

Naar een coherenter Europees contractenrecht? Het Actieplan van de Europese Commissie

Martijn W. Hesselink*

Het Actieplan van de Europese Commissie voor een coherenter Europees contractrecht vormt een belangrijke stap op weg naar een Europees wetboek van contractenrecht. Het is echter de vraag of zo'n wetboek het Europees contractenrecht veel coherenter zal maken en of de interne markt er veel soepeler door zal werken, zoals de Commissie verwacht. Dit neemt niet weg dat er goede redenen zijn voor zo'n wetboek. Deze redenen zouden meer op de voorgrond moeten staan.

1. Het Actieplan

In maart van dit jaar publiceerde de Europese Commissie een Mededeling aan het Europees Parlement en de Raad van Ministers met de titel 'Een coherenter Europees Verbintenissenrecht; een Actieplan'¹. Het Actieplan is de volgende stap in een brede consultatie die de Commissie in juli 2001 in gang heeft gezet met de *Mededeling over Europees verbintenissenrecht*². Met die mededeling wilde de Commissie het debat over het Europees contractenrecht, dat tot dan toe vooral in academische kringen was gevoerd³, verdiepen en verbreden. Met name vroeg de Commissie belangengroepen (*stakeholders*) nadrukkelijk om hun mening over de vraag of de verschillen tussen de diverse Europese rechtsstelsels een belemmering voor een het goed functioneren van de gemeenschappelijke markt vormden,

* Martijn W. Hesselink is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

¹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad; Een coherenter Europees Verbintenissenrecht; een Actieplan, COM (2003) 68 definitief (Pb. C 63, 15.3.2003), in het vervolg aan te halen als 'het Actieplan'.

² Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees Verbintenissenrecht, COM (2001) 398 definitief, 11.07.2001 (Pb. C 255, 13.9.2001). Het is opvallend dat de Nederlandstalige versie van beide mededelingen spreekt van 'verbintenissenrecht', terwijl in andere talen gesproken wordt van overeenkomstenrecht: 'contract law' (Engels), 'derecho contractual' (Spaans), 'aftaleret' (Deens), 'Vertragsrecht' (Duits), 'le droit des contrats' (Franse), 'diritto contrattuale' (Italiaans), 'o dereito dos contratos' (Portugees), 'avtalsrätt' (Zweeds). In het vervolg zal hier van 'contractenrecht' gesproken worden, behalve in de citaten waar 'verbintenissenrecht' uit de officiële Nederlandse vertaling gehandhaafd zal worden. Bij het lezen van die laatste moet men zich dus realiseren dat er in de andere talen (het equivalent van) 'contractenrecht' staat.

³ De stroom van publicaties over Europees privaatrecht is inmiddels onmetelijk. Zie voor uitgebreide literatuurverwijzingen m.n. Jan M. Smits, *The Making of European Private Law*, Antwerpen, Oxford, New York 2002, pp. 275-294, Martijn W. Hesselink, *The New European Private Law*, Den Haag, Londen, New York 2002, pp. 249-272, en de zeer regelmatig verschijnende kroniek Algemeen van Ewoud H. Hondius in het *NTBR*.

zo ja, of de Europese Commissie actie moest ondernemen, en zo ja, welke. De Commissie vroeg met name om commentaar op vier mogelijke handelwijzen van de Commissie⁴: niets doen en alles aan de zelfregulerende werking van de markt overlaten (optie I); het formuleren van gemeenschappelijke beginselen bevorderen (optie II); orde brengen in het bestaande gemeenschapsrecht (*acquis communautaire*) op het gebied van overeenkomsten (optie III); komen tot geheel nieuwe wetgeving, bijvoorbeeld een Europees Wetboek van Contractenrecht (optie IV). Op deze oproep van de Commissie zijn veel reacties gekomen. Uit de Annex bij het Actieplan blijkt dat naast de Europese instellingen⁵, met name nationale regeringen, het bedrijfsleven, advocaten en academici gereageerd hebben, in het bijzonder uit Duitsland, Engeland, Italië en België⁶. Uit Nederland was de reactie zeer lauw: niets van de overheid, het bedrijfsleven, consumentenorganisaties en advocaten; alleen een paar academici (onder wie vooral in Nederland werkzame buitenlanders) hebben gereageerd⁷.

In deze tweede mededeling constateert de Commissie - waarschijnlijk tot haar opluchting - dat er inderdaad problemen zijn, en stelt zij een plan van aanpak voor om ze op te lossen. Over dat plan vraagt ze opnieuw om reacties van de *stakeholders*. Het is te hopen dat de reactie uit Nederland deze keer wat beter zal zijn. Met name de regering zou toch de moeite kunnen nemen te reageren. Bij het Ministerie van Justitie werken genoeg

⁴ Mededeling, nrs. 41-70.

⁵ Het Europees Parlement vroeg om een concreet stappenplan waardoor we binnen 10 jaar een Europees wetboek zouden hebben van contractenrecht in zeer ruime zin (incl. restitutie-, zekerheden-, en aansprakelijkheidsrecht) (Resolutie van het Europees Parlement over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten (COM (2001) 398, C5-0471/2001 – 2011/2187(COS), Pb C140E, 13.6.2002, p. 538). De Raad van Ministers verzocht de Commissie aanbevelingen te doen, zonodig in een Groenboek of Witboek (zie verslag doc. 13017/01, goedgekeurd op 16 november 2001 – opvallend is dat de Raad ook naar een studie op het gebied van het familierecht vraagt (vgl. nrs. 14-20)). En het Europees Economisch en Sociaal Comité vond de focus van de Commissie nog te beperkt. Dit soort problemen moet mondiaal worden aangepakt, aldus het Comité; kan dat niet dan is het Comité voorstander van een eenvormig Europees contractenrecht, bij voorbeeld in de vorm van een verordening (zie Advies van het Economisch en Sociaal Comité over de “Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees Verbintenissenrecht” (COM (2001) 398 def. (2002/C 241/01), Pb C241/1, 7.10.2002).

⁶ Zie voor de academische wereld met name Stefan Grundmann en Jules Stuyck (red.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Den Haag, Londen, New York 2002, met 26 bijdragen. Vgl. over de reacties van het bedrijfsleven H.J. Bulte, ‘Europees verbintenissenrecht; Reacties van het bedrijfsleven op de eerste mededeling van de Commissie, *Contracteren* 2003, pp. 83-85.

