansprakelijkheid niet zonder omzetting naar nationaal strafrecht rechtstreeks kan worden gevestigd op grond van een richtlijn. Dat betekent dat de invloed van het gemeenschapsrecht niet gelijk is, omdat bij verplichtingen die voortvloeien uit het gemeenschapsrecht geen rechtstreekse toepassing ten laste van de burger mag plaatsvinden.⁸ Daarentegen kan een verdachte zich wel beroepen op het gemeenschapsrecht als dat voorschrijft dat een bepaalde gedraging niet mag worden verboden en het nationale strafrecht dit desondanks strafbaar stelt.

Het gemeenschapsrecht heeft een harmoniserende invloed die niet uitsluitend het strafrecht betreft. De terreinen waarop het gemeenschapsrecht har-

6. Zie R.H. Lauwaars en J.M. Maarleveld, *Harmonisatie van wetgeving in Europese organisaties*, Deventer 1987, p. 64.
7. IIvJ 21 maart 1972, strafzaak tegen Società Agricola Industria Latte, C-82/71, Jur. 1972, 119; HvJ 5 april 1979, strafzaak tegen Tullio Ratti, C-148/78, Jur. 1979, 1629.
8. HvJ 8 oktober 1987, strafzaak tegen Kolpinghuis Nijmegen B.V., C-80/86, Jur. 1987, 3969; HvJ 3 mei 2005, strafzaak tegen Silvio Berlusconi en anderen, C-387/02.

monisatie nastreeft zijn op zich wel samenhangend, maar dat kan niet worden gezegd van de invloed daarvan op het strafrecht. Die valt eerder te beschetsen als toevallig en is mede ingegeven door de keuze van de lidstaten met welk rechtsgebied (civiel, administratief, tuchtrechtelijk, strafrechtelijk) zij dit wensen te handhaven. De wijze van handhaving is een individuele keuze van een lidstaat (bijv. Duitsland kiest voor civielrechtelijke handhaving, België voor het bestuursrecht en Nederland voor strafrechtelijke handhaving). Als lidstaten voor verschillende handhavingsinstrumenten kiezen, en dat is regelmatig het geval, divergeert de handhaving en wordt de samenwerking bij de handhaving bemoeilijkt. In die gevallen waar effectief (omdat alle lidstaten kiezen voor omzetting van het gemeenschapsrecht in het strafrecht) strafrechtelijk wordt geharmoniseerd, gaat het om individuele thema's (single issue harmonisation).⁹ Met name de strijd tegen de EG-fraude heeft tot tal van rechtsinstrumenten geleid die strafrechtelijk worden gehandhaafd.¹⁰ Binnen de Commissie is een afdeling onder de naam OLAF opgericht, die zich in het bijzonder bezighoudt met de bestrijding van fraude.¹¹ Veel onderzoek dat door deze afdeling wordt gestart, leidt uiteindelijk tot strafrechtelijk onderzoek.

De betekenis van het andere gemeenschapsrechtelijke instrument, de *verordening*, is voor het strafrecht beperkter. De verordening heeft, blijkens art. 249 EG-verdrag, algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. Dat betekent dat uitvoeringswetgeving op nationaal niveau niet per se noodzakelijk is. Ver-

9. Voorbeelden zijn hier Richtlijn 91/308 van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, PB 1991, L 166/77. Bij deze richtlijn hebben staten naderhand gezamenlijk verklaard te kiezen voor strafrechtelijke handhaving, zie PB 1991, L 166/83; Richtlijn 89/592 van 13 november 1989 tot coördinatie van de voorschriften inzake de transacties van ingewijden, PB 1989, L 334/40; Verordening 3677/90 van 13 december 1990 houdende maatregelen om te voorkomen dat bepaalde stoffen worden misbruikt voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen, PB 1990, L 357/1.
10. Zonder compleet te kunnen wezen: Verordening 595/91 van 4 maart 1991 betreffende onregelmatigheden in het kader van de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en terugvordering van bedragen die in dat kader onverschuldigd zijn betaald, alsmede de organisatie van een informatiesysteem op dit gebied, PB 1991, L 67/11; Verordening 3508/92 van 27 november 1992 tot instelling van een geïntegreerd beheers- en controlesysteem voor bepaalde communautaire steunregelingen, PB L 355/1; Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, Trb. 1995, 289; Protocol bij deze overeenkomst van 27 september 1996, Trb. 1996, 330; Verordening van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, PB 1995, L 312/1; Verordening 2185/96 van 11 november 1996 betreffende de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen tegen fraude en andere onregelmatigheden, PB 1996, L 292/2.
11. Besluit van 28 april 1999, PB 1999, L 136/20.

ordeningen en strafrecht komen derhalve pas met elkaar in aanraking in het uitzonderlijke geval dat een lidstaat ter ondersteuning van een rechtstreeks werkende verordening het strafrecht inzet.¹²

Strafrechtelijke beginselen uit de nationale strafstelsels hebben invloed uitgeoefend op het gemeenschapsrecht. Het gaat dan met name om in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkelde fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht. Voorbeelden zijn het verbod van terugwerkende kracht,¹³ de *nulla poena*-regel,¹⁴ het beginsel dat een verdachte niet gedwongen mag worden zichzelf te belasten,¹⁵ de *lex mitior*-regel,¹⁶ het proportionaliteitsbeginsel,¹⁷ het schuldbeginsel,¹⁸ het *lex certa*-beginsel¹⁹ en het *ne bis in idem*-beginsel²⁰. Het gaat hier om beginselen die gemeen zijn aan het straf(proces)recht van alle lidstaten, alsmede ook om beginselen uit mensenrechtenverdragen.²¹

Plicht tot handhaving versus vrije keuze van de middelen

Lang is men er van uitgegaan dat het gemeenschapsrecht (EG-verdrag, richtlijnen en verordeningen) de lidstaten niet kan voorschrijven dat er strafrechtelijke handhaving zal zijn, maar dat het gemeenschapsrecht er wel toe kan dwingen de inzet van het strafrecht op bepaalde terreinen achterwege te laten omdat dit in strijd komt met de interne markt. Met het verschijnen van de EG als factor in het strafrecht ontstond een vorm van indirecte harmonisatie. De meeste noties die uit het gemeenschapsrecht voortvloeien zijn niet specifiek strafrechtelijk maar gelden voor alle rechtsgebieden.²² Het gemeenschapsrecht creëert immers een *eigen rechts-*

12. Art. 1 sub 2 WED bevat verschillende verordeningen waarvan de overtredingen zonder nadere omzetting strafbaar zijn naar Nederlands recht.

13. HvJ 13 november 1980, Fedesa, C-331/88, Jur. I-4057; HvJ 14 juli 1994, Milchwerke Köln, C-352/92, Jur. 1994, I-3385.

14. HvJ 8 oktober 1987, strafzaak tegen Kolpinghuis Nijmegen B.V., C-80/86, Jur. 1987, 3969; HvJ 3 mei 2005, strafzaak tegen Silvio Berlusconi en anderen, C-387/02.

15. HvJ 18 oktober 1989, Orkem, C-374/87, Jur. 1989, 3283.

16. HvJ 1 juni 1999, strafzaak tegen A. Kortas, C-319/97.

17. HvJ 5 maart 1980, Ferwerda, C-265/78, Jur. 1980, 623; HvJ 13 december 1979, Hauer, C-44/79, Jur. 1979, 3727.

18. HvJ 26 mei 1981, Rinkau, C-157/80, Jur. 1981, 1395.

19. HvJ 12 december 1996, gevoegde zaken C-74/95 en C-129/95, Jur. I-6629; HvJ 7 januari 2004, strafzaak tegen X, C-60/02.

20. HvJ 13 februari 1969, Wilhelm, C-14/68, Jur. 1969, 1.

21. De fundamentele rechten uit het EVRM vallen als zodanig onder de algemene rechtsbeginselen van het gemeenschapsrecht. Zie HvJ 4 oktober 1991, SPUC, C-159/90, Jur. 1991, 4685. Zie ook HvJ 14 mei 1974, Nold, C-4/73, Jur. 1974, 491; HvJ 21 september 1989, Hoechst, C-46/87 en 227/88, Jur. 1989, 2859.

22. Er zijn ook wel noties die specifiek voor het strafrecht gelden. Het Hof van Justitie vindt het strafrecht als zodanig als handhavingsinstrument soms te zwaar in verhouding tot het vergrijp. HvJ 29 februari 1996, C-193/94, Skanavi en Chrysanthakopoulos, Jur. 1996, I-943.

orde,²³ onafhankelijk van de verschillende deelrechtsgebieden. Hetzelfde geldt voor de normerende invloed die het gemeenschapsrecht uitoefent op strafprocessuele bevoegdheden bij de strafrechtelijke handhaving. Als een lidstaat ervoor heeft gekozen het gemeenschapsrecht strafrechtelijk te handhaven, dan dient hij dat middel ook in te zetten.²⁴ Vanwege de handhavingsverplichting (art. 10 EGV)²⁵ en haar afdwingbaarheid (de Commissie kan immers een lidstaat voor het Hof dagen) is er een harmoniserend effect van het gemeenschapsrecht.

In de jaren zeventig zijn er verschillende pogingen ondernomen om de Europese Gemeenschappen ook op strafrechtelijk terrein bevoegdheden te geven en Europese strafsancties te kunnen invoeren.²⁶ De lidstaten waren het hierover grondig oneens. Nederland heeft in 1979 zelfs een voorstel van de Franse president Giscard d'Estaing tot schepping van een *espace judiciaire* met een veto geblokkeerd. Het is steeds de uitdrukkelijke wens van de lidstaten geweest om het strafrecht binnen de bevoegdheid van de lidstaten zelf te laten. Overigens leek het erop dat de bezwaren zich meer richtten tegen de bevoegdheid van de Commissie op het gebied van het materieel strafrecht dan tegen de samenwerking als zodanig.²⁷

2.3 Uniestrafrecht

Bij het Verdrag van Maastricht werd de Europese Unie opgericht.²⁸ Deze is opgebouwd uit een pijlerstructuur waarvan de pijlers zich onderscheiden door een andere wijze waarop het gevormde recht totstandkomt, zijn bindende werking en de controle op de naleving. In de *eerste pijler* vinden we het gemeenschapsrecht, gebaseerd op het EG-verdrag. In de *tweede pijler* krijgt het gemeenschappelijke defensie- en buitenlands beleid gestalte. In de *derde pijler* gaat het om de samenwerking op het terrein van justitie en

23. HvJ 5 februari 1963, Van Gend en Loos, C-26/62, Jur. 1963, 1 en HvJ 15 juli 1964, Costa/ENEL, C-6/64, Jur. 1964, 585.

24. HvJ 21 september 1989, C-68/88, Commissie tegen Griekenland, Jur. 1989, 2965. Op grond van het in dit belangrijke arrest geformuleerde assimilatiebeginsel, inhoudende dat de lidstaten de handhaving van het gemeenschapsrecht zoveel mogelijk verrichten op de wijze waarop vergelijkbare overtredingen van nationaal recht worden gehandhaafd, kan een lidstaat die bij de strafvervolgung een opportunititeitsbeginsel hanteert, dit onverminderd handhaven, ook als het gaat om overtredingen van het gemeenschapsrecht.

25. De handhavingsverplichting behelst de verplichting de normen zonodig in de nationale wetgeving om te zetten en deze bovendien na te leven. Normschending dient te worden gesanctioneerd en mag niet zonder respons blijven.

26. Zie voor de periode tot 1979 A. Mulder, Europees strafrecht, het verslag van een trieste geschiedenis, SEW 1979, p. 466-471.

27. Zie voorts A.H. Klip, Uniestrafrecht, oratie Maastricht 2004, p. 6.

28. Verdrag betreffende de Europese Unie van 7 februari 1992.

binnenlandse zaken.²⁹ Waar het strafrecht in het gemeenschapsrecht kan worden gezien als bijzaak, de hoofddoelstelling van het EG-verdrag bestaat immers uit het realiseren van de interne markt, ligt dat in het unierecht anders. In het derde-pijlerrecht is het strafrecht *het* handhavingsinstrument.

De eerste pijler is hiervoor reeds aan de orde gekomen. De tweede zal ik laten rusten. Afgezien van sancties en boycotten is deze pijler vanuit strafrechtelijk oogpunt bezien niet zo relevant. In deze paragraaf gaat het derhalve om de derde pijler. De Unie heeft hier als doel geformuleerd de 'handhaving en ontwikkeling van de Unie als een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is in combinatie met passende maatregelen met betrekking tot controles aan de buitengrenzen, asiel, immigratie en voorkoming en bestrijding van criminaliteit' (art. 2 EU-verdrag). In het Verdrag van Maastricht van 1992 is de grondslag gelegd voor de *onderlinge aanpassing* van het nationale strafrecht indien dit strookt met de doelstellingen van de Unie. Hoe heeft de Unie hiervan gebruik gemaakt? Enerzijds is men voortgegaan op de weg van gemeenschappelijke definities van bepaalde misdrijven (bijv. criminele organisatie,³⁰ valsemunterij,³¹ corruptie,³² terrorisme³³). Anderzijds richt zij zich op het versoepelen van de samenwerking tussen de lidstaten.³⁴

Het Verdrag betreffende de Europese Unie voorziet in een belangrijke rol voor de Raad. Deze instelling bestaat op grond van art. 203 EG-verdrag uit vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten. De Raad neemt bij eenparigheid besluiten (art. 34 lid 2 EU-verdrag). Initiatieven tot wetgeving kunnen worden genomen door elke lidstaat en door de Commissie. In

29. Ik hanteer de volgende begrippen als synoniemen: uniestrafrecht, derde pijlerrecht, samenwerking op het terrein van justitie en binnenlandse zaken.

30. Gemeenschappelijk Optreden van 21 december 1998 inzake de strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie in de lidstaten van de Europese Unie, PB 1998, L 351/1.

31. Kaderbesluit van 29 mei 2000 tot versterking, door middel van strafrechtelijke en andere sancties, van de bescherming tegen valsemunterij in verband met het in omloop brengen van de euro, PB 2000, L 140/1, gewijzigd bij Kaderbesluit van 6 december 2001, PB 2001, L 329/3.

32. Gemeenschappelijk Optreden van 22 december 1998 inzake corruptie in de privésector, PB 1998, L 358/2.

33. Kaderbesluit van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding, PB 2002, L 164/3.

34. Bijv. Overeenkomst van 29 mei 2000 betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie; Kaderbesluit van 26 juni 2001 inzake het witwassen van geld, de identificatie, opsporing, bevestiging, inbeslagname en confiscatie van hulpmiddelen van opbrengsten van misdrijven, PB 2001, L 182/1; Kaderbesluit van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, PB 2002, L 190/1.

de praktijk worden veel initiatieven genomen door de lidstaat die in dat half jaar het Voorzitterschap van de Raad bekleedt. Enige profileringsdrang bij het aandragen van thema's kan geen van de voorzitters ontzegd worden. Ook is de Commissie in de derde pijler ambitieus en machtsheggerig, maar formeel is haar positie aanzienlijk bescheidener dan in de eerste pijler. Zij kan wel wetgevingsinitiatieven nemen, maar staat buiten spel in de besluitvorming. Zij kan lidstaten niet voor het Hof van Justitie dagen wegens niet-naleving van het unierecht. Enkel de wettigheid van kaderbesluiten en besluiten kan door het Hof worden getoetst (art. 35 lid 6 EU-verdrag).

De EU beschikt in de derde pijler over een ander juridisch instrumentarium dan in de eerste. Allereerst is er het Verdrag betreffende de Europese Unie, voorts zijn er *overeenkomsten, kaderbesluiten, besluiten* en *gemeenschappelijke standpunten*, die op grond van art. 34 EU-verdrag worden vastgesteld. De overeenkomsten zijn verdragen naar internationaal recht. De kaderbesluiten zijn opgesteld voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten. Zij zijn 'verbindend voor de lidstaten ten aanzien van het te bereiken resultaat, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen. Zij hebben geen rechtstreekse werking.' Besluiten gaan, zoals art. 34 lid 2 EU-verdrag het formuleert, over elk ander doel, dat niet met de doelstellingen van de derde pijler verenigbaar is. Ze zijn verbindend en hebben geen rechtstreekse werking. In gemeenschappelijke standpunten wordt de aanpak van de Unie ten aanzien van een bepaalde aangelegenheid omschreven. Uit de tijd van het Verdrag van Maastricht resteren nog enkele *gemeenschappelijke optredens*.³⁵ De betekenis voor het strafrecht van het EU-verdrag zelf, en met name de doelstelling van een 'steeds hechter verbond tussen de volkeren' (preambule)³⁶ en het scheppen van een ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid (art. 29 EU-verdrag), lijkt beperkt tot het aanduiden van een zeer ver gelegen ideaal, alsmede het

35. Zonder compleet te kunnen zijn een drietal: Gemeenschappelijk Optreden van 29 juni 1998 inzake goede praktijken bij wederzijdse rechtshulp in strafzaken, PB 1998, L 191/1; Gemeenschappelijk Optreden van 29 juni 1998 tot oprichting van een Europees Justitieel Network, PB 1998, L 191/4; Gemeenschappelijk Optreden van 21 december 1998 inzake de strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie in de lidstaten van de Europese Unie, PB 1998, L 351/1. Het Verdrag van Maastricht van 1992 kende in art. K.3 EU-verdrag het rechtsinstrument Gemeenschappelijk Optreden dat het overigens niet nader omschreef. Bij het Verdrag van Amsterdam in 1997 werd het EU-verdrag gewijzigd en werd het Gemeenschappelijk Optreden als rechtsinstrument afgeschaft en het Kaderbesluit ingevoerd. Bestaande Gemeenschappelijk Optredens bleven evenwel van kracht.

36. 'Steeds hechter' geeft geen eindtermen aan, de Europese integratie is een never ending story.

geven van een juridische grondslag voor de zojuist genoemde vier rechts-instrumenten.³⁷

Net als in de eerste pijler is aan het Hof van Justitie ook in de derde pijler de bevoegdheid gegeven bij prejudiciële verwijzing te beslissen. Het Hof kan beslissen op de geldigheid en uitlegging van kaderbesluiten en besluiten en over de uitlegging van overeenkomsten (art. 35 lid 1 EU-verdrag). De eerste beslissing in deze soort werd in 2003 genomen.³⁸ Inmiddels zijn er meer gevolgd en zoveel aanhangig, dat mag worden verondersteld dat de betekenis van de rechtspraak van het Hof in het uniStrafrecht even baanbrekend zal zijn als in het gemeenschapsrecht.

Sinds het Verdrag van Maastricht van 1992 aan de EU een wetgevingsbevoegdheid gaf op het terrein van het strafrecht, zijn tal van organisaties in het leven geroepen. Al in 1993 werd besloten tot oprichting van een Europese politiedienst: *Europol*. Deze in Den Haag gevestigde organisatie richt zich op de uitwisseling en analyses van gegevens tussen de verschillende landen van de EU.³⁹ Europol heeft geen operationele bevoegdheden (d.w.z. mag niet zelf opsporen of dwangmiddelen hanteren) en is dus voor het verkrijgen van informatie afhankelijk van de politiediensten van de lidstaten. Enkele jaren geleden werd *Eurojust* opgericht.⁴⁰ Dit is een samenwerkingsverband van officieren van justitie van de lidstaten, die elkaar kunnen bijstaan in het verkrijgen van internationale rechtshulp en gezamenlijk beslissingen kunnen nemen over de meeste gereede plaats van vervolging.⁴¹ Het *Europees justitieel netwerk* probeert de magistratuur steun te bieden bij het verkrijgen van rechtshulp of informatie over buitenlands recht.⁴² Ik meld hier ook nog de mogelijkheid van de oprichting van *Gemeenschappelijke onderzoeksteams*.⁴³ Deze gemengd nationaal samengestelde opsporingsseenheden hebben geen permanente structuur maar kun-

37. Enerzijds valt aan 'ruimte' de notie te ontleen dat het gaat om iets zonder binnengrenzen, anderzijds vormt het begrip ook een kapstok waaraan je alles, als de politieke wil er is, aan kunt ophangen.

38. HvJ 11 februari 2003, Gözütok en Brügge, C-187/01 en 385/01.

39. Overeenkomst van 26 juli 1995 tot oprichting van een Europese Politiedienst, Trb. 1995, 282.

40. Gemeenschappelijk Optreden van 14 oktober 1996 houdende een gemeenschappelijk beleidskader voor de initiatieven van de Lid-Staten betreffende de verbindingsofficieren, PB 1996, L 268/2.

41. Zie voor een beschrijving van Eurojust en het Europees Justitieel Netwerk, M.I. Veldt-Foglia, Eurojust, in: G.J.M. Corstens *et al.*, Europeanisering van het Nederlands Recht, Opstellen aangeboden aan Mr. W.F. Haak, Deventer 2004, p. 369-390.

42. Gemeenschappelijk Optreden van 29 juni 1998 tot oprichting van een Europees Justitieel Netwerk, PB 1998, L 191/4.

43. Kaderbesluit van 13 juni 2002 inzake gemeenschappelijke onderzoeksteams, PB 2002, L 162/1.

nen afhankelijk van de omstandigheden door twee of meer lidstaten voor bepaalde strafbare feiten worden opgericht en mogen grensoverschrijdend werkzaam zijn.

Oorspronkelijk was de focus van de Europese Unie beperkt tot het terrein van de strafrechtelijke samenwerking. Die beperking heeft zij al geruime tijd laten varen. Ook op materieel strafrecht en op strafprocesrecht worden initiatieven ontwikkeld. Daarnaast is er een belangrijke andere ontwikkeling te constateren. Waar in de jaren negentig de nadruk lag op instrumenten die harmonisatie van strafwetgeving beoogden,⁴⁴ alsmede samenwerkingsinstrumenten,⁴⁵ wordt sinds de eeuwwisseling vooral gewerkt aan wederzijdse erkenning van elkaars beslissingen en van onderzoekshandelingen.⁴⁶

Naar elkaar toegroeien van de eerste en de derde pijler

Het gegeven dat het gemeenschapsrecht wel een plicht tot handhaving maar geen verplichting tot het inzetten van het strafrecht als instrument kent, en het uniestrafrecht wel verplicht tot inzetten van het strafrecht maar niet tot handhaving, heeft tot de combinatie van beide verplichtingen geleid. Er zijn uit de afgelopen tien jaar diverse voorbeelden bekend, waarin de Raad en de Commissie gezamenlijk optrokken om het strafrecht te kunnen inzetten als handhavingsmechanisme. Dat gebeurde door identieke verplichtingen neer te leggen in een verordening en een verdrag,⁴⁷ of in een richtlijn en een kaderbesluit.⁴⁸

44. Een voorbeeld: de Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, Trb. 1995, 289.

45. Twee voorbeelden: Overeenkomst van 26 juli 1995 tot oprichting van een Europese Politiedienst, Trb. 1995, 282; Overeenkomst van 26 juli 1995 inzake het gebruik van informatica op douanegebied, Trb. 1995, 287.

46. Twee voorbeelden: Kaderbesluit van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, PB 2002, L 190/1; Kaderbesluit van 26 juni 2001 inzake het witwassen van geld, de identificatie, opsporing, bevrozing, inbeslagneming en confiscatie van hulpmiddelen van opbrengsten van misdrijven, PB 2001, L 182/1.

47. Zie de Verordening van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, PB 1995, L 312/1 en de Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, Trb. 1995, 289.

48. Zie de Richtlijn 90/2002 van 28 november 2002 tot omschrijving van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, PB 2002, L 328/7 en het Kaderbesluit van 28 november 2002 tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, PB 2002, L 328/1.

In de Grondwet voor Europa was voorzien in het laten samenvallen van de eerste en derde pijler. Dit verdrag is echter niet in werking getreden.⁴⁹ Als het gaat om een verdere integratie van de eerste en de derde pijler met betrekking tot het strafrecht is een dergelijke verdragswijziging naar mijn mening ook niet meer noodzakelijk. Op 13 september 2005 besliste het Hof van Justitie dat de gemeenschap op grond van het EG-verdrag de bevoegdheid heeft strafsancities vast te stellen op de terreinen die aan haar zijn toegewezen.⁵⁰ Deze beslissing werd weliswaar genomen ten aanzien van een competentiestrijd tussen de Commissie en de Raad over de bevoegdheid strafrechtelijke sancities terzake van het milieurecht vast te stellen, maar zal ook buiten dat terrein gevolgen hebben. Het gaat hier om een principiële beslissing van het Hof van Justitie. Zij zal gevolgen hebben op alle beleidsterreinen die aan de Commissie op grond van het EG-verdrag zijn toegewezen.⁵¹ Ook in het gemeenschapsrecht zal het strafrecht aan de lidstaten als handhavinginstrument kunnen worden voorgeschreven.⁵²

Vanuit het gemeenschapsrecht is de vraag gerezen in hoeverre de verschillende begrippen (harmonisatie/coördinatie/nader tot elkaar brengen) die worden gehanteerd als uitwisselbaar moeten worden gehanteerd of dat het gaat om begrippen met een fundamenteel andere inhoud.⁵³ Daarnaast rijst de vraag of de begrippen uit het gemeenschapsrecht op dezelfde wijze geïnterpreteerd dienen te worden in het unierecht (onderlinge aanpassing/harmonisatie). En voorts dient zich de vraag aan of zulks niet afhankelijk is van de wijze van doorwerking van het recht. In andere woorden: kan harmonisatie in de eerste pijler wel hetzelfde zijn als in de derde pijler wanneer de doorwerking verschillend is?⁵⁴ Opvallend is dat de in het EG-

49. Overigens ga ik er vanuit dat het huidige EU-recht nog wat langer zal voortleven. Na de afwijzing van de Grondwet voor Europa door Frankrijk en Nederland in 2005 acht ik het uitgesloten dat dit verdrag ooit nog ongewijzigd in werking zal treden.

50. HvJ 13 september 2005, Commissie tegen de Raad, C-176/03. Hiermee werd met oudere rechtspraak, waarin heel holder werd gesteld dat het strafrecht aan de lidstaten toebehoort, gebroken. Zie HvJ 11 november 1981, Casati C-203/80, Jur. 2595 en HvJ 25 februari 1988, strafzaak tegen Drexler, C-299/86, Jur. 1228.

51. De Commissie heeft een lijst opgesteld van instrumenten die naar haar oordeel eveneens vernietigd zouden moeten worden. Zie Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Court's judgment of 13 September 2005 (Case C-176/03 Commission v. Council) COM (2005) 583 final, Brussels, 23.11.2005.

52. De Nederlandse regering gaat daar desondanks niet vanuit. Zie de beantwoording door de Minister van Justitie van vragen van het lid van Bommel over strafrechtelijke sancities in richtlijnen, 11 januari 2006.

53. Uit Lauwaars/Maarleveld, *supra* noot 6, p. 45-51 blijkt dat de begrippen als synoniemen worden beschouwd.

54. De eerste zaken van het Hof van Justitie tonen dat het Hof de begrippen identiek interpreteert. HvJ 11 februari 2003, Gözlütok en Brügge, C-187/01 en 385/01; HvJ 16 juni 2005, strafzaak tegen Pupino, C-105/03; HvJ 13 september 2005, Commissie tegen de Raad, C-176/03.

verdrag en EU-verdrag gehanteerde kernbegrippen, zoals harmonisatie en onderlinge aanpassing niet zijn gedefinieerd.⁵⁵ Het ontbreken van die definities moet gegeven de politieke verhoudingen, als beoogd worden beschouwd. Elke staat kan een en ander zo uitleggen als hij wil, het beperkt niet en biedt grote ruimte voor nieuwe ontwikkelingen.

2.4 Nationaal strafrecht

Het nationale strafrecht van alle lidstaten is ontwikkeld in een proces van eeuwen, het symboliseert een nationale identiteit en cultuur. Het is totstandgekomen in een tijd dat zuiver nationaal werd gedacht en houdt in zijn opbouw geen rekening met (invloed van) recht van bovenationale oorsprong. Het fundamenteel andere karakter van het Europese recht en het nationale strafrecht vergen een korte beschouwing over de eigenaardigheden van het strafrecht vanuit Europees perspectief. Het bewustzijn van deze eigenaardigheden kan bijdragen tot het begrip van de nog te constateren problemen tussen Europese rechtsbeginselen en die van nationaal strafrecht.⁵⁶

Straffen als zodanig, maar ook al het voeren van een strafproces zetten van nature een meningsverschil op scherp. Anders dan wellicht in andere rechtsgebieden kunnen rechtssubjecten zich niet aan het strafrecht onttrekken. Strafrecht is per definitie dwingend recht. Het beperkt vrijheden van burgers en marktdeelnemers. De interne markt daarentegen schept vrijheid. Plegers van strafbare feiten kunnen zich natuurlijk wel feitelijk aan de handhaving onttrekken, maar dat belet niet dat het strafrecht gewoon op hen van toepassing is. Slechts door keuzes te maken voor de plaats van het strafbaar feit kan een verdachte de toepasselijkheid van het recht beïnvloeden. Bijvoorbeeld door als arts euthanasie te plegen volgens de wettelijke regeling in Nederland en niet in Ierland. Als aan die strafbare gedraging een Europese regeling ten grondslag ligt zijn de gevolgen van locus-delicti-keuzes geringer. Dat wil zeggen, dat naar mate het harmoniserende effect van een regeling groter is, de mogelijkheid van ontsnapping aan dat geharmoniseerde recht geringer wordt. Voor wat betreft de norm, maakt het voor een overtreding van de wetgeving omtrent ongebruikelijke transacties, die is verboden op grond van een Europese richtlijn, weinig uit of deze in Nederland of Ierland plaatsvindt. Handhavingsaspecten kunnen echter

55. Daarnaast komen er nog andere termen voor met een verwante betekenis: onderlinge aanpassing/gelijkschakeling/uniformering/eenmaking/naar elkaar toegroeien/convergence.

56. Vlak voor afsluiting van het manuscript (maar te kort om het te verwerken) ontving ik het proefschrift van E.A.M. Verheijen, Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie, waarop zij op 17 februari 2006 aan de Universiteit van Tilburg promoveerde.

wel degelijk verschillen, maar dat is dan het gevolg van het feit dat de harmonisatie zich op wetgeving en niet op handhaving richt.

Alleen het strafrecht kan mensen vanwege verwijtbaar gedrag langdurig opsluiten. Het strafrecht beschikt over een grote morele lading. Door de toepassing ervan drukt de samenleving uit dat het gedrag uiterst verwerpelijk is. Het strafrecht, althans in alle nationale strafstelsels, heeft zich ontwikkeld in een strijd tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming en daarin een evenwicht gevonden. Rechtshandhaving en rechtswaarborgen zijn de twee pijlers van elk strafstelsel. Kenmerk van de Europese Unie is dat zij wel die instrumentaliteit steunt, maar niet of nauwelijks oog heeft voor de rechtsbescherming.⁵⁷ De Commissie, het Europees Parlement en de Raad lijken niet zozeer geïnteresseerd in het strafrecht, maar in straffen. Gedacht vanuit een vrije markt met even sterke marktdeelnemers die zelf aan de totstandkoming van het recht kunnen bijdragen zijn rechtswaarborgen wellicht ook niet zo noodzakelijk. De verhouding tussen de partijen in het strafproces is echter ongelijkwaardig. De staat bepaalt de loop der dingen. De verdachte is voorwerp van onderzoek. Waar in het gemeenschapsrecht de gedragsbeïnvloeding gericht is op een traceerbare lidstaat, is dat bij strafbare feiten een anonieme burger, die zich in de regel niet vrijwillig meldt. Dat laatste aspect maakt ook de link van het strafrecht met de handhaving sterker in de zin dat strafrecht handhaving verlangt om normen te bevestigen. Van een wettelijke strafbedreiging waarop geen opsporing en vervolging plaatsvindt, gaat weinig gedragsbeïnvloeding uit. Voor het strafrecht maakt de spanning tussen overheidsoptreden en rechtsbescherming het rechtskarakter uit.

In het strafrecht bestaat van nature de neiging het vizier te beperken tot wetgeving in formele zin (*hard law*). Dit kan eenvoudigweg worden verklaard uit het tweeledig werkende legaliteitsbeginsel. Ten eerste gaat het daarbij om de norm dat een feit slechts strafbaar is uit een voorafgaande strafbepaling. Deze norm is niet alleen in het Wetboek van Strafrecht (art. 1) maar ook in de Grondwet (art. 16) en in mensenrechtenverdragen (bijv. art. 7 EVRM) erkend. Ten tweede kan de overheid haar optreden tegen overtreders van dergelijke normen slechts baseren op wettelijk toegelaten opsporings- en berechtingsmethoden. Ook dit strafvorderlijk legaliteitsbeginsel heeft een stevige grondslag.⁵⁸ Dat verklaart mogelijk dat de EG/EU

57. Ik heb slechts drie instrumenten van niet-repressieve aard gevonden: Kaderbesluit van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, PB 2001, L82/1 en de bij de afsluiting van dit manuscript nog in langdurige onderhandeling verkerende Kaderbesluit over bepaalde procedurele rechten in strafprocedure in de gehele Europese Unie, alsmede het Groenboek over jurisdictieconflicten en het ne bis in idem beginsel in strafzaken van 23 december 2005 COM (2005) 696 final.

58. Art. 1 Sv. Voorts de codificatieplicht van art. 107 Gw. Mensenrechtenverdragen verlangen steeds een wettelijke grondslag voor inbreuken, zie bijv. art. 5 EVRM.

als stakeholder en beïnvloeder door de strafrechtelijke wereld (al dan niet tegen beter weten in) lang is genegeerd of als ongewenste indringer is beschouwd.

Waar het Nederlandse strafrecht bij invoering van het Wetboek van Strafrecht gold als *ultimum remedium* is het inmiddels geworden tot eerste middel waarnaar men dikwijls grijpt: *primum remedium* dus. Het zou een apart onderzoek vergen om vast te stellen wat de oorzaken zijn van de fundamentele verandering in Nederland ten aanzien van het strafrecht. Sinds 1990 is het veranderd van een land dat erg terughoudend met strafrecht was en dat weinig positieve effecten van het strafrecht als handhavingsinstrument verwachtte, naar een land dat zich koestert in de veronderstelde kracht van het strafrecht in de bestrijding van alle kwaad, zoals het dragen van burka's, haatzaaien, wildplassen en het likken van tenen in openbare parken. De politieke verwachtingen van het strafrecht staan zo ver af van de werkelijkheid dat het lachwekkend zou zijn, ware het niet, dat het om zo serieuze zaken gaat. Waar het me hier echter om gaat, is dat Nederland strafrechtelijk gezien een 'gewoon' Europees land is geworden, dat in hoge verwachtingen van de symboliek van het strafrecht niet meer onder doet voor andere landen. Op Nederland past niet meer de kwalificatie dat het een mild strafklimaat kent, maar dat het beschikt over een behoorlijk repressief strafklimaat.⁵⁹

2.5 Karakterisering en waardering van het *acquis*: fragmentarisch en weinig doeltreffend

In de paragrafen 2.1-2.3 heb ik de hoofdlijnen beschreven van de invloed van Europa op het strafrecht. Het accent lag daarbij op het Europese perspectief. In deze paragraaf maak ik een analyse van wat er nu werkelijk met het strafrecht gebeurt onder de noemer Europese integratie en harmonisatie. Allereerst onderzoek ik in welke vorm en met behulp van welke middelen deze doelen worden nagestreefd (par. 2.5.1). In paragraaf 2.5.2 wordt naar de resultaten van inspanningen voor integratie en harmonisatie gekeken. In paragraaf 2.6 probeer ik de constatering te verklaren.