⁷ Zie Bijlage II. Over deze lauwe reactie zie Wouter Sijnders, *Building a European Contract Law; five Fallacies and two Castles in Spain; Ius Commune Lectures on European Private Law*, vol. 9, pp. 2-3 (‘The Fallacy of Ignoring the Problem’). Opmerking verdient echter dat in veel landen waar de regering, de orde van advocaten et cetera wel gereageerd hebben, die reactie is ingefluisterd door academici met goede politieke contacten.

capabele civilisten. De deadline was 15 mei, maar latere reacties zijn - net als vorige keer - ook welkom⁸.

De Commissie constateert twee soorten problemen. In de eerste plaats staan inconsistenties in het *acquis communautaire* op het gebied van het contractenrecht in de weg aan eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht (a). Ten tweede verstoren verschillen tussen de nationale stelsels van contractenrecht de werking van de interne markt (b).

2. De geconstateerde problemen

De Commissie stelt nadrukkelijk voorop dat volgens haar geen van de ontvangen bijdragen de sectorspecifieke aanpak (waarmee bedoeld wordt dat richtlijnen meestal gericht zijn op bepaalde specifieke problemen in plaats van op integrale onderdelen van het privaatrecht) als zodanig problemen oplevert zodat de Commissie daarvan af zou moeten stappen. Niettemin heeft de Europese regelgeving op het gebied van het contractenrecht volgens de Commissie tot veel coherentieproblemen geleid.

a. Inconsistenties Europees contractenrecht

Tegenstrijdige richtlijnen

In de eerste plaats is er het probleem dat in Gemeenschapswetgeving vergelijkbare gevallen regelmatig verschillend worden behandeld zonder dat daarvoor een rechtvaardiging is⁹. Te denken valt bijvoorbeeld aan verschillende bedenktijdregels¹⁰, of aan de uiteenlopende informatieverplichtingen¹¹. Bovendien kunnen op één en hetzelfde geval verschillende EG-regels van toepassing zijn die - en daar gaat het om - tot verschillende resultaten leiden¹². Soms vloeien zelfs uit één en dezelfde richtlijn twee verschillende benaderingen voort¹³.

⁸ Inmiddels hebben het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie met resoluties gereageerd (respectievelijk van 2 september 2003 (COM (2003) 68 - 2003 /2093 (INI)) en van 22 september 2003 (Pb. C 246, 14.10.003). Het Parlement 'juicht' het GRK (zie daarover *infra*) 'toe', maar maant de Commissie aan, haast te maken en het GRK eind 2006 af te hebben. De Raad 'is ingenomen' met het Actieplan en met het voornemen om een GRK op te stellen.

⁹ *Actieplan*, nr. 16.

¹⁰ In de richtlijnen betreffende Colportage (85/577/EEG), Timeshare (94/47/EG), Verkoop op afstand (97/7/EG) en Verkoop van financiële diensten op afstand (2002/65/EG). Zie hierover M.B.M. Loos, 'De effectiviteit van de bedenktijd als instrument van consumentenbescherming', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, pp.152-168.

¹¹ in de E-handelrichtlijn (2000/31/EG) en de in de vorige noot genoemde twee richtlijnen over verkoop op afstand.

¹² *Actieplan*, nr. 17.

¹³ Het bekendste voorbeeld is de Agentuurrichtlijn (86/653/EEG), die bij de regeling van de opzegging de nationale wetgever de keuze laat tussen goodwillvergoeding en

Geen algemene begrippen

In de tweede plaats worden algemene begrippen als ‘overeenkomst’ en ‘schade’ door richtlijnen wel gebruikt maar niet gedefinieerd¹⁴. Het resultaat is dat deze begrippen op nationaal niveau in de nationale traditie worden opgevat. Maar die tradities zijn nou juist verschillend. Het overeenkomstbegrip en het schadebegrip verschillen van land tot land. In Engeland bestaan, anders dan bijvoorbeeld bij ons, geen overeenkomsten om niet (vanwege het *consideration*-vereiste) en in Frankrijk is, anders dan in sommige andere landen (vergelijk bijvoorbeeld het Italiaanse *danno ingiusto*¹⁵), schade een (niet normatief maar) feitelijk begrip, net als, volgens velen, in Nederland¹⁶.

Nationale coherentie

Ten derde leidt implementatie van richtlijnen vaak tot inconsistenties op nationaal niveau: als gevolg van de sectorspecifieke aanpak van richtlijnen worden vergelijkbare gevallen opeens heel verschillend behandeld. De Duitse wetgever heeft om deze reden bij gelegenheid van de implementatie van enige recente richtlijnen maar besloten tot een algehele *Schuldrechtreform* (een ontwerp lag al sinds 1992 op de plank¹⁷). In Engeland werd aanvankelijk de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999, een grotendeels letterlijke overzetting van de Richtlijn Oneerlijke bedingen, eenvoudig naast de Unfair Contract Term Act 1977 gezet, maar dat riep zoveel vragen op, dat nu de Law Commission voorstelt om de twee wetten te integreren (en te moderniseren) in een nieuwe wet¹⁸.

Legal irritants

Ook problematisch is de introductie door richtlijnen van niet-vertrouwde begrippen in het nationale recht. Het bekendste voorbeeld is Engeland, waar men er vast van overtuigd was dat het begrip redelijkheid en billijkheid niet in de *Common Law* traditie paste. Zie bijvoorbeeld Bingham LJ¹⁹: ‘In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common

schadevergoeding (zie art. 17). Dit compromis tussen de Duitse en de Franse benadering is echter in sommige landen, zoals Engeland, zo geïmplementeerd dat de nationale wetgever geen keuze gemaakt heeft, maar deze heeft doorgeschoven naar de handelsagent zelf.

¹⁴ Actieplan, nr. 19 e.v.

¹⁵ Zie art. 2053 *Codice civile*.

¹⁶ Zie bijv. Asser-Hartkamp 4 I (2000), 409-409a (maar minder uitgesproken dan in eerdere drukken).

¹⁷ Zie *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Bundesanzeiger*, Keulen 1992.

¹⁸ *Unfair Terms in Contracts; A Joint Consultation Paper* (Law Commission Consultation Paper No 166 and Scottish Law Commission Discussion Paper No 119), Londen 2002.

¹⁹ Bingham LJ in *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433.

law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith ... English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness.’ Maar door de Richtlijn oneerlijke bedingen²⁰, en als gevolg van de Engelse (letterlijke) wijze van implementeren is het begrip nu in het Engels contractenrecht terecht gekomen. Wat moet de Engelse rechter nu doen? Doorgaan met het ontwikkelen van ‘piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness’ (en de bepaling over onredelijke bedingen in consumentenovereenkomsten beschouwen als zo’n oplossing op maat) of aannemen dat de redelijkheid en billijkheid nu als algemeen begrip in het Engelse recht is geïntroduceerd met een veel ruimere strekking, met werking in bijvoorbeeld ook precontractuele verhoudingen²¹, of zelfs zo ruim als in Duitsland of Nederland (d.w.z. de redelijkheid en billijkheid erkennen als ‘overriding principle’)? Gunther Teubner spreekt treffend van *legal irritants*²².

Minimumharmonisatie

Tenslotte noemt de Commissie het probleem van de minimumharmonisatie. De meeste EG-richtlijnen op het gebied van het Europese privaatrecht zijn minimumrichtlijnen, die nationale wetgevers de vrijheid geven verder te gaan, bijvoorbeeld door consumenten een verdergaande bescherming te geven. Deze richtlijnen zijn effectief in de zin dat het gestelde doel (een zeker niveau van consumentenbescherming gegarandeerd in Europa) erdoor bereikt wordt, maar leiden op zichzelf niet zonder meer tot harmonisatie, zolang sommige of zelfs alle landen een verschillend hoger niveau van bescherming bieden dan dat waartoe de richtlijn verplicht. Zo sluit de Richtlijn oneerlijke bedingen kernbedingen uit van inhoudstoetsing²³, terwijl zulke bedingen in Zweden en andere de Scandinavische landen wel degelijk aan de toets van art. 36 *Avtalslag* onderworpen zijn²⁴.

²⁰ Zie art. 3, Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

²¹ Zie voor de precontractuele redelijkheid en billijkheid in Engeland Lord Ackner in *Walford v Miles*, [1992] 2 AC 128: ‘the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties involved in negotiations. ... A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of the negotiating party.’

²² Gunther Teubner, ‘Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences’, *MLR* 1998, p. 11 e.v.

²³ Voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. Zie art. 4 lid 2.

²⁴ Zie Thomas Wilhelmsson, ‘Standard Form Conditions’, in: A.S. Hartkamp et al. (red.) *Towards a European Civil Code*, 2^e druk, Nijmegen en Den Haag, Londen, Boston 1998, pp. 255 e.v., p. 259, Ruth Nielsen, *Contract Law in Denmark*, Den Haag, Londen, Boston 1997, nr. 128, Christina Hultmark (Ramberg), ‘Obligations, Contracts and Sales’, in: Michael Bogdan (red.) *Swedish Law in the New Millennium*, Stockholm 2000, p. 278.

b. Rechtsverschillen verstoren interne markt

De commissie constateert dat er grote verschillen bestaan tussen de nationale stelsels van contractenrecht²⁵. Zij noemt voorbeelden uit vrijwel alle onderdelen van het algemene contractenrecht (totstandkoming, vertegenwoordiging, nietigheden, niet-nakoming en remedies), de bijzondere overeenkomsten (koop, opdracht, verzekering, vervoer) en aanverwante onderwerpen (met name het zekerhedenrecht). Zowel deze verschillen als zodanig als de ondoorzichtigheid met betrekking tot de vraag of er verschillen zijn, leveren volgens de Commissie onoverkomelijke obstakels op voor met name consumenten en het midden- en kleinbedrijf wanneer ze in de interne markt een internationale overeenkomst willen aangaan. Nou zouden die problemen nog wel overkomelijk zijn, aldus de Commissie, indien, het partijen vrij zou staan een rechtskeuze te maken voor een rechtsstelsel dat ze kennen en vertrouwen (veelal het eigen nationale stelsel van een van partijen), maar aan die mogelijkheid staan de vele nationale bepalingen van dwingend recht in de weg, niet alleen in het consumentenrecht maar, in sommige landen, ook in het handelsrecht²⁶.

3. De voorgestelde oplossingen

Volgens de Commissie bleek er vrijwel geen steun te bestaan voor optie I, aanzienlijke steun voor optie II, een overweldigde meerderheid voor optie III, en een meerderheid, op dit moment, tegen optie IV²⁷. Uit deze reactie leidt de Commissie een mandaat af om verder te gaan met haar werk op het gebied van het Europese contractenrecht²⁸. Ze komt met een concreet voorstel: een mix van regelgeving en zelfregulering²⁹.

Acquis verbeteren

In de eerste plaats stelt de Commissie voor de bestaande Europese regelgeving op het gebied van het privaatrecht te herzien. ‘Het doel’, aldus de Commissie, ‘is te komen tot een Europees *acquis* op het gebied van verbintenissenrecht dat uitermate consistent is, zowel qua opstelling als qua omzetting en toepassing.’³⁰ Mede om dit doel te kunnen bereiken, wil de

²⁵ *Actieplan*, nrs. 25 e.v.

²⁶ Het is opvallend dat de Commissie in haar betoog (anders dan bijvoorbeeld in Nederland onder ipr-specialisten gebruikelijk) geen onderscheid maakt tussen voorrangsregels (en regels van openbare orde) enerzijds en gewone regels van nationaal dwingend recht anderzijds; kennelijk gaat de Commissie er vanuit dat alle regels van dwingende nationaal contractenrecht niet door een conflictenrechtelijke rechtskeuze omzeild kunnen worden.

²⁷ *Actieplan*, nr. 7.

²⁸ *Actieplan*, nr. 9.

²⁹ *Actieplan*, nrs. 52 e.v.

³⁰ *Actieplan*, nr. 56.