2.5.1 Methoden van integratie en harmonisatie: vorm en middelen

In wezen hanteert de Europese Unie slechts twee vormen die met hard law en soft law kunnen worden aangeduid. Hard law is wetgeving en vormt de ruggegraat van de integratie en harmonisatie. Onder soft law versta ik die

59. Ik noem hier slechts de detentieratio. Van 49 gedetineerden per 100.000 inwoners in 1992 steeg het aantal naar 127 in 2005 (bron: www.prisonstudies.org). Geen enkele andere lidstaat maakte zo'n exponentiële groei door.

sturingsinstrumenten die geen wetgeving zijn. Zij kunnen echter wel gebaseerd zijn op wetgeving. Deze begrippen vallen grotendeels, maar niet volledig, samen met harmonisatie en integratie. Bij alle harmonisatie- en integratievormen is sprake van verschillende begeleidende verschijnselen. Allereerst worden harmonisatie en integratie ook wel geplaatst in het perspectief van een proces met verschillende snelheden (integratie à la carte).⁶⁰ In de context van Schengen is en wordt dat begrip wel gehanteerd en ook in de Grondwet voor Europa is zo iets voorzien. De Schengenstaten harmoniseren dan wel sneller dan de andere lidstaten van de Europese Unie. Voorts is interessant dat integratie en harmonisatie wordt verstaan als een lineair, dat wil zeggen: onomkeerbaar proces.⁶¹

Hard law: vorm en middelen

De Europese wetgeving dient op strafrechtelijk terrein door middel van omzetting in de nationale rechtsorde te worden geëffectueerd. In de eerdere paragrafen is dit voldoende aan de orde geweest. Een begeleidende factor bij de wetgeving is de tijd. Alle rechtsinstrumenten die hun invloed op het strafrecht uitoefenen bevatten termijnen waarbinnen de lidstaten aan de omzettingsverplichtingen dienen te voldoen. Bij richtlijnen en kaderbesluiten is een dergelijke verplichting weer te vinden in een van de slotartikelen van het instrument.⁶² Zij bedraagt in de regel twee jaar. Deze zogenaamde implementatietermijn dient ertoe om staten een redelijke termijn te geven om aan hun verplichtingen te voldoen. Veelal zal omzettingswetgeving noodzakelijk zijn. Deze kan binnen die periode voor advies aan de Commissie worden voorgelegd.

Eveneens specifiek voor de wetgeving is de vraag wat voorwerp van harmonisatie is of zou kunnen zijn.⁶³ Er zijn auteurs die er sterk voor pleiten dat uitsluitend het materiële strafrecht geharmoniseerd zou kunnen worden.⁶⁴

60. Een typering die afkomstig is van Donner, *supra* noot 1, p. 75.

61. Donner, *supra* noot 1, p. 24. Ook Schengen is daar een voorbeeld van en wordt beschouwd als voorloper voor de EU, waarbij andere staten zich later kunnen aansluiten.

62. Bijv. het Kaderbesluit van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel, PB 2004, L 335/8 kent een termijn van anderhalf jaar. De meeste kaderbesluiten kennen echter een termijn van twee jaar, zie bijv. Kaderbesluit van 24 februari 2005 over aanvallen op informatiesystemen, PB 2005, L 69/67. Richtlijnen kennen in de regel ook een omzettingstermijn van twee jaar, soms wordt daar van afgeweken. Verordeningen treden enkele dagen na publikatie in werking.

63. Ik laat de vraag wat tot het strafrecht behoort even rusten, maar ook daarover zijn de verschillende staten niet dezelfde mening toegedaan. Heikele thema's zijn hier de administratieve overtredingen en het mededingingsrecht.

64. Bijv. U. Sieber, Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, Juristenzeitung 1997, p. 369-381; J.J.E. Schutte, Unification and Harmonisation of Criminal Procedures in the European Union, in: J.F. Nijboer and W.J.J.M. Sprangers, Harmonisation in Forensic Expertise, Amsterdam 2000, p. 43-54.

Anderen stellen dat het bij harmonisatie juist gaat om processuele regels. Ik ben niet zo overtuigd geraakt van de argumenten van het in- en uitsluiten van doelgebieden van het straf(proces)recht van harmonisatie.⁶⁵ De scheiding tussen formeel en materieel strafrecht is niet zo strikt dat zij niets met elkaar te maken hebben. Als bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van rechtspersonen wordt gedefinieerd, dan heeft dit onmiskenbaar gevolgen voor de toerekening van handelen aan de rechtspersoon en de wijze waarop dat kan worden bewezen. Veel materiële rechtsvragen zijn verweven met formele en omgekeerd. Naar mijn mening kan het gehele straf(proces)recht, inclusief de handhaving en aan welke organen dat is toebedeeld voorwerp van harmonisatie zijn.

Er is slechts één thema uitgesloten is van integratie en harmonisatie: de rechtstaal. Dit vormt het enige echte Europese taboe. Omdat taal tevens rechtstaal is, leidt het gebruik van verschillende rechtstal tot verschillende interpretaties. Door het gebruik van begrippen in het Nederlands heeft dit automatisch een Nederlandsrechtelijke, zo u wilt een Belgischrechtelijke, uitleg tot gevolg. Een ieder die aan rechtsvergelijking heeft gedaan weet dan dat met andere taalversies mogelijk volslagen andere concepten worden binnengehaald, passend in een geheel eigen context. Waar het richtsnoer voor de bepaling van verplichtingen voor staten en burgers een gemeenschappelijke Europese norm is, kan voor de verschillen die uit een verschillend gebruik van talen voortvloeien naar mijn mening geen plaats meer zijn. In haar streven naar integratie en harmonisatie werpt de Unie hier zelf een grote belemmering op door eraan vast te houden dat alle 21 Europese talen als authentieke taal gelden.⁶⁶ Als er een middel is om mensen dichter bij elkaar te brengen dan is het dat zij de beschikking hebben over een gemeenschappelijke taal. In elk geval lijkt wel helder dat harmonisatie door een gemeenschappelijke rechtstaal zou worden bevorderd.⁶⁷

65. Zo schijnt bij diverse regeringen van lidstaten na de uitspraak van het Hof van Justitie van 13 september 2005 de opvatting te leven dat er voor harmonisatie van strafprocesrecht geen grondslag aanwezig is.

66. Zie F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht*, Dissertatie Universiteit van Tilburg 2005 (cum laude), p. 10-23; W.C. van Binsbergen, *Integratie, Een revolutie? Inaugurale rede Utrecht 1963*, p. 12; A.W.H. Meij, *Toekomstperspectieven van het Hof van Justitie van de EG*, in: G.J.M. Corstens et al., *supra* noot 41, p. 62.

67. De Raad van Europa hanteert maar twee taalversies die al tot meer dan voldoende problemen aanleiding geven. De Verenigde Naties doen het met zes. Het Hof van Justitie moet zich steeds vaker bezighouden met verschillende taalversies. Dit bevordert de rechtsseenheid niet. In HvJ 11 februari 2003, Gözütok en Brügge, C-187/01 en 385/01, putte het Hof uit alle beschikbare taalversies van het Schengenverdrag.

Strafrechtelijke samenwerking

Op het terrein van de samenwerking zijn nieuwe samenwerkingsvormen ontstaan. De volgende ontwikkelingen vallen te constateren. De eerste is die van het vereenvoudigen van de samenwerking of het verruimen van de mogelijkheden ervan. Te denken valt hierbij aan de EU-rechtshulpovereenkomst 2000. De tweede betreft de oprichting van nieuwe organen, zoals Europol, Eurojust en het Europees Justitieel Netwerk, die ook voor de nationale politie en justitie de samenwerkingsmogelijkheden vergroten. De derde ontwikkeling is die van de formele harmonisatie als facilitering van de samenwerking.⁶⁸ Hier leunt de samenwerking sterk op het concept wederzijdse erkenning. Lidstaten worden het erover eens dat zij bepaalde rechtsfiguren als equivalent beschouwen om aldus geen belemmeringen op te werpen in de samenwerking. Die rechtsfiguren zijn helemaal niet hetzelfde, maar dat verschil doet er even niet voor de samenwerking. Ik denk hierbij aan de lijsten à la art. 2 Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel,⁶⁹ waarmee men abstraheert van de tussen lidstaten bestaande verschillen. Waar voorheen steeds de dubbele strafbaarheid moest worden beoordeeld aan de hand van het gehele feitencomplex, bepaalt thans de verzoekende staat door het aanvinken van één van de delicten uit de lijst, dat het gaat om een delict waarvoor rechtshulp dient te worden gegeven. Hieraan ligt weliswaar de veronderstelling ten grondslag dat dubbele strafbaarheid bij die lijstfeiten gegeven is, maar dat hoeft niet steeds zo te zijn. Het gaat immers enkel om de naam van het delict: dezelfde vlag hoeft niet dezelfde lading te dekken. Bovendien kunnen staten hun wetgeving wijzigen. Belangrijker vind ik de constatering dat een dergelijk stelsel het materiële strafrecht van de lidstaten niet wijzigt, doch enkel de samenwerking tussen de lidstaten regelt (of zelfs uniformeert).⁷⁰

68. Delmas-Marty constateert dat 'while states have the political tendency to prefer cooperation to integration, it is also possible to observe the opposite tendency in legal reality through integration disguised as cooperation.' M. Delmas-Marty, *Comparative Law and the Internationalisation of Law in Europe*, in: Mark Van Hoecke (ed.) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishers 2004, p. 253.

69. Opmerkelijk is dat de EU hierbij kennelijk de ontwikkeling van enkele eeuwen uitleveringsrecht heeft genegeerd. Ook daar bestond in het verleden slechts een verplichting tot uitleveren voor die delicten die voorkwamen op een bij het verdrag gevoegde lijst. Die lijst ging op den duur zo knellen dat men 50 jaar geleden besloot deze af te schaffen.

70. Dat is niet systematisch gedaan. Een voorbeeld: Doordat bij de overlevering de garantie van terugkeer om de straf in eigen land uit te zitten wordt gesteld, moet worden gekeken of voldaan is aan de voorwaarden van overdracht strafexecutie. Een van de belangrijkste daarvan is de dubbele strafbaarheid. Overigens is de dubbele strafbaarheid op deze wijze niet opgeheven. Wat de lijst doet is dat het van een aantal delicten bij voorbaat vaststelt dat aan deze voorwaarde is voldaan.

Wederzijdse erkenning

Wederzijdse erkenning kan worden gekenschetst als een soort horizontale exclusief bilaterale samenwerkingsvorm die in strafprocedures is te verzilveren.⁷¹ Wederzijdse erkenning erkent of veronderstelt verschillen, laat ze voortbestaan, maar schrijft deze verschillen als belemmering voor de samenwerking weg. Dit gaat uit van een eenzijdige normering door de staat die als eerste een verzoek doet. Bij een verzoek tot overlevering zal de ontvangende staat erover heen moeten stappen dat hij een andere definitie van het delict of een ander verdenkingscriterium hanteert. Wederzijdse erkenning dwingt aldus niet tot wijziging van het eigen recht. Toch kan wederzijdse erkenning naar mijn mening dwingen tot incorporatie van vreemde normen. Dat zit in het element dat wederzijdse erkenning een buitenlands onderdeel uit een groter geheel doet erkennen. Dat kan betekenen dat rechtswaARBorgen voor verdachten geen toepassing meer vinden.

Opmerkelijk is dat wederzijdse erkenning niet is gedefinieerd, terwijl het concept sinds de Top van Tampere in 1999, wordt beschouwd als een van de hoekstenen van de Europese ruimte. De consequenties van wederzijdse erkenning zijn hier nog niet goed doordacht. Ik kom daar later op terug. Het is natuurlijk wel mogelijk om een bewijsmiddel over te brengen van Nederland naar België, maar zijn existentiële status ontleent het aan het Nederlandse recht. Van de Belgen vergen dat ze dat bewijsmiddel blindelings accepteren zou een harmoniserend effect kunnen hebben als de Belgen alleen met Nederland rekening hoefden te houden. Dan valt daar op in te spelen door eventueel ontbrekende waarborgen te compenseren. Maar dat is niet het geval, naast Nederland zijn er nog 23 andere lidstaten met weer geheel andere voorschriften. Wederzijdse erkenning kan zo niet bijdragen tot harmonisatie maar eerder een tegensteld effect oproepen: anarchie of wild west, alles mag en alles kan, zolang het maar uit het buitenland komt.

Oprichting van nieuwe organen

Met het oprichten van nieuwe organen, zoals Europol en Eurojust wordt iets nieuws, iets gemeenschappelijk Europees opgericht. Aldus heeft deze institutionele integratie een ander effect dan de normatieve harmonisatie of integratie door veelvuldiger samenwerking. Waar de normatieve harmonisatie leidt tot veranderingen in het nationale recht van de lidstaten (waar voorts verschillen blijven bestaan), schept een institutionele integratie een Europees orgaan dat voor iedereen hetzelfde is. Hierbij kan een harmoniserend effect ontstaan. Van het gemeenschappelijk orgaan mag natuurlijk enige harmoniserende werking worden verondersteld. Daarnaast is er ook

71. Het integratieve element is zwak ontwikkeld omdat de erkenning afhankelijk is van de criminele politiek van 27 verschillende entiteiten.

een tegengesteld effect, blijven alle bestaande nationale structuren in stand, de nationale politiediensten zijn immers niet opgeheven en hebben zij hun bevoegdheden niet verloren.⁷² Vóór de oprichting van Europol ging alle informatieuitwisseling tussen de gelijkwaardige nationale politiediensten, waarbij steeds sprake was van bilaterale contacten. Nu Europol operationeel is worden de horizontale-bilaterale contacten aangevuld met een verticale lijn met Europol. Op deze plaats is het van belang te onderkennen dat het bij het opzetten van nieuwe organen gaat om fundamenteel andere consequenties. Het zijn stappen die uiteindelijk kunnen leiden tot een Europees strafstelsel.⁷³ Dat is niet het geval bij de instrumenten die de wetgeving van de lidstaten trachten te harmoniseren. Deze instrumenten laten de nationale systemen als eigen systeem onaangestast.

Soft law: vorm en middelen

De invloed van Europa reikt inmiddels verder en strekt zich tevens uit over meer beleidsmatige aspecten (*soft law*) en in mindere mate over handhaving. In haar wetgevingsinitiatieven maakt de EU keuzes in wat het wel en niet strafwaardig acht,⁷⁴ en in prioriteiten in de opsporing.⁷⁵ Het gaat hier om criminele politiek en vervolgingsbeleid. Het onophoudbaar blijven hameren door de Commissie en het Europees Parlement dat EG-fraude het grootste kwaad van de mensheid is,⁷⁶ zal toch niettegenstaande ontevredenheid bij de Commissie wat betreft het resultaat, wel enig effect geresorteerd hebben. Terzake van de delicten die in een bepaalde periode van belang worden geacht ziet men dat zulks leidt tot initiatieven op wetgevend vlak, handhaving en inzet van personen en middelen. De EU bepaalt dan niet precies welke regels moeten worden geformuleerd, maar wel dat er op een bepaald thema iets moet gebeuren. Naarmate de politieke prioriteit hoger is, is het voor een lidstaat moeilijker zich aan het gemeenschappelijk beleid te onttrekken en eigen wegen te bewandelen omdat de rechtsinstrumenten stelliger zijn opgesteld en er meer politieke druk is. Lidstaten wijken nauwelijks af van de algemene lijn met betrekking tot terrorismebe-

72. Mijn inschatting is dat dit effect vanuit de Unie niet of nauwelijks wordt onderkend.

73. Een initiatief in die richting is het voorstel van de Commissie voor een Besluit betreffende de verbetering van de politicsamenwerking tussen de lidstaten van de Europese Unie, in het bijzonder aan de binnengrenzen en tot wijziging van de Overeenkomst ter uitvoering van het Schengenakkoord, 11407/05, Brussel, 20 juli 2005.

74. Zo heeft Nederland het decennia lang niet nodig gevonden virtuele kinderporno strafbaar te stellen. Evenmin koos Nederland voor rechtsmacht op grond van het domiciliebeginsel. Thans staat ook dat dankzij Europese besluitvorming in het wetboek.

75. Dat zwenkt weliswaar van periode tot periode. Als voorbeeld van de jaren 70, 80 en begin jaren 90 geldt de EG-fraude. In de tweede helft van de jaren 90 kwamen drugs, handel in nucleair materiaal, vrouwenhandel en kinderporno als prioriteit op. Sinds 2001 allemaal voorbijgestreefd door het terrorisme.

76. Dit alles overigens zonder ook maar iets te doen aan de nogal criminogene factoren van het EG-beleid.

strijding, maar ten aanzien van de drugsbestrijding veroorloven ze zich wel wat verschillen.

Beleidsdoelen

Het beleidsmatige aspect wordt bijzonder goed vorm gegeven in de conclusies van het voorzitterschap,⁷⁷ en allerlei actie-plannen.⁷⁸ Deze laatste harmoniseren niet direct het recht, maar dwingen af dat terzake van een bepaalde thematiek nadere wetgeving of handhaving plaatsvindt. Andere voorbeelden zijn: *centralised databases*, hierin worden gemeenschappelijke databases opgezet die door alle lidstaten kunnen worden geraadpleegd.⁷⁹ Voorts is er het fenomeen van de *best practices*,⁸⁰ en die van het scoreboard,⁸¹ waarin in schema staat aangegeven wat op welke afspraak door wie aan reactie is gevolgd.

Handhaving

Ten slotte valt, weliswaar wat zwakker ontwikkeld, nog een handhavings-aspect in de wetgeving te ontdekken. Conform de traditie in het gemeenschapsrecht leggen veel rechtsinstrumenten rapportageverplichtingen op aan de lidstaten. Veelal zijn deze nog op het niveau van wetgeving ingevuld,⁸² maar soms verschijnen ook meer materieel ingevulde rapportageverplichtingen. Gevaar bij deze methode bestaat in het bevestigen van een formele harmonisatie. Als de rapportagevraag cruijt bestaat dat een lidstaat moet rapporteren op welke wijze hij aan de verplichtingen van het instrument heeft voldaan, is de kans groot dat de ingediende rapportage conclu-

77. Zie Document 15914/05 van 17 december 2005, Europese Raad van Brussel 15/16 december 2005.

78. Enkele willekeurige voorbeelden, Actieplan van 3 december 1998 over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd; Actieplan terrorismebestrijding van juni 2004; Ontwerp-actieplan inzake mensenhandel, 12402/3/05, Brussel, 18 november 2005.

79. Het Schengen Informatiesysteem, het Douane-informatiesysteem, het Visa Informatiesysteem, de Europol-systemen.

80. Bijv. Gemeenschappelijk Optreden van 29 juni 1998 inzake goede praktijken bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken, PB 1998, L 191/1; EU-plan inzake de beste praktijken, normen en procedure bij de voorkoming en bestrijding van mensenhandel, PB 2005, C 311/1.

81. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, bi-annual update of the scoreboard to review progress on the creation of an area of 'freedom security and justice' in the European Union (first half of 2002), Brussels, 30.5.2002, COM(2002) 261 final.

82. Zie bijv. art. 9 lid 2 Kaderbesluit van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugs-handel, PB 2004, L 335/8: 'Uiterlijk op de in lid 1 bedoelde datum delen de lidstaten het secretariaat-generaal van de Raad en de Commissie de tekst mee van de voorschriften waarmee zij hun verplichtingen uit hoofde van dit kaderbesluit in hun interne recht omzetten.'

deert dat zulks is geschied (vijfjarenplanneneffect of wenselijk antwoord).⁸³ Dit zelfbevestigend effect zal sterker zijn als de evaluatie wordt verricht door (de ambtenaar van) de instantie die verantwoordelijk was voor de uitvoeringswetgeving. Dergelijke constructies van controle stimuleren voorspelbare antwoorden op nalevingsvragen.

De laatste ontwikkeling die de EU heeft ingezet betreft een bescheiden integratie van de handhaving. Verschillende tendensen gaan in de richting van een gemeenschappelijke handhaving. Op het terrein van de opsporing en analyse van strafbare feiten speelt Europol hier een belangrijke rol. Specifiek met betrekking tot EG-fraude is OLAF van belang. Met de oprichting van Eurojust en Gemeenschappelijke onderzoeksteams is de weg ingeslagen waarin handelingen van eenheden die niet zuiver nationaal zijn georganiseerd gevolgen hebben voor de strafrechtshandhaving. Waar alle andere tot dusver besproken ontwikkelingen leiden tot harmonisatie van wetgeving, zijn beslissingen van Eurojust juist van belang in individuele strafzaken. De gevolgen ervan zijn echter verderstrekkend: zij kunnen de criminele politiek (d.w.z. het strafrechtelijk beleid) medebepalen. Aan de bestrijding van welke strafbare feiten dient voorrang te worden gegeven? Welke middelen dienen daartoe worden ingezet?

2.5.2 Resultaten van integratie en harmonisatie

Fragmenten van een Europees strafstelsel

De resultaten van het gezamenlijke werk van de EG, de EU en de lidstaten is dat er onsamenvattende fragmenten zijn ontstaan van wat, als de Europese integratie doorzet, zich tot een Europees strafstelsel zou kunnen ontwikkelen. Zo is er nu al tien jaar een Europese politiedienst en wordt er ook op het niveau van het Openbaar Ministerie steeds intensiever samengewerkt. Eurojust en OLAF zijn hiervan voorbeelden. Uit de afgewezen Grondwet voor Europa bleek dat de regeringen van de lidstaten zich de oprichting van een Europees OM konden voorstellen (Art. III-274). Natuurlijk ontbreekt een Europese strafrechter en is er geen Europees Wetboek van strafrecht en van strafvordering in zicht. Wat er wel is, is een behoorlijk ontwikkelde rechtspraak met algemene rechtsbeginselen van het gemeenschapsrecht en veel, heel veel strafwetgeving. In al die instrumen-

83. De Commissie heeft hier een taak gekregen. Het in de vorige noot genoemde artikel vervolgt: 'De Commissie legt uiterlijk op 12 mei 2009 aan het Europees Parlement en de Raad een verslag voor over de werking van de uitvoering van dit kaderbesluit, met inbegrip van de gevolgen voor de justitiële samenwerking inzake drugshandel.' En ook de Raad houdt op informele wijze evaluaties. Zie bijvoorbeeld Derde ronde van wederzijdse evaluaties met betrekking tot 'de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen Europol en de lidstaten en tussen de lidstaten onderling, 7917/2/05 REV 2, Brussel 21 juni 2005.

ten zitten, weliswaar op weinig samenhangende wijze, stukjes van een Algemeen Deel van het Europese strafrecht verborgen. Eveneens bouwt dit acquis een catalogus op van gedrag dat naar Europese maatstaven als strafwaardig wordt beschouwd. Zo krijgt een Bijzonder Deel langzaam gestalte. De snippers van strafvorderlijke aard zijn nog zo klein dat dit verwaarloosbaar is.

Veel papier en weinig zicht op de werkelijkheid van harmonisatie en strafrechtshandhaving

Dit waardeoordeel hangt natuurlijk samen met mijn definitie van harmonisatie, die zich niet beperkt tot de Europese wetgeving en haar nationale omzetting, maar tevens kijkt naar de feitelijke rechtspraktijk in de nationale rechtsordes. Het onderscheid dat ik hier wil aanbrengen, is dat tussen een meer formele invulling van harmonisatie en een materieel ingevulde harmonisatie. Bij formele harmonisatie kan van harmonisatie worden gesproken als er een gemeenschappelijke regeling is die nationaal is geïmplementeerd.⁸⁴ Daartegenover staat een materieel ingevulde harmonisatie die de rechtshandaving in de lidstaten dichterbij brengt.

De inspanningen van de Unie zijn vooral gericht op papier: op wetgeving, op rapportages en op evaluatie. Wat merkwaardig doet mij het verschijnsel aan om verdragen te sluiten terzake van thema's die al (dikwijls op identieke wijze) zijn geregeld in verdragen van de Raad van Europa.⁸⁵ Hier lijkt het vooral belangrijk te laten zien dat de EU er is en dat de Raad van Europa letterlijk naar de achtergrond wordt gedrukt. Dat is inmiddels ook wel gelukt met de EU-rechtsinstrumenten die meer dan samenwerking alleen beogen. Hierbij valt te denken aan gemeenschappelijke definities van strafwaardig gedrag en de oprichting van instanties voor de Europese justitie en politie. Thans zijn van de 25 EU-landen geen initiatieven meer te verwachten in de Raad van Europa. Het kopieergedrag heeft zich in andere richting voortgezet. Nu neemt de Raad van Europa bepalingen over die al in EU-instrumenten waren opgenomen.

84. D. Flore, *Droit pénal matériel et Union européenne*, in: G. de Kerchove et A. Weyembergh, *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Bruxelles 2003, p. 73, formuleerde het zo: 'Et on en arrive à cette situation paradoxale, dans laquelle on est de plus en plus enfermé actuellement, qui est que le rapprochement qui réussit est celui où il n'y a plus rien à rapprocher, lorsqu'on est parvenu à faire en sorte dans l'instrument que plus personne ne soit obligé à rien.'

85. Zie bijvoorbeeld het Tweede Protocol uit 2001 bij het Europees rechtshulpverdrag van 1959 (Trb. 2002, 30), grotendeels gekopieerd in het EU-rechtshulpverdrag van 2000 (Trb. 2000, 96). Het Kaderbesluit Gemeenschappelijke Onderzoeksteams (PB L 162 van 20 juni 2002) kopieert vervolgens art. 13 EU-rechtshulpverdrag dat weer identiek is aan art. 20 Tweede Protocol Europees rechtshulpverdrag van 1959.

Haast neurotisch valt het gehamer op volledige ratificatie of omzetting van 3^e pijler-instrumenten te noemen.⁸⁶ Na enkele teleurstellende ervaringen over de goedkeuringsbereidheid van verdragen door de lidstaten, heeft de EU geleidelijk aan de strategie gewijzigd. Van inwerkingtreding die afhankelijk is van ratificatie door alle lidstaten ging men over naar *rolling ratification*, hetgeen betekent dat het verdrag al inwerking treedt voor de lidstaten die het aanvaarden, en dus niet gewacht wordt tot de laatste staat zover is. Vervolgens hebben rechtstreeks bindende (niet van goedkeurings- of soms zelfs van uitvoeringswetgeving afhankelijke) kaderbesluiten het licht gezien. De tweede ontwikkeling is die van het consolideren van eerder aangenomen wetgeving. De opeenstapeling van harmoniserende EU-instrumenten neemt zulke vormen aan dat ook zichzelf weer worden opgenomen in een nieuw allesomvattend instrument (zie bijv. het EU-rechtshulpverdrag 2000). De inspanningen in de derde pijler zijn vooral gericht op wetgeving, nauwelijks op handhaving.

Mijn conclusie is dat de gevolgde methode van harmonisatie van strafwetgeving zijn doelstelling in geen geval haalt. De gekozen methode werkt averechts.⁸⁷ De werkelijke invloed van het harmonisatie- en integratiemodel is tot dusver gering, zo niet afwezig.⁸⁸ Dat heeft ten eerste te maken met het karakter van compromiswetgeving. Voor (straf-)juristen wringt daar wat. Zij hebben graag houvast aan eenduidige wettelijke of verdragsrechtelijke termen. Voorts zijn we geneigd wetgeving als recht te verstaan, maar Europese integratie is vooral een politiek proces.⁸⁹ Ten dele kan dit een verklaring vormen voor het vage en vrijblijvende karakter van de EU-strafwetgeving, maar ook voor de kritiek die de Unie er van juridische zijde op heeft gekregen. Echte juristen zouden het nooit zo hebben opgeschreven. Naar mijn mening ligt hier één van de grote problemen voor de toepassing van het recht. Politieke besluitvorming is neergelegd in een juridisch instrument, of anders gezegd: aanzienlijk meer dan nationale wetge-

86. Daar zijn inmiddels aparte mechanismen voor bedacht. Zie bijv. Implementation of the Action Plan to Combat Terrorism, 14734/1/05, 29 november 2005.

87. In die zin dat de materiële wetgeving niet naar elkaar toegroeit. De samenwerking wordt door dat effect niet belemmerd, hetgeen weer onderstreept dat verschillend materieel recht er voor de samenwerking niet toe doet en dat we slechts formeel geharmoniseerd hebben.

88. Zie Donner, *supra* noot 1, p. 23: 'De structuur en het huidige integratiemechanisme van de Unie bieden geen adequaat tegenwicht aan deze middelpuntvliedende krachten.'; T. Vander Beken, From Brussels with Love, Bespiegelingen over de invloed van de Europese Unie op het Belgisch strafrecht, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2002. Zie Anne Weyembergh, L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions, Bruxelles 2004, p. 336.

89. M. Cappelletti, M. Seccombe en J. Weiler, Integration Through Law, Berlin/New York 1986, Vol. 1, Book 2, p. 4.

ving bevat Europese wetgeving in wezen een richtinggevend politiek besluit en laat zij te veel ruimte over voor nadere nationale regelgeving. De Europese Unie is op 1 mei 2004 gegroeid van 15 naar 25 staten, van 375 miljoen inwoners naar 450 miljoen inwoners. Die grootte maakt het vinden van een gemeenschappelijke noemer nog moeilijker dan nu. De verwachting lijkt gerechtvaardigd dat de samenbindende kracht van harmonisatie nog verder zal afnemen.

Maatregelen kunnen geringe, redelijke of vergaande harmonisatie beogen, of zelfs willen overgaan tot unificatie. Voorbeelden zijn definities van strafbare gedragingen. Art. 2 lid 1 Kaderbesluit over aanvallen op informatiesystemen luidt: 'Iedere lidstaat treft de nodige maatregelen om opzettelijk, onrechtmatige toegang tot een informatiesysteem of enig onderdeel daarvan strafbaar te stellen, althans voor gevallen die niet onbeduidend zijn.' De kans dat lidstaten sterk van elkaar zullen afwijken is nogal groot: wat zijn de nodige maatregelen, wat is opzettelijk, wat is onrechtmatig en welke gevallen zijn niet onbeduidend? De sturende werking hiervan is zo goed als afwezig. Art. 7 van hetzelfde kaderbesluit stuurt iets meer. Als het gaat om feiten begaan in het kader van een criminele organisatie geldt dit als een strafverzuwarende omstandigheid waar een maximumstraf van tenminste 2-5 jaar bij hoort.

Een ander voorbeeld is de omschrijving van de strafbare gedragingen in art. 1 Overeenkomst aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen. Deze zijn reeds zo nauwkeurig omschreven dat exact datzelfde gedrag strafbaar dient te worden gesteld. Anders ligt het bijvoorbeeld met de minimum-maximumstraf. In dat geval legt het kaderbesluit betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel slechts de verplichting op om het feit met tenminste een straf van een bepaalde hoogte te bedreigen.⁹⁰ De vrijheid die een lidstaat heeft om daarmee om te gaan is groot. Hij kan er voor kiezen een hogere straf te bepalen. Als hij al een hogere straf kende hoeft hij niets te doen.

De tweede reden voor de geringe invloed van integratie en harmonisatie is het gebruik van de 21 rechtstalen. Dat leidt per definitie tot verschillen in de taalversies van alle rechtsinstrumenten. In de Europese toren van Babel

90. Bijv. art. 4 lid 1 Kaderbesluit van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel: 'Iedere lidstaat neemt de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de in artikel 2 bedoelde feiten worden strafbaar gesteld met een maximumstraf van tenminste 1 tot 3 jaar gevangenis.' Mij is niet duidelijk geworden waarom het kaderbesluit niet bepaalt dat 'tenminste 1' jaar moet zijn opgenomen in de nationale wetgeving. De toevoeging 'tot 3' heeft geen waarde.

interpreteert iedereen het Europese recht in zijn eigen (rechts)taal en praat zo langs elkaar heen. Dat geïmplementeerd moet worden is de *derde* reden voor het uiteenlopen van de handhaving in de lidstaten. In de nationale uitvoeringswetgeving kan een lidstaat die in het Europese onderhandelingsproces het onderspit heeft gedolven achteraf alsnog zijn gelijk halen door de implementatieverplichtingen 'nogal nationaal' te interpreteren.⁹¹ De cumulatie van de eerste twee geconstateerde factoren: vage normstelling voor een ieder in zijn eigen taal bieden daar ook alle ruimte voor. De *vierde* reden bestaat uit het feitelijk ontbreken van een gemeenschappelijke rechter. De daadwerkelijke rol van het Hof van Justitie bij de uitlegging van kaderbesluiten krijgt in prejudiciële geleidelijk meer gestalte maar is nogal fragmentarisch. Dit vindt zijn oorzaak in het feit dat niet alle lidstaten het Hof van Justitie op gelijke wijze bevoegd hebben gemaakt. Zo zijn er landen die alle rechters de bevoegdheid hebben gegeven tot prejudiciële verwijzingen, maar ook landen die dit hebben beperkt tot de hoogste rechter. De Commissie kan het Hof enkel vragen de wettigheid van kaderbesluiten en besluiten te beoordelen.

De *vijfde* reden vormt de gebrekkige expertise bij de Commissie ten aanzien van het strafrecht. Het gebrek aan expertise op het terrein van het strafrecht staat bruikbare en niet-overbodige wetgeving in de weg. Naar mijn inschatting is ook dit effect tweeledig. Enerzijds doet zich dit gelden op het niveau van wetgeving. Men weet onvoldoende van de stand van zaken om daarop bij het opstellen van regels op in te spelen. Een voorbeeld is de minimum-maximumstraf. Zelfs al nemen alle lidstaten exact hetzelfde straffmaximum over, dan leidt dat tot een schijnovereenstemming. In de strafbeprediging wordt geen rekening gehouden met allerlei andere factoren die de straf medebepalen (o.a. de voorwaardelijke of vervroegde invrijheidsstelling, het detentieregime, het gratiebeleid).⁹² Veel besluitvorming bevat geen heldere probleemanalyse en toont weinig inzicht in de verschillende strafstelsels⁹³ en de kwaliteit is ondermaats.⁹⁴ De lidstaten corrigeren dit niet omdat in de onderhandelingen hun inzet eerder is gericht op een zo gering mogelijke afwijking van het eigen recht, dan een objectief beste

91. Zie Weyembergh, *supra* noot 88, p. 342. Alleen al de lijstfeiten van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel tonen veel verschillen: *computer-related crime* is wat anders dan *informaticacriminaliteit*. In de Nederlandse versie gaat het om opzettelijke brandstichting, in het Duits is *Brandstiftung* zonder opzet genoeg.

92. G. Vermeulen, Where do we currently stand with harmonisation in Europe?, in Klip/Van der Wilt, *supra* noot 4, p. 75, wijst erop dat de EU niet zo zeer harmoniseert, als wel oproept tot zwaardere straffen.

93. Je kunt je echter afvragen of dat een voorwaarde is voor harmonisatie. Als je naar iets nieuws wilt, doet het er niet zoveel toe waar je vandaan komt.

94. Zie De Hullu voor kritiek op de werkwijze en kwaliteit van de Commissie, J. de Hullu, Ramen open? in G.J.M. Corstens et al, *supra* noot 41, p. 394-396.

regeling. Anderzijds is er geen of onvoldoende inzicht in de effecten van wetgeving in de werkelijkheid. Evaluaties bevatten meestal onderzoeken naar de implementatie, niet naar de rechtspraktijk. De zesde reden is dat waar het beleid doelt op gezamenlijk optreden en dus gericht zou moeten zijn op coördinatie van operationele uitvoering de structuur van de Unie uitgaat van gemeenschappelijke algemene regels en richtlijnen.⁹⁵

2.6 Twee samenvallende ruimtes

De interne markt en de ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid vallen samen, maar daarmee is ook alles gezegd. Uit het voorgaande doemt een beeld op van een voortdurende strijd om de verenigbaarheid van Europese rechtsbeginselen met die van nationaal strafrecht. In paragraaf 2.4 heb ik getracht de eigenaardigheden van het strafrecht naar voren te halen die voor het Europese recht problematisch zijn. In deze paragraaf draai ik het perspectief om en onderzoek de Europeesrechtelijke eigenaardigheden die strafrechtelijk gezien problematisch zijn. Zo hoop ik het beeld op scherp te kunnen zetten en vast te stellen waar de schoen wringt.