Commissie eerst een ‘gemeenschappelijk referentiekader’ ontwikkelen. Het gemeenschappelijke referentiekader (GRK) moet drie doelen dienen³¹. In de eerste plaats kan de Commissie het gebruiken wanneer ze het bestaande *acquis* herzielt en wanneer ze nieuwe maatregelen voorstelt. Ten tweede kunnen nationale wetgevers zich erdoor laten inspireren waardoor de stelsels van contractenrecht in de lidstaten nader tot elkaar komen. Ten slotte zal de Commissie uitgaan van het gemeenschappelijke referentiekader om te bepalen of niet-sectorspecifieke maatregelen zoals een optioneel instrument nodig zijn³². Wat betreft het eerste doel: wat precies moet gebeuren ter verbetering van het *acquis*, wanneer het gemeenschappelijke referentiekader eenmaal af is, zegt de Commissie niet met zoveel woorden, maar ‘de consolidatie, codificatie en herschikking van bestaande instrumenten (...) zullen waar nodig in overweging moeten worden genomen’.³³

Algemene voorwaarden stimuleren

In de tweede plaats wil de Commissie zelfregulering bevorderen. Dat wil zij doen door de ontwikkeling van in de hele Europese Unie toepasselijke algemene voorwaarden te stimuleren³⁴. Als concrete stap noemt de Commissie het openen van een website waarop bedrijven die pan-Europese voorwaarden hebben, deze kunnen publiceren, als voorbeeld voor anderen. Daarnaast is de Commissie van plan richtsnoeren te publiceren om bedrijven erop te wijzen dat hun algemene voorwaarden niet in strijd moeten zijn met EU-regelgeving en -beleid.

Nadenken over een optioneel wetboek

Ten slotte gaat de Commissie nadenken over de wenselijkheid van ‘niet-sectorspecifieke maatregelen zoals een optioneel instrument’³⁵. Dat is Brussels voor een Europees Wetboek van Contractenrecht, dat (vooralsnog) alleen toepasselijk is als partijen daar zelf voor kiezen. Het kan daarbij gaan om toepasselijkheid door een positieve keuze (*opt-in*) of toepasselijkheid tenzij partijen uitdrukkelijk voor een nationaal stelsel kiezen (*opt-out*, zoals bij het Weens koopverdrag). In het Actieplan gaat het verder vooral over het optionele instrument, maar een enkele keer geeft de Commissie, *en passant*³⁶, uitdrukkelijk aan dat een niet-optioneel instrument ook tot de mogelijkheden behoort³⁷.

³¹ Actieplan, nr. 62.

³² Zie daarover hieronder.

³³ Actieplan, nr. 77.

³⁴ Actieplan, nr. 86.

³⁵ Actieplan, nr. 92.

³⁶ Zie met name Actieplan, nr. 92.

³⁷ Jan Smits en Robert Hardy hebben daar terecht op gewezen; zij zijn kritisch over deze mogelijkheid. Zie J.M. Smits en R.R.R. Hardy, ‘Boekbespreking: Het actieplan voor een

4. Een belangrijke stap, in de goede richting

Het Actieplan van de Commissie is een mijlpaal waarvan het belang niet gemakkelijk kan worden overschat. Na tien jaar intensief debat onder rechtswetenschappers over de toekomst van het Europese privaatrecht gaat de Commissie nu tot actie over. Dat is prijzenswaardig want het privaatrecht is van te groot maatschappelijk belang om het alleen aan rechtswetenschappers over te laten³⁸. Met het Actieplan van de Commissie wordt het serieus: de komende jaren wordt de basis voor het Europese contractenrecht gelegd. En het kan allemaal een stuk sneller gaan dan we in Nederland gewend zijn³⁹: De Commissie wil het GRK over zo'n vier jaar vaststellen. Dat komt ongeveer overeen met het tijdschema dat het Europees Parlement in haar Resolutie had voorgesteld en dat tijdspad voorziet in optioneel wetboek in 2010⁴⁰.

En de benadering van de Commissie is ook een serieuze. Zij richt zich op concrete problemen en stelt concrete oplossingen voor⁴¹. Men kan zeker vragen stellen bij sommige van de voorgestelde oplossingen, en men kan zich ook afvragen of de actie niet ook door andere aspiraties ingegeven zou moeten zijn - hieraan zal het vervolg van dit artikel gewijd zijn - , maar het debat over de toekomst van het Europese contractenrecht is met het Actieplan van de Europese Commissie de vrijblijvende fase van gemijmer over de herleving van het *ius commune* en de voorbeeldfunctie van *mixed legal systems* definitief ontgroeid⁴².

coherenter Europees contractenrecht: een bespreking', *WPNR* 6532 (2003), pp. 385-389, op p. 387 e.v.

³⁸ Variant op Hein Kötz, *European Contract Law*, Deel I (vertaling Tony Weir), Oxford 1997, p. v. 'Recently, however, people have begun to realise that European legal unity is too important a matter to be left entirely to legislatures.'

³⁹ Meer zoals de Duitse *Schuldrechtreform*, die in een paar jaar voltooid was. Weliswaar lag er al enige tijd een ontwerp klaar waarop voortgebouwd kon worden (*Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Keulen 1992), maar ook dat ontwerp is relatief snel tot stand gekomen: het *Abschlußbericht* was er 11 jaar na de adviezen en voorstellen (*Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band I, Keulen, 1981).

⁴⁰ En dat tijdschema lijkt weer sterk op het voorstel van de Lando Commissie en de *Study Group on a European Civil Code*. Zie Christian von Bar en Ole Lando, 'Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code', 10 *ERPL* 2002, pp. 183-248.

⁴¹ Anders E.H. Hondius, 'Kroniek algemeen', *NTBR* 2003, p. 202, die vindt dat de Commissie met het Actieplan nog niet een duidelijke richting inslaat.

⁴² Voor *ius commune* zie met name Reinhard Zimmermann, 'Roman Law and European Legal Unity', in: A.S. Hartkamp et al. (red.) *Towards a European Civil Code*, 2^e druk., Nijmegen en Den Haag, Londen, Boston 1998, pp. 21 e.v.; Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law; The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001. Vgl. ook C.J.H. Jansen, *Rechtshistorische beschouwingen over het moderne arbeidsovereenkomstenrecht* (oratie UvA), Amsterdam 2003, p. 22. Voor de

Ook is de Commissie zo verstandig ervoor te kiezen stap voor stap te werk te gaan. Geen grote projecten van Napoleontisch formaat, zoals een klassiek burgerlijk wetboek, die gemakkelijk bijna (NBW) of helemaal (Frans-Italiaans wetboek van verbintenissenrecht⁴³; Engels wetboek van contractenrecht⁴⁴) kunnen verzenden, maar een proces van behoedzame stappen waarin voortdurend compromissen worden gesloten - geheel in overeenstemming met de traditie van de Europese Unie.

Ten slotte is het prijzenswaardig dat de Commissie uitdrukkelijk heeft gekozen voor een open debat. Geen achterkamers; niemand wordt uitgesloten. Dat is geen loos gebaar: de Commissie vraagt niet alleen in algemene zin om reacties, maar doet ook actief haar best om alle geïnteresseerden te bereiken. En het hele debat kan stap voor stap gevolgd worden op het Internet⁴⁵. Wel is de vraag naar wie uiteindelijk het meest geluisterd wordt. Jan Smits en Robert Hardy hebben gelijk dat de Commissie nogal selectief uit de reacties plukt⁴⁶. Het duidelijkst blijkt dit op het punt van een Europees wetboek van contractenrecht. Voor dat idee (optie IV) was eigenlijk niet veel steun (alleen veel rechtswetenschappers waren wel enthousiast), maar de Commissie interpreteert dat als: *nog* niet veel steun⁴⁷. De Commissie gaat verder nadenken en wil dat anderen dat ook doen: weten jullie wel zeker dat jullie tegen zijn? Het lijkt een beetje op het Ierse referendum⁴⁸. Daar komt bij dat de Commissie zelf zeer nadrukkelijk de agenda van het debat bepaalt en zo (feitelijk) de meest controversiële discussiepunten vooralsnog omzeilt⁴⁹.

voorbeeldfunctie van *mixed legal systems* als Schotland, Louisiana, Zuid-Afrika zie J.M. Smits, 'Een Europees privaatrecht als gemengd rechtstelsel', *NJB* 1998, p. 61; J.M. Smits, *Europees Privaatrecht in wording: naar een Ius Commune Europaeum als gemengd rechtstelsel*, Antwerpen/Groningen 1999; Hector MacQueen, 'Scots Law and the Road to the New Ius Commune', *Ius Commune Lectures on European Private Law*, 1, Maastricht 2000. Vgl. ook Reinhard Zimmermann, Daniel Visser (red.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford 1996; Vernon V. Palmer, *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, Cambridge 2001. Voor kritiek zie mijn *The New European Legal Culture*, Deventer 2001, pp. 66 e.v.

⁴³ *Projet franco-italien de Code des obligations et des contrats* (1927).

⁴⁴ Harvey McGregor, *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*, in: *Studi sulla fenomenologia negoziale nell'area Europea* (reeks geleid door Giuseppe Gandolfi), nr. 5, Milaan 1993.

⁴⁵ Het Actieplan en gerelateerde documenten zijn te vinden op het Internet: http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm.

⁴⁶ J.M. Smits en R.R.R. Hardy, 'Boekbespreking', *WPNR* 6532 (2003), pp. 385-389, op p. 387.

⁴⁷ Zie *Actieplan*, nr. 7.

⁴⁸ Zoals bekend werd de Ieren toen ze in 2001 in een referendum het Verdrag van Nice hadden verworpen, het jaar daarop gevraagd of ze niet inmiddels van gedachten veranderd waren (en dat waren ze).

⁴⁹ Zie daarover *infra*, paragraaf 10.

Het Actieplan is dus een belangrijke stap in de goede richting. Dit neemt echter niet weg dat de benadering van het Europese contractenrecht door de Europese Commissie een aantal fundamentele vragen oproept.

5. Wat is een GRK?

A European Civil Code in disguise?

In het Actieplan neemt het idee van een gemeenschappelijk referentiekader (*common frame of reference*) een centrale plaats in. Het probleem is echter dat uit het Actieplan niet zonder meer duidelijk wordt wat een GRK nu precies is.

Met name is niet duidelijk of het gaat om gemeenschappelijke begrippenlijst, vergelijkbaar met een juridisch woordenboek, zoals Gérard Cornu's *Vocabulaire juridique*, Creifelds *Rechtswörterbuch* of Fockema Andreae's *verwijzend en verklarend juridisch woordenboek*. Zulke woordenboeken zijn meestal bedoeld als een beschrijving van het gangbare gebruik van bepaalde termen⁵⁰, maar er zijn ook uitdrukkelijk normatief bedoelde woordenlijsten. Zie voor de spelling het bekende Groene Boekje dat in Nederland en Vlaanderen de wijze van spellen, op zijn minst voor ambtenaren⁵¹, poogt voor te schrijven. Is het GRK uitsluitend descriptief bedoeld, dan kan men zich afvragen waarom de Commissie zich hiermee bemoeit. Is het niet passender voor de overheid dit over te laten aan private 'deskundigen' en te kijken welke set van termen en beginselen door de gebruikers het meest gewaardeerd wordt? Dit geldt ook als met een GRK meer bedoeld wordt dan alleen een woordenlijst. De productie van zulke descriptieve GRKs is immers al in volle gang: in zowel de Lando Commissie, de Study Group on a European Civil Code, de Gandolfi groep, de Acquis groep als het Trento Common Core project wordt door rechtswetenschappers geprobeerd het gemeenschappelijke Europese contractenrecht te beschrijven.

Of is het GRK normatief bedoeld, en gaat het dus in feite om een stelsel van algemene *regels* van contractenrecht dat na afkondiging door de Europese Commissie enige vorm van *gelding* zal hebben? Dat laatste lijkt het geval te zijn. Immers, het is niet goed voorstelbaar dat een instelling van de Europese Unie een stelsel van regels vaststelt en bekendmaakt zonder dat dit enige normatieve kracht heeft. Op zijn minst zal toch de Commissie er zelf aan gebonden zijn.

⁵⁰ Niettemin kennen velen aan woordenboeken, op grond van het gezag van de auteurs of (met name in kleine landen) wegens gebrek aan concurrentie met andere woordenboeken, ook normatieve kracht toe ('kijk maar: het staat in de Van Dale').

⁵¹ De officiële spelling zoals vastgelegd in de Wordenlijst der Nederlandse Taal, is verplicht gesteld voor overheid en onderwijs. Zie AMVB d.d. 19 juni 1996, *Staatsblad*. 1996, 334.