De interne markt, een economische ruimte zonder binnengrenzen, met een vrij verkeer

De strafrechtelijke vertaling hiervan is de ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid met een vrij verkeer van personen, waarbij de Unie de meeste aandacht schenkt aan het element veiligheid. De interne markt is ontwikkeld vanuit de wens douanegrenzen die de handel belemmerden te doen wegvallen. In het economisch verkeer is inderdaad sprake van een Europese ruimte waar de grenzen niet meer bestaan. Het gemeenschapsrecht creëerde een *eigen rechtsorde*. Het uniestrafrecht kent inmiddels wel enige ordening, maar van een *rechtsorde* is het nog ver verwijderd. Omdat elke staat zijn eigen strafrecht heeft, en dit strafrecht niet de grens oversteeft zijn er 27 strafrechtelijke ruimtes (of 27 nationale rechtsordes). Een Europese rechtsorde zou pas ontstaan als er een gemeenschappelijk strafstelsel zou komen dat ook rechtsbescherming biedt. Er is geen strafrechtelijke markt waar marktdeelnemers met elkaar concurreren. Er is geen vrij verkeer van strafrecht of zijn producten denkbaar. Dit hangt samen met een ander onderdeel van het begrippenapparaat: de wederzijdse erkenning.

Wederzijdse erkenning

Dit begrip tracht de verschillen die ontstaan uit de eisen die aan producten, diensten of diploma's worden gesteld irrelevant te maken voor de erkenning in een andere lidstaat. In het gemeenschapsrecht betekent dit dat wanneer er in Nederland bier wordt gebrouwen dat voldoet aan de daaraan in

95. Zie Donner, *supra* noot 1, p. 65.

Nederland gestelde eisen, dit bier ook in Duitsland op de markt mag verschijnen. Zelfs al voldoet dat Nederlands bier niet aan de eisen die naar Duits recht aan bier dat in Duitsland wordt gebrouwen worden gesteld. Gevolg is dat Duitsland geen nadere eisen mag stellen aan de toelating op de Duitse markt. Waarom is wederzijdse erkenning van *strafrechtelijke producten* problematisch? Het is allereerst van belang te bekijken over welke producten we het hebben. Het gaat bijvoorbeeld om een bevel tot aanhouding en overlevering, om een bewijsmiddel of om een vonnis, maar ook om wetgeving en bevoegde autoriteiten. Voor elk van deze producten geldt dat het een juridische fictie is en dat het geen economische waarde vertegenwoordigt. Het Italiaanse bevel tot aanhouding en overlevering is bij wijze van spreken uitsluitend samengesteld uit Italiaanse rechtsregels. Zonder die samenstelling en zijn Italiaanse context zou het niet bestaan. De context bepaalt immers alles: wie mag onder welke omstandigheden een bevel uitvaardigen en welke rechtsgevolgen zijn daaraan verbonden. Als zo'n bevel de grens over gaat is het (anders dan het bier) niet meer hetzelfde product, sterker nog er is geen product meer. Het is een juridische fictie geworden dat de context waarin het kan bestaan mist. Het product Italiaans bevel bestaat in het buitenland niet. Buitenlands recht zal andere autoriteiten, andere omstandigheden en andere rechtsgevolgen en modaliteiten voorschrijven.

Voorzover de in het gemeenschapsrecht ontwikkelde voorwaarde van wederzijdse erkenning van een toelating op de markt zonder voorwaarden, kan hiervan in het strafrecht geen sprake zijn. Dat is niet omdat men elkaar geen hulp zou willen bieden,⁹⁶ maar omdat er geen Italiaans product op de Nederlandse markt verschijnt. De strafrechtelijke markten zijn geen competitieve markten maar staatsmonopolies, net zo als dat ook geldt voor andere kerntaken van de overheid: het landsbestuur, het buitenlands beleid en de defensie. De strafrechtelijke markten leven niet van vraag en aanbod en houden zich aan geen enkele economische wet. Sterker nog, het product strafrecht is per definitie oneconomisch, produceert geen duurzame goederen en geen gebruiksgoederen, is handelsbeperkend en vrijheidsbeperkend. Dat gebrekkige economische profiel van het strafrecht maakt gebruik van economische begrippen zonder vertaalslag buitengewoon moeilijk.

96. De internationale rechtshulp in strafzaken kent ook wederzijdse erkenning, maar past een bepaalde vertaalslag toe. Zo worden in de overdracht van strafexecutie buitenlandse vonnissen omgezet naar Nederlandse maatstaven. Er wordt dan iets gemaakt dat in de Nederlandse rechtsorde past, zonder dat het wezenlijke van de buitenlandse beslissing verloren gaat.

Het meest problematische van de wederzijdse erkenning is dat het concept enkel oog heeft voor de repressieve kant van het strafrecht. Het concept gaat er volledig aan voorbij dat een bewijsmiddel in elke lidstaat tot stand komt in een context (van rechtswaarborgen). Die context maakt het middel (on)rechtmatig en (on)betrouwbaar.⁹⁷ De regels hierover verschillen van land tot land en de waarborgen worden in verschillende fases vorm gegeven. Door een bewijsmiddel over te plaatsen naar een ander land zonder dat naar de totstandkoming mag worden gekeken, vallen de contextfactoren, die maken dat het bewijsmiddel bestaat, weg. Als in Frankrijk de verdediging niet in elk stadium bij een getuigenverhoor aanwezig mag zijn, wordt dat gecompenseerd in een latere fase. Het recht op een eerlijk proces dwingt af dat voor de beoordeling van de vraag of een procedure eerlijk was, de procedure in zijn geheel wordt beoordeeld. Wederzijdse erkenning verplicht de lidstaat een bepaald onderdeel (het buitenlands bewijs) niet meer te onderzoeken op zijn verenigbaarheid met art. 6 EVRM. Dat maakt dat het concept wederzijdse erkenning strijdig is met art. 6 EVRM.⁹⁸

Harmonisatie of onderlinge aanpassing van wetgeving

Ook deze concepten zijn ontwikkeld ten aanzien van de vier vrijheden. Producten, werknemers, kapitaal en diensten die de grens overgaan. Aldus bevordert harmonisatie van wetgeving de intensiteit en het gemak van de uitwisseling. In het strafrecht bevordert harmonisatie niet de uitwisseling van strafrechtelijke producten. Het kan wel zijn dat die strafrechtelijke producten meer op elkaar gaan lijken, maar zij gaan als zodanig de grens niet over. De uitwisseling wordt vooral bevorderd door het oplossen van praktische problemen zoals het vergroten van de capaciteit van justitie en politie.

Voorts rijzen ten aanzien van de begrippen typisch strafprocessuele vragen. Is de harmonisatieverplichting processueel in te zetten in de zin dat al dan niet voldoen aan die verplichting rechtsgevolgen heeft voor burgers? Met andere woorden, zou een verdachte in een strafprocedure zich kunnen be-

97. Het Koninkrijk heeft al eeuwen ervaring met een onvoorwaardelijke wederzijdse erkenning. Thans is dit bepaald in art. 40 van het Statuut voor het Koninkrijk. Belangrijk verschil met de EU is dat het recht van de drie landen al zo sterk op elkaar lijkt, dat dit door het concordantiebeginsel ook wordt bewaakt en dat er een gemeenschappelijke hoogste rechter van de drie landen is: de Hoge Raad.

98. Dit zou gerepareerd kunnen worden als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de lidstaten zou verplichten verantwoording te dragen voor het handelen van andere lidstaten. Tot dusver heeft het Hof daar nog niet van willen weten. Zie A.H. Klip, Die EMRK und die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen, in: Joachim Renzikowski (Hrsg.), Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht, Grundlagen einer europäischen Rechtskultur, Manz/Nomos/Schulthess, Zürich/Basel/Gcnf 2004, p. 123-143.

roepen op een bepaalde uitleg omdat die juist het meeste recht doet aan het beoogde harmoniserende effect? Het gaat mij bij deze vraag om het aspect van harmonisatie, niet om dat van implementatie in zijn algemeen. Hoewel harmonisatie de verschillende rechtssystemen dichterbij elkaar zou moeten brengen, mikken de controlemechanismen op een effect dat een individueel rechtstelsel dichterbij het gemeenschappelijke instrument brengt. Ik mis dat dit mede in het licht wordt geplaatst van hoe andere lidstaten met die zelfde norm zijn omgegaan. Naar mijn voorlopige indruk doet het Hof dat niet, gaat het uit van een vaststaande Europese norm en toetst het slechts in hoeverre de lidstaat in kwestie daaraan voldoet. De wijze waarop lidstaten de Europese norm interpreteren beïnvloedt de uitleg van het Hof niet. De onderlinge (horizontale) relatie staat aldus minder op de voorgrond dan de verhouding tot de gemeenschaps- cq uniewetgever (verticaal). Dat vergt enige uitleg. Onderlinge aanpassing bevat de notie dat oriëntatiepunt voor de wetgeving van een lidstaat de wetgeving van andere lidstaten is. Onderling, dus op het horizontale vlak, dienen zij beter afgestemd te zijn. Het bestaande toetsingsmechanisme kijkt naar de verenigbaarheid van de nationale wetgeving met het Europese recht en laat daarbij buiten beschouwing hoe het er in andere lidstaten uitziet. Concluderend betekent dit dat onderling dichterbij komen van de rechtspraktijk niet wordt gestimuleerd door het huidige instrumentarium. Al is het natuurlijk ook zo, dat, indien alle lidstaten individueel steeds dichterbij zitten op het gemeenschappelijke instrument, het harmoniserend effect groter is.⁹⁹

Handhavingsplicht

De handhavingsplicht is tot ontwikkeling gekomen in het gemeenschapsrecht als uitvloeisel van de in art. 10 EG-verdrag geformuleerde gemeenschapstrouw. De uit de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak Commissie tegen Griekenland afgeleide handhavingsbeginselen van doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikkendheid, zijn in verschillende derde pijler-instrumenten gecodificeerd.¹⁰⁰ Die criteria hebben daar echter een ander effect omdat zij slechts zien op de in het nationale recht op te nemen sancties, niet op de handhaving ervan. De gemeenschapstrouw ontbreekt in het uniestrafrecht. Wel bestaat er een omzettingplicht, vergelijkbaar met andere internationaalrechtelijke verplichtingen. Eerder beschreef ik dat de behoefte aan handhaving ter bevestiging van de norm groter is in het strafrecht dan in het gemeenschapsrecht.

99. Afgaand op de naamgeving lijkt het erop alsof die onderlinge relatie beter tot uitdrukking komt in de wederzijdse erkenning, maar ik heb reeds geconcludeerd dat zulks niet het geval is.

100. Kaderbesluit van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel, PB 2004, L 335/8; art. 2 Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, Trb. 1995, 289.

Minimumharmonisatie

Dit is een beproefde methode van harmonisatie uit het gemeenschapsrecht. Terzake van een bepaald beleidsterrein dienen de lidstaten dan tenminste de opgenomen verplichtingen op zich te nemen. Zij blijven bevoegd aanvullende voorschriften vast te stellen. Al naar gelang de strekking van het instrument kan die aanvulling strenger of soepeler zijn. De minimumnormen/-voorschriften moeten in het gemeenschapsrecht in de context van alternatief voor volledige harmonisatie worden gezien. Soms zijn minimumvoorschriften ook een opstapje naar volledige harmonisatie van een beleidsterrein geweest.

Hoe 'minimum' moet worden geïnterpreteerd hangt derhalve af van de doelstelling van het instrument en de bredere context van de interne markt. Die 'geest' moet aangeven welke kant men op wil, zonder dat nu reeds aan de lidstaten op te leggen.¹⁰¹ Handelen in strijd met die geest is dan niet toegelaten. Voor wat betreft het strafrecht ligt hier toch wel een probleem. In het kaderbesluit van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel gaat het om de 'vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten.' Hoe moet 'minimum' hier worden begrepen? Als dat betekent dat de nationale strafwet tenminste de in het kaderbesluit opgesomde bestanddelen dient te bevatten, maar er daarnaast ruimte is voor meer bestanddelen, lijkt me dat in strijd met de meer repressieve geest van het kaderbesluit. Immers hoe meer bestanddelen, hoe meer bewezen zal moeten worden en hoe moeilijker de positie van het OM. Mijn conclusie is dat hier eenvoudigweg bedoeld is dat de omschreven handeling strafbaar dient te worden gesteld.

Als het Kaderbesluit betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel als minimumvoorschrift handelingen omschrijft die strafbaar moeten worden gesteld, moet dit dan zo worden geïnterpreteerd dat lidstaten aanvullend nog andere handelingen strafbaar kunnen stellen of strenger handhaven? Vanuit een normstelling die een minimale criminalisering en bestrafing voorschrijft kan het uitstijgen boven dat minimumniveau slechts zwaardere repressiviteit betekenen. Dat beantwoordt enerzijds aan de eisen die de strafrechtelijke ruimte aan criminaliteitsbestrijding worden gesteld, maar kan anderzijds conflicteren met de eveneens erkende bewegingsvrijheid van burgers. Iedereen die de grens over gaat controleren op drugsdelicten en daar levenslange gevangenisstraf bij opleggen kan wel fors bijdragen aan het onderdrukken van deze criminaliteitsvorm, maar zal toch

101. Zie over de doorwerking van Europese richtlijnen, F. Kristen, *supra* noot 66, p. 33-103.

strijdig zijn met het vrij verkeer van personen. Bovendien raakt mijn voorbeeld in strijd met het evenredigheidsbeginsel, dat weliswaar geen algemeen beginsel van uniestrafrecht is, maar wel is gestipuleerd in het betreffende kaderbesluit. Mijn afweging is dat 'minimumvoorschriften' in strafrechtelijke instrumenten geen toegevoegde waarde hebben. Lidstaten dienen de omzettingsverplichtingen uit de instrumenten na te komen, ongeacht of deze als 'minimumvoorschriften' zijn gelabeld of niet.¹⁰²

Buitengrenzen

Het slechten van de binnengrenzen schiep de interne markt en wierp gelijktijdig de buitengrenzen hoger op. Waar binnen de Europese Unie alles vrij is, is het verkeer van buiten de Unie naar binnen aan zware beperkingen onderhevig. Ook in het asiel- en vreemdelingenbeleid wordt een dergelijk belang aan de buitengrenzen toegekend. In het strafrecht speelt het concept buitengrenzen geen rol, het strafrecht richt zich niet op een gebied dat tegen een door anderen moet worden verdedigd, maar richt zich op de bestrijding van ongewenst gedrag van mensen die binnen de ruimte verblijven, ongeacht de vraag of zij daar mochten verblijven of niet.

Het buitengrenzenconcept heeft in de ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid zijn vertaling gevonden in de garantie dat in de Unie deze ruimte wordt verzekerd aan *haar burgers*.¹⁰³ Dit concept sluit daarmee niet-burgers uit van aanspraken op de geneugten van de ruimte. De Unie maakt dikwijls een tweedeling tussen burgers en terroristen of burgers en misdadigers en onderstreept zo dat voor 'terroristen' en 'misdadigers' geen aanspraak op de ruimte bestaat. Daargelaten dat dit veelal een feitelijke misslag zal zijn, immers kunnen terroristen en misdadigers ook Europese burgers zijn, is het principiële punt belangrijker. Het strafrecht dient zowel in rechtshandhaving en rechtswaARBorgen geen onderscheid te maken in soorten mensen.

Coördinatie

Ingevolge art. 4 EG-verdrag voert de gemeenschap een economisch beleid dat gebaseerd is op onder andere de nauwe coördinatie van het economisch beleid van de lidstaten. De strafrechtelijke vertaling hiervan is 'gezamenlijk optreden van de lidstaten' (artt. 29, 30 en 31 EU-verdrag). Dit gezamenlijk optreden is vooral wetgevend en niet operationeel ingevuld. Dat maakt het nogal krachtenloos.

102. Zie Flore, *supra* noot 84, p. 72 : 'La question est là: le minimum est-il un minimum? La réponse à l'heure actuelle est: <<pas vraiment>>.'

103. De formulering van art. 29 EU-verdrag ('de burgers') is wat zwakker dan die van art. I-3 Grondwet voor Europa ('haar burgers').

Interne markt en de ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid

Mijn indruk is dat de geconstateerde problemen niet zozeer liggen aan het strafrecht dat zo eigen en bijzonder zou zijn, of aan de EU die niet weet waar ze het over heeft. Wat werkelijk de problemen veroorzaakt is dat begrippen klakkeloos zijn overgezet die in het gemeenschapsrecht in een economische setting tot wasdom zijn gekomen naar een strafrechtelijke context. En dit is gebeurd zonder dat de vraag gesteld werd of dit wel zo aangewezen was. Kernbegrippen als wederzijdse erkenning en minimum-harmonisatie zijn niet toepasbaar in het strafrecht. De toepassing van andere begrippen loopt ook niet soepel.

2.7 Conclusie: een zwabberkoers met toekomstmogelijkheden

Met het instrumentarium dat de Unie ter beschikking is gesteld en door zich in de praktijk te richten op formele harmonisatie, en niet op materiële harmonisatie, komt de vraag op of men wel werkelijke harmonisatie wil. Dit laatste vanuit de gedachte dat de wil om het uitgesproken doel te bereiken kan worden afgeleid uit de middelen die tot dat doel kunnen leiden. Met andere woorden: als de methode niet kan leiden tot het doel, is het doel dan wel gewenst? Ik wil niet uitsluiten dat de lidstaten zich hiervan terdege bewust zijn en dat bewust zo laten. Een ieder kan zo zijn eigen belang hebben om te zeggen dat de kleren van de keizer mooi zijn.¹⁰⁴ Het moet worden vastgesteld dat er nogal wat licht zit tussen wat de lidstaten officieel zeggen en afspreken en de feitelijke uitvoering. Ik volsta hier met het voorbeeld van het *wederzijdse vertrouwen* dat alle staten in elkaar hebben. Dat is zo groot dat steeds weer moet worden verordonneerd dat er wederzijds vertrouwen zal zijn. Desondanks zijn bij de wederzijdse erkenning allerlei oude weigeringsgronden overeind gehouden.

Uit de papieren harmonisatie en de controle van de Commissie van het implementatietraject blijkt een focus op wetgeving en een zekere desinteresse voor de werkelijkheid van het recht. De Commissie wekt vooral de indruk bezig te zijn met het uitbreiden van haar eigen machtspositie ten koste van zowel de Raad als de lidstaten. De rol het Hof van Justitie is hierin geheel anders. Het heeft al tientallen jaren getoond wars te zijn van het rekening houden met politieke afwegingen. In prejudiciële beslissingen, maar ook in infractieprocedures heeft het baanbrekende beslissingen willen nemen.¹⁰⁵

104. Waarbij per regering weer allerlei verschillende motieven zullen spelen.

105. Voor het strafrecht beschouw ik de volgende drie arresten als baanbrekend: HvJ 11 februari 2003, Gözütok en Brügger, C-187/01 en 385/01; HvJ 16 juni 2005, strafzaak tegen Pupino, C-105/03; HvJ 13 september 2005, Commissie tegen de Raad, C-176/03.

Het is moeilijk vast te stellen welke richting de lidstaten, de Commissie en de Raad willen inslaan. Van elk van hen kan worden gezegd dat zij dan weer zeer besluitvaardig overkomen, dan weer aan het verleden tegengestelde maatregelen nemen. Over de gehele linie blijven werkelijke daden ver achter bij de retoriek. Wat de lidstaten willen lijkt allemaal zo tegenstrijdig. Het ene na het andere verdrag en kaderbesluit wordt aangenomen. Vervolgens doen staten er jaren over om de verdragen te ratificeren en worden kaderbesluiten niet steeds geïmplementeerd. Als dat vaak gebeurt rijst de vraag of staten wel zo ferm staan achter de besluiten die zij nemen.

De Commissie blijft de EG-fraude achtervolgen, eerst moesten de lidstaten het werk doen, daarna OLAF en Europol, vervolgens kwam zij met het idee van de Europese Officier van Justitie en onderwijl is ook Eurojust ermee belast. De Raad trekt soms gelijk op met de Commissie, door van de voordelen van eerste en derde pijler gebruik te maken. Soms laat hij zien daar niets van te willen weten, door met de Commissie een machtsstrijd aan te gaan over de bevoegdheid van sancties in het milieustrafrecht en dat alles terwijl hij wel eerder had ingestemd met de Grondwet voor Europa die die twee pijlers toch al liet samenvloeien.

De enige constante factor in de strafrechtelijk relevante actoren is het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie heeft zich in de zaken Gözütok en Brügge,¹⁰⁶ Pupino¹⁰⁷ en Commissie tegen de Raad¹⁰⁸ nogal creatief getoond in de interpretatie van de betekenis van Europa zonder binnengrenzen en de gevolgen daarvan voor het strafrecht. Feitelijk heeft het Hof meer gekeken naar de algemeen geformuleerde eisen van Europese integratie dan naar de specifieke rechtsinstrumenten. Als het Hof zijn bevoegdheden op vergelijkbare wijze zal blijven invullen, valt een verder terugdringen van nationale strafrechtelijke autonomie en een grotere daadwerkelijke invloed van het uniestrafrecht te verwachten. Het Hof toont keer op keer dat het de integratiegedachte hoog in het vaandel draagt. In dat verband dient te worden gesteld dat het Hof van Justitie voorziet in een juridische structuur van harmonisatie.

106. Door bijvoorbeeld een interpretatie aan het Schengenverdrag te geven waarvan vaststaat dat de verdragspartijen daarover hebben onderhandeld en deze uitdrukkelijk niet in het verdrag hebben opgenomen.

107. Door een kaderbesluit de facto rechtstreeks toe te passen, terwijl art. 34 lid EU-verdrag bepaalt dat het kaderbesluit geen rechtstreekse werking heeft.

108. Door de gemeenschap de bevoegdheid toe te kennen haar beleidsterreinen te effectueren met strafsancities. Dit niettegenstaande de uitdrukkelijke keuze sinds de oprichting van de EG om die bevoegdheid niet aan de gemeenschap toe te kennen en bij de lidstaten te laten.

Het Hof van Justitie vervult de rol van een continuïteit brengende wetgever-plaatsvervanger. Niets in het huidige instrumentarium belet echter dat de Unie het primaat van de beïnvloeding van de rechtspraktijk krijgt. Het lijkt zo vanzelfsprekend wat ik hier schrijf, maar het moet in een Europese context keer op keer worden herhaald. Wat is het probleem? Zal een strafrechtelijke reactie tot een oplossing van het probleem bijdragen, zijn er geen ongewenste neveneffecten? Is optreden door de EU of door de lidstaten aangewezen? Ook de grotere vragen kunnen gewoon gesteld en beantwoord worden. Willen we in Europa een geïntegreerd strafrecht en zo ja waarom? Wat behelst dat en hoe komen we daar heen waar we heen willen?

III Noodzaak van integratie en harmonisatie

Het is opvallend hoe weinig de vraag naar de noodzaak van integratie en harmonisatie van het strafrecht deel uitmaakt van de discussie vanuit de Unie. Dat is opmerkelijk omdat tot de komst van het Verdrag van Maastricht in 1992 het juist vanzelfsprekend was dat de EG en het strafrecht zo min mogelijk met elkaar te maken hadden. Het strafrecht was het exclusieve domein van de lidstaten. Dat de noodzaak tot integratie en harmonisatie zo weinig wordt gethematiseerd kan te maken hebben met het feit dat de lidstaten het er over oneens zijn, alsmede met het feit dat de doelstellingen vaag zijn geformuleerd. Dat laatste dwingt geen scherpe discussie af: wie is er tegen vrede, rechtvaardigheid en veiligheid?

*Drie niveaus van rationalisering van de noodzaak*¹⁰⁹

Uit het gezamenlijke acquis van EG en EU leid ik drie verschillende niveaus van motieven voor verdere eenwording af. Er is een *macro*-niveau. Hier gaat men uit van het grote ideaal: Europa één! Of samen staan we sterk tegen het terrorisme. Op het *meso*-niveau gaat de argumentatie om het algemene doel van de criminaliteitsbestrijding of de verbeterde samenwerking. De argumenten op *micro*-niveau houden zich bezig met het oplossen van allerlei praktische problemen.

Macro-niveau

Vanuit Brussel wordt de noodzaak voor harmonisatie als een soort vanzelfsprekendheid neergezet met retorische argumenten (harmonisatie als

109. Vergelijk de drie motieven die collega Smits in het Europees privaatrecht vaststelde.

doel in zichzelf).¹¹⁰ in een verenigd Europa kan het toch niet zo zijn dat iemand voor hetzelfde strafbare feit in Nederland 4 jaar krijgt en in Spanje 6 jaar of dat iets in Zweden wordt bestraft dat in Slovenië geoorloofd is? Hierin valt tevens een gelijkheidsargument in te herkennen, maar als zelfstandig argument heb ik het niet aangetroffen. Het is mijn stellige indruk dat integratie en harmonisatie als doel in zichzelf als politiek streven nogal sterk is. In dat licht zijn er ook argumentaties die aanhaken bij het vrije verkeer en de realisering van de interne markt.

Meso-niveau

Hieronder valt het argument dat de bestrijding van de misdaad effectiever is als dat geharmoniseerd gebeurt of een variant ervan, dat harmonisatie leidt tot beter recht.¹¹¹ Zuiver retorisch is het argument dat het opheffen van verschillen tussen rechtstelsels het voordeel dat daders van strafbare feiten zouden hebben zou wegwerken. Dit berust op de gedachte dat brave burgers en het opsporingsapparaat door het bestaan van grenzen belemmerd worden, terwijl 'criminelen' gewoon doorgaan.¹¹² De ontwikkeling van diverse kaderbesluiten over samenwerking waarin weigeringsgronden vervallen verklaard worden en het uitwerken van de gedachte van wederzijdse erkenning zijn hiermee in verband te brengen.

Micro-niveau

Op dit niveau gaat het om praktische zaken die geregeld moeten worden. Op zich schuilen hier geen grote gedachten achter. Voorbeelden zijn het opzetten van gemeenschappelijke onderzoeksteams, Eurojust, het Europees Justitieel Netwerk en het beschrijven van 'goede praktijken' bij de wederzijdse rechtshulp.

110. Zie punt 12 Resolution of the European Parliament of 18 September 1997 on the Convention relating to Extradition between the Member States of the European Union, OJ 1997, C 304/131. Het retorische karakter zit in de onjuiste veronderstelling dat 'dezelfde feiten' zich in strafzaken frequent voordoen, immers is voor een beoordeling niet alleen het strafbare feit zelf, maar ook de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoon van de verdachte van belang.

111. A. Gadoppi, 'Towards a European Criminal Code? European Journal of Crime, Criminal Justice and Criminal Law 1996, p. 2-17.

112. Zie Sieber, *supra* noot 64, p. 370. Ik heb dat argument nooit begrepen. Er ligt de veronderstelling aan ten grondslag dat de ene groep burgers, de criminelen, zeer geverseerd is in alle details van Europees recht, nationaal en internationaal strafrecht en de strafrechtsvergelijking en op grond van dat onderzoek weloverwogen keuzes maakt bij het plegen van strafbare feiten, en dat de andere groep burgers, die zich niet met strafbare feiten bezighoudt, ernstig in haar vrijheid wordt beknot door de verschillende strekking van de strafwetgevingen van de lidstaten.

Noodzaak-versluitende factoren

Verschillende aspecten verstoren de discussie over de noodzaak van het harmoniseren van het strafrecht in Europa. Het eerste is verschil van inzicht over de rol die het strafrecht in de Europese samenleving zou moeten hebben. Het geloof in de effectiviteit van het strafrecht verschilt fundamenteel. De Commissie verwacht veel van het strafrecht (en van de harmonisatie) en loopt als een soort Alice in Wonderland door de strafrechtelijke tuin, zich verbazend over al dat moois dat enkele eeuwen modern strafrecht heeft voortgebracht. Veel discussies die nu lijken te gaan over harmonisatie zijn daarom in wezen discussies over de vraag of het strafrecht wel het geëigende middel is tegen de kwaal. Hieruit spreekt de notie van de maakbaarheid van de Europese samenleving. Een geheel ander perspectief biedt de strafrechtelijke literatuur. Hierin valt meestal weinig waar te nemen over de noodzaak en/of eventuele positieve effecten van harmonisatie. De houding is nogal verdedigend: de EU moet zich niet bemoeien met wat nationaal strafrecht is. Dat is naar mijn mening geen echte bijdrage aan een debat. Maar ook hier lopen de bezwaren tegen de inhoudelijke aspecten van de voorgestelde regeling en de harmonisatie of integratie als systeem door elkaar heen.

Het tweede element dat de noodzaak-discussie versluit is de strijd om de macht in de Europese Unie. Soms lijkt het erop of deze discussie gelijk op loopt met de vraag of Europa een sturende invloed in de lidstaten dient te hebben of niet. De Europese Commissie tracht al jaren meer bevoegdheden te krijgen op het terrein van het strafrecht en zou het liefst onmiddellijk de Europese Officier van Justitie instellen. Recentelijk heeft zij in de zaak van het milieustrafrecht een belangrijke slag gewonnen.

Zwakke onderbouwing van de noodzaak tot integratie en harmonisatie

Vaker heb ik bekritiseerd dat de EU wel stelt dat er allerlei problemen zijn die nieuwe maatregelen rechtvaardigen, maar die problemen niet onderbouwt.¹¹³ Het bestaande uitleveringsverkeer en de dubbele strafbaarheid zouden zo belemmerend werken, dat het systeem om moest.¹¹⁴ Op geen enkel moment zijn gegevens verstrekt waaruit dat zou blijken.¹¹⁵ Waar de interne markt de burgers economische voorspoed, werk en vrijheid kan bieden steken de voordelen van de ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid toch wat flets af. De vraag of de baten groter zijn dan de las-

113. Zie Klip, *supra* noot 27, p. 7-8.

114. Zie J.P.H. Donner, De toekomst van strafrechtelijke samenwerking in de Europese Unie, in G.J.M. Corstens et al. *supra* noot 41, p. 348: 'verschillen in wetgeving vormen niet het belangrijkste obstakel voor effectieve bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit.'

115. Zie De Hullu, *supra* noot 94, p. 396-397.

ten verlangt een overtuigend bevestigend antwoord om de weg van integratie en harmonisatie van het strafrecht te vervolgen.

IV Doorwerking van integratie en harmonisatie in de nationale rechtsorde

De invloed van de Europese harmonisatie en integratie in het strafrecht kan op verschillende wijzen worden benaderd. Ik onderscheid hieronder een meer beleidsmatige en een meer technisch-juridische kant. Wat betreft het beleid is onmiskenbaar dat uit allerlei Actieplannen, Conclusies van het Voorzitterschap en andere politieke akkoorden ook in Nederland leiden tot wetgevende of praktische maatregelen. Voorts zijn er Europese instanties die ook in de Nederlandse rechtsorde een bescheiden invloed uitoefenen (Europol, Eurojust, OLAF). Mijns inziens is deze beleidsmatige kant voldoende aan de orde geweest, zodat ik me concentreer op de technicité.

Er zijn veel verplichtingen tot strafbaarstelling omgezet in het Nederlandse recht. Ik heb niet kunnen vaststellen dat dit heeft geleid tot een fundamentele verandering van het vervolgingsbeleid.¹¹⁶ De ontwikkelingen op het terrein van de strafrechtelijke samenwerking hebben wel wat vooruitgang opgeleverd, al lijkt het aanzienlijk meer dan het is. De EU is lange tijd bezig geweest met het regelen van zaken die al door de Raad van Europa waren geregeld.

Wat echter fundamenteel gewijzigd is, is het perspectief op strafrechtelijke samenwerking. De visie van de EU is nogal anders dan die van de Raad van Europa. In het netwerk van de Raad van Europa doet het er niet zo toe *welke* staat vervolgt, berecht of tenuitvoerlegt, maar doet het er toe *dat* het gebeurt. Het doel is een *goede rechtsbedeling*, die beantwoordt aan de eisen van criminaliteitsbestrijding en rechtswaarborgen en die rekening houdt met alle betrokken belangen (van de staten, verdachte, slachtoffers en getuigen). Het verdragsnetwerk van de Raad van Europa biedt voor elke fase van een strafzaak een mogelijkheid tot samenwerking. De EU heeft die ervaring grotendeels genegeerd en getracht het wiel opnieuw uit te vinden.

De EU-regelingen gaan er impliciet van uit dat voor de vervolging maar één staat de meest geschikte is en dat is de staat die het eerste initiatief

¹¹⁶ Dat zou een empirisch onderzoek vergen, een eerste indruk is dat bij migratiestrafrecht sprake is van een ten gevolge van Europees beleid plaatsgrijpende intensivering van de vervolgingsinspanningen.

neemt.¹¹⁷ Dat uitgangspunt maakt efficiënt optreden kwetsbaarder omdat de mogelijkheden tot samenwerking dan geringer zijn. De focus van de EU was in de eerste tien jaren exclusief op uitleveren en bewijsevenen. Recentelijk is aandacht voor samenwerking bij de tenuitvoerlegging ontstaan, maar voor de overdracht van strafvervolgning blijft een blinde vlek bestaan. Het andere fundamentele verschil met het model van de Raad van Europa is dat de EU samenwerking nogal egocentrisch-dwingend ziet. De opkomst van allerlei bevelen (aanhouding, bewijs, executie) doen overleg met andere partijen wegvallen. Mijn medepreadviscur Smits riep het beeld op van een bouwplaats met twee architecten. Daar kan ik me wel iets bij voorstellen. In wezen hebben we drie wetgevers op het terrein van het strafrecht: de gemeenschapswetgever, de unicstrafwetgever en de nationale wetgever (ik laat andere wetgevers even buiten beschouwing) en voorts 27 vervolgende instanties en enkele Europese organen. Het lijkt wel alsof niemand het geheel in de gaten houdt en dat is ook zo. De Europese wetgever kijkt op dit punt niet naar het grotere geheel, maar uitsluitend naar de behoeften van de vragende lidstaat. De belangen van de biedende staat en van de verdachte zijn niet in tel. De nationale wetgever kan slechts omzetten en de nationale *rechtshandhavingsautoriteiten* slechts uitvoeren zonder nog in staat te zijn enige sturing gegeven of prioriteitskeuzes te maken.

In Nederland vallen op het niveau van de omzettingswetgeving verschillende methoden te zien. Er zijn gevallen waarin een Europese norm wordt 'vertaald' en omgezet in een bestaande regeling of juist in een nieuwe regeling.¹¹⁸ Er zijn ook gevallen waarin de nationale wetgeving de norm letterlijk incorporeert en er zijn gevallen waarin de wetgeving een directe verwijzing geeft naar het gemeenschapsrecht.¹¹⁹ Ook zijn er situaties waar de betekenis van een term uit de delictomschrijving door achterliggend Europees recht wordt bepaald. Dat kan om zeer ruime begrippen gaan, zoals 'wederrechtelijk', doch ook om zeer concrete begrippen, zoals 'afvalstoffen'. Art. 1 WED bevat interessante voorbeelden van doorwerking van de normstelling in het Nederlands strafrecht. In de WED komt zowel de rechtstreekse verwijzing naar het gemeenschapsrecht voor als de getrapte verwijzing. Een voorbeeld van de eerste is dat als economisch delict geldt 'overtreding van voorschriften, gesteld bij of krachtens (...) de verordening (EG) nr. 1338/2001 van de Raad van de Europese Unie van 28 juni

117. Een treffend voorbeeld is het voorstel voor een kaderbesluit betreffende de uitwisseling van informatie volgens het beschikbaarheidsbeginsel, COM (2005) 490 definitief, Brussel, 12.10.2005.

118. Zie bijv. artt. 5a, 197a, 240b en 323a Sr.

119. Een andere constructie is bijvoorbeeld te vinden in art. 3a Opiumwet waarin nadere regels mede in het licht van een Gemeenschappelijk Optreden moeten worden geïnterpreteerd.