Had de Commissie niet wat duidelijker kunnen maken wat precies de beoogde normatieve status van een GRK is? Dat was toch niet zo moeilijk? Nu de Commissie dit toch niet gedaan heeft, is het waarschijnlijk dat zij bewust voor zo'n hybride figuur gekozen heeft. Het GRK lijkt het typische resultaat van een Brussels politiek compromis (*law is politics*). Het concept van een GRK is waarschijnlijk het best te begrijpen wanneer men zich realiseert dat, in de eerste plaats, de Commissie, naar vrij algemeen wordt aangenomen⁵², niet de bevoegdheid heeft om een Europees Burgerlijk Wetboek of Wetboek van Contractenrecht op te stellen, en, in de tweede plaats, zacht gezegd er niet veel enthousiasme bestaat voor zo'n Europees BW, althans buiten academische kringen. De wettelijke en maatschappelijke basis ontbreekt dus. Maar het concept van een GRK maakt het mogelijk dat de Commissie rustig aan een ontwerp BW kan (laten) werken zonder dat zo te noemen: wij maken geen BW maar een GRK; wanneer het GRK over vier jaar af is, zien we wel wat we er precies mee doen (wellicht is het enthousiasme over een (optioneel) Europees BW dan inmiddels wel toegenomen).

Dat is een slimme truc, maar toch heeft de Commissie daarmee nog niet alle problemen opgelost. Immers, ook los van de staatsrechtelijke status ervan, is het concept van een 'gemeenschappelijk referentiekader, waarin gemeenschappelijke beginselen en termen op het gebied van Europees verbintenissenrecht zijn vastgelegd'⁵³, problematisch.

Acquis, common core, interne markt en beste oplossingen

Immers, onmiddellijk rijst de vraag wat er dan in dat GRK moet staan en waaraan die inhoud moet worden ontleend. Moeten de opstellers de bouwstenen voor het GRK putten uit de bestaande Europese regelgeving op het gebied van het contractenrecht (*acquis*) of het nationale contractrecht van de Lidstaten (*common core*) of moeten ze zoeken naar de oplossingen die de interne markt zo vlot mogelijk laten werken, of gewoon naar de beste oplossingen? Leest men het Actieplan, dan komt men tot de conclusie dat het antwoord kennelijk is: *all the above*⁵⁴. Maar deze werkwijze kan alleen goed aflopen, indien elk van de vier benaderingen tot dezelfde oplossingen leidt. Dat is echter bepaald niet vanzelfsprekend zo. Daar komt bij dat men ook binnen elk van deze vier benaderingen zeer goed kan twisten over wat de uitkomst zou moeten zijn. De rechtswetenschap is nu eenmaal niet zo exact als sommigen zouden wensen.

Beste oplossingen

⁵² Zie daarover *infra*, paragraaf 8.

⁵³ Actieplan, nr. 59.

⁵⁴ Actieplan, nr. 62.

‘Het [GRK] zou de *beste oplossingen* moeten bieden inzake gemeenschappelijke terminologie en regels, dat wil zeggen de definitie van fundamentele begrippen en abstracte termen zoals “overeenkomst” of “schade” en van de regels die van toepassing zijn bij, bijvoorbeeld, niet-nakoming van overeenkomsten.’⁵⁵

Uit deze passage blijkt dat de Commissie zich het problematische karakter van een GRK niet voldoende heeft gerealiseerd. Immers, wat zijn ‘de beste oplossingen’? Het beste voor wie? Een verplichting (*Obliegenheit*) voor de koper om snel te protesteren als de koopwaar niet in orde is, is goed voor verkopers maar niet voor kopers. Een ‘recht op ontbinding’ bij tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit wederkerige overeenkomst is goed voor de crediteur van die verbintenis, maar niet voor de debiteur. ‘Dit referentiekader zou moeten tegemoet komen aan de behoeften en verwachtingen van de deelnemers aan de interne markt die ’s werelds meest dynamische economie wil worden’, schrijft de Commissie⁵⁶, maar kopers en verkopers, crediteuren en debiteuren hebben verschillende (veelal tegengestelde) behoeften, zoals dit eenvoudige voorbeeld al aantoonde. Recht is strijd, zoals Jhering al zei⁵⁷. En het contractenrecht moet een oplossing bieden van deze conflicten. En over wat de beste oplossing is, kan men verschillend denken. *Right answers* bestaan niet, *n'en déplaie* Ronald Dworkin⁵⁸.

Dat blijkt nu juist bij uitstek uit het feit dat precies hetzelfde rechtsprobleem in verschillende landen soms verschillend wordt opgelost⁵⁹. Daarbij wordt in verschillende landen niet alleen verschillend gedacht over wat inhoudelijk de beste oplossing is, maar ook de terminologie is totaal verschillend. Er zijn voorbeelden te over, maar we hoeven niet ver te zoeken, want de hierboven aangehaalde woorden van de Commissie bieden voldoende stof. Niet alleen zijn het contractsbegrip, het schadebegrip en de regels die van toepassing zijn bij tekortkoming zeer verschillend in de verschillende Europese rechtstelsels, ook binnen die landen wordt vaak fel gedebatteerd en geprocedeerd. De eerste twee voorbeelden zijn boven al genoemd⁶⁰ en voor wat betreft de regels bij tekortkoming hoeft men alleen maar te denken aan het Nederlandse debat over ‘het recht op ontbinding’ om

⁵⁵ Actieplan, nr. 62 (cursivering toegevoegd).

⁵⁶ Actieplan, nr. 59.

⁵⁷ Rudolph von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, Darmstadt 1874.

⁵⁸ *Law's Empire*, Londen 1986.

⁵⁹ Een punt dat de Commissie zelf in het Actieplan met behulp van voorbeelden tracht aan te tonen. Zie Actieplan, nrs. 25-51.

⁶⁰ Zie *supra*, paragraaf 2, a.

in te zien dat over ‘beste oplossingen’ zeer verschillend wordt gedacht, en met kracht van argumenten⁶¹. Er zullen dus keuzes gemaakt moeten worden.

Dat betekent overigens niet dat men het over de te maken keuzes niet eens kan worden. Net als de Nederlandse wetgever het uiteindelijk eens is geworden over het nieuwe BW en de Commissie en de Raad van Ministers het dagelijks eens worden over Europese regelgeving, en de rechters in het Europese Hof van Justitie over vonnissen, zal men het ongetwijfeld eens kunnen worden over terminologie en regels voor een GRK. En een keuze voor een compromis is ook een keuze. Een goed voorbeeld vormt de *Commission on European Contract Law* (Lando Commissie). Die is er zonder al te veel moeite (in nog geen 15 jaar) in geslaagd *Principles of European Contract Law*, op te stellen⁶². De Gandolfi groep is het nog sneller eens geworden⁶³.