2001 tot vaststelling van maatregelen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de euro tegen valsemunterij (*PbEG* L181), art. 6, eerste lid, eerste en tweede volzin.' Met deze laatste manier van implementeren van gemeenschapsrecht worden eventuele wijzigingen van de verordening automatisch geïncorporeerd. Vanuit wetgevingsperspectief lijkt dat vooral bij technische regelingen, waarvan te verwachten valt dat vaak wijzigingen plaatsvinden aangewezen. Een voorbeeld van de getrapte versie is de verwijzing naar art. 10, onder b Wet voorkoming misbruik chemicaliën. Deze wet vormt de nationale omzetting van verplichtingen uit Richtlijn 92/109.

Naar Nederlands strafrecht kan strafrechtelijke aansprakelijkheid slechts gevestigd worden door middel van een wettelijke strafbepaling. Als het gaat om strafrechtelijke aansprakelijkheid is de doorwerking per definitie getrapd. Zij verlangt omzetting naar nationaal recht.¹²⁰ Andere normen dan die die strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigen, bijvoorbeeld Europeesrechtelijke normen die de strafrechtelijke aansprakelijkheid opheffen of strafprocesrechtelijke normen, zijn niet afhankelijk van omzetting naar nationaal recht. Concreet betekent dit dat wanneer de Nederlandse strafrechter van mening is dat de Nederlandse strafwet strijdig is met Europees recht hij al naar gelang de wetbepaling zal moeten vrijspreken of ontslaan van rechtsvervolgning. Bij normen van strafprocesrechtelijk aard kan hij de norm van het Europese recht rechtstreeks toepassen.

In het proces van uitvoeringswetgeving wringt de nationale wetgever zich in allerlei bochten om het bestaande systeem overeind te houden. Er moeten keuzes worden gemaakt. Gaat de omzetting in het wetboek of in een aparte wet. Uit de Nederlandse praktijk leid ik af dat de wetgever zoveel mogelijk wil incorporeren in het bestaande systeem van een algemeen wetboek en bijzondere strafwetten. Het kleine aantal strafprocesrechtelijke omzettingsgevallen geeft geen aanleiding tot een ander beeld en ook de bepalingen over samenwerking volgen de bestaande lappendeken van Nederlandse regelingen terzake.

Distorsieve werking van Europese wetgeving

Omzetting van een Europees geheel kan lager bij de grond op nationaal vlak verstorend werken.¹²¹ Als voorbeeld het kaderbesluit inzake het witwassen van geld, de identificatie, opsporing, bevrozing, inbeslagneming en confiscatie van hulpmiddelen van opbrengsten van misdrijven. Dit

120. Zie HvJ 8 oktober 1987, strafzaak tegen Kolpinghuis Nijmegen B.V., C-80/86, Jur. 1987, 3969; HvJ 3 mei 2005, strafzaak tegen Silvio Berlusconi en anderen, C-387/02.

121. Of in iets diplomatieker bewoordingen van de regering: Uniewetgeving kan in de nationale context onbedoelde neveneffecten resorteren, zie Kamerstukken II, 2004/2005, 30025 (R1783), nr. 4, p. 26.

bevat een naar de vorm van het Europees Aanhoudingsbevel gemodelleerde 'wederzijdse erkenning zonder nadere vragen' van beslissingen tot bevrozing van voorwerpen. Bij bevrozing gaat het dan om voorkoming van vernietiging, verwerking, verplaatsing, overdracht of vervreemding van voorwerpen die vatbaar zijn voor confiscatie of kunnen dienen als bewijsmiddel. Daartoe is in het Wetboek van Strafvordering een nieuwe titel XI in boek 4 opgenomen (art.552jj-552vv). Het kaderbesluit 'beviest' voorwerpen.¹²² Voorzover daarvoor andere bevoegdheden nodig zijn (te denken valt aan doorzoeking of vordering uitlevering) dan inbeslagneming, en dat is zeer waarschijnlijk, treedt dit buiten het bevel en is een traditioneel rechtshulpverzoek vereist. Dat betekent dat naast het bevel via de reguliere weg een tweede verzoek zal moeten worden gedaan. Op gelijke voet is bij confiscatie een nieuw rechtshulpverzoek nodig. Waar 'vroeger' alles in een verzoek kon, moet de praktijk (vragend en biedend) nu heel goed gaan onderscheiden welk onderdeel op basis van het bevel plaatsvindt en welk onderdeel er buiten valt en een andere grondslag behoeft. Het behoeft weinig voorspellende gaven dat dit tot langdurig gepuzzel en fouten zal leiden. De wet tot uitvoering van genoemd kaderbesluit voert aparte wetgeving in terzake van confiscatie en inbeslagneming op verzoek van EU-landen. Dit leidt tot een buitengewoon complexe regeling waarbij vijf verschillende regimens terzake van een materiële handeling ontstaan: confiscatie op verzoek van eigen autoriteiten; idem op verzoek van een EU-land; idem op verzoek van een derde land op grond van een verdrag; idem de laatste zonder verdrag; en ten slotte verzoeken van de Nederlandse Antillen en Aruba.

Een ander punt van discussie is dat voor de omzetting van het Europees Aanhoudingsbevel in het Nederlandse recht gekozen is om de Rechtbank Amsterdam bij uitsluiting bevoegd te maken, terwijl in het Bevrozingsbevel alle rechtbanken bevoegd zijn. Waar het gaat om de rechtseenheid bij de uitleg van belangrijke begrippen als wederzijdse erkenning en de lijstfeiten doet dit toch wat merkwaardig aan. Je kunt je zelfs afvragen of rechtseenheid niet per definitie in strijd is met implementatie. Ik denk dan aan de Europese rechtseenheid. Uitgaande van de constatering dat divergentie door omzetting wordt bevorderd, lijkt rechtseenheid eerder gediend met het laten vallen van de omzettingsoefening. De vraag dient te worden gesteld waarom wij omzetten. In wezen zijn er drie redenen. De eerste is om te voldoen aan de verplichting tot omzetting. De tweede is om er voor te kunnen zorgen dat wordt omgezet op een wijze die verenigbaar is met het nationale stelsel. De derde is om te voldoen aan de eisen van het legaliteitsbeginsel. Naar mate er meer aanpassingen op het nationale stelsel zijn gevolgd, wordt het steeds moeilijker nog een nationaal stelsel overeind

122. Bevrozen en bevel zijn voorbeelden van Europese invloed op juridische termen.

te houden. Dat roept de vraag op of voortgaan op het omzettingstraject dan nog wel zo efficiënt is. Er komt dan immers een moment dat de vraag naar een nieuw geconsolideerd systeem reëel wordt.

Het strafrecht zelf werkt verstorend

Vanwege zijn extraterritoriale rechtsmacht is het strafrecht zelf een verstorend element in de harmonisatie. De meeste EU-staten hebben een ruime bevoegdheid gevestigd om buiten de eigen grenzen rechtsmacht uit te oefenen. Als een Fransman en een Griek met een bedrijf in België een EG-fraude opzetten, daarbij een Poolse douanebeambte bedreigen en een Nederlandse ambtenaar omkopen, zijn er tenminste vijf landen die over (een gedeelte van) de gedragingen rechtsmacht hebben.¹²³ Gevolg daarvan is dat er even zoveel verschillend materieel en formeel strafrecht op eenzelfde materiële gedraging van toepassing is. Het strafrecht past zich niet aan, ook al is het van toepassing op een in het buitenland gepleegd feit. En dat alles niettegenstaande dat de overtreden norm een gemeenschappelijke Europese herkomst heeft.

V Eigen voorstellen

Het *eerste voorstel*: een helder realistisch en op de eigenaardigheden van het strafrecht toegesneden doelstelling van de rol van het strafrecht in de Europese integratie en harmonisatie

Dit lijkt een open deur, maar kan in Europa niet vaak genoeg gezegd worden. Begin- en eindtermen dienen nauwkeurig te worden geformuleerd. In het slot van paragraaf 2.7 heb ik enkele van die vragen reeds genoemd. Er zitten nu veel te veel verrassingselementen in de koers van de Europese integratie. Dat roept het gevaar op dat iedereen een bijdrage levert aan een groter geheel dat niemand heeft gewild. Politici zwalken wat heen en weer tussen nationaal en Europees en durven niet te kiezen. Als die keuze niet gemaakt wordt, kunnen we beter pas op de plaats maken en geen nieuwe instrumenten aannemen. Kernvragen dienen te worden gesteld en beantwoord. Wat regelt Europa en wat regelen de lidstaten? Komt er een Europese strafrechtelijke handhaving, waarom doen we dat en hoe doen we dat dan?

123. Als het goed is alle 25 lidstaten, want de Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen bevat in art. 4 een stimulans om extraterritoriale rechtsmacht te vestigen.

Het *tweede voorstel*: Beperking tot territoriale rechtsmacht en afschaffing van de dubbele strafbaarheid

In de notitie van de Minister van Justitie over de dubbele strafbaarheid houdt de regering vast aan de voorwaarde van dubbele strafbaarheid in de samenwerking met andere lidstaten voorzover het gaat om feiten die in Nederland zijn begaan: dat wil zeggen dat als het feit in Nederland is begaan en hier niet strafbaar is, Nederland geen rechtshulp kan leveren.¹²⁴ Ik zou daar een ander model tegenover willen stellen dat er als volgt uit ziet: Als het punt is dat het buitenland geen rechtsmacht zou mogen claimen over wat hier niet strafbaar is, doch wel hier gepleegd, dan zou beperking van de buitenlandse rechtsmacht het leidende beginsel moeten zijn. Dat leidt tot een geheel andere regel: de rechtsmacht van iedere lidstaat is beperkt tot het eigen grondgebied. Andere rechtsmachtbeginselen vinden geen toepassing in de overige 24 lidstaten van de Europese Unie. Duitsland kan dan het drugsgebruik in Nederland door een Duitse onderdaan (of wie dan ook) niet langer vervolgen. Maar het betekent ook dat indien de Grieken het noodzakelijk achten het opschrijven van registratienummers van vliegtuigen strafbaar te stellen wij in Nederland hen bij de opsporing en vervolging zullen helpen. Dat doet recht aan het legaliteitsbeginsel. Het verlangt veel vertrouwen, maar biedt voordelen voor zowel de rechtshandhaving als de rechtsbescherming.¹²⁵ Steeds is duidelijk welke staat geroepen is om te handhaven. Rechtshandhaving en rechtswaarborgen vallen samen en zijn in één hand. Dat bevordert de rechtsstatelijkheid en de efficiëntie van de rechtshandhaving. De huidige overlappende rechtsmacht leidt immers tot een voortdurende discussie tussen lidstaten over de strafwaardigheid van bepaald handelen en over de te voeren de strafrechtspolitiek.¹²⁶ Als we de dubbele strafbaarheid afschaffen en de rechtsmacht tot het eigen grondgebied beperken kan bovendien beter worden voortgebouwd op het netwerk van internationale samenwerking in strafzaken.¹²⁷

124. Notitie Het vereiste van dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht, Kamerstukken II, 2003-2004, 29451, nr. 1; Voorstel voor een kaderbesluit betreffende het Europees Bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures, 25 november 2003, 15221/03.

125. Het vertrouwen heeft dan ook een andere inhoud. Men vertrouwt er bij elkaar op dat de juiste gedragingen worden strafbaar gesteld en dat goed wordt vervolgd en bestraft. Dat is in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat het gemeenschapsrecht vertrouwen veronderstelt in elkaars handhaving. HvJ 14 januari 1988, Drexel, C-299/86, Jur. 1228.

126. Dan kan Nederland ook afstand nemen van de nogal verdedigende en afwachende houding ten aanzien van initiatieven omtrent Europees strafrecht. Zie bijvoorbeeld de Nederlandse regering in haar notitie Strafrecht en strafprocesrecht in Europa, Kamerstukken II, 1998-1999, 26656, nr. 1, voorts P.H.P.H.M.L. van Kempen, Waarborgen tegen de onwettende werking van Eurostrafrecht, Glijdende schalen, de Hullubundel, p. 247-266.

127. A.H.J. Swart, Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken, Deventer 1983.

Dat stelsel van de Raad van Europa heeft één belangrijk thema nooit weten te incorporeren: een regeling van rechtsmachtconflicten.¹²⁸ De uitbreiding van rechtsmacht over de eigen landsgrenzen heen is ooit ontstaan uit de bekommernis dat de verdachte de dans zou kunnen ontspringen en daarom steeds in eigen land ter verantwoording zou moeten kunnen worden geroepen,¹²⁹ niet om de strafrechtspolitik van een ander land te corrigeren. Uiteindelijk gaat het om een betrekkelijk klein aantal delicten waar verschil van opvatting over bestaat. De meeste strafbare feiten zijn door de hele Unie in enigerlei vorm strafbaar gesteld. Daar waar er dan nog verschillen zijn, zullen die wel er toe doen. Met andere woorden: dit voorstel bevordert wel de integratie van de Europese rechtsstelsels, maar maakt harmonisatie overbodig. Deze afbakening betreft de verhouding tussen de verschillende lidstaten. Zij zegt nog niets over moeilijke gevallen, waarvan de *locus delicti* niet eenduidig binnen één staat kan worden gelegd.¹³⁰ Die gevallen zouden op Unieniveau geregeld kunnen worden. We zullen derhalve criteria dienen te formuleren voor wat op Europees niveau gehandhaafd zou moeten worden. Deze hebben een plaats gevonden in mijn derde voorstel.

Het derde voorstel: Een beperkt Europees strafstelsel

Bij gelegenheid van de opening van Eurojust in 2003, heeft de Nederlandse Minister van Justitie voorgesteld een speciale Europese competentie te scheppen voor bepaalde grensoverschrijdende delicten en de rest nationaal te laten.¹³¹ Kort gezegd is zijn standpunt dat het geen zin heeft het gehele strafrecht te harmoniseren omdat 90% van de criminaliteit slechts nationale raakvlakken heeft.¹³² Het voorstel van de Minister was niet gedetailleerd uitgewerkt en die uitwerking is ook nadien niet gevolgd. Een verdeling tussen Europees en nationaal strafrecht veronderstelt mijns inziens een com-

128. Pas recent kwam de Commissie met een eerste initiatief terzake. Zie Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of *ne bis in idem* in Criminal Proceedings, COM (2005) 696 final, 23 December 2005.

129. Ooit, in 1958, raakten de preadviezen van A.D. Belinfante en J.M. van Bemmelen aan de hier besproken thematiek. Zie Handelingen NJV 1958 'Is het wenselijk, met het oog op de toenemende behartiging van belangen in internationaal verband, die belangen hier te lande strafrechtelijk te beschermen, en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?'

130. Afgezien van het nog te behandelen probleem dat er niet één visie is op *locus delicti*-leren, zie H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht*, diss. Utrecht 1998.

131. Enkele dagen later is dat standpunt herhaald in de notitie Een Europese strafrechtelijke ruimte van 9 mei 2003 van de Staatssecretaris voor Europese Zaken, kenmerk DIE-258/03. Corstens' bezwaar tegen een dergelijke federalisering was vooral gelegen in het feit dat dit snel zou leiden tot een federalisering van het gehele strafrecht. Zie G.J.M. Corstens, *Europeanisering van het strafrecht*, in G.J.M. Corstens et al, *supra* noot 41, p. 340.

132. Zie ook al Ch.J. Enschedé, *Een Uniform Europees Strafrecht?*, rapport voor de Raad van Europa 1971, herdrukt Arnhem 1990.

pleet Europees strafstelsel, dus met Europese strafrechter, Europees Openbaar Ministerie, Europese politie, alles gebaseerd op Europese wetgeving en gecontroleerd door een vrijgekozen Europees Parlement.¹³³ Als we dit doen vergt dit een conceptualisering van wat Europees en wat nationaal zou moeten zijn.¹³⁴

In een notitie uit 2003 appelleerde de Minister van Justitie aan criminologische inzichten met betrekking tot de verschijningsvormen van criminaliteit en dan met name aan de vraag of de betreffende delicten grensoverschrijdend zijn.¹³⁵ Dat lijkt me de juiste weg. De afbakening moet in het materiële strafrecht worden gezocht. Om die reden dient de keuze voor bepaalde delicten die deel uit zullen maken van het Europese strafrecht aan een aantal voorwaarden te voldoen. Welke nu zijn die voorwaarden? Naar mijn mening zijn er drie cumulatieve voorwaarden:

1. het strafbare feit heeft naar zijn verschijningsvorm een grensoverschrijdend karakter;
2. de voorkoming, opsporing en berechting van een dergelijk feit ontmoet op nationaal niveau meer moeilijkheden dan op Europees niveau;
3. het strafbare feit is gerelateerd aan een Europees beleidsterrein.¹³⁶

Het gaat hier om (een) feiten(complex) met een *locus delicti* in meer dan één staat, waardoor niet automatisch één bepaalde staat als de meest geschikt wordt aangewezen. Te denken valt onder andere aan het douanestrafrecht, subsidiefraude, witwassen, vrouwen- en mensenhandel en handel in drugs en wapens. De tweede voorwaarde heeft te maken met efficiëncy. Als het weliswaar om een zaak met grensoverschrijdende aspecten gaat maar nationale opsporingsdiensten het betrekkelijke eenvoudig af kunnen, is er geen reden voor Europese bemoeienis.¹³⁷ Het derde element

133. Het gaat om een principiële keuze tussen pluriformiteit en uniformiteit. Zie Donner, *supra* noot 1, p. 71.

134. Ik onderschrijf het standpunt van de regering dat een heldere afbakening nodig is. Kamerstukken II, 2003-2004, 28473, nr. 35, p. 4.

135. Notitie 'Een Europese strafrechtelijke ruimte', 9 mei 2003.

136. Zie A.H. Klip, *Conditions for a European Corpus Juris Criminalis*, in Michael Faure, Jan Smits and Hildegard Schneider (eds.) *Towards a European Jus Commune in Legal Education and Research*, Intersentia 2002, p. 111. De normgeving is hier vaak communautair. Zie J.A.F. Vervaele, *Handen en tanden van het gemeenschapsrecht*, oratie Utrecht 1994, p. 36. Inmiddels is een dergelijke formulering terechtgekomen in een kaderbesluit. Zie art. 5 lid 1, laatste streepje Kaderbesluit van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties 'strafbare feiten die door de beslissingsstaat worden vastgesteld en die onder uitvoeringsverplichtingen vallen welke voortkomen uit instrumenten op grond van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen of Titel VI van het Verdrag betreffende Europese Unie.'

137. Zie Kamerstukken I, 2003-2004, 28350 (R1720) en 28351, B, p. 2.

dient ertoe te bewerkstelligen dat de verschillende handhavingsmodaliteiten in samenhang worden gezien, maar onderstreept ook de subsidiariteitsgedachte.

Natuurlijk zullen er verdachten komen die bij het beramen en plegen van misdrijven een dergelijke competentieverdeling niet nauwgezet zullen volgen. Er zullen feitencomplexen ontstaan waarbij door verdachten Europese en nationale strafbare feiten worden begaan. Het aan de overdracht van strafvervolgning ontleende beginsel van goede rechtsbedeling kan ook hier bepalend zijn voor het vinden van het geschikste forum van berechting.¹³⁸ Aldus leidt de Europese rechtsruimte tot drie redelijk goed afgebakende rechtssferen: nationaal, Europees en buiten de Europese Unie.¹³⁹

Het vierde voorstel: Vrijwillige harmonisatie van nationaal strafrecht. Voorzover er een aantoonbaar nut is voor harmonisatie moet daar voor ruimte zijn. In mijn voorstel verwijder ik het verplichtende element uit het huidige Europese recht in de veronderstelling dat de verplichting één van de bepalende factoren is in vage normstelling. Hier valt wat te leren van de Verenigde Staten. In dat land lijkt het strafrecht van de verschillende staten nogal op elkaar, mede dankzij het gebruik van de zogenaamde Model Penal Code, alsmede de zogenaamde Restatements of the law. Of dit nu het resultaat van de vrijwilligheid is of niet, in elk geval is er sprake van een veel grotere harmonisatie dan in de verschillende lidstaten van de EU.¹⁴⁰ Natuurlijk is het zo dat de startpositie van de Amerikaanse staten hen al veel dichter bij elkaar bracht. Het initiatief werd echter genomen omdat het Amerikaanse strafrecht zo'n chaotische vormen had aangenomen dat de rechtspraktijk er onder leed.¹⁴¹ Een ander opmerkelijk verschil is dat de modelwetgeving in de Verenigde Staten wordt gemaakt door wetenschappelijke instituten, niet door een overheidsorgaan. Dat mij dat meer aansprekt moge duidelijk zijn, maar wat telt is dat de Model Penal Code logisch opgebouwd en dat de praktijk er mee kan werken. Opvallend is dat de Europese Unie, voorzover ik heb kunnen nagaan daar, anders dan de

138. A.H.J. Swart, Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken, oratie Deventer 1983.

139. Zie ook de Minister van Justitie, Kamerstukken I, 2003-2004, 28350 (R1720) en 28315, B, p. 4.

140. Op het gebied van de strafrechtelijke samenwerking is opvallend dat een van de weinige verdragen die geen wederzijdse verplichtingen bevat, maar wel veel mogelijkheden tot rechtshulp biedt, het Verdrag van 1983 tot Overbrenging van Gevonniste Personen, een zeer grote ratificatiegraad heeft, in totaal 60 staten (stand 20 januari 2006), meer dan enig ander samenwerkingsverdrag van de Raad van Europa.

141. H. Wechsler, The Challenge of a Model Penal Code, 65 Harvard Law Review 1952, p. 1097-1133; B. Stapert, American approach to harmonization, the Model Penal Code as an example for Europe?, in Klip/Van der Wilt, *supra* noot 4, p. 109-114.

Raad van Europa¹⁴² en de Verenigde Naties met hun Model Conventions, zulks nooit heeft geprobeerd.¹⁴³ De kwaliteit van de Europese regelgeving zou behoorlijk kunnen worden verbeterd door het verplichtend element eruit te halen. Vage compromissen die vooral rekening houden met de mate van afwijking voor het eigen stelsel kunnen worden vermeden. Duidelijke keuzes kunnen worden gemaakt.

VI Afsluitende opmerkingen

De EU voert in wezen een driesporenbeleid: gericht op harmonisatie, wederzijdse erkenning en integratie. Bij de harmonisatie probeert men tot gemeenschappelijke regelingen te komen, bij de wederzijdse erkenning laat men de verschillen in stand maar zorgt er voor dat zij de samenwerking niet belemmeren en bij de integratie wordt iets gemeenschappelijks Europees opgebouwd. Doordat de doelstellingen niet helder zijn geformuleerd en de verhouding tussen de verschillende beleidsinstrumenten niet uit de verf komt, ontstaat het beeld van een wat onvaste koers. De leidende begrippen: harmonisatie, wederzijdse erkenning etc zijn niet gedefinieerd. Voor de wetgever (en de politiek) betekent het dat er geen toetssteen is om het eigen beleid op af te stemmen. Zonder heldere doelstelling (en dan bedoel ik dat klip en klaar gezegd wordt wat Europa en het strafrecht van elkaar te verwachten hebben) is het moeilijk de juiste middelen te hantieren. Anders, of meer retorisch geformuleerd: er is toch niets mis mee wanneer wij ons de vraag stellen of het zinvol is een Europees strafstelsel in te voeren? Dat komt mij als een betere benadering voor dan de besluitvorming keer op keer op te hangen aan een rond een Europese top gerezen (al dan niet reëel) probleempje dat ineens de koers gaat bepalen.¹⁴⁴

Als de Europese Unie een Europese strafstelsel wil ontwikkelen, kan zij dat slechts indien naast de rechtshandhaving aandacht is voor de rechtswaarborgen. Gebeurt dat niet dan kan wel sprake zijn van een ordening, maar niet van een *rechtsorde*.

142. Is het misschien misgegaan bij de Raad van Europa in 1971 omdat rapporteur Enschedé de na invoering in 1962 van de Amerikaanse Model Penal Code geïnitieerde studie uitbracht onder de titel Uniform Europees strafrecht?

143. In het privaatrecht kennelijk wel, zie collega Smits over het Gemeenschappelijk Referentiekader.

144. In het verleden bijv. handel in nucleair materiaal, Dutroux' kinderpornonetwerken, globalistenprotesten bij Europese toppen.

Harmonisatie in het Europese vennootschapsrecht: de politieke economie van economische integratie

Prof. dr. Joseph A. McCahery*

Inhoud

1	<i>Inleiding</i>	157
2	<i>Europese integratie: harmonisatie versus jurisdictionele competitie</i>	160
3	<i>Historische patronen bij het uitvaardigen van EU-wetgeving</i>	164
3.1	Het pre-EU-tijdperk	164
3.2	De Europese 'non-competitie strategie'	166
3.3	Richtlijnen van de eerste en tweede generatie: pogingen tot harmonisatie	169
3.4	Subsidiariteit en evenredigheid	174
3.5	Samenvattende opmerkingen	175
4	<i>Naar beter vennootschapsrecht en Corporate Governance?</i>	177
4.1	Uitdagingen bij de harmonisatie van het vennootschapsrecht van de EU	180
4.1.1	Centros en zijn volgelingen	181
4.1.2	Gevolgen van de jurisprudentie van het HvJ voor de leer van de werkelijke zetel	183
4.2	Obstakels voor rechtsvormconcurrentie in de EU	184
4.2.1	Emigratiebelastingen	185
4.2.2	Andere fricties	186

* Hoogleraar Corporate Governance and Business Innovation, aan de Universiteit van Amsterdam. Mijn dank gaat uit naar John Armour, William Bratton, Merritt Fox, Gerard Hertig en Erik Vermeulen voor hun nuttig commentaar op eerdere versies en naar James Risser voor zijn waardevolle hulp. Ten slotte wil ik graag het Amsterdam Center for Law and Economics en het Nederlandse Ministerie van Economische Zaken bedanken voor hun steun bij het onderzoek.

5	<i>'Arbitrage' in het vennootschapsrecht en jurisdictionele competitie</i>	187
5.1	Inleiding	187
5.2	De Europese vennootschap: de strategie op de proef gesteld?	187
5.3	Competitie tussen jurisdicties (besloten vennootschappen)	192
5.4	Zetelverplaatsingen en de fusierichtlijn	193
5.5	Samenvattend commentaar	195
6	<i>Nieuwe richtingen in de EU-harmonisatie</i>	195
6.1	Keuze uit eindig menu van EU-opties	195
6.1.1	'Opt-out' uit EU-bepalingen	197
6.1.2	'Opt-in' ten gunste van EU-recht	198
7	<i>Conclusie</i>	200
	Referenties	201

1 Inleiding

In Europa wordt nu actief gediscussieerd over de opkomst van jurisdictionele competitie in het Europese vennootschapsrecht. Sommige wetenschappers voorspellen, op basis van de Amerikaanse literatuur over jurisdictionele competitie, dat deze competitie binnenkort een cruciale rol gaat spelen bij de vormgeving van het vennootschapsrecht.¹ Inderdaad vindt er al sinds enige tijd '*regulatory arbitrage*' plaats in Europa. Maar dit wordt hoofdzakelijk gestimuleerd door grensoverschrijdende verschillen in vennootschapsbelasting en concurrentie-initiatieven van lidstaten die binnenlandse investeringen proberen aan te trekken. Deze concurrentie-activiteit, vaak gestimuleerd door belastinghervormingen van de lidstaten, richt zich op de vrijheid van vestiging van holdingmaatschappijen en andere besloten vennootschappen. Voor deze bedrijven is mobiliteit van groot belang en concurrentie-initiatieven van de wet- en regelgevende instanties in de lidstaten beginnen hun gedrag te beïnvloeden. Tegelijkertijd sluiten fiscale en andere nationaalrechtelijke belemmeringen een vrije jurisdictiekeuze voor beursgenoteerde ondernemingen uit. De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (HvJ) en de harmonisatieregels versterken deze barrières.

Kijkend naar het historische patroon bij het ontstaan van het vennootschapsrecht in de Europese Gemeenschap zien wij dat er een tijd was waarin nationale wet- en regelgevers praktisch een monopolie hadden dat op twee pijlers rustte: de leer van de werkelijke zetel waarin bepaald moest worden welk recht van toepassing was en de nationale belastingstelsels. De leer van de werkelijke zetel verhindert de wettelijke erkenning van ondernemingen die hun zetel proberen te verplaatsen naar een lidstaat met een aantrekkelijker vestigingsklimaat, ondernemingen die in Europa nog steeds 'formeel buitenlandse vennootschappen' worden genoemd. Sommige lidstaten volgen de leer van de werkelijke zetel niet. Maar ook in die jurisdicties heeft de nationale wetgever ondernemingen die tot zetelverplaatsing kunnen overgaan beperkt in hun toegang tot andere jurisdicties door hoge emigratiebelastingen op te leggen. De leer van de werkelijke zetel vormt samen met de emigratiebelastingen de basis voor het bestaan van een stabiel, langdurig '*non-competitive equilibrium*' waarbij het vennootschapsrecht van de lidstaten wordt gerespecteerd.

Dit '*equilibrium*' is stabiel gebleven, ondanks de start van de EG. Historisch gezien heeft Brussel de controle van de lidstaten over de wetgevingsagenda voor het eigen vennootschapsrecht beschermd en hun stilzwijgende coöperatieve aanpak gerespecteerd. Wie kijkt naar de ontwikkeling van het vennootschapsrecht van de EU ziet dat men, vanaf het begin van het harmonisatieprogramma in 1957 tot en met de moderniseringspe-

1. Zie Armour, J., Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition, 2005 Current Legal Problems 58, Oxford University Press, 2006.

riode die in 2002 met de 'High Level Group of Company Law Experts' begon, zich ten doel leek te stellen om het recht van vestiging van formeel buitenlandse bedrijven te beperken en barrières tegen de invoering van competitie voor rechtsvormen op te werpen. Deze tendens is versterkt met de komst van de non-interventieaanpak bij het uitvaardigen van EU-wetgeving. De regelgever op federaal niveau wordt nu weerhouden van het verstoren van afspraken tussen belanghebbende partijen op lidstaatsniveau. De EU heeft de lidstaten kortom weerhouden van het ontmantelen van kostbare juridische constructies voor statutaire zetelverplaatsingen en van het nemen van responsieve maatregelen gericht op stimulering daarvan. Zij heeft de introductie van prikkels die het ontstaan van een Europees Delaware bevorderen, beperkt.

Het HvJ heeft het '*equilibrium*' onlangs verstoord met een serie beslissingen waarin de leer van de werkelijke zetel in twijfel wordt getrokken en de vrijheid van vestiging wordt gebruikt als grond voor het elimineren van bepaalde regels. De zaken Centros, Überseering en Inspire Art creëren een opening voor een grensoverschrijdende verplaatsing van het administratieve hoofdkwartier en de migratie van nieuwe bedrijven naar jurisdicties met een aantrekkelijker vestigingsklimaat.² De vraag die naar aanleiding van deze uitspraken rijst, is of ook aan reeds bestaande, beursgenoteerde bedrijven de mogelijkheid van vrije keuze wordt geboden. Dat is wat het zou moeten betekenen wil de EU de in de VS beschikbare vrijheid van vestiging benaderen. Europa heeft echter nog een lange weg te gaan voordat dat punt is bereikt. De kosten die verbonden zijn aan zetelverplaatsingen blijven Europese bedrijven echter immobiel maken. Überseering versterkt bijvoorbeeld het Daily Mail-arrest over belastingheffing op stille reserves. De rechtspraak van het HvJ lijkt nu kritieke fiscale obstakels voor zetelverplaatsingen weg te nemen. Tegelijkertijd verdwijnt door de Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies een aantal van de belangrijkste belemmeringen voor statutaire zetelverplaatsingen.³

Gelet op deze ontwikkelingen rijst er een tweede vraag: of, uitgaande van de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging, Europa de structurele voorwaarden biedt die het ontstaan van een met Delaware te vergelijken jurisdictie ondersteunen. Uiterst stabiele coöperatieve '*equilibria*' kunnen, zoals aan het eind van de 19e eeuw in de VS gebeurde, snel worden afgebroken. In Europa zouden lidstaten die op oncoöperatieve wijze met hun belastingwetgeving spelen dit ook met hun vennootschapsrecht kunnen

2. Zaak C-212/97 Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1459; Zaak C-208/00 Überseering BV v Nordic Construction Co Baumanagement GmbH; Zaak C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.

3. Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, 2005, PB L310, 25 november 2005. Zie ook SEVIC Systems AG v. Amtsgericht Neuwied, C-411/03 d.d. 13 december 2005.

doen. Toch blijven wij sceptisch over de mogelijkheid van het afbrokkelen van het Europese samenwerkingspatroon.

De omstandigheden in de huidige EU lijken op geen enkele wijze op die in de VS toen de competitie voor rechtsvormen daar in 1888 uitbrak. De historisch complexe taalkundige en sociale verschillen in Europa beperken de mogelijkheid van jurisdictionele competitie doordat zij de creatie van een aantrekkelijke pan-Europese serie 'vennootschapsrechtproducten' beletten. Het laat zich bijvoorbeeld moeilijk indenken dat er een gespecialiseerde rechtbank zoals de '*Delaware Chancery*' zal komen die geschillen tussen bestuurders en aandeelhouders in andere lidstaten beslecht.⁴ Bovendien geldt dat er, in tegenstelling tot het negentiende-eeuwse Amerika, geen in het oog springende belangengroep is die een nieuwe aanpak van corporate governance eist en bereid is daarvoor te betalen. Bovendien valt niet te verwachten dat de thuisstaten achterover zullen leunen en passief toekijken hoe de in hun land opgerichte vennootschappen verdwijnen. Dit gebeurde wel in de VS omdat competitie voor rechtsvormen nieuw en onverwacht was en optrad op een tijdstip waarop de thuisstaten verlamd werden door urgente mededingingsrechtelijke kwesties. In de huidige EU weten de lidstaten alles af van deze mogelijkheid en kunnen daardoor hun oneindig herhaalde spel spelen. Het staat buiten kijf dat een aantal tot de kern van de EU behorende lidstaten, zoals Duitsland en Frankrijk, die veel te verliezen hebben wanneer een competitie-uitbraak zich zou voordoen, stappen hebben ondernomen om migratie te voorkomen.

Indedaad brengt het Europese vennootschapsrecht in zijn huidige vorm geen voor de hand liggende marktkansen voor jurisdicties die op zoek zijn naar inkomsten.⁵ De lidstaten komen de bestuurders en controlerende aandeelhouders reeds tegemoet in de vele vennootschapsrechtelijke kwesties die hun belangen raken. Een nieuwe dreiging van potentiële concurrentie zou er slechts toe leiden dat de binnenlandse wetgevers nog responsiever worden en reageren met aanpassingen van hun fiscale en wetgevingsstrategieën om het vertrek van binnenlandse ondernemingen te voorkomen. Tegelijkertijd heeft een klein land dat wel zou willen concurreren geen middelen om 'rents' te innen bij oprichtingen van bedrijven – de Europese Unie beperkt de lidstaten in de heffing van 'franchise taxes'. Zolang dit zo blijft, hebben de lidstaten slechts beperkte mogelijkheden om te concurreren voor vestiging van bedrijven, althans volgens het Amerikaanse model.

Kort gezegd zal zich zonder fundamentele verandering in de politieke, economische en regelgevende wereld geen 'bottom-up' concurrentie-uit-

4. Dammann, J., Freedom of Choice in European Corporation Law, 2004, 29 Yale Journal of International Law 477, p. 497-507.

5. Cheffins, B., Company Law, Theory, Structure and Operation, Oxford University Press, 1997; Kamar, E., Beyond Competition for Incorporations, Georgetown Law Journal (verschijnt in 2006).

braak voordoen zoals dat lang geleden in de VS gebeurde. De nodige veranderingen kunnen natuurlijk worden gestimuleerd door een 'top-down' interventie. Maar het is niet waarschijnlijk dat de EU deze richting zal inslaan. Gelet op de huidige verdeling van opbrengsten en de uitdaging die de tien nieuwe lidstaten vormen, staan de actoren in Brussel niet op het punt om snel een 'uitbarsting' van concurrerende wetgeving in de EU in gang te zetten.

Deel 2 begint met een overzicht van de belangrijkste modellen van economische integratie, die momenteel de dominante denkwijze over de regelgevingsstructuur in de EU vertegenwoordigen. De relatieve verdiensten van de theorie van harmonisatie en jurisdictionele competitie worden kritisch beschouwd. Deel 3 neemt de EU-initiatieven op het gebied van het vennootschapsrecht onder de loep, van het pre-EU-tijdperk tot en met recente pogingen om bij het creëren van wetgeving op het gebied van het vennootschapsrecht een minder dwingendrechtelijke aanpak te introduceren. Deel 4 onderzoekt de activiteiten op het gebied van de hervorming van het vennootschapsrecht die ontplooid zijn in reactie op de in 2002 uitgebrachte rapporten van de 'High Level Group of Company Law Experts'. De Europese wetgevers hebben getracht een groot aantal harde en zachte maatregelen te ontwikkelen die een corporate governance crisis door gebrekkige accountantscontrole proberen te beperken en tegelijkertijd de belangen van minderheidsaandeelhouders, 'stakeholders' en de markt als geheel proberen te beschermen. Ook wordt in deel 4 de rechtspraak besproken van het HvJ die het 'equilibrium' in het vennootschapsrecht heeft verstoord door belemmeringen voor zetelverplaatsingen te reduceren en worden de gevolgen van de vraag van gemobiliseerde bedrijven naar communautair vennootschapsrecht geëvalueerd. In deel 5 wordt het Statuut voor de Europese vennootschap besproken en wordt de vraag beantwoord of het Statuut voldoende impuls zal geven aan jurisdictionele competitie in de EU. Deel 6 stelt de vraag of regeland recht, met verschillende keuzemogelijkheden, de meest effectieve manier is om flexibele en efficiënte regels voor het Europese vennootschapsrecht in de EU te bieden. In dit deel wordt betoogd dat keuzemogelijkheden de kosten voor aanleg van een effectieve juridische infrastructuur, die in de behoeften van de meeste soorten ondernemingen voorziet, kunnen verlagen. Deel 7 bevat de conclusie.

2 Europese integratie: harmonisatie versus jurisdictionele competitie

Inleiding

De vermindering van het aantal obstakels voor de handel en de liberalisering van de financiële markten, het transport en de telecommunicatie hebben de basis gevormd voor toename van de stroom concurrentiemogelijk-

heden tussen jurisdicties.⁶ Naarmate landen overgaan op een meer geliberaliseerde binnenlandse economie, komen vragen naar het nut van concurrentie tussen jurisdicties vaker voor. Met het vooruitzicht van een toenemende kapitaalmobiliteit, wordt het duidelijk dat nationale overheden gedwongen zijn hun economische beleidsfuncties efficiënter uit te voeren, aangezien overheden die voor optimale regelgeving van publieke zaken zorgen meer succes zullen boeken bij de competitie tussen jurisdicties om het aantrekken van mobiele middelen. Het belang om mobiele middelen aan te trekken heeft complete gebieden van het overheidsbeleid gevormd en speelt een doorslaggevende rol voor bedrijven die moeten bepalen waar zij bv een nieuwe fabriek gaan bouwen.⁷ Uit de economische aspecten van competitie tussen jurisdicties volgen argumenten ten gunste van decentralisering. De theorie van de jurisdictionele competitie leert ons dat het bestaan van meer decentralisatie bijdraagt tot het oplossen van veel van de problemen op het gebied van informatie-asymmetrie en tot het verminderen van de kans op 'capture' door regelgeving. Het bevordert tevens de introductie van een serie alternatieve oplossingen voor dergelijke problemen. De economische voordelen van decentralisering hebben politici binnen federale systemen ongetwijfeld een sterk argument in handen gegeven om de dynamiek van de diversiteit te introduceren als tegenwicht voor de vrijheid van handelen van de centrale overheid.⁸

Jurisdictionele competitie is een economische theorie die decentralisatie gelijkstelt aan efficiënte resultaten. De theorie trekt een parallel tussen recht en goederen en poneert vervolgens de stelling dat overheden op lager niveau – lokaal, statelijk of nationaal in tegenstelling tot federaal of supranationaal – bij het maken van wet- en regelgeving moeten concurreren om burgers en productiefactoren. De theorie voorspelt dat dergelijke concurrentiegestuurde regelgeving tegemoet zal komen aan de wensen van de burgers. Die voorspelling heeft een normatieve implicatie voor de juridische en politieke theorie: net zoals prijsconcurrentie de producenten van particuliere goederen ten gunste van consumenten 'disciplineert', zo belooft jurisdictionele competitie de overheid ten gunste van belastingbetalende burgers te 'disciplineren'. Jurisdictionele competitie heeft invloed

6. Zie Bratton, W.W. en McCahery, J.A., *The New Economics of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World*, 1997, 86 *Georgetown Law Journal* 201; Schon, W., *Playing Different Games? Regulatory Competition in Tax and Company Law Compared*, 2005, 42 *Common Market Law Review* 331.
7. Keen, M.J. en Kotsogiannis, C., *Tax Competition in Federations and Welfare Consequences of Decentralization*, 2004, 56 *Journal of Urban Economics* 397.
8. Zie Inman, R.P. en Rubinfeld, D.L., *Rethinking Federalism*, 1997, 11 *Journal of Economic Perspectives* 43; Choi, S.J. en Guzman, A.T., *Choice and Interpretation in Corporate Law*, 2001, 87 *Virginia Law Review* 961; Murphy, D.D., *The Structure of Regulatory Competition, Corporation and Public Policies in a Global Economy*, Oxford University Press, 2004.

doen gelden in een reeks discussies over het federalisme, doorgaans ofwel ter ondersteuning van een evolutionair initiatief ofwel ter bestrijding van een voorstel tot federale interventie. De theorie is afkomstig uit de leer van de overheidseconomie met de publicatie van het Tiebout-model.⁹ De toepassing van theoretische '*arbitrage*' op juridische contexten deed zich al vroeg in de geschiedenis van de rechtseconomie-beweging voor. Omdat de beweging zich uitbreidt, blijven juristen, economen en politicologen in de Verenigde Staten de principes hiervoor toepassen op een veelheid van onderwerpen, van vennootschapsrecht en het bankweten tot milieu- en handelsrecht.¹⁰ Daarbij blijft de ontwikkeling van jurisdictionele competitie in haar thuisdomein nauw verbonden met de studie naar de productie van publieke goederen door nationale en lokale overheden.

Na een vaste plaats te hebben verworven in het Amerikaanse federalisme, breidde jurisdictionele competitie zich uit tot terreinen over de hele wereld en beïnvloedt daardoor ook andere federale en quasi-federale systemen. Het meest opvallend is haar rol in discussies over integratiestrategieën bij de Europese Unie, vooral in het kader van het centralisering-versus-subsidiariteit-debat dat voor veel landen in de EU van groot belang is. Het Verdrag inzake de Europese Unie waarover in 1991 op de Europese Raad van Maastricht overeenstemming werd bereikt, gaat uit van het subsidiariteitsbeginsel op grond waarvan de Gemeenschap uitsluitend moet ingrijpen wanneer zij in een betere positie is om te handelen dan de lidstaten. Toch is een opvallend kenmerk van het Verdrag van Maastricht dat een serie regelgevingsfuncties naar het communautair niveau wordt overgeheveld. Een rechtvaardiging voor dit beleid is dat marktintegratie de coördinatie van het nationale monetaire en fiscale beleid door een gecentraliseerde instelling vereist (Kietzer en von Hagen 2000; Alesina en Spolaore 2003; Bednar et al. 1996).

Het debat na Maastricht heeft geleid tot twee uiteenlopende opvattingen over de optimale allocatie van politieke en economische macht in de EU. Het debat over de juiste verdeling van de macht wordt gevoerd op het gebied van efficiency, billijkheid en verantwoordelijkheid. Het besluit tot centralisatie van het beleid naar federaal niveau wordt primair verdedigd op de grond dat dit de Gemeenschap toelaat om de nadelige effecten over de regio's te verspreiden. Centralisatie, die de vorm aanneemt van de harmonisatie van regels, wordt ook vaak gezien als noodzakelijke voorwaarde

9. Zie Tiebout, C., A Pure Theory of Local Expenditures, 64 *Journal of Political Economy* 416-24.

10. Zie Bratton, W.W., McCahery, J.A., Picciotto, S. en Scott, C., Introduction: Regulatory Competition and Institutional Evolution, in Bratton, W.W., McCahery, J.A., Picciotto, S., and Scott, C. (eds.), *International Regulatory Competition and Coordination: Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, Oxford University Press, 1997.

voor het elimineren van handelsbelemmeringen en concurrentievervalsingen (Inman en Rubinfeld 1997). Gedecentraliseerd beleid daarentegen geeft staten een prikkel om zich te committeren aan efficiency-vergroten-de regelgeving. Subsidiariteit steunt de visie dat economische beleidsvorming moet worden beperkt tot lagere overheidsniveaus, tenzij er geloofwaardige omstandigheden zijn die een centralisatie van de wet- en regelgevende macht nodig maken (Inman en Rubinfeld 1998). Subsidiariteit legt het besef vast dat competitie tussen jurisdicties een tegenwicht biedt voor de drang naar betere integratie op basis van een gecentraliseerde coördinatie van nationale wetten en nationaal beleid (Woolcock 1997).

In de discussie over de vraag of regulering op centraal dan wel op een lager overheidsniveau moet plaatsvinden, baseren voorstanders van het juridisch federalisme zich op de economische theorie van jurisdictionele competitie ter ondersteuning van devolutionaire initiatieven. Voorstanders van deregulering houden vol dat er een nauw verband bestaat tussen decentralisering, concurrentiegedrag en efficiënte resultaten (Romano 1993; 2001). Jurisdictionele competitie vloeit voort uit een krachtige economische theorie die twee algemene stellingen ondersteunt. Ten eerste geven concurrentiekrachten vorm aan een brede serie wet- en regelgevingsresultaten op landelijk en lokaal niveau. Ten tweede leidt concurrentie tot een markt die de uitkomst van de regelgeving in evenwicht brengt met de voorkeuren van 'de burger'.

Er moeten echter twee voorwaarden gelden: – de regelgeving op lager niveau mag geen significante externaliteiten creëren en de grenzen moeten open blijven voor het vrije verkeer van kapitaal en arbeid (Easterbrook 1994). Wanneer aan die voorwaarden wordt voldaan, zal de markt voor regulering op het lagere niveau (indien de centrale overheid de vrijheid laat om te handelen) een 'empirisch antwoord' geven op belangrijke beleidskwesties, aangezien alleen die publieke zaken en regelgevingsrestricties waar burgers bereid zijn voor te betalen, zullen overleven (Weingast 1995). De interventie door de centrale overheid belemmert de werking van de markt en is daardoor in het beste geval onnodig. Meestal leidt dit echter tot onnodige, competitiebelemmerende kosten. Er is een tendens ten gunste van de toekenning van de wet- en regelgevingsbevoegdheid aan eenheden op lagere niveaus.¹¹

11. Zie Romano, R., *The Need for Competition in International Securities Regulation*. 2001, 2 *Theoretical Inquiries in Law* 387.

3 Historische patronen bij het uitvaardigen van EU-wetgeving

3.1 Het pre-EU-tijdperk

Vóór de instelling van de Europese Unie kenmerkte Europa zich als een groep geïsoleerde jurisdicties waarin de binnenlandse wetgevers, ieder handelend op eigen gebied, het sociale welzijn trachtten te vergroten. Inderdaad worden wetgevers volgens traditionele theorieën over recht en maatschappij verondersteld degenen te zijn die rekening houden met het publiek en vaststellen welke regels efficiënt zijn voor verschillende bedrijven, tijden en plaatsen en eventuele inefficiënte regels dienovereenkomstig vervangen. In werkelijkheid zijn er echter vaak rechtsregels en instellingen gekomen en gebleven om andere redenen dan de maximalisatie van welzijn. De toepassing van het concept van *'path dependence'* op het recht toont aan dat rechtsregels zich volgens een historisch pad ontwikkelen en daardoor vastroesten en zich daarom automatisch verzetten tegen veranderingen.¹²

Gesteld wordt dat wetgevers, rechters, beoefenaren van het recht, regelgevingsinstanties, beroepsorganisaties en rechtswetenschappers in een geïsoleerde jurisdictie een elitaire wetgevende groep vormen die verantwoordelijk zijn voor het interpreteren, conserveren en ontwikkelen van het recht.¹³ Hierdoor is conservatisme inherent aan het recht. Ten eerste behandelt de wetgevende elite het recht als iets met een eigen bestaansrecht. In deze visie is het recht grotendeels autonoom en werkt het in zijn eigen domein.¹⁴

Zoals één commentator het formuleerde:

*'de middelen om recht te scheppen, de bronnen van het recht, gaan beschouwd worden als een vaststaand gegeven, als iets dat bijna heilig is, en verandering hierin, zelfs wanneer het duidelijk ernstige gebreken vertoont, is bijzonder moeilijk te realiseren.'*¹⁵

Ten tweede ligt de rechtvaardigheid van het recht in 'het recht zelf'. Wettenmakers, d.w.z. personen die opgeleid zijn in recht en niets anders, zoe-

12. Zie Bebchuk, L. en Roe, A., *Theory of Path Dependency in Corporate Ownership and Governance*, 1999, 96 *Stanford Law Review* 127.

13. Zie McCahery, J. en Picciotto, S., *Creative Lawyering and the Dynamics of Business Regulation*, in Dezalay, Y. en Sugarman, D. (eds), *Professional Competition and Professional Power: Lawyers, Accountants and the Social Construction of Markets*, London, Routledge, 1995.

14. Zie Posner, R.A., *Essays Commemorating the Hundredth Anniversary of the Harvard Law Review: The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 1987, 100 *Harvard Law Review* 762.

15. Zie Watson, A., *The Evolution of Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1985, p. 119.

ken naar een legitimering voor verandering in het recht, waardoor het recht de neiging heeft om terug te kijken. Dit isoleert de ontwikkeling van het recht voor een groot deel tegen sociale en economische verandering en daarom vertoont het recht een belangrijke mate van '*path dependence*'. Dat heeft vaak negatieve externaliteiten tot gevolg.¹⁶

Aldus bezien fungeren wettenmakers die het recht als autonome discipline beschouwen in een geïsoleerde jurisdictie als belangrijke bron van verdedigers van de *status quo*. Zelfs wanneer het wetgevingsproces geen neiging vertoont om verandering in het recht te introduceren, gaan hervormingsgezinde wettenmakers, in hun wankelende pogingen tot imitatie van andere jurisdicties, vaak over tot 'onbewuste' innovatie door onopzettelijk bepaalde onverwachte of onbedoelde unieke kenmerken te realiseren'.¹⁷

Men kan grofweg onderscheid maken tussen conservatieve en innovatieve wettenmakers. Conservatieve wettenmakers maken, gesteund door 'concentrated' belangengroepen, gebruik van bestaande juridische doctrines, beginselen, cultuur en schaalvoordelen ('*increasing returns to scale*') ter bescherming van de *status quo* en ter voorkoming van verandering in het recht. Hervormingsgezinde wettenmakers maken daarentegen traditioneel gebruik van de studie van buitenlandse rechtsregels en instellingen om verandering in het recht voor te stellen om daardoor de heersende elite te doen geloven dat het aangeboden model aan hun verwachtingen voldoet. De ontwikkeling van het recht vindt hierdoor voornamelijk plaats door de transplantatie van rechtsregels.¹⁸

Wanneer het juridisch parochialisme echter sterk is en jurisdicties zich grotendeels verzotten tegen transplantaties – hetgeen vaak het geval is in de westerse wereld, waar jurisdicties hun vooroordeel behouden, overtuigd als zij zijn van de efficiëntie van hun eigen rechtssysteem¹⁹ – ontkennen transplanterende elites meestal dat er een model is geleend en gebruiken zij hun lokale autoriteit om hun mening kracht bij te zetten.²⁰ Aldus zou verandering in het recht in de westerse wereld grotendeels kunnen worden

16. Zie Watson, A., *Comparative Law and Legal Change*, 1978, 37 *Cambridge Law Journal* 313.
17. Zie Alchian, A., *Uncertainty, Evolution, and Economic Theory*, 1950, 58 *Journal of Political Economy* 211.
18. Zie La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., en Vishny, R., *Law and Finance*, 1998, 106 *Journal of Political Economy* 1113.
19. In overgangseconomieën kan de invloed van rechtstransplantaties een brede convergentie van het recht in de jurisdicties te weeg brengen. Zie Pistor, K., Keinan, Y., Kleinheisterkamp, J., en West, M., *Innovation in Corporate Law*, 2003, 31 *Journal of Comparative Economics* 676.
20. Zie Mattei, U., *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, 1994, 14 *International Law and Economics* 3 (die opmerkt dat rechtstransplantaties zeer verborgen fenomenen kunnen zijn).

verklaard uit 'verborgen' transplantaties, die een mengvorm zijn van 'exotische' en inheemse doctrines en beginselen.²¹

De essentie is dat zelfs wanneer veranderingen in de onderliggende sociale en economische omstandigheden een herziening van het recht noodzakelijk maken, het hervormingsproces onderworpen is aan bronnen van '*path dependence*' die het ontstaan van moderne en innovatieve rechtsregels en instellingen belemmeren. Bovendien kan van binnenlandse wettenmakers niet worden verwacht dat zij adequaat reageren op mogelijke veranderingen in het rechtssysteem van de omliggende jurisdicties. Deze aanpak zal echter zeker kunnen veranderen indien de wetgevende macht van een geïsoleerde jurisdictie, geconfronteerd wordend met globale competitie, snelle technologische veranderingen en wijzigende marktomstandigheden, gemotiveerd is om het concurrentievermogen van de 'inheemse' industrie te bevorderen door gunstige regels van ondernemingsrecht te scheppen die de sociale en economische veranderingen weerspiegelen. Het is duidelijk dat dit tot een sterkere en meer concurrerende economie kan leiden. De aanwezigheid van marktgestuurde krachten kan monopolistische wetgevende machten dwingen tot wijziging van hun vennootschapsrecht. Wanneer er echter geen open markt voor de handel in goederen en diensten is en er geen vrij verkeer van productiefactoren is, kan men er niet van uitgaan dat de politieke actoren en wettenmakers bij het uitvaardigen van wetgeving een nieuwe aanpak gaan volgen. Maar wanneer de geïsoleerde jurisdictie onderdeel wordt van een gemeenschappelijke markt, zoals in de Verenigde Staten of de Europese Unie, en de nationale handelsbelemmeringen geleidelijk verdwijnen, kunnen er zeer wel prikkels voor concurrerende wetgeving aan de oppervlakte komen. In het volgende deel wordt de vraag gesteld of de jurisdicties, wanneer de Europese Unie een meer geïntegreerde economie wordt, uiteindelijk toch hun wetgevingsaanpak zullen wijzigen.

3.2 De Europese 'non-competitie strategie'

Bij het Verdrag van Rome (1957) tussen Frankrijk, West-Duitsland, Italië, België, Nederland en Luxemburg werd de gemeenschappelijke Europese markt gecreëerd. Het Verdrag gaf buitenlandse ondernemingen het recht om in een andere lidstaat dochterondernemingen te starten zonder onderworpen te zijn aan meer beperkende bepalingen van het vennootschaps-

21. Zie Hay, J.R., Shleifer, A. en Vishny, R., Towards a Theory of Legal Reform, 1996, 40 European Economic Review 559 (die betoogt dat lenen inefficiënt zou zijn wanneer de buitenlandse rechtsregels en instellingen de bestaande ondernemingspraktijk zouden verstoren).

recht van de gaststaat.²² Destijds prevaleerde de leer van de werkelijke zetel nog. Dit houdt in dat de wetten van de gaststaat worden toegepast wanneer het werkelijke middelpunt van de activiteiten van de onderneming is verplaatst naar de gaststaat. Velen vreesden dat deze leer terrein aan het verliezen was aangezien Nederland deze doctrine kort daarvoor had verlaten. Bovendien zou artikel 293 (ex 220) van het Verdrag,²³ dat lidstaten uitnodigde om met elkaar in onderhandeling te treden over onder meer het Verdrag van Brussel uit 1968 inzake de onderlinge erkenning van vennootschappen, de leer van de werkelijke zetel hebben verlaten ten gunste van de incorporatieleer.²⁴ Niet vergeten mag worden dat de leer van de werkelijke zetel was ontwikkeld als verzet tegen het opportunistische gedrag van geïsoleerde jurisdicties die op drift zijnde bedrijven trachtten te lokken. Gebruik makend van de concepten van de evolutionaire speltheorie zien wij dat België vóór de 20e eeuw een non-coöperatief spel tegen Frankrijk speelde hetgeen Franse managers in staat stelde om de staat van oprichting van hun onderneming te wijzigen. Het dreigende verlies van bedrijven aan buitenlandse jurisdicties vormde een impuls voor de introductie van de leer van de werkelijke zetel in Europa.²⁵

In deze omstandigheden zou het Verdrag de introductie van een markt voor het aantrekken van bedrijven aantoonbaar hebben bevorderd. De reactie hierop was gemengd. De oprichtende lidstaten, zoals Frankrijk en West-Duitsland, die vreesden voor de gevolgen van een uitbraak van een zoge-

22. Zie Leloux, P., *Corporation Law in the United States and in the E.E.C., Some Comments on the Present Situation and the Future Prospects*, 1968, 6 *Common Market Law Review* 133; Buxbaum, R.M. en Hopt, K.J., *Legal Harmonization and the Business Enterprise, Corporate and Capital Market Law Harmonization Policy in Europe and the United States*, Volume 4, Walter de Gruyter, 1988 (waarin wordt uitgelegd dat de door het Verdrag gegarandeerde vrijheid van vestiging het gebruik van de leer van de werkelijke zetel verwerpt).

23. Bij het Verdrag van Amsterdam zijn de verdragsartikelen hernummerd.

24. Art. 293 (ex 220) van het Verdrag luidt als volgt:

‘De lidstaten treden, voorzover nodig, met elkaar in onderhandeling ter verzekering, voor hun onderdanen, van:

...

‘de onderlinge erkenning van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48, de handhaving van de rechtspersoonlijkheid in geval van verplaatsing van de zetel van het ene land naar het andere en de mogelijkheid tot fusie van vennootschappen die onder verschillende nationale wetgevingen ressorteren.’

Tot dusverre is één poging ondernomen om aan de verplichting van art. 293 te voldoen: het Verdrag van Brussel van 1968 inzake de wederzijdse erkenning van vennootschappen. Al in 1956 had de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht een conceptverdrag opgesteld inzake de wederzijdse erkenning van de rechtspersoonlijkheid van vennootschappen. Beide pogingen liepen uit op een mislukking. Zie Rammeloo, S.F.G., *Corporations in Private International Law, A European Perspective*, Oxford University Press, 2001, p. 24-37.

25. Zie Charny, D., *Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the ‘Race to the Bottom’ in the European Communities*, 1991, 32 *Harvard International Law Journal* 423, p. 428.

naamde 'race-to-the-bottom', reageerden in de jaren '60 door de bestaande lidstaten en nieuw toetredende leden te verplichten tot acceptatie van de harmonisatie van hun vennootschapsrecht. Met name Frankrijk maakte zich zorgen dat Nederland, met haar flexibele vennootschapswetgeving, een groot aantal pseudovennoetschappen zou kunnen aantrekken.²⁶ De door de Europese Commissie geprefereerde oplossing voor dit probleem was een 'top-down' harmonisatie van het nationale vennootschapsrecht van de lidstaten. Op grond van deze strategie begonnen de lidstaten een coöperatief spel waarbij de partijen afspraken in ruil voor politieke voordelen of 'rents' te stoppen met opportunisme in ruil voor het lidmaatschap van de Gemeenschap.²⁷ Op basis van deze bespreking is het duidelijk dat een klein aantal lidstaten een politieke afspraak kon regelen die hun binnenlandse nationale aandelenkapitaal beschermde, hetgeen voor deze regeringen zowel fiscale als politieke voordelen opleverde. Natuurlijk woog het gecombineerde effect van deze voordelen zwaarder dan de beloning voor het maken van concurrerende wetgeving.

Tijdens de jaren '70 trad een aantal landen toe tot de EU toe om soortgelijke redenen van politieke stabiliteit en economische integratie. Hoewel de nieuwe leden Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk de incorporatieleer onderschreven,²⁸ hetgeen de mogelijkheid van emigratie van binnenlandse bedrijven had kunnen versterken, was het coöperatieve 'equilibrium' voldoende stabiel om deze tendens te neutraliseren. De coöperatieve overeenkomst kende nog een ander element. De lidstaten stemden alleen toe in de harmonisatie van hun nationale wetten als dit kon worden bereikt zonder de kernelementen van hun vennootschapsrecht te wijzigen.²⁹ Dit bevestigde de verwachting dat de lidstaten ook elkaars autonomie op wetgevingsterrein zouden respecteren.

26. De Europese Commissie riep in de jaren '60 de eerste commissie van deskundigen in het leven om de gevolgen van de verschillen in het beleid van de lidstaten ten aanzien van de vennootschapsbelasting te analyseren. Nederland en Luxemburg, die belang hadden bij het ontwikkelen van hun bloeiende kapitaalmarkten, belemmerden met succes de harmonisatie van de vennootschapsbelasting ter bescherming van hun succesvolle beleid om hun grenzen open te stellen. Zie Holzinger, K., *Tax Competition and Tax Co-operation in the EU: The Case of Savings Taxation*, 2003, EUI Working Paper, RSC nr. 07, European Forum Series.
27. Politieke voordelen werden door de lidstaten waardevoller geacht dan economische voordelen, getuige hun belang bij politieke stabiliteit en economische integratie. Zie Inman, R.P. en Rubinfeld, D.L., *Subsidiarity and the European Union*, in P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3, Macmillan Reference Limited, 1998, p. 548.
28. Volgens de incorporatieleer is de vennootschap niet onderworpen aan het recht van de staat waar het feitelijke middelpunt van de vennootschap is gevestigd, maar aan het recht van de staat van oprichting.
29. Zie Charny, D., *Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the 'Race to the Bottom' in the European Communities*, 1991, 32 *Harvard International Law Journal* 423.

3.3 Richtlijnen van de eerste en tweede generatie: pogingen tot harmonisatie

In de richtlijnen van de eerste generatie werd³⁰ in feite de inhoud van de nationale wetten van de lidstaten opnieuw geformuleerd.³¹ Een rigide en complete 'top-down' harmonisatie stond hoog op de agenda. De verplichte regels, zoals regels voor het minimumkapitaal en openbaarmaking, maakten deel uit van de eerste golf geharmoniseerde regels.³² De serie regels voor het wettelijk verplichte minimumkapitaal leek echter in het belang te zijn van binnenlandse belangengroepen.³³ Mogelijk heeft het zittende managementkader invloed uitgeoefend op de wetgevende macht van de EU om bepalingen te creëren die dividenduitkeringen en de inkoop van aandelen beperkten om zo meer speelruimte te krijgen voor herinvestering van de ondernemingswinst. Ook accountants, die bij de vereiste waardebeoordeling een spilfunctie vervullen, hadden er veel belang bij om de uitkomst van de wetgeving te beïnvloeden.

Met de toetreding van Engeland en andere lidstaten was de tweede golf richtlijnen aantoonbaar flexibeler; zij gaven lidstaten de optie om aan de

30. Zie Villiers, Ch., *European Company Law – Towards Democracy?*, Ashgate Dartmouth, 1998, p. 28-51 (die onderscheid maakt tussen vier generaties richtlijnen: de eerste generatie, waarin de nadruk lag op uniformiteit en prescriptie, de tweede generatie, die een serie opties bood die in wezen de meest toegepaste aanpak in de lidstaten vertegenwoordigden, de derde generatie, die bepaalde kwesties uitdrukkelijk aan de lidstaten overliet en de vierde generatie, die het proces nog een stap verder voerde door slechts een kadermodel vast te stellen).
31. Carney, W.J., *The Political Economy of Competition for Corporate Charters*, 1997, 26 *Journal of Legal Studies* 303, p. 318 (die betoogt dat de richtlijnen van de eerste generatie waarschijnlijk kenmerkend zijn voor de dominante rechtspraktijken in de lidstaten, omdat hun aanname de unanieme goedkeuring van de lidstaten vereiste); Cheffins, B.R., *Company Law: Theory, Structure, and Operation*, Clarendon Press, 1997, p. 448: 'Type-rend is dat de EU niet veel meer heeft gedaan dan het opleggen van een serie maatregelen bovenop de reeds bestaande binnenlandse wet- en regelgeving'; Halbhuber, H., *National Doctrinal Structures and European Company Law*, 2001, 38 *Common Market Law Review* 1385 p. 1406: '... de richtlijnen beogen geen cruciale kwesties te behandelen, zoals goede-trouw verplichtingen, vertrek van minderheidsaandeelhouders, uitstoting en inkoop, overdracht van aandelen, enz.'
32. Tot de richtlijnen van de eerste generatie behoren de Eerste en Tweede Richtlijn betreffende het vennootschapsrecht, Eerste Richtlijn van de Raad [1968] PB Speciale Editie (1) (openbaarmakingsvereisten voor vennootschappen); Tweede Richtlijn van de Raad [1977] PB 26/1 (kapitaalbescherming).
33. Zie Carney, W.J., *The Political Economy of Competition for Corporate Charters*, 1997, 26 *Journal of Legal Studies* 303, p. 324; Enriques, L. en Macey, J.R., *Creditors versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules*, 2001, 86 *Cornell Law Review* 1165, p. 1202-1203.

bepalingen van de richtlijnen te voldoen.³⁴ Gezien de diversiteit van de wettelijke regelingen, waarborgde de optionele aanpak dat de richtlijnen niet in botsing kwamen met de kernelementen van het vennootschapsrecht van de lidstaten en werd de coöperatieve overeenkomst opnieuw gerespecteerd.

De rigide aanpak van de richtlijnen van de eerste en tweede generatie toonde al snel zijn beperkingen. De harmonisatie van belangrijke gebieden van het vennootschapsrecht, zoals de structuur en verantwoordelijkheid van het bestuur, grensoverschrijdende fusies, werknemersvertegenwoordiging en faillissementsprocedures, verliep voorspelbaar traag en ineffectief.³⁵ De fundamentele meningsverschillen tussen de lidstaten over belangrijke kwesties zoals de medezeggenschap van werknemers en de teugenzin van de lidstaten om de geharmoniseerde regels te implementeren³⁶ demonstrenen de moeilijkheden die zich voordoen wanneer de autonomie van het recht van de lidstaten wordt geraakt. Zo spraken de lidstaten regel-

34. Tot de richtlijnen van de tweede generatie behoren de Dode [1978] PB L295/36 en Zevende Richtlijn van de Raad [1982] PB L378/47 betreffende fusies en splitsingen alsmede de Vierde [1978] PB L222/11, Zevende [1983] PB L193/1 en Achtste Richtlijn [1984] PB L126/20 betreffende de jaarrekening en geconsolideerde jaarrekening en de toelating van accountants.

35. Zie Woolcock, S., *Competition among Rules in the Single European Market*, in W.W. Bratton, J.A. McCahery, S. Picciotto, en C. Scott (eds.), *International Regulatory Competition and Coordination, Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, (Oxford University Press, 1997), p. 292. In de woorden van de Commissie (1985:18), niet in referentielijst:

'vertrouwen op een volledig op harmonisatie gebaseerde strategie zou neerkomen op overregulering, een lange implementatieduur vergen, niet flexibel zijn en innovatie in de kiem kunnen smoren.'

36. Zie Wouters, J., *European Company Law: Quo Vadis?*, (2000) 37 *Common Market Law Review* 257, p. 275. De weerstand van Duitsland tegen het implementeren van de Richtlijn van de Raad (EG) 90/605 van 8 november 1990, waarbij de Vierde en Zevende Richtlijn werden uitgebreid tot vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen met een rechtspersoon als beherend vennoot vormt een perfecte illustratie van deze trend. Deze hybride ondernemingsvormen werden oorspronkelijk niet door de Vierde en Zevende Richtlijn bestreken. Zie de Vierde Richtlijn van de Raad [1978] PB L222/11 (enkelvoudige jaarrekening); de Zevende Richtlijn van de Raad [1983] PB L193/1 (geconsolideerde jaarrekening). Hoewel sommige jurisdicties zoals Nederland deze richtlijnen vrijwillig toepasten op hybride 'vehikels met beperkte aansprakelijkheid', stelde de Commissie zich op het standpunt dat het tegen de geest en doelstellingen van de Vierde en Zevende Richtlijn zou indruisen om deze vehikels niet aan de commanditaire regels te onderwerpen. De commanditaire vennootschap met een rechtspersoon als beherend vennoot (GmbH & Co KG) is vooral in Duitsland populair. Hoewel de Duitse regering instemde met een verdere uitbreiding van de richtlijnen na de aankondiging van verdere vrijstellingen voor het MKB door de Europese wetgever, stelde zij de implementatie van het amendement uit. Pas na de uitspraak van het HvJ in de zaak C-272/97, *Commissie v. Duitsland*, wijzigde de Duitse regering de wet conform de amenderende richtlijn. Zie Edwards, V., *EC Company Law*, Clarendon Press, 1999, p. 124.

matig hun veto uit over voorstellen voor richtlijnen op grond van artikel 100 van het EG-verdrag (thans artikel 94), tenzij een politiek aanvaardbare consensus werd bereikt.³⁷

Het was al vroeg duidelijk, gezien de wetgevingstegenslagen bij de richtlijnen van de eerste en tweede generatie, dat de Europese Commissie de meest hardnekkige belemmeringen voor economische integratie niet zou kunnen wegnemen. Terwijl de EU haar harmonisatiestrategie bleef volgen, begonnen beleidsmakers binnen de Commissie een meer onafhankelijke agenda op basis van artikel 308 (ex 235) op te stellen.³⁸ Met het oog hierop introduceerde de EG de Verordening tot instelling van Europese Economische Samenwerkingsverbanden (EESV), die ondernemingen uit verschillende lidstaten in staat stelde gezamenlijk bepaalde activiteiten te ontplooiën zonder dat een fusie of oprichting van een gemeenschappelijke dochteronderneming noodzakelijk was.³⁹ De eerste echt Europese rechtsvorm ontstond omdat men geen afbreuk deed aan nationale doctrines en gebruiken en nauwelijks concurreerde met de nationale rechtsvormen.⁴⁰ In werkelijkheid hebben de beperkte doelstellingen van de EESV en de wijzigingen naar het nationale recht geresulteerd in een tamelijk onpopulaire rechtsvorm.⁴¹

In 1970 stelde de Commissie tevens de invoering van de Europese vennootschap voor.⁴² Deze wettelijke rechtsvorm was bedoeld om in twee of

37. Zie Inman, R.P. en Rubinfeld, D.L., *Subsidiarity and the European Union*, in P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3, Macmillan Reference Limited, 1998, p. 548 (waarin de eerste stappen in de richting van de Economische Unie worden omschreven als 'gedecentraliseerd federalisme').

38. Art. 308 (ex 235) stelt twee voorwaarden voor de eenwording: 1. een optreden van de Gemeenschap moet noodzakelijk blijken; 2. het Verdrag voorziet niet in de daartoe vereiste bevoegdheden. Zie Buxbaum, R.M. en Hopt, K.J., *Legal Harmonization and the Business Enterprise, Corporate and Capital Market Law Harmonization Policy in Europe and the United States*, Volume 4, Walter de Gruyter, 1988, p. 210-212.