Het gaat echter niet aan te doen alsof het hier gaat om het neutraal vaststellen van ‘beste oplossingen’ door deskundigen. *Law is politics* en dat geldt ook voor het contractenrecht. De belangen van verkopers worden beter gediend door de ene regel, de belangen van kopers door de andere (belangentegenstellingen), in de Franse rechtscultuur bevalt de ene term beter, in de Engelse een andere (culturele tegenstellingen), en de ene oplossing past beter bij een liberale maatschappijvisie terwijl de andere beter aansluit bij sociaal-democratische (ideologische tegenstelling)⁶⁴. De zaken liggen zelfs nog iets ingewikkelder: de keuze zelf van de Commissie voor het formuleren van een ‘gemeenschappelijke referentiekader’ van algemene, abstracte begrippen en algemene regels is uitdrukkelijk een keuze voor een *civil law* benadering van het recht; in de *common law* traditie ziet men traditioneel minder heil in het formuleren van algemene en abstracte begrippen, en gebruiken verschillende rechters regelmatig verschillende woorden om hetzelfde aan te duiden⁶⁵.

⁶¹ Zie met name F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, Deventer 1993 en Ton Hartlief, *Ontbinding: over ongedaanmaking, bevrijding en rechterlijke bevoegdheden bij ontbinding wegens wanprestatie*, Deventer 1994.

⁶² Ole Lando en Hugh Beale (red.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, Den Haag 2000. Vergelijk over de (politieke, culturele, economische en andere) keuzes die de Lando Commissie heeft gemaakt bij het opstellen van de *Principles of European Contract Law* mijn ‘The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission’, in: Martijn W. Hesselink, Gerard de Vries, *Principles of European Contract Law, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer 2001, pp. 5-95.

⁶³ Giuseppe Gandolfi (red.), *Code Européen des contrats - Avant-projet*, Milaan 2001.

⁶⁴ Zie over de politieke dimensie van het Europese contractenrecht verder mijn ‘The Politics of European Contract Law’, in: Stefan Grundmann en Jules Stuyck (red.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Den Haag, Londen, New York 2002, pp. 181 e.v.

⁶⁵ Een bekend voorbeeld is de term voor ontbinding. Sommige rechters spreken van ‘termination’ anderen van ‘rescission’. Vgl. Lord Wilberforce en Lord Diplock in *Photo Production Ltd. v Securicor Transport Ltd.* [1980] AC 827 (resp. p. 844 en p. 851).

De Commissie is van plan zich te laten voorlichten door een netwerk van deskundigen. In het kader van het 6^e Kaderprogramma zijn daarvoor enige miljoenen Euro's beschikbaar⁶⁶. Uit het voorgaande volgt dat die wetenschappers vooral inzichtelijk zullen moeten maken op welke punten keuzes gemaakt zullen moeten worden, wat de mogelijke oplossingen zijn, en welke belangen er bij die keuzes op het spel staan.

6. Algemeen contractenrecht en *acquis*

Verskillende tradities

Het concept van een gemeenschappelijk referentiekader doet nog een vraag rijzen: vragen de drie doelen waarvoor de Commissie het GRK wil gebruiken wel om hetzelfde referentiekader? Zoals gezegd dient het GRK drie doelen: 1) de Commissie kan het gebruiken bij herziening van het *acquis* en bij nieuwe sectorspecifieke maatregelen (tot nu toe vooral in de vorm van richtlijnen); 2) het kan, als model van het beste contractenrecht, dienen als inspiratiebron voor nationale wetgevers; 3) het kan uiteindelijk de basis vormen voor een (optioneel) Europees wetboek. Maar is er in dit opzicht wel sprake van een *gemeenschappelijk* referentiekader of wil de Commissie eigenlijk twee complementaire en relatief autonome referentiekaders, een voor algemeen contractenrecht (op basis van rechtsvergelijking), voor het eerste doel, en één voor bijzonder contractenrecht (op basis van een analyse van het *acquis*), voor doelen twee en drie?

Hier doemt levensgroot de vraag op wat de verhouding in Europa moet zijn tussen algemeen en bijzonder privaatrecht. Tot nu toe heeft de Europese Commissie zich uitsluitend beziggehouden met 'sectorspecifieke maatregelen'. Anders gezegd, het *acquis communautaire* op het gebied van het contractenrecht bestaat uitsluitend uit bijzondere regels die voor bepaalde overeenkomsten en/of voor bepaalde partijen afwijken van de (nationale) regels die voor alle andere partijen en overeenkomsten gelden (algemeen contractenrecht), dat wil zeggen: met het bijzondere contractenrecht. Eerst met de Mededeling van 2001 en nu met het Actieplan stelt de Commissie de mogelijkheid aan de orde dat zij zich ook zal gaan richten op het algemene contractenrecht. De Commissie noemt dit 'niet-sectorspecifieke maatregelen zoals een optioneel instrument'. Dat instrument zal overigens wellicht niet beperkt blijven tot het algemene contractenrecht⁶⁷, en misschien ook rechtsgebieden gaan betreffen die de Commissie tot nu toe niet of nauwelijks heeft betreden, met name het verrijksrecht⁶⁸ en het zekerhedenrecht⁶⁹. Zelfs houdt de Commissie

⁶⁶ Zie *Actieplan*, nrs. 53 en 63 en 68.

⁶⁷ De Commissie laat dit uitdrukkelijk open. Zie *Actieplan*, nr. 95.

⁶⁸ Hier ziet men de Duitse hand in de opstelling van het Actieplan: In Duitsland, waar men noch specifieke ongedaanmakingsverbintenissen bij ontbinding noch een actie uit

uitdrukkelijk de mogelijkheid open nog verder te gaan en ook het algemene onrechtmatige daadsrecht⁷⁰ en het algemene goederenrecht in het optionele instrument te betrekken⁷¹: dit zou dan in feite neerkomen op een regeling van het algemene vermogensrecht, vergelijkbaar, althans voor wat betreft de behandelde onderwerpen, met de Boeken 3, 5 en 6 van het Nederlandse BW.