39. De EESV zag in 1985 het leven (Verordening (EEG) 2137/85 van de Raad tot instelling van Europese Economische Samenwerkingsverbanden [1985] PB L199/1). De EESV schept een Europees wetgevingskader dat bestaande ondernemingen een gemakkelijk en toegankelijk vehikel voor grensoverschrijdende reorganisaties biedt.

40. Zie Grundmann, S., *Europäisches Handelsrecht - vom Handelsrecht des laissez faire im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung*, 1999, 28 *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 635, p. 645 fn. 36.

41. De EESV is een spiegelbeeld van de Franse 'Groupement d'Intérêt Economique', die in het Franse bedrijfsleven een populaire bedrijfsvorm is gebleken te zijn. De 'Groupement d'Intérêt Economique' blijkt haar bestaan echter te danken aan beperkingen in de Franse vof-rechtsvorm. Zie Lutter, M., *Europäisches Unternehmensrecht, Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung*, Walter de Gruyter, 1996, p. 67 (die betoogt dat uit Duits perspectief de creatie van de EESV een vergissing is). Zie ook Wouters, J., *European Company Law: Quo Vadis?*, 2000, 37 *Common Market Law Review* 257 p. 261.

42. Zie deel 5.2. hierna.

meer lidstaten opererende bedrijven de mogelijkheid te bieden om gebruik te maken van een echt Europese rechtsvorm, inhoudend dat zij hun statutaire zetel van het ene naar het andere land kunnen verplaatsen zonder de vennootschap eerst in de eerste lidstaat te ontbinden en formeel in de andere lidstaat op te richten. Het sterke verzet van de lidstaten tegen de aanneming van deze wetgeving weerspiegelde, tot onlangs nog, hun blijvende voorkeur voor het behoud van hun autonomie op wetgevingsgebied en van hun controle over de kerngebieden van het vennootschapsrecht.⁴³

Aldus bereikten de eerste fasen van het harmonisatieproces, met zijn vergaande aanpak, hun onvermijdelijke dieptepunt met het mislukken van de Vijfde, Negende en Dertiende Richtlijn en moest een nieuwe richting worden ingeslagen om de doelstellingen van de Europese economische integratie te bereiken.⁴⁴

Na het *Cassis de Dijon*-arrest van het Europese Hof van Justitie, en met het Witboek van de Commissie van 1985 zoals aangenomen bij de Resolutie van de Raad uit hetzelfde jaar, probeerde de EU tegemoet te komen aan de roep om meer flexibiliteit.⁴⁵ Minimale harmonisatie en wederzijdse erkenning vormden de zogenaamde 'nieuwe harmonisatieaanpak'.⁴⁶ In het daarop volgende jaar werd met de Europese Akte getracht om mogelijke blokkeringen door veto's op Raadsniveau op te lossen door te voorzien in een consultatieprocedure en stemming met een gekwalificeerde meerder-

43. Bij het begin van de EU begrepen de lidstaten gezien het 'Delaware-effect' in de VS dat de gevolgen van concurrentiedruk nadelig zouden zijn voor eigen, nationale wetgevingsbevoegdheden en namen zij onmiddellijk maatregelen tot het afweren van de (horizontale) dreiging door het creëren van een federaal soort instelling (de Europese Commissie) die de harmonisatie van bepaalde terreinen van het vennootschapsrecht onder de loep nam (zonder de kern te raken). Hoewel de oorspronkelijke wetgevingsstrategie voldeed aan de doelstellingen van de lidstaten, breidde de Europese Commissie haar eigen wetgevingsagenda uit door echt 'Europese' rechtsvormen te ontwikkelen. Naarmate deze (verticale) aanpak de wetgevingsbevoegdheden van de lidstaten beperkte, verdween hun steun voor 'top-down' wetgeving geleidelijk.

44. High Level Group of Company Law Experts, 2002, A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document. Zie ook De Kluiver, H.J., Disparities and Similarities in European and American Company Law: What about Living Apart Together?, in: Wouters, J. en Schneider, H. (eds.), Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in The European Union, Maklu, 1995, p. 300.

45. Zie de zaak 120/78 *Rewe Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* ['Cassis de Dijon'] [1979] HvJ 1979; Europese Commissie (1985) niet in referentielijst.

46. Zie Majone, G., Mutual Recognition In Federal Type Systems, (1993) EUJ discussiestuk SPS Nr. 1, p. 1-3:
'de directe aanleiding voor de invoering van deze nieuwe strategie was het verminderen van de druk op de Commissie bij de harmonisatie van nationale regels.'

heid.⁴⁷ Bij de tweede uitbreiding⁴⁸ nam de EU een nieuw integratiemodel op basis van gecentraliseerd federalisme aan,⁴⁹ dat de Europese Commissie een grotere agendabepalende bevoegdheid gaf. Tussen 1986 en 1992 nam de EU de twee richtlijnen van de derde generatie aan, inzake de openbaar-makingsplicht van bijkantoren en de oprichting van eenpersoonsvennootschappen, die marginaal waren voor de regelingen van het nationale vennootschapsrecht.⁵⁰

Ondanks de grotere flexibiliteit op grond van de 'nieuwe aanpak', blijven de opgelegde eisen tamelijk hoog. Marktregulering blijkt ontoereikend te zijn voor marktontwikkeling. Bij afwezigheid van een solide basis voor legitimiteit blijft de Europese Unie een forum voor lidstaten die enthousiast hun eigen wetgevingsproducten, en daarmee hun eigen regelgevingsbeleid en juridische doctrines, opleggen of verdedigen.⁵¹ De aanpak van de EU blijft onderworpen aan consensus en compromiswetgeving.⁵² Fragmentatie en het ontbreken van een algemeen concept bij Brussel hebben

47. Zie Inman, R.P. en Rubinfeld, D.L., *Subsidiarity and the European Union*, in P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3, Macmillan Reference Limited, 1998, p. 549:

'deels geboren uit frustratie over het langzame tempo van de integratie van de voordelen die dergelijke hervormingen zouden kunnen hebben voor de bestrijding van het afnemende economische fortuin van Europa (ook wel 'Eurosclerosis' genoemd), zetten de tien leden van de Gemeenschap het Compromis van Luxemburg en het gedecentraliseerde federalisme aan de kant en namen zij in 1986 de Europese Akte en een nieuwe institutionele structuur, die het 'gecentraliseerde federalisme' benaderde, aan.'

Zie Streit, M.E. en Mussler, W., *Evolution of the economic constitution of the European Union*, in P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, Macmillan Reference Limited, 1998, p. 104-105.

48. In 1986 traden Spanje, Portugal en Griekenland toe tot de EU.

49. Zie Inman, R.P. en Rubinfeld, D.L., *Subsidiarity and the European Union*, in P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3, Macmillan Reference Limited, 1998, p. 549; Pollack, M.A., *The Engines of European Integration*, Delegation, Agency, and Agenda Setting in the EU, Oxford University Press, 2003.

50. Elfde Richtlijn van de Raad [1989] PB L395/36; Twaalfde Richtlijn van de Raad [1989] PB L395/40.

51. Zie Heritier, A., Knill, C., Mingers, S., *Ringling the Changes in Europe: Regulatory Competition and Redefinition of the State: Britain, France, Germany*, Berlin, De Gruyter, 1996, p. 149. Zie Caruso, D., *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*, 1997, 3 *European Law Journal* 3 (die aanvoert dat de Europese juridische actoren, ingegraven in juridisch formalisme, hardnekkig in de verdediging van de dogmatische coherentie van hun wetten en niet bereid tot bespreking van de politieke merites van hun gecombineerde beleid, erin slagen om het proces van de integratie van het privaatrecht te vertragen en soms zelfs tot stilstand te brengen; Halbhauer, H., *National Doctrinal Structures and European Company Law*, 2001, 38 *Common Market Law Review* 1385, p. 1409-1411 (die betoogt dat de nationale dogmatische structuren een belangrijke rol blijken te spelen bij de vorming van het Duitse begrip van de Europese vennootschapsrechtmaterialen).

52. Zie Scharpf, F., *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, Oxford University Press, 1999.

hooguit een *best-case scenario* tot gevolg. Het harmonisatieproces kan niet alleen op efficiencygronden worden verklaard, maar moet worden gezien als reactie op de druk die wordt uitgeoefend door verschillende belangengroepen die het bestaande wettelijke kader willen beschermen en het maken van concurrerende wetgeving willen blokkeren.⁵³

3.4 Subsidiariteit en evenredigheid

Een nieuwe fase in de ontwikkeling van het federalisme werd gekenmerkt door de ontwikkeling van het subsidiariteitsbeginsel, dat de lidstaten in 1992 in het Verdrag van Maastricht inzake de Europese Unie omarmden.⁵⁴ Voor gebieden die niet onder de exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie vallen⁵⁵, lokaliseert het in artikel 5 van het verdrag neergelegde subsidiariteitsbeginsel de bevoegdheid op EU-niveau of op lidstaatsniveau. In plaats van de bevoegdheden van de Unie en de lidstaten op te sommen, voorziet het subsidiariteitsbeginsel in een efficiencytoets om bevoegdheden vast te stellen en, nog belangrijker, om de uitvoerende macht van de Commissie te beperken.⁵⁶ Onlangs heeft de Commissie echter gereageerd

53. Zie Carney, W.J., *The Political Economy of Competition for Corporate Charters*, 1997, 26 *Journal of Legal Studies* 303, p. 317 en 329.

54. Naast een beperking van de rol van de Commissie via het subsidiariteitsbeginsel, heeft het Verdrag van Maastricht ook de medebeslissingsprocedure geïntroduceerd. Als gevolg lijkt de besluitvormingsstructuur van de Europese Unie sterk op de constitutionele vorm van *democratisch federalisme* waarbij het centrale overheidsbeleid wordt afgesproken door een gewone moederheid van de gekozen vertegenwoordigers van de regeringen op lager niveau. Zie Inman en Rubinfeld, 1997: 50-53, niet op de referentie-lijst; Inman, R.P. en Rubinfeld, D.L., *Subsidiarity and the European Union*, in P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3, Macmillan Reference Limited, 1998, p. 550.

55. Voor gebieden die niet onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie vallen, geldt de evenredigheidstoets. Art. 5 lid 3 van het Verdrag bepaalt: 'het optreden van de Gemeenschap gaat niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van dit Verdrag te verwezenlijken'.

56. Eerst moet worden bepaald of er op grond van het verdrag een bevoegdheid is om op te treden. Het subsidiariteitsbeginsel bepaalt vervolgens of en hoe de Gemeenschap kan optreden. Aangetoond moet worden dat de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt. Die bevinding moet vervolgens de verdere conclusie rechtvaardigen dat de doelstelling gelet op de maatregel beter op communautair niveau kan worden bereikt. Ten slotte moet worden voldaan aan de evenredigheidstoets zoals neergelegd in lid 3 van art. 5. Zie Micklitz, H.W. en Weatherill, S., *European Economic Law*, Ashgate Dartmouth, 1997, p. 16. Zie ook Bermann, G.A., *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, 1994, 94 *Columbia Law Review* 331, p. 334:

'de klaarlijkkelijke bedoeling van de opstellers was om de bevolking van de lidstaten, en deelgemeenschappen binnen die bevolking, gerust te stellen dat de ogenschijnlijk onstuitbare opmars van de Gemeenschap naar een grotere juridische en politieke integratie hun legitieme recht op de democratisering van zelfbestuur en culturele diversiteit niet onnodig onder de voet zou lopen.'

door een nieuwe aanpak voor governance en regulering op EU-niveau voor te stellen die het subsidiariteitsbeginsel weliswaar zou verstevigen, maar tegelijkertijd de rol van de Europese Commissie als drijvende politieke kracht zou versterken.⁵⁷

De Europese Commissie heeft, voortbouwend op de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, een nieuw type richtlijn geïntroduceerd, die gebaseerd is op algemene beginselen. Ondanks de verdere flexibilisering van richtlijnen (waarbij men van het stellen van bepaalde minimumeisen is overgestapt op een kadermodel voor richtlijnen), bleef het uitvaardigen van richtlijnen veel lijken op spitsroeden lopen.⁵⁸ Zo illustreert de mislukking in 2001 van de Dertiende Richtlijn betreffende overnames het diep gewortelde conflict tussen sommige lidstaten over de richting en het tempo van de richtlijnen.⁵⁹

Op nationaal niveau zijn er opvallend weinig prikkels voor wetgevers om de opzet van regelgeving te veranderen of inefficiënte regels te hervormen vanwege inertie van de wetgevende macht en speciale belangengroepen.⁶⁰ Heel algemeen geldt dat de verschillen in de normatieve regelingen van de continentale systemen enerzijds en de 'common-law' systemen anderzijds een gedeeltelijke verklaring vormen voor het diep gewortelde conflict tussen de lidstaten over de richting en het tempo van het harmonisatieprogramma. Deze inzichten bieden belangrijke aanwijzingen voor het antwoord op de vraag waarom slechts een relatief klein aantal van de initiatieven op EU-niveau zijn verwelkomd als doorbraken op vennootschapsrechtgebied.

3.5 Samenvattende opmerkingen

Het harmonisatieprogramma van de EG zoals het nu wordt ontvouwd, is een kostbaar en gecompliceerd proces dat geleid heeft tot een omslachtige

57. Zie Cygan, A., *The White Paper on European Governance Have Glasnost and Perestroika Finally Arrived to the European Union?*, 2002, 65 *Modern Law Review* 229, p. 240:

[‘de belangrijkste kritiek op de inhoud van het Witboek is dat dit het institutionele eigenbelang van de Commissie bevordert ten koste van de substantieve ongerustheid van veel EU-inwoners’.]

58. Zie Deakin, S., *Regulatory Competition Versus Harmonization in European Company Law*, in D.C. Esty en D. Geradin (eds.), *Regulatory Competition and Economic Integration*, Clarendon Press, 2001, p. 192-195.

59. Zie Forstinger, C.M., *Takeover Law in EU & USA, A Comparative Analysis*, Kluwer Law International, 2002, p. 34; McCahery, J.A., en Renneboog, L., *The Economics of the Proposed Takeover Directive*, Centre for European Policy Studies Research Report in Finance and Banking, 2003, No. 32, p. 46-51.

60. Machtige insiders die persoonlijke voordelen ontlenen aan controlerende aandelenpakketten en *non-stakeholder* belangen hebben weinig prikkels om de nationale corporate governance regimes ten gunste van de aandeelhouders te beïnvloeden. Zie b.v. Roe, M., *Rents and Their Corporate Law Consequences*, 2001, 53 *Stanford Law Review* 1463.

lappendeken van verplichte regels met betrekking tot financiële verslaggeving, instandhouding van kapitaal, openbaarmakingsvoorschriften, binnenlandse fusies en splitsingen, de oprichting van vennootschappen en effectenregelgeving. Het harmonisatieprogramma vertoont grote leemten. De grote meerderheid van de harmonisatiemaatregelen betreft de bescherming van crediteuren en, in mindere mate, de aandeelhouders van beursgenoteerde bedrijven. Aangezien het aantal en de verscheidenheid van de ondernemingen die de rechtsvorm van een naamloze vennootschap gebruiken sterk verschilt per lidstaat, verschilt ook het effect van de richtlijnen dienovereenkomstig.⁶¹ Deze leemten en verstoringen zijn terug te voeren tot fundamentele meningsverschillen op basis van historische en normatieve kenmerken tussen de lidstaten over belangrijke kwesties,⁶² zoals de medezeggenschap van werknemers, het subsidiariteitsbeginsel met zijn presumptie ten gunste van gedecentraliseerde regulering, en de tegenzin van lidstaten tegen het implementeren van de geharmoniseerde regels. Op nationaal niveau zijn er opvallend weinig prikkels voor wetgevers om de opzet van de regelgeving te veranderen of inefficiënte regels te hervormen vanwege de inertie van de wetgevende macht en speciale belangengroepen. Heel algemeen geldt dat de verschillen in de normatieve regelingen tussen de continentale systemen enerzijds en de *common-law* systemen anderzijds een gedeeltelijke verklaring vormen voor het diep gewortelde conflict tussen de lidstaten over de richting en het tempo van het harmonisatieprogramma. Deze inzichten bieden belangrijke aanwijzingen voor het antwoord op de vraag waarom slechts een relatief klein aantal van de initiatieven op EU-niveau zijn verwelkomd als belangrijke doorbraken op het gebied van het vennootschapsrecht.

Naar mijn oordeel hebben de gevolgen van de harmonisatie het ontstaan van mobiliteitsvergroten- de wetgeving, die een grotere mate van marktharmonisatie had kunnen bevorderen, beperkt. Geharmoniseerde regels kunnen vaak leiden tot complexiteit, die de vraag naar responsieve wetgeving die de grenzen van de lidstaten overschrijdt tempert: de vraag is zo divers dat geen enkel *one-size-fits-all* wetgevingspakket hieraan kan voldoen. De harmonisatie van de EU zelf remt de reikwijdte van de diversiteit tussen de

61. Zie Edwards (1999: 12-13:

'Het Verenigd Koninkrijk en Duitsland hebben bijvoorbeeld relatief veel minder naamloze dan besloten vennootschappen, terwijl in Frankrijk en Italië daarentegen veel kleine ondernemingen de rechtsvorm van een naamloze vennootschap gebruiken. Eenzelfde punt doet zich voor wat betreft het gebruik van de vennootschapsvorm in het algemeen: omdat men in het Verenigd Koninkrijk eenvoudig en snel een vennootschap kan oprichten, hebben veel kleine ondernemingen de rechtsvorm van een vennootschap, terwijl zij op het continent hun onderneming eerder als eenmanszaak of kleine vennootschap onder firma zouden uitoefenen.

62. Zie b.v. Villiers (1998: 171-175) (die een aantal mogelijke redenen geeft voor de moeilijkheden bij het harmonisatieprogramma, zoals culturele en structurele verschillen).

lidstaten af en vermindert zo de '*salience*' van vrije keuze. De EU-richtlijnen op het gebied van het vennootschapsrecht hebben het materiële vennootschapsrecht van de lidstaten een verplicht en versteend karakter gegeven. Inderdaad heeft het harmonisatieprogramma de innovatie in het vennootschapsrecht over het algemeen in de kiem gesmoord. Hoewel het harmonisatieproces voornamelijk geldt voor naamloze vennootschappen, hebben zowel de Europese wetgever als de nationale wetgevers de reikwijdte van de richtlijnen bij de invoering van beleidshervormingen uitgebreid tot andere rechtsvormen met beperkte aansprakelijkheid. De oplegging van verplichte regels – zonder de mogelijkheid van '*opting-out*' – vergroot feitelijk het voorkomen van suboptimale standaardisering en creëert juridische en institutionele belemmeringen voor vrije keus. Deze '*petrification externality*' beperkt de kans op verandering van de kernelementen van het vennootschapsrecht in Europa. Zelfs wanneer een lidstaat wil overgaan tot deregulering in reactie op de binnenlandse vraag, zou elk initiatief ernstig kunnen worden belemmerd door de mogelijkheid van ondermijning van de richtlijnen.

Het feit dat dergelijke problemen bestaan is niet echt nieuw. Hoc kan de EU toch vooruitgang boeken? De sleutel ligt in het bereiken van een beter evenwicht tussen flexibiliteit en wettelijke regulering dat het maatschappelijke welzijn vergroot en ontvankelijk is voor de investeringomgeving. Hiervoor moeten inspanningen worden ondernomen om de kosten en baten van de wet- en regelgeving aan de orde te stellen en een goede aansluiting op de lokale nationale systemen van vennootschapsrecht te waarborgen.

4 Naar beter vennootschapsrecht en Corporate Governance?

Het is zeker dat de door de EU genomen stappen ter bevordering van de modernisering van de corporate governance codes op nationaal niveau het concurrentievermogen van bedrijven en het vertrouwen in hun management aantoonbaar heeft vergroot. Het nuttige van corporate governance codes is bedrijven en andere '*stakeholders*' een serie flexibele beginselen te bieden die de '*best practice*' vormen en daarmee bijdragen tot vermindering van opportunisme en verbetering van de performance van bedrijven. Deze codes hebben een groot aantal voordelen. De '*bar associations*' en andere particuliere belangengroepen kunnen uit eigen middelen putten wanneer zij aan de opstelling van de codes deelnemen. Hoewel er hoge kosten verbonden zijn aan deelname aan een project tot verbetering van de corporate governance, hechten mensen er over het algemeen veel waarde aan deel uit te maken van hervormingscommissies, mede vanwege de reputatievoordelen.

Vergeleken met een formele wet zijn corporate governance codes een soort wettelijk product. Deze codes worden voor een groot deel opgesteld

door onpartijdige wettenmakers en deskundigen, voor wie het voornamelijk gaat om reputatievoordelen en het actualiseren van hun juridische kennis. Er is een grotere kans dat de opstelling van de code, die plaatsvindt op basis van technische input van deskundigen in plaats van belangengroepen, een coherente serie regels oplevert die eventueel opportunistisch gedrag van meerderheidsaandeelhouders op lange termijn kan verminderen. De uitvaardiging van formele wetgeving daarentegen, die afhankelijk is van het bereiken van inhoudelijke compromissen door politiek georiënteerde beleidsmakers, is meer geënt op een politiek besluitvormingsmodel. De geproduceerde rechtsregels hebben hierdoor de neiging om de onder invloed van belangengroeperingen totstandgekomen compromissen globaal te weerspiegelen. Een feit is dat de opstellers van corporate governance codes vaak gemotiveerd worden door reputatie-overwegingen en dat zij minder geneigd zijn om waardeverlagende regels te maken. Verder vergemakkelijken corporate governance codes de optimale productie van *best practice* beginselen die enerzijds voorzien in de behoeften van verschillende ondernemingen en anderzijds normen introduceren die de steeds veranderende behoeften van de omgeving waarin bedrijven opereren weerspiegelen. Over het algemeen zullen de codes de effecten van 'lock-in' veroudering beperken omdat de corporate governance-groepen en commissies de codes voortdurend blijven herzien in het licht van de veranderende marktomstandigheden.

Aangezien het succes van corporate governance codes echter afhankelijk is van de ongewijzigde aannahme ervan door bedrijven, hebben hervormingscommissies weinig behoefte radicale veranderingen door te voeren die waarschijnlijk toch niet worden overgenomen door bedrijven. Commissieleden zullen dus vaak de strategie volgen om uit de verschillende ondernemingspraktijken de gemeenschappelijke noemer te distilleren en controversiële onderwerpen laten liggen. Nu corporate governance commissies druk uitoefenen op bedrijven om de beginselen over te nemen, hebben belangengroepen sterke drijfveren om te lobbyen bij de hervormingscommissies. Belangengroepen lopen het risico dat ze opgezadeld worden met een voor hen ongunstige corporate governance code. De 'stickiness' van de afgekondigde corporate governance beginselen versterkt hun drijfveren. Wanneer belangengroepen dus succesvol zijn in hun beïnvloedingsactiviteiten, kunnen hun inspanningen verstrekkende gevolgen hebben.

Dit geldt met name voor corporate governance codes, actualisering en verbeteringen die een hoge mate van flexibiliteit bieden door de regel 'comply or explain' te volgen. Gesteld wordt dat bedrijven over het algemeen liever clichématige en gestandaardiseerde bepalingen van een code overnemen en naleven dan dat zij uitleggen – ook al zou dat beter zijn – waarom zij van de code afwijken. In feite kan betoogd worden dat de 'comply or explain' benadering in grote mate bijdraagt tot het 'lock-in' effect van de regels en de normen van de corporate governance. Deze inflexibili-

teit resulteert vaak in inefficiëntie omdat de bepalingen en mechanismen van de codes niet reageren op veranderingen in de onderliggende sociale en economische omstandigheden. In deze visie kunnen pogingen tot het vaststellen van gedetailleerde codes met *'best practices'* een kostbaar en *'sticky'* mechanisme met zich meebrengen. Een corporate governance code transformeert tot niets meer dan blauwdrukken voor *box-tickers*.

Naast de corporate governance codes is er hard gewerkt aan de herziening en uitwerking van een serie beleidsplannen voor juridische hervorming in de EU. In het Actieplan wordt na de aanbevelingen van de High Level Group een serie maatregelen voorgesteld die de harmonisatie van het vennootschapsrecht van de EU een nieuwe, ambitieuze impuls moet geven. Wat betreft de agenda heeft de EU het volgende voorgesteld: 1) het vaststellen van gemeenschappelijke regels en mechanismen ter vereenvoudiging van de vrijheid van vestiging en grensoverschrijdende reorganisaties; 2) het kweken van het vertrouwen van beleggers in de effectenmarkten door meer dynamische markten te faciliteren om aldus de integratie van de kapitaalmarkten te verwezenlijken; 3) het bevorderen van het gebruik van moderne informatie- en communicatiemogelijkheden bij ondernemingszaken om zo de voordelen van de moderne technologieën te optimaliseren; 4) het bevorderen van een op beginselen gebaseerde aanpak bij het streven naar rechtszekerheid in intracommunautaire activiteiten in het licht van de uitbreiding; en 5) het herstellen van het vertrouwen van beleggers en het disciplineren van managers na de *'corporate fall-outs'* door het opleggen van een grotere transparantie en meer aandeelhoudersinvloed in het corporate governance proces. Dit om een herhaling van bepaalde recente gebeurtenissen te voorkomen.

Meer in het bijzonder hebben de EU beleidsmakers betoogd dat het hervormingsproces moet worden geleid door twee belangrijke beleidsdoelstellingen: 1) het versterken van de rechten van aandeelhouders en het verbeteren van de bescherming van derden; en 2) het bevorderen van de efficiëntie en het concurrentievermogen van bedrijven. De EG-beleidsmakers betogen met name:

'goed vennootschapsrecht en goede praktijken op het gebied van corporate governance in de gehele EU zullen de reële economie ten goede komen:

Een doeltreffende aanpak zal de totale efficiëntie en het concurrentievermogen van bedrijven in de EU verbeteren.

Een doeltreffende aanpak zal ertoe bijdragen dat de rechten van aandeelhouders en de bescherming van derden worden versterkt. Met name zal een dergelijke aanpak helpen om het vertrouwen van de Europese beleggers te herstellen na de golf van recente corporate governance-schandalen.'

Volgens de Mededeling moet een dergelijke interventie de beginselen van *subsidiariteit en evenredigheid* en de bestaande verschillen in aanpak tussen de lidstaten volledig respecteren. Bovendien dient een dergelijke interventie *flexibel toegepast te kunnen worden, maar op solide beginselen berusten*.

Bij het nastreven van de beleidsdoelstellingen maakt de Mededeling onderscheid tussen maatregelen op korte en op lange termijn. Voor een aantal hervormingen wordt voorgesteld om eerst verdere studies te verrichten. De prioriteiten voor het corporate governance beleid op de korte termijn liggen op het gebied van betere informatieverstrekking, een geïntegreerd wettelijk kader voor aandeelhouderscommunicatie en -besluitvorming, versterking van de rol van onafhankelijke, 'non-executive' bestuurders, het bevorderen van een vast concept voor bestuurdersbeloningen, het bevestigen van een collectieve verantwoordelijkheid voor bestuurders op EU-niveau en het instellen van een Europees Corporate Governance Forum.

Tot de initiatieven op de middellange termijn behoren een betere verstrekking van informatie door institutionele beleggers over het beleggings- en stembeleid, de keuze voor alle beursgenoteerde bedrijven tussen een monistische en een dualistische bestuursstructuur, vergroting van de verantwoordelijkheid van bestuursleden (speciaal recht van onderzoek, regels inzake onrechtmatig optreden ('*wrongful trading*'), verbod op het uitoefenen van de bestuurdersfunctie) en een studie van een aanpak gericht op de verwezenlijking van volledige aandeelhoudersdemocratie (één aandeel/één stem), in elk geval voor beursgenoteerde bedrijven.

Voor de meeste maatregelen stelt de EG volledig bindende regulering door middel van richtlijnen voor. Het valt redelijkerwijs te verwachten dat het nieuwe regelgevingkader flexibel zal worden gehouden om te kunnen inspelen op de grote verscheidenheid aan bedrijven en systemen van vennootschapsrecht in de EU. De nadruk op het toegenomen gebruik van aanbevelingen door de High Level Group kan een coherent fundament voor hervorming bieden. Tegelijkertijd kan het vertrouwen in zelfreguleringsmaatregelen het hervormingsproces bespoedigen, terwijl rekening wordt gehouden met dynamische veranderingen op de markt. Vanuit dit perspectief zou de EU een bepaald niveau van coördinatie tussen de lidstaten moeten waarborgen en het bieden van bepaalde minimumnormen mogelijk moeten maken. Hoe dan ook, een uitsluitende concentratie op richtlijnen en andere 'harde' rechtsmaatregelen in plaats van op flexibiliteit en besluitvorming op nationaal niveau gaat aantoonbaar voorbij aan de belangrijkste beleidskwesties voor bedrijven in de komende jaren.

4.1 Uitdagingen bij de harmonisatie van het vennootschapsrecht van de EU

In de afgelopen jaren is de speculatie over competitie op het gebied van het vennootschapsrecht aangewakkerd door enerzijds de blokkering van wet-

geving uit het harmonisatieprogramma voor het vennootschapsrecht en anderzijds nieuwe besluiten van het HvJ inzake de vrijheid van vestiging van buitenlandse ondernemingen en de onderlinge erkenning van vennootschappen door de lidstaten. Een aantal rechtswetenschappers en economen interpreteert de beslissingen van het HvJ als verwerping van de leer van de werkelijke zetel en suggereert dat de daaruit voortvloeiende vergroting van mobiliteit van bedrijven de ontwikkeling van een EU-markt voor incorporaties van bedrijven mogelijk maakt. Wij zijn het hier slechts gedeeltelijk mee eens. De recente uitspraken van het HvJ in *Centros*, *Überseeing* en *Inspire Art* scheppen inderdaad de mogelijkheid dat lidstaten die er baat bij hebben kunnen concurreren in het aanbod van flexibele rechtsvormen voor besloten vennootschappen. De besluiten kunnen dus de introductie van 'competitive lawmaking' in de EU in de nabije toekomst stimuleren. Maar zij scheppen geen basis voor het creëren van een op Amerikaanse leest geschoeide competitie voor rechtsvormen. Hierna zullen wij bekijken welke gevolgen deze zaken hebben voor de jurisdictionele competitie.

4.1.1 *Centros* en zijn volgelingen

In de *Daily Mail*-zaak overwoog het HvJ dat het recht op verplaatsing van de werkelijke zetel van een onderneming naar een andere lidstaat dan die waarin de onderneming was opgericht niet wordt beschermd door artikel 43 (ex 52) van het Verdrag. Het Hof beperkte het recht van primaire vestiging van bedrijven, waarbij hen de mogelijkheid werd ontzegd om het door hen geprefereerde regime van vennootschapsrecht te kiezen. De grond hiervoor was dat er geen overeenstemming was bereikt over de onderlinge erkenning van vennootschappen in de zin van artikel 293 (ex 220).

In het daaropvolgende arrest van het HvJ in de zaak *Centros* werd de *Daily Mail*-zaak niet uitdrukkelijk weersproken, zelfs niet toen het HvJ van de gelegenheid gebruik maakte zichzelf op te werpen als actieve deelnemer in het beleid voor het vennootschapsrecht en de mobiliteit van bedrijven bepleitte. *Centros* richtte zich uitsluitend op de 'secundaire vestiging' van een filiaal door een Engelse 'private company' in Denemarken. 'Secundaire vestiging' verwijst naar het oprichten van agentschappen, filialen of dochterondernemingen. Aangezien Denemarken de incorporatieler aanhangt, bestond er wat betreft de primaire vestiging van het bedrijf – de juridische status als vennootschap – voor de Deense rechter geen twijfel. Het Hof verbreedde het begrip 'filiaal', waardoor het verschil tussen een primaire en een secundaire vestiging tot een minimum werd beperkt en besloot dat de Deense weigering tot registratie van een onderneming, die alleen als besloten vennootschap in het Verenigd Koninkrijk was opgericht ter ontwijking van de toepassing van de Deense minimumkapitaalvereisten, in strijd met het Verdrag was. De minimumnormen van de ene lidstaat werden aldus gelijkgesteld aan die van een andere lidstaat.

Centros introduceert daarmee het beginsel van de onderlinge erkenning in het vennootschapsrecht. Wat betreft toekomstige gevallen waarin een lidstaat hogere minimumeisen stelt, dienen deze maatregelen volgens het HvJ proportioneel en niet-discriminatoir te zijn. Centros opent aldus alle mogelijkheden voor het beginsel van onderlinge erkenning. De ervaring binnen de Europese Unie leert dat vanwege het ontbreken van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten het beginsel van onderlinge erkenning alleen werkt als overeenstemming bestaat over wat de minimumnormen zijn om de belangen van 'stakeholders' te beschermen. Het valt nog te bezien welke daarvan proportioneel en niet-discriminatoir blijken te zijn.

In Centros werd de leer van de werkelijke zetel niet uitdrukkelijk in strijd met het communautaire recht verklaard. Toch heeft het belangrijke implicaties voor de migratie van ondernemingen. De Engelse vennootschap in deze zaak was opgericht door Denen die de werkelijke zetel van de vennootschap na de oprichting naar Denemarken verplaatsten en die op geen enkel moment de intentie hadden om in het Verenigd Koninkrijk activiteiten te verrichten. Uit deze zaak blijkt dat bedrijven hun zetels kunnen verplaatsen naar landen waar interne processen en wettelijke regels zijn die kostenverlagend werken, ongeacht waar de bedrijfsmiddelen, werknemers en beleggers zich bevinden.

In Überseering en Inspire Art ging het HvJ verder op de in Centros ingeslagen weg. Überseering breidt Centros uit door de visie te formuleren dat bedrijven op grond van artikelen 43 en 48 van het Verdrag recht hebben op vrijheid van vestiging en onderlinge erkenning. Het HvJ verwierp de Duitse uitspraak op grond waarvan een Nederlandse vennootschap de status van rechtspersoon, en daarmee het recht om voor de Duitse rechter een procedure aanhangig te maken, werd ontzegd. Het HvJ stelde zich op het standpunt dat nu de lidstaten de onderhandelingen over de onderlinge erkenning van vennootschappen op grond van artikel 293 hadden uitgesteld, de weigering aan de Nederlandse vennootschap om een juridische procedure te starten in strijd was met artikelen 43 en 48 van het Verdrag. Net als in Centros werd de weigering tot erkenning van de vennootschappelijke status van een onderneming beschouwd als buitenproportionele sanctie voor de enkele verplaatsing van de werkelijke zetel.

Überseering eist dus de erkenning van de rechtspersoonlijkheid en de status van een onderneming in een rechtszaak van de EU op. Na de uitspraak in deze zaak deed zich de nog onbeantwoorde vraag voor in welke mate het nationale recht kan worden toegepast op zogenaamde pseudo-buitenlandse vennootschappen op andere gebieden. De vraag werd beantwoord in de Inspire Art-zaak, waarin de regel van erkenning en status werd uitgebreid naar de toepassing van het gehele systeem van vennootschapsrecht van een lidstaat.

In Inspire Art ging het om een naar Engels recht opgerichte besloten vennootschap die statutair gevestigd was te Folkestone. Haar enige aandeel-

houder en bestuurder had zijn woonplaats echter in Nederland. Er werd geen onderneming uitgeoefend in het VK. De enige reden om de vennootschap naar Engels recht op te richten was de strenge regels van het Nederlandse vennootschapsrecht te omzeilen en te profiteren van de liberale regels van het Engelse vennootschapsrecht. In het Handelsregister van de Kamer van Koophandel in Amsterdam werd een filiaal van de vennootschap ingeschreven. Inspire Art weigerde zich echter te laten registreren als 'formeel buitenlandse vennootschap' en voldeed daarmee niet aan een van de verplichtingen die het Nederlandse vennootschapsrecht aan buitenlandse vennootschappen oplegt. De zaak voor het HvJ betrof twee vragen: (1) beletten artikelen 43 en 48 Nederland om aanvullende eisen, zoals die welke te vinden zijn in artikelen 2-5 van de Nederlandse Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (hierna 'WFBV'), te stellen?, en (2) indien vastgesteld wordt dat die bepalingen in strijd met het Europese recht zijn: moet artikel 46 dan zodanig worden uitgelegd dat artikelen 43 en 48 Nederland niet beletten om haar wettelijke regels toe te passen op grond van de bescherming van crediteuren? Het HvJ oordeelde dat het openbaar-makingsvoorschrift van artikel 1 van de Nederlandse WFBV in strijd was met de Elfde Richtlijn en dat het stellen van aanvullende vereisten, zoals regels voor het minimumkapitaal en de toevoeging van een achtervoegsel aan de naam van een vennootschap ter aanduiding van de status van formeel buitenlandse vennootschap, in strijd was met de in het Verdrag neergelegde vrijheid van vestiging. De uitspraak impliceert dat de WFBV niet in zijn huidige vorm kan blijven bestaan en andere lidstaten moeten volgen. Ook zij moeten wetten die in strijd met de vrijheid van vestiging zijn aanpassen.

4.1.2 Gevolgen van de jurisprudentie van het HvJ voor de leer van de werkelijke zetel

Het introduceren van jurisdictionele competitie was duidelijk niet de bedoeling van de interventie van het HvJ in Centros. Toch gaf het arrest de aanzet tot nieuwe discussies over '*regulatory arbitrage*' in Europa, omdat het twee belangrijke randvoorwaarden voor competitie vaststelde, namelijk verplichte onderlinge erkenning en een nieuwe beoordeling van de minimumeisen.⁶³ Hoewel er in Centros strikt genomen geen sprake was van een 'werkelijke zetel context', kan men de uitspraak van het Hof zodanig uitleggen dat dit impliceert dat de oprichting in de ene lidstaat niet in een

63. Aldus gezien is Centros een verdere variatie op het thema in *Cassis de Dijon*, Zaak 120/78 *Rexie Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [*'Cassis de Dijon'*] [1979] EHL 1979. Centros gaat verder dan *Cassis de Dijon* door een toets van markttoegang toe te passen volgens welke alle goederen en personen reële toegang tot de markten van andere lidstaten moeten hebben, zonder enige vorm van discriminatie.

andere lidstaat in twijfel kan worden getrokken enkel en alleen omdat de centrale leiding van de onderneming zich niet in de lidstaat van oprichting bevindt. Überseering bouwt voort op de redenering in Centros, terwijl Inspire Art de redenering uitbreidt tot het materiële recht. Aldus maakt Inspire Art de weg vrij voor vennootschappen om hun werkelijke zetel te verplaatsen zonder hun hoofdkantoor te verplaatsen.

Maar voor welke vennootschappen? Zelfs nu deze recente uitspraken van het HvJ de reikwijdte van de leer van de werkelijke zetel en haar belemmeringen voor de vrijheid van vestiging aanzienlijk hebben beknut, wordt deze leer niet expliciet verworpen. Bovendien hebben de uitspraken niet noodzakelijkerwijs gevolgen voor een binnenlandse vennootschap die de staat van oprichting wil verlaten. Een regel van onderlinge erkenning van vennootschappen garandeert op zichzelf geen recht van vrije emigratie en is derhalve onvoldoende om het ontstaan van een open markt voor incorporaties van bedrijven in de EU te steunen. Belangrijke obstakels zoals het ontbreken van een procedure voor zetelverplaatsing en emigratiebelastingen blijven de vrijheid van vestiging belemmeren en grensoverschrijdende mobiliteit beperken. Het HvJ is hiermee nog niet rechtstreeks geconfronteerd, maar zal hier uiteindelijk niet aan ontkomen. Wij verwachten echter dat het Hof weinig zal ondernemen om de vrijheid van handelen van de lidstaten op deze gebieden te beperken: het Überseering-arrest bevestigde het recht van lidstaten om emigratiebelastingen te heffen bij bedrijven die hun zetel verplaatsten. Al bij al zou heel goed een nieuw tijdperk van *'competitive lawmaking'* ingeluid kunnen worden, maar de vennootschappen die het betreft zouden wel eens beperkt kunnen blijven tot besloten vennootschappen en nieuw opgerichte vennootschappen.

4.2 Obstakels voor rechtsvormconcurrentie in de EU

Naast institutionele belemmeringen op EU-niveau wordt competitie tussen de lidstaten nog door andere factoren beperkt. Zelfs nu de door het HvJ geleide deregulering de concurrentiedruk laat toenemen omdat zij de lidstaten verplicht tot het ongedaan maken van nationale maatregelen die de markttoegang en vrije keuze belemmeren, blijft inertie de innovatie in de ontwikkeling van het Europese vennootschapsrecht in de kiem smoren. Wanneer rechtshervormingsprojecten doorgang vinden, zijn zij over het algemeen het gevolg van de reactie van de wetgever op druk van belangengroepen. Bovendien moeten er eerst nog grote mobiliteitshindernissen worden genomen voordat de lidstaten tot het maken van innovatief vennootschapsrecht over zullen gaan. De lidstaten kunnen op goedkope wijze effectieve emigratiebarrières opwerpen die de vrijheid van vestiging beperken. Er is weinig externe druk uitgeoefend om deze praktijk te ontmoedigen. Zo lang de lidstaten hun vrijheid van handelen op dit gebied behouden, worden zij niet geconfronteerd met evenwichtsversturende bedreigin-

gen die hen dwingen tot heroverweging van hun strategie om de vrije keus te beperken.

4.2.1 Emigratiebelastingen

De kosten van oprichting maken Europese ondernemingen immobiel. Een reorganisatie naar buitenlands vennootschapsrecht geeft vaak aanleiding tot de heffing van belasting over de stille reserves. Dit beperkt natuurlijk de vraag van bedrijven naar een '*opt-in*' voor een andere nationaal systeem van vennootschapsrecht op effectieve wijze. Als de belastinglast hoger is dan de verwachte kostenbesparingen die het alternatieve rechtssysteem biedt, heeft migratie geen zin. Het is echter interessant dat het HvJ de kwestie van de toelaatbaarheid van emigratiebelastingen onlangs gedeeltelijk heeft heroverwogen in het kader van verandering van woonplaats door een natuurlijk persoon die zelfstandig overnemer was. In *Lasteyrie du Saillant*⁶⁴ verbood het HvJ de heffing van een discriminatoire belasting voor een emigrerende belastingplichtige. De heer Lasteyrie du Saillant verliet Frankrijk in 1998 om in België te gaan wonen, waarbij hij zowel zijn beroepspraktijk als zijn fiscale woonplaats verplaatste. Destijds bezat hij effecten die de 25% ondernemingswinst waarvoor men in Frankrijk belastingplichtig was voor de vennootschapsbelasting overtroffen – effecten waarvan de marktwaarde hoger was dan de koopprijs. De Code Général des Impôts (CGI) kent een bepaling die de heffing van inkomstenbelasting over dergelijke verschillen in waarde voorschrijft wanneer een inwoner van Frankrijk het land verlaat. De eiser bestreed de geldigheid van deze bepaling en de zaak werd verwezen naar het HvJ, dat besliste dat de wetgeving in kwestie de uitoefening van het recht van vrije vestiging belemmerde. Het Hof redeneerde dat de regel discrimineerde omdat belastingplichtigen die hun woonplaats naar het buitenland verplaatsen belasting moeten betalen over ongerealiseerde waardeinstijgingen, terwijl belastingplichtigen die in Frankrijk blijven pas belasting over een waardeinstijging hoeven te betalen wanneer die werkelijk gerealiseerd is. Lasteyrie du Saillant bepaalt derhalve dat emigratiebelastingen de uitoefening van het recht van vrije vestiging van een natuurlijk persoon niet kunnen belemmeren en dat stelsels voor emigratiebelastingen aan de in *Centros* vastgestelde criteria moeten voldoen.

De zaak is duidelijk van belang omdat zij de vrijheid van lidstaten om emigratiebelastingen te heffen beperkt op grond van de vrijheid van vestiging, ook al is dit slechts in relatie tot een natuurlijk persoon. Het HvJ maakte in *Lasteyrie du Saillant* echter een onderscheid tussen natuurlijke

64. Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministerie de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, zaak C-9/02, 2004, HVJ 11 maart 2004.

personen en rechtspersonen en liet daarmee zijn uitspraak in Daily Mail onaangetast. Het is moeilijk te beoordelen of het HvJ zijn rechtspraak over de vrijheid van vestiging zal uitbreiden naar wetgeving die de emigratie van bedrijven door middel van bijvoorbeeld zetelverplaatsingen en fusies belemmert. Omdat emigratiebelastingen het centrale obstakel zijn dat de reikwijdte voor incorporaties van bedrijven beperkt, verwachten weinigen dat het HvJ, gezien zijn traditie om materiële, op lidstaatsniveau aangevane, verplichtingen te respecteren een uitspraak zal doen die de regelgevingsstructuur van het vennootschapsrecht in de EU verstoort.

4.2.2 Andere fricties

Europa's normatieve structuur is complex. Cruciaal is dat het medebeslissingsrecht van werknemers in Duitsland en systemen van werknemerszeggenschap in andere staten een belemmering vormen voor een regelgevingssysteem dat op voorkuren van bestuurders en aandeelhouders is gericht. Het is daarom niet verassend dat nationale wetgevers en gevestigde belangengroepen tevreden zijn met de huidige institutionele regelingen die hervormingen, gericht op de vergroting van het welzijn van ondernemingen uit bestuurders- of aandeelhoudersperspectief, beperken.

Meer algemeen geldt dat de complexiteit de vraag naar responsieve wetgeving over de grenzen van de lidstaten heen tempert: de vraag is zo divers, dat geen enkel *'one-size-fits-all'* pakket van wetgeving hierin kan voorzien. Het feit dat men geen geschiedenis, cultuur, taal en economisch systeem gemeen heeft met de staat waarin de onderneming wordt opgericht, zal naar verwachting de interesse van bedrijven voor de keuze van een buitenlandse rechtsvorm verminderen. Verschillen in rechtsregimes beperken de mate waarin advocaten hun praktijk buiten de thuisjurisdictie kunnen uitoefenen. Wanneer bedrijven tevreden zijn met hun advocaat, zal hun voorkeur voor het thuisland hierdoor worden versterkt.

Verder openen de Europese patronen van vennootschapsrechtelijke regelgeving en kapitaalvereisten geen verkoopmogelijkheden voor jurisdicties die inkomsten willen genereren. De nationale governance systemen bieden aandeelhouders weinig mogelijkheden om te procederen en sommige systemen beperken het stemrecht van aandeelhouders. De partijen die de zeggenschap over een bedrijf hebben en die van deze beschermingssystemen profiteren, zullen niet snel een jurisdictie opzoeken met een liberale wetgeving met wetsbepalingen van regelend recht. Nu zij in de huidige situatie beschermd zijn tegen procedures, zullen zij niet snel voordelen zien in een gespecialiseerde *'corporate court'*.

Tenslotte belemmert de EU-harmonisatie zelf de ruimte voor diversiteit tussen de lidstaten, waarmee zij de *'salience'* van vrije keuze vermindert. De EU-richtlijnen inzake het vennootschapsrecht hebben het materiële vennootschapsrecht van de lidstaten een dwingendrechtelijk en versteend

karakter gegeven en het geïsoleerd tegen evolutionaire druk in eigen land, veel minder dan tegen concurrentie vanuit het buitenland. Het harmonisatieprogramma heeft in feite de vernieuwingen van het vennootschapsrecht in het algemeen in de kiem gesmoord. Hoewel het harmonisatieproces voornamelijk geldt voor beursgenoteerde vennootschappen, hebben zowel de nationale wetgevers als de Europese wetgever bij de invoering van beleidshervormingen de reikwijdte van de richtlijnen uitgebreid naar andere rechtsvormen met beperkte aansprakelijkheid. De oplegging van verplichte regels – zonder de mogelijkheid van een ‘opt-out’ – vergroot effectief het voorkomen van standaardisering en schept juridische en institutionele belemmeringen voor de vrije keuze. Deze ‘petrification externality’ beperkt de kans op verandering in de kern van het vennootschapsrecht in Europa tot een minimum. Zelfs wanneer een lidstaat in reactie op de binnenlandse vraag tot deregulering wil overgaan, kan elk initiatief ernstig worden gehinderd door de mogelijkheid dat de richtlijnen hierdoor worden ondermijnd.

5 ‘Arbitrage’ in het vennootschapsrecht en jurisdictionele competitie

5.1 Inleiding

In dit deel wordt onderzocht hoe groot de kans is dat zich evenwichtsverstorende veranderingen in de EU voordoen. Eerst zal de invoering van de Europese vennootschap worden besproken, waarbij de vraag wordt gesteld of het SE-Statuut een barst in het coöperatieve patroon van het communautaire vennootschapsrecht teweeg brengt of een middel tot voorkoming van het ‘Delaware-effect’ vormt. Vervolgens vindt een evaluatie plaats van de bescheiden veranderingen in de praktijk, die ertoe hebben geleid dat kleine en middelgrote ondernemingen en holdingmaatschappijen zijn begonnen met het onderzoeken van hun mogelijkheden naar het verplaatsen van hun zetel naar lage-kostenjurisdicties. De verandering zou het coöperatieve ‘equilibrium’ kunnen destabiliseren. Het weerspiegelt zeker de veranderingen van strategie binnen de EU bij het creëren van wetgeving op het gebied van het vennootschapsrecht.

5.2 De Europese vennootschap: de strategie op de proef gesteld?

Onlangs hebben de lidstaten na meer dan dertig jaar van onderhandeling en gekibbel eindelijk overeenstemming bereikt over een echt Europese ondernemingsvorm: de Europese vennootschap (*Societas Europea* of SE). Het SE-Statuut, dat in oktober 2004 van kracht werd, stelt in twee of meer lidstaten opererende ondernemingen in staat om een Europese vennootschap

op te richten.⁶⁵ Volgens deze visie zou een 'menu' van Europese ondernemingsvormen een wettelijk kader kunnen scheppen dat bijdraagt tot de oprichting en ontwikkeling van ondernemingen op Europees niveau. Het creëren van een economische omgeving waarin bedrijven zich voluit op de interne markt kunnen ontwikkelen en, nog belangrijker, het vergemakkelijken van de samenwerking tussen bedrijven die in verschillende regio's van de Europese Unie zijn gevestigd.

Aanvankelijk streefde de EU een uitputtende en uitgebreide wetgevingsmaatregel na voor de creatie van een Europese vennootschap op basis van de Duitse *Aktiengesellschaft*. De opzet was om uniforme wetgeving voor de interne organisatie te verwezelijken zonder verwijzing naar het nationale vennootschapsrecht van de lidstaten. Hoewel deze benadering mogelijk was, werd alles in de jaren '80 bevroren, toen de Europese Gemeenschap het concept verving door kaderwetgeving waarin uitgebreid naar de nationale wetgeving werd verwezen. Het duurde tot het midden van de jaren '90, voordat een groep deskundigen onder leiding van voormalig Commissievoorzitter Etienne Davignon een rapport uitbracht waarin de hoofdlijnen werden geschetst van een compromisoplossing betreffende de kwestie van werknemerszeggenschap.⁶⁶ In december 2000 werden de politieke problemen over het medebeslissingsrecht van werknemers en de bestuursstructuur opgelost toen de Raad de wetgevingsmaatregelen over de Europese vennootschap aannam.

Het Statuut voorziet in een aantal manieren hoe rechtspersonen een Europese vennootschap kunnen oprichten.⁶⁷ Naast oprichtingsvereisten schrijft het Statuut voor dat de interne organisatie van de Europese vennootschap wordt geregeld door het nationale recht van het land waarin de vennootschap is opgericht. Het komt er op neer dat de wetgeving toestaat dat ondernemingen kiezen voor hetzij een systeem met alleen een bestuursorgaan (monistisch systeem), hetzij een systeem met een toezichthoudend en een bestuursorgaan (dualistisch systeem).⁶⁸ Tenslotte bevat de Richtlijn inzake de rol van de werknemers een aantal bepalingen die de mate van betrokkenheid van de werknemers in een vennootschap in detail

65. Verordening van de Raad 2157/2001/EG [2001] PB L 294/1.

66. Zie Keller, B., *The European Company Statute: Employee Involvement and Beyond*, 2002, voordracht gepresenteerd op het IIRA/CIRA 4th Regional Congress of the Americas, Universiteit van Toronto, 25-29 juni 2002.

67. Oprichting van een Europese vennootschap is globaal genomen mogelijk door (1) fusie van twee of meer bestaande vennootschappen die uit ten minste twee lidstaten afkomstig zijn; (2) de oprichting van een holdingmaatschappij waarvoor het initiatief wordt genomen door naamloze of besloten vennootschappen; (3) de oprichting van een gezamenlijk gehouden dochtermaatschappij; en (4) de omzetting van een bestaande naamloze vennootschap. Zie art. 2 en Titel II van de Verordening.

68. Art. 38(b) van de Verordening.

vastleggen.⁶⁹ Bij de oprichting van een Europese vennootschap dient een speciale onderhandelingsprocedure te worden gevolgd met betrekking tot de rol van de werknemers in de SE.⁷⁰ De Richtlijn maakt een onderscheid tussen informatie en/of raadpleging enerzijds en medezeggenschap anderzijds. De werknemersvertegenwoordigers moeten worden geïnformeerd over wezenlijke beslissingen en de mogelijkheid krijgen om invloed op het besluitvormingsproces uit te oefenen. In veel gevallen kunnen de werknemersvertegenwoordigers hun goedkeuring uitspreken over de samenstelling van de raad van commissarissen (bij een dualistisch systeem) of het bestuur (bij een monistisch systeem).

Ondanks de relatieve afwezigheid van dwingendrechtelijke regels die ondernemingen een aantal voordelen en kostenbesparingen moet bieden, zijn er toch nog enkele juridische problemen die waarschijnlijk een belangrijke rol gaan spelen bij de beoordeling of het waarschijnlijk is dat deze rechtsvorm door bedrijven zal worden gebruikt. Ten eerste staan veel Europese juristen sceptisch tegenover de vraag of de nieuwe wetgevingmaatregelen tot grote veranderingen in de vennootschapsrechtpraktijk gaan leiden.⁷¹ Zo sluit het Statuut een groot aantal gebieden die voor in twee staten opererende bedrijven relevant zijn uit – gebieden die dus alle beheerst blijven worden door de nationale wetgeving.⁷² Toch betogen sommigen dat het relatief eenvoudig is de Europese vennootschap als migratiemethode te gebruiken, met name wanneer zij wordt opgericht door middel van fusie.⁷³ Echter het feit dat er meerdere regels van toepassing zijn op de Europese vennootschap, namelijk het SE-Statuut zelf, de wetten waarbij de Europese vennootschap op nationaal niveau wordt geïmplementeerd, de nationale wetgeving van de lidstaten en de statuten van de Europese vennootschap, zullen waarschijnlijk tot onzekerheid leiden en daarmee de aantrekkelijk-

69. Bepalingen betreffende de rol van werknemers van een Europese vennootschap, zie de Richtlijn van de Raad 2001/86/EG [2001] PB L294/22.

70. Deel II van de Richtlijn.

71. Zie Springael, B., *Taxation Issues and the Single European Company: a Preliminary Look at Societas Europaea*, 2002, 14 *EuroWatch* 1 (die betoogt dat de Europese vennootschap geen uniforme vennootschapsvorm is, zoals oorspronkelijk de bedoeling was, maar in plaats daarvan een 'nationale Europese vennootschap'); Hampton, C., 2002, *European Company Law Reforms Make Uneven Progress*, 14 *EuroWatch* 1, p. 1 (die betoogt dat de Europese vennootschap zonder een EU-breed belastingregime, vrijheid van verkeer tussen landen en één enkele 'corporate form', weinig biedt dat niet reeds gerealiseerd kon worden).

72. De Verordening geeft regels voor de oprichting (Titel II), de structuur van de SE (Titel III), de jaarrekening en geconsolideerde jaarrekening (Titel IV) en ontbinding, liquidatie, insolventie en staking van betalingen (Titel V).

73. Titel II, art. 2 van de Verordening. Zie ook Enriques, L., *Silence is Golden: The European Company Statute as a Catalyst for Company Law Arbitrage*, 2004, 4 *Journal of Corporate Law Studies* 77; De Kluiver, H.J., Dumoulin, S.J.M.A., Witteveen, P.A.M. en Bellingwout, J.W., *De Europese Vennootschap (SE)*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Kluwer, 2004, p. 62-63.

heid van de Europese vennootschap eerder verkleinen dan vergroten. Ten tweede zal het feit dat het Europese statuut het probleem van de belastingheffing niet regelt het aantal als Europese vennootschap opgerichte bedrijven duidelijk verlagen.⁷⁴ Het argument vóór de aantrekkelijkheid van de Europese vennootschap is dat een Europese vennootschap haar statutaire zetel naar een andere lidstaat kan verplaatsen. Hoewel er redenen zijn te verwachten dat sterke druk vanuit de markt ertoe zal leiden dat sommige vennootschappen hun zetel gaan verplaatsen naar een jurisdictie met een meer 'gastvrij' regime van vennootschapsrecht, verwachten wij dat de afwezigheid van een speciaal belastingregime, met name voor wat betreft grensoverschrijdende verplaatsingen van de werkelijke zetel, voor een meerderheid van bedrijven een te belangrijke belemmering voor het gebruik van de SE zal vormen.⁷⁵ Ten derde zullen sommige bedrijven misschien ook afgeschrikt worden door de complexiteit van de oprichtingsprocedure voor een Europese vennootschap. Vooral de noodzaak om in onderhandeling te treden met werknemersvertegenwoordigers zal waarschijnlijk een knelpunt zijn.⁷⁶ Veel ondernemingen voelen zich ongemakkelijk bij het idee dat werknemers een rol spelen bij een zetelverplaatsing. Dus zelfs wanneer een groep bedrijven voldoende motieven heeft voor omzetting in de rechtsvorm van de Europese vennootschap, betwijfelen wij of de kostenbesparingen voldoende zijn om deze rechtsvorm te gaan gebruiken.

Zeker, lidstaten kunnen maatregelen treffen om de Europese vennootschap aantrekkelijker te maken door duidelijke en effectieve wetbepalingen aan te nemen waarin specifiek EG-maatregelen betreffende Europese vennootschappen worden geïmplementeerd en daardoor aan jurisdictionele competitie doen. Hoewel de eerste Europese vennootschappen al zijn opgericht, zijn er geen signalen dat de lidstaten al zijn overgegaan tot het creëren van concurrerende wetgeving in dit verband.⁷⁷

74. Bolkestein, F., *The New European Company: Opportunity in Diversity* in J. Rickford (ed), *The European Company, Developing a Community Law of Corporations*, Intersentia, 2003, p. 43-44. Vermeldenswaard is dat het Statuut, in tegenstelling tot eerdere concepten, geen fiscale bepalingen op EU-niveau kent.

75. Zie Thommes, C., *EC Law Aspects of the Transfer of Seat of an SE*, 2004, 44 *European Taxation* 22, p. 23-25.

76. Zie Davies, P., *Employee Involvement in the European Company*, in J. Rickford (ed), *The European Company, Developing a Community Law of Corporations*, Intersentia, 2003, p. 67 en p. 81-82; Hopt, K.J., *Board Structures - The Significance of the Rules on the Board of the European Company*, in J. Rickford (ed), *The European Company, Developing a Community Law of Corporations*, Intersentia, 2003, p. 53-54.

77. Betoogd kan worden dat Franse bedrijven kostenbesparingen kunnen behalen als gevolg van de invoering van het SE-Statuut, aangezien bedrijven eenvoudig kunnen kiezen voor de 'opt-in' in de flexibele vennootschapsvorm '*Société par Actions Simplifiée*' (SAS). *Financieel Dagblad* (door S.M. Bartman) (2004a), Fransen winnen slag om SE, 21 oktober 2004.

Verder zijn wij sceptisch over de vraag of de Europese vennootschap uiteindelijk een aantrekkelijk vehikel zal worden voor 'shoppen' op vennootschapsrechtgebied binnen de Europese Unie.⁷⁸ Door de talrijke corporate governance hervormingen (die in 2001 begonnen na de Enron-, Ahold- en Parmalat-schandalen) die hoog op de beleidsagenda staan, zijn de voor de Europese vennootschap geldende wetten in rustiger vaarwater geraakt.⁷⁹ Dat wil niet zeggen dat de beleidsmakers de Europese vennootschap moeten negeren. In tegendeel, betoogd kan worden dat lidstaten aantoonbaar op hun hoede moeten zijn voor andere jurisdicties die met een serie regels kunnen komen die meer geschikt zijn voor beursgenoteerde vennootschappen. Deze kwestie wordt meer urgent nu in het nieuwe tijdperk van '*corporate accountability*' regelgevende en beleidsbepalende instanties corporate governance wetgeving en codes hebben aangenomen of gewijzigd, die vaak verplichte doelstellingen en richtlijnen geven voor een goed bestuur van beursgenoteerde ondernemingen.⁸⁰ Hoewel het compromis van de Europese vennootschap een rigide en onaantrekkelijk systeem is kan de mogelijkheid van forum-shopping⁸¹ door middel van grensoverschrijdende fusies op de lange termijn tot modernisering van het vennootschapsrecht leiden en daarmee de hinderlijke en belemmerende nationale wetten uithollen.⁸² Onlangs hebben sommige beleidsmakers echter voorgesteld dat de koppeling van het SE-Statuut aan een Europese corporate governance code een efficiëntere manier kan zijn om de convergentie van '*best practi-*

78. Zie Garrido, J., *Company Law and Capital Markets*, in J. Rickford (ed), *The European Company, Developing a Community Law of Corporations*, Intersentia, 2003.

79. Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement inzake het voorkomen en bestrijden van financiële wanpraktijken van ondernemingen, Brussel, 27 september 2004, COM(2004)611 definitief; McCahery, J.A. en Vermeulen, E.P.M., *Corporate Governance Crises and Related Party Transactions: A Post-Parmalat Agenda*, (2005) in Hopt, K.J. Wymeersch, E., Kanda, H., en Baum, H. (eds), *Corporate Governance in Context. Corporations, States and Markets in Europe, Japan, and the US*, Oxford University Press, 2005.

80. Zie Hertig, G. en McCahery, J.A., in Ferrarini, G., Hopt, K.J., Winter, J., en Wymeersch, E. (eds), *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford University Press, 2004.

81. Zie Kübler, F., *A Shifting Paradigm of European Company Law?*, 2004, discussiestuk.

82. Hieruit volgt misschien dat de recente uitspraken van het HvJ in Centros, Überseering en Inspire Art – en hun gevolgen voor de leer van de werkelijke zetel – samen met de druk die uitgaat van de introductie van de Europese vennootschap, de Europese Unie er misschien toe zullen bewegen om een nieuwe, marktgeïntende aanpak te gaan volgen bij '*lawmaking*' op het gebied van vennootschapsrecht. Zie McCahery, J.A. en Vermeulen, E.P.M., *The Evolution of Closely Held Business Forms in Europe*, 2001, 26 *Journal of Corporation Law* 857; McCahery, J.A. en Vermeulen, E.P.M., *The Changing Landscape of European Company Law*, 2004, TUEC discussiestuk 023. Nu de EU haar deuren heeft geopend voor nieuwe lidstaten, moeten nationale wetgevers op hun hoede zijn voor zeer gemotiveerde Centraal- en Oosteuropese wetgevers, die mogelijk de invoering van modern en aantrekkelijk vennootschapsrecht overwegen.

ce' normen binnen de EU te weeg te brengen.⁸³ Indien nationale wetgevers op deze strategie overschakelen, heeft dit naar onze verwachting twee belangrijke voordelen: (1) door de koppeling zouden de codes van de lidstaten onaangetaast blijven en zou dus divergentie worden gerespecteerd;⁸⁴ en (2) de kans op jurisdictionele competitie door middel van de Europese vennootschap zou aanzienlijk afnemen. Wanneer lidstaten de aanpak van koppeling aan het SE-Statuut liefdevol zouden omarmen, zou dit het non-competitieve 'equilibrium' in het communautaire vennootschapsrecht verder versterken. Dit is dan een resultaat dat ongetwijfeld door veel wetgevers wordt gesteund.

5.3 Competitie tussen jurisdicties (besloten vennootschappen)

De komst van concurrentiedruk vanuit offshore-jurisdicties heeft sommige nationale beleidsmakers geprikkeld om nieuwe wetgevingsmaatregelen te nemen. De recente aanname van de LLP-wet in het Verenigd Koninkrijk, dat in 1996 de wet inzake de 'limited liability partnerships' creëerde om de uittocht van maatschappen van beoefenaren van vrije beroepen naar Jersey te stoppen, is een voorbeeld van 'competitive lawmaking' in Europa. Een tweede factor is het effect van de Europese rechtspraak die jurisdictionele competitie binnen de Europese Unie lijkt te stimuleren. In belangrijke zin moet de competitie voor ondernemingsvormen nog tot volle ontwikkeling komen vanwege de leer van de 'siège réel' die de meeste lidstaten aanhangen.

De combinatie van nieuwe uitspraken door het Europese Hof van Justitie en de blokkering van wetgeving van het harmonisatieprogramma voor het communautaire vennootschapsrecht heeft veel belangstelling gewekt voor competitie tussen jurisdicties. Hoewel de leer van de werkelijke zetel de mobiliteit van reeds bestaande bedrijven blijft beperken, hebben de recente uitspraken van het HvJ in de zaken Centros, Überseeing en Inspire Art de mobiliteit voor startende ondernemingen verbeterd.⁸⁵ Lidstaten zoals het Verenigd Koninkrijk kunnen er baat bij hebben om te concurreren in het aanbieden van flexibele rechtsvormen voor besloten vennootschappen.⁸⁶ Een deel van dit soort competitie is reeds in gang, nu een aantal continentaal-Europese bedrijven de Britse *limited company* heeft gekozen vanwege de vrijstelling van de minimumkapitaalvereisten. Ter illustratie hier-

83. Zie de High Level Group of Company Law Experts, 2004: 67.

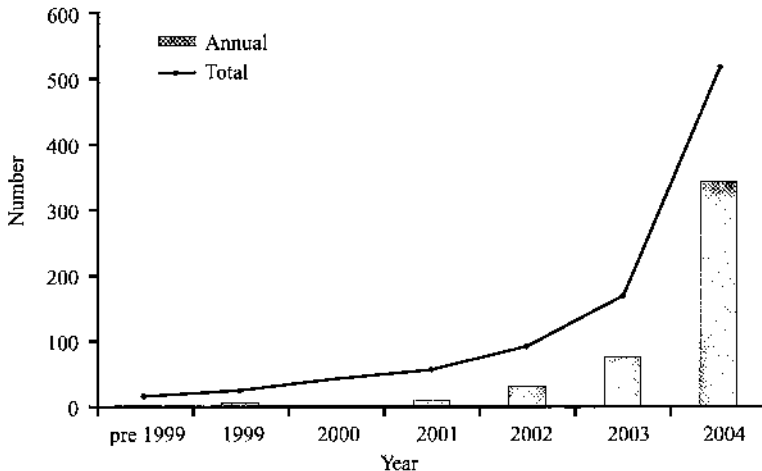
84. Zie de Financial Times (door Brian Groom en Ian Bickerton) (2004b), Architect of Corporate Reform Warns Against Convergence, december 2004.

85. Zie Lowry, J., Eliminating Obstacles to Freedom of Establishment: The Competitive Edge of UK Company Law, 2004, Cambridge Law Journal 331.

86. Zaak C-212/97 Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] IIV I-1459; Zaak C-208/00 Überseeing BV v Nordie Construction Co Baumanagement GmbH; Zaak C-167/01 Kamcr van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.

van toont Figuur 1 het aantal 'Duitse' vennootschappen dat in het VK is opgericht. De Britse '*limited company*', gesteund door een ervaren '*bar*', biedt een flexibel alternatief.⁸⁷ Bovendien hebben vennootschappen die hun aandelen op een openbare markt willen laten verhandelen als alternatief de Londense Stock Exchange.

Figuur 1. 'Duitse' bedrijven die in het VK zijn opgericht



Bron: John Armour, '*Who should make corporate law? EC legislation versus regulatory competition*'

5.4 Zetelverplaatsingen en de fusierichtlijn

Tot voor kort maakten de hoge kosten van grensoverschrijdende fusies – grotendeels als gevolg van regels voor crediteurenbescherming en fiscale obstakels – het moeilijk voor een bestaand bedrijf om zijn zetel te verplaatsen.⁸⁸ De recente aanname van de Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies zou echter uitkomst moeten bieden, doordat zij niet van bedrijven verlangt dat zij gebonden zijn aan een bepaald systeem van crediteurenbescherming.⁸⁹ De richtlijn inzake de belastingheffing bij fusies

87. Zie Becht, M., Mayer, C., en Wagner, H., *Corporate Mobility Comes to Europe: The Evidence*, discussiestuk, september 2005.

88. Zie Bratton, W.W. en McCahery, J.A., *Company and Tax Law Competition in the EU: A Comparative Political Economy*, discussiestuk, oktober 2005.

89. Zie Enriques, L. en Gelter, M., *The Relationship Between Creditors and Corporate Debtors: Regulatory Competition and Cooperation Within the EU*, *European Business Organization Law Review* (verschijnt in 2006).

regelt het probleem van discriminatie bij de fiscale behandeling van grensoverschrijdende fusies.⁹⁰ Vóór de aannahme van de richtlijn werd bij grensoverschrijdende fusies belasting geheven over de niet-gercaliseerde winsten en fiscale reserves van het overdragende bedrijf en waren er geen regels voor eventuele verliezen. De heffing van belasting over ongercaliseerde winsten ontmoedigde grensoverschrijdende fusies in de lidstaten.

De Richtlijn bestrijkt een reeks van transacties, waaronder: (1) juridische fusies, waarbij het kan gaan om (a) twee of meer bestaande vennootschappen die fuseren tot één vennootschap waarbij de oorspronkelijke vennootschap ophoudt te bestaan; (b) een fusie van de ene vennootschap met een andere vennootschap die de onderneming voortzet; of (c) een fusie waarbij een volledige dochtermaatschappij opgaat in de moedermaatschappij; (2) de directe verkrijging van een vennootschap door verwerven van de 'voting control' over een overdragende vennootschap door middel van de verkrijging van de aandelen van de aandeelhouders van de overdragende vennootschap; en (3) de inbreng van activa van een of meer filialen of een onderneming tegen de verkrijging van aandelen gevolgd door de ontbinding van de overdragende vennootschap. Er gelden twee belangrijke voorwaarden wat betreft de activa in de staat van de overdragende vennootschap. Ten eerste moet de verwervende vennootschap dezelfde belastinggrondslag en afschrijvingsmethode blijven gebruiken en ten tweede moeten de activa 'daadwerkelijk verbonden blijven met een vaste inrichting' van de ontvangende vennootschap in de staat van de overdragende vennootschap. Met andere woorden, de activa van de overdragende onderneming moeten bij de fusie in stand blijven. De voorwaarden volgen uit het feit dat de staat waarin de overdragende vennootschap zitting heeft, in de toekomst belasting moet kunnen innen over eerst uitgestelde vermogenswinsten wanneer de ontvangende vennootschap de activa vervreemdt.

Gewezen wordt op het feit dat de tweede voorwaarde een mobiliteitsbeperking inhoudt – uitstel van vermogenswinst is slechts mogelijk wanneer de staat van de overdragende vennootschap zijn fiscale jurisdictie over de activa behoudt in de vorm van een vaste inrichting. De Richtlijn heeft daarmee een negatieve implicatie wat betreft de kwestie van de emigratiebelasting. Aangezien de Richtlijn niet uitdrukkelijk voorziet in het recht van vrije migratie van vennootschappen, impliceert dit dat lidstaten voor niet door de Richtlijn bestreken transacties emigratiebelastingen mochten heffen.

90. Richtlijn betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot ondernemingen uit verschillende Lidstaten, Richtlijn van de Raad 90/434/EEG.

5.5 Samenvattend commentaar

Zoals we hebben gezien heeft de recente rechtspraak van het HvJ zowel de leer van de werkelijke zetel uit het vennootschapsrecht als de fiscale regels die onafhankelijk daarvan zetelverplaatsingen belemmeren in twijfel getrokken. Een volledige uitbanning van de doctrine van de werkelijke zetel en een uitbreiding van de situskeuze voor grote, bestaande vennootschappen wordt nu mogelijk. Tegelijkertijd lijkt de rechtspraak van het HvJ nu kritieke fiscale obstakels tegen de migratie van bedrijven weg te nemen. De situskeuze opent samen met belastingvrije mobiliteit de deuren voor jurisdictionele competitie op het gebied van zowel het vennootschapsrecht als de heffing van vennootschapsbelasting.

Er rijzen twee vragen. De eerste betreft hoe waarschijnlijk het is dat het HvJ doorbraakarresten zal wijzen. De tweede betreft de omvang van concurrentiegestuurde verandering die na doorbraakarresten kan worden verwacht. Wat betreft de eerste vraag geldt dat ongetwijfeld verdere verstoring te verwachten valt. Er bestaat echter enige twijfel over de vraag of het HvJ verdere beperkingen zal aanbrengen in het woonplaatsbeginsel die zullen leiden tot een brede herstructurering van de nationale belastingstelsels volgens 'source-based' lijnen. Wat betreft de tweede vraag geldt dat het creëren van vennootschapsrecht een stabiel 'equilibrium' patroon volgt dat bestand is gebleken tegen schokken van buiten af. Naar verwachting zal dit aanhouden. Ook al is er in de EU veel vraag naar de mogelijkheid om andere rechtssystemen te kiezen, dit is te weinig stimulans voor een leverancier van concurrerend vennootschapsrecht, zoals Delaware in de VS. Door alle belemmeringen kunnen lidstaten op de uitdaging die mobiliteit stelt reageren door middel van hervormingen van hun nationale recht om de belangen van hun eigen binnenlandse bedrijven te waarborgen.

6 Nieuwe richtingen in de EU-harmonisatie

6.1 Keuze uit eindig menu van EU-opties

In de afgelopen jaren zijn 'legal options', dat wil zeggen regelend recht met verschillende keuzemogelijkheden, geaccepteerd geraakt in de Europese Unie. 'Legal options' verwijzen naar de bij wet gecreëerde keuzemogelijkheden *ex ante* en *ex post*. Het zal geen verbazing wekken dat wetgevers geneigd zijn eerder keuzemogelijkheden te introduceren nu zij bij de oplossing van conflicten moeilijkheden ondervinden bij het boeken van vooruitgang.

Deze aanpak maakte een verschil toen de Europese Commissie het conflict tussen de lidstaten over de overnamerichtlijn oploste door wetbepalingen te creëren die jurisdicties de mogelijkheid bieden om de bepalingen

wat betreft de neutraliteit van het bestuur en doorbreking te implementeren. Hoewel het twijfelachtig is of de nieuwe wetgeving een ingrijpende bijdrage levert of efficiëntie-effecten zal hebben, kan men het besluit om partijen keuzevrijheid te bieden, als er geen andere oplossingen voorhanden zijn, als een geloofwaardige aanpak van wetshervorming beschouwen.⁹¹

Sommige wetenschappers suggereren dat het wijdverbreide gebruik van verplichte regels door de Commissie voor veel ondernemingen duur heeft uitgepakt, de ontwikkeling van een veelomvattend regime van vennootschapsrecht aanzienlijk heeft vertraagd (resulterend in leemten in dekking) en uiteindelijk heeft geleid tot de implementatie van wetgeving die niet op de behoeften van een groot aantal ondernemingen is afgestemd. Ook is het duidelijk dat de problemen die in verband worden gebracht met het gebruik van richtlijnen door de Commissie, de drijfveer zijn geweest voor het Actieplan voor de modernisering van het vennootschapsrecht en de verbetering van de corporate governance. In dat Actieplan heeft de Commissie onverbindende aanbevelingen voorgesteld die in sommige gevallen zijn uitgelegd als aanbevelingen met een verplicht karakter en daardoor zorgen voor een verplichtende aanpak bij de kerngebieden van het communautaire vennootschapsrecht.

Ondanks de overschakeling op 'zachte' juridische maatregelen is het twijfelachtig of de Commissie een op keuzemogelijkheden gebaseerd of pro-keuze stelsel van vennootschapsrecht zal creëren. Gesteld wordt dat het Actieplan van de EG de basis is voor een innovatief en dynamisch palet van vennootschapsrecht dat ondernemingen vertrouwenswaardige keuzes op regelgevingsgebied geeft, maar dat het optreden van jurisdictionele competitie beperkt en ontmoedigt. Bovendien betwijfelen velen het vermogen van de Commissie om een efficiënte regelgevingskeuze te bevorderen door de druk van diverse belangengroepen, de diffuse controle over het agendabepalingsproces en de beperkte capaciteit om in te spelen op en tegemoet te komen aan een omvangrijke serie eisen van de lidstaten.

In plaats van verplichte regelingen te creëren die de lidstaten slechts een beperkte implementatievrijheid bieden, zou de EU als alternatief de lidstaten (of zelfs bedrijven) de vrijheid kunnen geven om rechtsregels te kiezen uit een eindig aantal mogelijkheden. Dit alternatief is bij de richtlijnen inzake financiële verslaglegging gehanteerd om lidstaten de keuze geven tussen meer of minder conservatieve normen alsmede om het midden- en kleinbedrijf (MKB) te vrijwaren van te kostbare eisen. Er kan dus worden gesteld dat de introductie van keuze belangrijke voordelen biedt op het

91. Zie Hertig, G. en McCahery, J.A., *A Legal Options Approach to EC Company Law*, 2006, Berkely Papers in Law and Economics, University of California, discussiestuk nr. 180.

gebied van regelgeving. Bedrijven kunnen hierdoor bijvoorbeeld gemakkelijker verschillen tussen de regels van de lidstaten identificeren.

Het is belangrijk om erop te wijzen dat keuzevrijheid niet per definitie altijd efficiëntie inhoudt. De bruikbaarheid van kostenbesparende opties mag niet zonder meer worden verondersteld, aangezien keuzemogelijkheden meestal eerder worden gebruikt als oplossing voor politieke blokkades en andere regelgevingskwesties dan voor efficiency. Het gebruik van keuzemogelijkheden door de Commissie kan niet in het algemeen significant worden geacht, maar het steunt wel de mening dat het verkeerd is om een vast menu van hogerhand op te leggen. Enerzijds worden de standaardisatievoordelen sterk verkleind, omdat er geen serie EU-bepalingen bestaat waarop bedrijven en beleggers kunnen terugvallen. Anderzijds zullen de kosten van de harmonisatie waarschijnlijk stijgen. Ten eerste zal het creëren van een eindig menu van EU-opties de bereidheid tot het sluiten van compromissen door de lidstaten waarschijnlijk verminderen, aangezien zij goede redenen hebben om te hopen dat een harde lijn een waarborg is voor het dicht benaderen van het eigen stelsel. Het resultaat is dan waarschijnlijk een inefficiënte oplossing met meerdere keuzemogelijkheden, zoals de ervaring met de richtlijnen inzake financiële verslaglegging leert. Ten tweede zal het bestaan van meerdere keuzemogelijkheden het '*petrification*' effect waarschijnlijk vergroten, aangezien amendementen moeten worden gecoördineerd en daardoor moeilijker aan te nemen zijn dan wanneer er slechts één verplichte regel is. Gesteld wordt dat een aanpak met een eindig menu van EU-opties voor de huidige omgeving niet geschikt is en niet moet worden overwogen.

6.1.1 'Opt-out' uit EU-bepalingen

Het zou op basis van het bovenstaande duidelijk moeten zijn dat een '*opt-out*' regime een veelbelovende regelgevende aanpak is die bedrijven veel voordelen biedt. Onze analyse bewijst dat een '*defaults approach*', d.w.z. een regime van regelend recht, geschikt is gelet op de grote verschillen tussen de corporate governance systemen van de lidstaten. In dergelijke situaties zou één serie EU-bepalingen in alle lidstaten een verschillend effect hebben, met als resultaat hogere kosten en andere ongewenste gevolgen. Er zijn derhalve voor de hand liggende voordelen wanneer de EU bepalingen een '*opt-out*' mogelijkheid bieden, dat wil zeggen bepalingen geïnspireerd door de 'beste' bepalingen die in de lidstaten bestaan. De kosten zouden beperkt blijven, tenminste wanneer men de '*opt-out*' uit de EU-bepalingen toestaat aan de lidstaten. De kans dat de lidstaten zich zullen verzetten tegen de vaststelling van een efficiënte oplossing is kleiner dan wanneer men een volledig verplichte aanpak volgt. Bovendien zou de hierboven genoemde '*stickiness*' van '*default rules*' waarschijnlijk een beperkte rol spelen, aangezien de kans dat zij staten treft kleiner is dan de kans dat zij

individuele bedrijven treft. Tenslotte is de kans op een 'opt-out' voor zuiver protectionistische doeleinden klein, aangezien bedrijven die opereren in een lidstaat die zich door middel van een 'opt-out' aan de EU-bepalingen heeft onttrokken met succes hun recht op verplaatsing van hun zetel naar een lidstaat die zich niet aan het EU-regime heeft onttrokken kunnen halen. Maar zelfs wanneer de bedrijven individueel voor een 'opt-out' zouden moeten kiezen, kunnen de kosten van de 'opt-out' acceptabel blijven (Bebchuck en Hamdani 2002). Natuurlijk, lidstaten zullen zich misschien verzetten tegen deze verdere inperking van hun regelgevingsbevoegdheden. Maar een dergelijk verzet zal waarschijnlijk minimaal blijven als het gaat om het aanbieden van 'opt-out' rechten aan nieuw opgerichte bedrijven (aangezien het behoud van de *status quo* op regelgevingsgebied zou kunnen betekenen dat zij in meer markgericht lidstaten worden opgericht) en aan bedrijven die in de nieuwe lidstaten worden opgericht (aangezien de directe toepassing van het EU-recht gunstige signaleffecten kan hebben).

Op basis van het bovenstaande zou de EU op verschillende gebieden bepalingen met 'opt-out' mogelijkheden kunnen vaststellen. Ten eerste zou zij emigratieregels kunnen vaststellen die voor alle ondernemingen gelden, maar die lidstaten de mogelijkheid van een 'opt-out' bieden; niet alleen wat betreft verplichte overnamebiedingen, maar ook wat betreft uitstotings- en uitkooprechten. Ten tweede kunnen nieuwe ondernemingen direct onderworpen worden aan het 'een aandeel/één stem-beginsel' maar zouden geen 'staggered' bestuur, stemlimitering en pyramidestructureisen mogen bezitten. Ze zouden kunnen kiezen voor een 'opt-out' ten gunste van het regime van de lidstaat waarin zij zijn opgericht – welke laatste beperking gericht is op het waarborgen van enige mate van uniformiteit en transparantie. Over de 'opt-out' zou kunnen worden beslist met een gekwalificeerde meerderheid van de aandeelhouders, behoudens gerechtelijke bekrachtiging ter voorkoming van de onderdrukking van minderheidsaandeelhouders. Ten derde zou erkend moeten worden dat aandeelhouders van zowel nieuwe ondernemingen als in de nieuwe lidstaten gevestigde ondernemingen het recht hebben om een procedure in gang te zetten wegens overtredingen van de regels voor stemmen door aandeelhouders en overschrijdingen van 'fiduciary' bevoegdheden, tenzij een meerderheid van de minderheidsaandeelhouders besluit voor een 'opt-out' ten gunste van het in de lidstaat van oprichting geldende stelsel. (Anderzijds zouden reeds gevestigde ondernemingen in de huidige lidstaten erkend kunnen worden wanneer zij voor een 'opt-in' ten gunste van een dergelijk regime kiezen).

6.1.2 'Opt-in' ten gunste van EU-recht

Er zijn talrijke factoren waarom wetgevers soms geneigd zijn om bepalingen vast te stellen waardoor ondernemingen, die ontevreden zijn over het stelsel van vennootschaps- en overnamerecht van hun eigen lidstaat, kun-

nen kiezen ('*opt-in*'). De aanpak kan worden gerechtvaardigd uit efficiencyoverwegingen of worden afgedwongen door politiek opportunisme. Ongeacht de motivatie geldt dat ondernemingen baat kunnen hebben bij een '*opt-in*' regime, aangezien dit hen een eenvoudig, vast menu van geharmoniseerde regels biedt die de transactiekosten verlagen en een hogere mate van rechtszekerheid bieden. Bedrijven kunnen ook baat hebben bij een '*opt-in*' die op geloofwaardige wijze blijkt geeft van een committering om aan '*state-of-the-art*' regelgeving te voldoen. Een belangrijke overweging is dat '*opt-in*' bepalingen gunstig kunnen zijn voor ondernemingen die te maken hebben met juridische moeilijkheden, zoals voorschriften met betrekking tot werknemerszeggenschap. De interventie door de EU kan bijvoorbeeld '*regulatory arbitrage*' vergemakkelijken door bedrijven een selectieve '*opt-out*' uit het regime van vennootschapsrecht van hun lidstaten te bieden – in plaats van een volledige '*opt-out*' die bij zetelverplaatsing te weeg zou worden gebracht.

De aanpak kan echter ook een uiting vormen van andere dan efficiencyoverwegingen. '*Opt-in*' bepalingen kunnen ook worden aangenomen enkel en alleen ter maskering van het onvermogen van de Europese Commissie om effectief op te treden tegen opportunistisch gedrag. Wanneer de '*opt-in*' ten gunste van de EU-bepalingen over transacties met gelieerde partijen afhankelijk wordt gesteld van stemming door de aandeelhouders, doet dit weinig om opportunisme van de controlerende aandeelhouder tegen te gaan. Dit lijkt echter toch altijd beter dan afzien van optreden. Lidstaten kunnen natuurlijk ook de voorkeur geven aan de '*opt-in*' aanpak om de aanneming van efficiëntere '*opt-out*' bepalingen door de EU te voorkomen, bijvoorbeeld wanneer het gaat om dividendrechten voor minderheidsaandeelhouders. Op vergelijkbare wijze kunnen lidstaten '*opt-in*' bepalingen ook steunen omdat zij de juridische diversiteit moeten vergroten en ofwel het vaststellen van de kosten van het binnenlandse regime voor investeerders bemoeilijken, ofwel de '*stickiness*' van hun eigen vennootschapsrecht vergroten.

Op deze manier kan het aannemen van '*opt-in*' bepalingen in bepaalde omstandigheden duurder zijn dan men intuïtief verwachtte. In dergelijke gevallen is voorzichtigheid geboden wanneer men bestaande ondernemingen toestaat om voor een '*opt-in*' te kiezen. Naar onze mening moeten de voordelen van een '*opt-in*' aanpak de kosten ervan over het algemeen overtreffen op die gebieden waar de lidstaten kostbare dwingendrechtelijke bepalingen hebben vastgesteld die niet kunnen worden ontmanteld door een dwingendrechtelijke of '*opt-out*' EU-interventie. Bovendien zou de '*opt-in*' aanpak geschikt moeten zijn op gebieden waar het recht van de lidstaten te divers is, maar waar standaardisering of signalering van wat de '*best practice*' is, belangrijk is voor investeerders of '*stakeholders*'. De '*opt-in*' aanpak lijkt derhalve met name geschikt als oplossing voor dwingendrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake werknemerszeggen-

schap, meervoudige stem- en dividendrechten en verschillende overnamekwesties (neutraliteit van het bestuur, drempels voor verplichte biedingen en uitkooprijzen).

Mogelijk moeten de dwingendrechtelijke EU-vereisten in sommige gevallen een aanvulling vormen op deze '*opt-in*' regelingen, niet alleen om te beletten dat de lidstaten zich tegen de vaststelling ervan verzetten, maar ook om opportunisme van bestuurders en aandeelhouders tot een minimum te beperken. De '*opt-in*' ten gunste van de EU-bepalingen wat betreft de zeggenschap van werknemers zou daarom afhankelijk kunnen worden gesteld van goedkeuring door een derde – bijvoorbeeld bekrachtiging door de rechter. Op vergelijkbare wijze zou een '*opt-in*' voor de EU-bepalingen inzake meervoudige stem- en dividendrechten of drempels voor verplichte biedingen en uitkooprijzen van de EU afhankelijk kunnen worden gesteld van toestemming van een bepaalde meerderheid of minderheid van aandeelhouders. Voorzover dit standaardisering en signalering betreft, zouden nieuwe ondernemingen of in de nieuwe lidstaten opgerichte ondernemingen moeten profiteren van '*opt-in*' bepalingen die eenvoudige en transparante procedures vaststellen voor de verstrekking van informatie over en de goedkeuring van transacties met gelieerde partijen (of het nu gaat om '*self-dealing*', compensatie-overeenkomsten of benutting van ondernemingsmogelijkheden).

Tenslotte zou de '*opt-in*' aanpak als middel tot wetshandhaving kunnen fungeren. Op grond van deze aanpak zouden bestaande bedrijven in 'oude' lidstaten worden gestimuleerd om voor deze regeling te kiezen. Zeker, de bestuurders of controlerende aandeelhouders zouden zich tegen een dergelijke beslissing kunnen verzetten, uit vrees voor een vermindering van hun persoonlijke voordelen als gevolg van procedures ingesteld door minderheidsaandeelhouders. Het is echter misschien niet eens nodig om de meerderheid van de minderheidsaandeelhouders de bevoegdheid tot uitoefening van de '*opt-in*' mogelijkheid te geven om haar effectief te doen zijn. Zoals uit de recente gebeurtenissen blijkt, kunnen ook bestuurders of controlerende aandeelhouders een '*opt-in*' steunen, voorzover zij een civielrechtelijk alternatief voor strafrechtelijke onderzoeken en sancties vormt.

7 Conclusie

In dit artikel zijn de veranderingen die in het vennootschapsrecht van de EG plaatsvinden geanalyseerd. Er is op gewezen dat '*regulatory arbitrage*' slechts in beperkte mate mogelijk was voor de lidstaten op het moment dat zij tot de EU toetraden. Tot voor kort zijn de lidstaten op het gebied van het vennootschapsrecht een langetermijnstrategie van 'non-competitie' blijven volgen. Er is bewijs dat de nieuwe uitspraken van het HvJ veel invloed hebben gehad op het coöperatieve '*equilibrium*', waardoor de lidstaten hun

wetgevingsstrategieën hebben aangepast, nieuwe bedrijven de mogelijkheid hebben gekregen om aan 'regulatory arbitrage' te doen en reeds gevestigde ondernemingen de mogelijkheid tot verplaatsing van hun zetel hebben gekregen.

Op basis van een bespreking van het Europese vennootschapsrecht na de Centros-uitspraak, hebben wij betoogd dat het beeld van het vennootschapsrecht blijft verlopen volgens een stabiel patroon van een coöperatief 'equilibrium', dat in het verleden bestand is gebleken tegen schokken van buitenaf. Zelfs nu de concurrentiedruk toeneemt, hebben lidstaten te weinig prikkels die hen stimuleren te concurreren om de oprichting van bedrijven. Wij verwachten dat meer bedrijven grensoverschrijdende activiteiten zullen ontplooiën, hetgeen de druk op wetgevers om kostenefficiënte maatregelen te treffen zal opvoeren. Voorspeld wordt dat dergelijke veranderingen, hoewel zij door concurrentie gestuurd worden, uiteindelijk toch zullen dienen om het huidige 'equilibrium' te behouden. Er kan echter niet worden uitgesloten dat de omvang van de concurrentiedruk zodanig toeneemt dat de voorkeuren veranderen, waardoor er een evenwichtsverstorende gebeurtenis optreedt die de belangrijkste juridische beginselen en instellingen die de stabiliteit steunen op de proef stelt. Wij kunnen echter met redelijke zekerheid voorspellen dat de lidstaten ondernemingsvriendelijke maatregelen zullen blijven voorstellen om het systeem van het Europese vennootschapsrecht niet actief te ontwrichten.

Referenties

- Alchian, A., Uncertainty, Evolution, and Economic Theory, 1950, 58 Journal of Political Economy 211.
- Alesina, A. en Spolaore, E., The Size of Nations, MIT Press, 2003.
- Armour, J. Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition, 2005, Current Legal Problems 58, Oxford University Press, 2006.
- Armour, J. en McCahery, J.A., After Enron, Hart Publishing, verschijnt in 2006.
- Becht, M., Mayer, C., en Wagner, H., Corporate Mobility Comes to Europe: The Evidence, discussiestuk, september 2005.
- Bebchuk, L.A., Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law, 1992, 105 Harvard Law Review, p. 1435.
- Bebchuk, L., Cohen, A., Ferrell, A., Does the Evidence Favor State Competition in Corporate Law?, 2002, 90 California Law Review, p. 1775.
- Bebchuk, L.A. en Ferrell, A., Federalism and Corporate Law: The Race to Protect Managers from Takeovers, 1999, 99 Columbia Law Review, p. 1168.
- Bebchuk, L.A. en Hamdani, A., Optimal Defaults for Corporate Law Evolution, 2002, 96 Northwestern University Law Review, p. 489.
- Bebchuk, L. en Roe, M., A Theory of Path Dependency in Corporate Ownership and Governance, 1999, 96 Stanford Law Review 127.
- Bodnar, J., Ferejohn, J. en Grant, G., The Politics of European Federalism, 1996, 16 International Review of Law and Economics, p. 279.
- Bermann, G.A., Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States, 1994, 94 Columbia Law Review, p. 331.
- Bolkestein, F., The New European Company: Opportunity in Diversity in J. Rickford (ed), The

- European Company, Developing a Community Law of Corporations, Intersentia, 2003, p. 41-45.
- Bratton, W.W. en McCahery, J.A., Regulatory Competition, Regulatory Capture, and Corporate Self-Regulation, 1995, 73 North Carolina Law Review, p. 1861.
- Bratton, W.W. en McCahery, J.A., The New Economics of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World, 1997, 86 Georgetown Law Journal, p. 201.
- Bratton, W.W. en McCahery, J.A., Tax Coordination and Tax Competition in the European Union: Evaluating the Code of Conduct on Business Taxation, 2001, 38 Common Market Law Review, 677.
- Bratton, W.W. en McCahery, J.A., The Equilibrium Content of Corporate Federalism, 2004, ECGI discussiestuk nr. 23.
- Bratton, W.W. en McCahery, J.A., Company and Tax Law Competition in the EU: A Comparative Political Economy, 2005, discussiestuk, oktober.
- Bratton, W.W., McCahery, J.A., Picciotto, S. en Scott, C., Introduction: Regulatory Competition and Institutional Evolution, in Bratton, W.W., McCahery, J.A., Picciotto, S., and Scott, C. (eds), International Regulatory Competition and Coordination: Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States, Oxford University Press, 1997.
- Buxbaum, R.M. en Hopt, K.J., Legal Harmonisation and the Business Enterprise, Corporate and Capital Market Law Harmonisation Policy in Europe and the United States, vol. 4, Walter de Gruyter, 1988.
- Carney, W.J., The Political Economy of Competition for Corporate Charters, 1997, 26 Journal of Legal Studies, p. 303.
- Caruso, D., The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration, 1997, 3 European Law Journal, p. 3.
- Charny, D., Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the 'Race to the Bottom in the European Communities', 1991, 32 Harvard International Law Journal, p. 423.
- Cheffins, B.R., Company Law: Theory, Structure, and Operation, Clarendon Press, 1997.
- Coffee, J.C. Jr., The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and Its Implications, 1999, 93 Northwestern University Law Review, p. 641.
- Conci, P., The Tax Treatment of the Creation of a SE, 2004, 44 European Taxation, p. 15.
- Cygan, A., The White Paper on European Governance – Have Glasnost and Perestroika Finally Arrived to the European Union?, 2002, 65 Modern Law Review, p. 229.
- Dammann, J., Freedom of Choice in European Company Law, 2004, 29 Yale Journal of International Law 477.
- Davies, P., Employee Involvement in the European Company, in J. Rickford (ed), The European Company, Developing a Community Law of Corporations, Intersentia, 2003, p. 67-82.
- De Kluiver, H.J., Disparities and Similarities in European and American Company Law: What about Living Apart Together?, in: Wouters, J. en Schneider, H. (eds), Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in The European Union, Maklu, 1995.
- De Kluiver, H.J., Dumoulin, S.H.M.A., Witteveen, P.A.M. en Bellingwout, J.W., De Europese Vennootschap (SE), Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht', Kluwer, 2004.
- Deakin, S., Regulatory Competition Versus Harmonisation in European Company Law, in D.C. Esty and D. Geradin (eds), Regulatory Competition and Economic Integration, Oxford University Press, 2001, p. 190-217.
- Easterbrook, F., Federalism and European Business Law, 1994, 14 International Review of Law and Economics, p. 125.
- Edwards, V., EC Company Law, Oxford University Press, 1999.
- Enriques, L., Silence is Golden: The European Company Statute as a Catalyst for Company Law Arbitrage, 2004, 4 Journal of Corporate Law Studies, p. 77.

- Enriques, L. en Gelter, M., *The Relationship Between Creditors and Corporate Debtors: Regulatory Competition and Cooperation Within the EU*, 2006, *European Business Organization Law Review* (nog te verschijnen).
- Enriques, L. en Macey, J.R., *Creditors versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules*, 2001, 86 *Cornell Law Review*, p. 1165.
- Esty, D. en Geradin, D. (eds), *Regulatory Competition and Economic Integration, Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2001.
- Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement inzake het voorkomen en bestrijden van financiële wanpraktijken, Brussel, 27 september 2004, COM(2004)611 definitief.
- Financial Times, door Sundeep Tucker, *Delaware Move Over Investor Powers*, 15 december 2004.
- Financial Times (door Brian Groom en Ian Bickerton) (2004b), *Architect of Corporate Reform Warns Against Convergence*, december 2004.
- Financieele Dagblad (door S.M. Bartman) (2004a), *Fransen winnen slag om SE*, 21 oktober 2004.
- Financieele Dagblad (2004b), *Duitse werkgevers willen medezeggenschap hervormen*, 11 november 2004.
- Fisch, J.E., *The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition of Corporate Charters*, 2000, 68 *University of Cincinnati Law Review*, p. 1061.
- Forstinger, C.M., *Takeover Law in EU & USA, A Comparative Analysis*, Kluwer Law International, 2002.
- Garrido, J., *Company Law and Capital Markets*, in J. Rickford (ed), *The European Company, Developing a Community Law of Corporations*, Intersentia, 2003, p. 47-65.
- Grundmann, S., *Europäisches Handelsrecht – vom Handelsrecht des laissez faire im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung*, 1999, 28 *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, p. 635-678.
- Halbhuber, H., *National Doctrinal Structures and European Company Law*, 2001, 38 *Common Market Law Review*, p. 1385.
- Hampton, C., *European Company Law Reforms Make Uneven Progress*, 2002, 14 *Euro-Watch*, p. 1 en 10.
- Hay, J.R., Shleifer, A. en Vishny, R., *Towards a Theory of Legal Reform*, 1996, 40 *European Economic Review* 559.
- Heritier, A., Knill, C., Mingers, S., *Ringiering the Changes in Europe: Regulatory Competition and Redefinition of the State: Britain, France, Germany*, Berlin, De Gruyter, 1996.
- Hertig, G. en McCahery, J.A., *An Agenda for Reform: Company and Takeover Law in Europe*, in Ferrarini, G., Hopt, K.J., Winter, J. en Wymeersch, E. (eds), *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford University Press, 2004, p. 21-49.
- Hertig, G. en McCahery, J.A., *A Legal Options Approach to EC Company Law*, 2006, *Berkely Papers in Law and Economics*, University of California, discussiestuk nr. 180.
- High Level Group of Company Law Experts, 2002, *A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document*.
- High Level Group of Company Law Experts (2004), *European Corporate Governance in Company Law Codes*, Report Prepared for the European Corporate Governance of 18 October, The Hague.
- Holzinger, K., *Tax Competition and Tax Co-operation in the EU: The Case of Savings Taxation*, 2003, EUI discussiestuk, RSC no. 07, *European Forum Series*.
- Hopt, K.J., *Board Structures – The Significance of the Rules on the Board of the European Company*, in J. Rickford (ed), *The European Company, Developing a Community Law of Corporations*, Intersentia, 2003, p. 47-65.
- Inman, P.R. en Rubinfeld, D.L., *Rethinking Federalism*, 1997, 11 *Journal of Economic Perspectives*, p. 43.

- Inman, R.P. en Rubinfeld, D.L., *Subsidiarity and the European Union*, in P. Newman (ed), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3. Macmillan Reference Limited, 1998, p. 545-551.
- Kahan, M. en Kamar, E., *Price Discrimination in the Market for Corporate Law*, 2001, 86 *Cornell Law Review*, p. 1205-1256.
- Kahan, M. en Klausner, M., *Path Dependence in Corporate Contracting: Increasing returns, Herd Behaviour and Cognitive Biases*, 1996, 74 *Washington University Law Quarterly*, p. 347-366.
- Kamar, E., *Beyond Competition for Incorporations*, *Georgetown Law Journal*, nog te verschijnen.
- Keen, M.J. en Kotsogiannis, C., *Tax Competition in Federations and Welfare Consequences of Decentralization*, 2004, 56 *Journal of Urban Economics* 397.
- Keller, B., *The European Company Statute: Employee Involvement and Beyond*, 2002, voordracht gepresenteerd op de IIRA/CIRA 4th Regional Congress of the Americas, University of Toronto, 25-29 juni 2002.
- Kletzer, K. en von Hagen, J., *Monetary Union and Fiscal Federalism*, 2000, *Centre for European Policy Studies*, discussiestuk.
- Kübler, F., *A Shifting Paradigm of European Company Law?*, 2004, discussiestuk.
- Leleux, P., *Corporation Law in the United States and in the E.E.C., Some Comments on the Present Situation and the Future Prospects*, 1968, 6 *Common Market Law Review*, p. 133-176.
- Lombardo, S. en Pasotti, P., *The Societas Europaea: A Network Economic Approach*, 2004, 1 *European Company and Financial Law Review*, p. 169-205.
- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., en Vishny, R., *Law and Finance*, 1998, 106 *Journal of Political Economy* 1113.
- Lowry, J., *Eliminating Obstacles to Freedom of Establishment: The Competitive Edge of UK Company Law*, 2004, *Cambridge Law Journal* 331.
- Lutter, M., *Europäisches Unternehmensrecht, Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung*, Walter de Gruyter, 1996.
- Macey, J.R. en Miller, G.P., *Toward an Interest-Group Theory of Delaware Corporate Law*, 1987, 65 *Texas Law Review*, p. 469-523.
- Majone, G., *Mutual Recognition in Federal Type Systems*, 1993, *EUI Discussiestuk SPS Nr. 1*.
- Mattei, U., *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, 1994, 14 *International Law and Economics* 3.
- McCahery, J. en Picciotto, S., *Creative Lawyering and the Dynamics of Business Regulation*, in Dezalay, Y. en Sugarman, D. (eds), *Professional Competition and Professional Power: Lawyers, Accountants and the Social Construction of Markets*, London, Routledge, 1995.
- McCahery, J.A. en Renneboog, L., *The Economics of the Proposed Takeover Directive*, *Centre for European Policy Studies Research Report in Finance and Banking*, 2003, nr. 32.
- McCahery, J.A. en Vermeulen, E.P.M., *The Evolution of Closely Held Business Forms in Europe*, 2001, 26 *Journal of Corporation Law*, p. 857-879.
- McCahery, J.A. en Vermeulen, E.P.M., *The Changing Landscape of European Company Law*, 2004, *TILEC discussiestuk nr. 023*.
- McCahery, J.A. en Vermeulen, E.P.M., *Corporate Governance Crises and Related Party Transactions: A Post-Parmalat Agenda*, 2005, in Hopt, K.J., Wymeersch, E., Kanda, H., en Baum, H. (eds), *Corporate Governance in Context. Corporations, States and Markets in Europe, Japan, and the US*, Oxford University Press.
- Micklitz, H.W. en Weatherill, S., *European Economic Law*, Ashgate Dartmouth, 1997.
- Moussis, N., *Small and Medium Enterprises in the Internal Market*, 1992, 17 *European Law Review*, p. 483-498.
- Pagano, M. en Volpin, P., *The Political Economy of Finance*, 2001, 17 *Oxford Review of Economic Policy* 503.

- Pistor, K., Keinan, Y., Kleinheisterkamp, J., en West, M., *Innovation in Corporate Law*, 2003, 31 *Journal of Comparative Economics* 676.
- Pollack, M.A., *The Engines of European Integration, Delegation, Agency, and Agenda Setting in the EU*, Oxford University Press, 2003.
- Posner, R.A., *Essays Commemorating the Hundredth Anniversary of the Harvard Law Review: The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 1987, 100 *Harvard Law Review* 762).
- Rammeloo, S.F.G., *Corporations in Private International Law, A European Perspective*, Oxford University Press, 2001.
- Rickford, J., *The European Company, Developing a Community Law of Corporations*, Intersentia, 2003.
- Roe, M., *Rents and Their Corporate Law Consequences*, 2001, 53 *Stanford Law Review*, p. 1463-1494.
- Romano, R., *The Need for Competition in International Securities Regulation*, 2001, 2 *Theoretical Inquiries in Law* 387-562.
- Romano, R., *The Genius of American Corporate Law*, The American Enterprise Institute Press, 1993.
- Scharpf, F., *Governing in Europe, Effective and Democratic*, Oxford University Press, 1999.
- Schon, W., *Playing Different Games? Regulatory Competition in Tax and Company Law Compared*, 2005, 42 *Common Market Law Review* 331.
- Siebert, U., *The Company Law Reform Project of the German Ministry of Justice*, 2005, 69 *Rabels Zeitschrift* 712.
- Springael, B., *Taxation Issues and the Single European Company: a Preliminary Look at Societas Europaea*, 2002, 14 *EuroWatch*, p. 1-2 en 15-18.
- Streit, M.E. en Mussler, W., *Evolution of the economic constitution of the European Union*, in P. Newman (ed), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, Macmillan Reference Limited, 1998, p. 98-110.
- Sun, J-M. en Pelkmans, J., *Regulatory Competition in the Single Market*, 1994, Centre for European Policy Studies (CEPS), werkdokument nr. 84.
- Thommes, C., *EC Law Aspects of the Transfer of Seat of an SE*, 2004, 44 *European Taxation*, 'p. 22-27.
- Tiebout, C., *A Pure Theory of Local Expenditures*, 1956, 64 *Journal of Political Economy* 416-24.
- Villiers, Ch., *European Company Law Towards Democracy?*, Ashgate Dartmouth, 1998.
- Wall Street Journal Europe, door Matthew Karnitschnig, 2004, *German Law on Board Seats Targeted*, 26 oktober 2004.
- Watson, A., *Comparative Law and Legal Change*, 1978, 37 *Cambridge Law Journal* 313.
- Watson, A., *The Evolution of Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1985.
- Weingast, B., *The Economic Role of Political Institutions: Market Preserving Federalism and Economic Development*, 1995, 11 *Journal of Law, Economics and Organization*, p. 1.
- Woolcock, S., *Competition among Rules in the Single European Market*, in W.W. Bratton, J.A. McCahery, S. Picciotto, en C. Scott (eds), *International Regulatory Competition and Coordination, Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, Clarendon Press, 1996, p. 289-321.
- Wouters, J., *European Company Law: Quo Vadis?*, 2000, 37 *Common Market Law Review*, p. 257-307.