Maar zoals bekend bestaan er in Europa verschillende tradities met betrekking tot de vraag of algemeen en bijzonder privaatrecht geïntegreerd moeten worden. In Duitsland werd aanvankelijk gepoogd het *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900) zuiver te houden en werd zodoende onder andere het *Allgemeine Geschäftsbedingungengesetz* (1976) buiten het *BGB* geplaatst. Ook het handelsrecht was van meet af aan geregeld in een apart wetboek (*Handelsgesetzbuch*). Maar bij de recente *Schuldrechtreform* vond een grote integratieoperatie plaats. Het *AGBG* werd in het *BGB* opgenomen en de toepassing van diverse consumenten- en handelsrechtelijke regels van Europese oorsprong werd naar andere rechtsverhoudingen uitgebreid. Er wordt zelfs wel beweerd dat deze integratie mede is ingegeven door de hoop dat het nieuwe Duitse verbintenissenrecht model zal komen te staan voor het Europese verbintenissenrecht⁷². Daar staat tegenover dat in Frankrijk aanvankelijk al het burgerlijk recht in de *Code Civil* (1804) stond⁷³, die regelmatig door de wetgever werd uitgebreid en geactualiseerd. Maar de eenheid van het burgerlijk recht begint in Frankrijk te verbrokkelen tot wat de Europese Commissie zou noemen een sectorspecifieke aanpak: zo is er nu een *Code du Travail*, een *Code du Transport*, een *Code de la Construction* en - hier het meest relevant - een *Code de la Consommation*.

onverschuldigde betaling bij vernietiging kent (abstract stelsel), is het verrijksrecht onmisbaar als complement bij het contractenrecht voor de ongedaanmaking van reeds uitgevoerde overeenkomsten.

⁶⁹ Richtlijn betalingsachterstanden (2000/35/EG) bevat wel al een (in vergelijk met het ontwerp sterk gereduceerde) regeling van het eigendomsvoorbehoud (zie art. 4).

⁷⁰ Bijzonder onrechtmatige daadsrecht is er al wel, bijvoorbeeld in de Richtlijn Productenaansprakelijkheid (85/374/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 99/34/EG).

⁷¹ De Commissie heeft een onderzoekopdracht gegeven (2002/ PB S 154-122573, 9.8.2002), die thans wordt uitgevoerd onder leiding van Christian von Bar (Osnabrück), Ulrich Drobnig (Hamburg) en Antonio Gambaro (Milaan).

⁷² Die hoop wordt wellicht mede gevoed doordat Duitsers sterk vertegenwoordigd zijn in de leiding van de diverse groepen die hopen te participeren in het Network of Excellence dat het GRK zal voorbereiden: de Study Group on a European Civil Code (Christian von Bar), de Acquis groep (Hans Schulte-Nölke) en de Insurance groep (Jürgen Basedow) worden (mede) door Duitsers geleid, terwijl de Europese topambtenaar die leiding gaf aan de interdepartementale werkgroep die het Actieplan tot stand bracht, ook een Duitser is (Dirk Staudenmayer). Hoewel deze sterke Duitse aanwezigheid inderdaad opvallend is, moet de invloed van de leiders op het werk van deze groepen niet overschat worden.

⁷³ Het handelsrecht is ook in Frankrijk apart geregeld, in de *Code de Commerce*.

Integratie zou voor Frankrijk dus een anachronistische beweging zijn. Kortom, Duitsland en Frankrijk staan in dezen lijnrecht tegenover elkaar⁷⁴.

De keuze van de Commissie

Hoewel de Commissie in het Actieplan haar uiterste best doet om niet op de keuze vooruit te lopen, past de opzet van het plan toch het beste bij een (aanvankelijk) gesegregeerd contractenrecht⁷⁵.

In de eerste plaats is dit de meest praktische oplossing⁷⁶. In de mededeling van 2001 beschreef de Commissie herziening en consolidatie van het *acquis* enerzijds en een optioneel instrument als verschillende opties (respectievelijk opties II en IV). Deze lijn zet de Commissie nu voort door voor te stellen het *acquis* te herzien en eventueel later met een optioneel instrument te komen. De tijdpaden lopen dus niet gelijk. Daar komt bij dat het *acquis* van toepassing is op zowel interne als grensoverschrijdende transacties, terwijl het (optionele) algemene contractenrecht (vooralsnog) alleen bedoeld is voor internationale rechtsverhoudingen. Bovendien bestaat het *acquis* grotendeels uit dwingend recht, terwijl het optionele instrument per definitie niet dwingend van aard zal zijn. Het staat partijen immers vrij zelf (conflictenrechtelijk) te kiezen of het op hun rechtsverhouding van toepassing zal zijn, hetzij negatief (*opt-out*) hetzij positief (*opt-in*). De Commissie houdt zich nadrukkelijk op de vlakte over het instrument dat het wil kiezen voor herziening van het *acquis*, maar codificatie in een verordening ligt het meest voor de hand. Niet zozeer omdat het Economisch en Sociaal Comité dit uitdrukkelijk heeft voorgesteld (en de Commissie dit aanhaalt), maar vooral omdat een richtlijn niet tot de beoogde uniformiteit zal leiden, zeker niet waar het de terminologie betreft, terwijl dat bij een verordening wel kan⁷⁷. Anderzijds wordt vrij algemeen aangenomen dat de

⁷⁴ In Nederland zijn, zoals bekend, in het nieuwe BW, algemeen en bijzonder privaatrecht zoveel mogelijk geïntegreerd, nog meer dan in Duitsland. Veel andere landen nemen een tussenpositie in. In Italië is de richtlijn consumentenkoop, net als diverse andere richtlijnen weliswaar in de *Codice Civile* opgenomen, maar niet echt geïntegreerd: de artikelen zijn er gewoon in een nieuwe paragraaf tussen geplakt ('della vendita dei beni di consumo'). Vgl. daarover (kritisch) Manola Scotton, 'Directive 99/44/EC on certain aspects of the sale consumer goods and associated guarantees', 9 *ERPL* 2001, pp 143-153; Luigi Garafalo, 'L'attuazione della direttiva 1999/44/CE in Italia', in: Martin Schermaier (red.), *Verbraucherkauf in Europa*, München 2003, p. 237 e.v. In Engeland werden de meeste richtlijnen letterlijk omgezet in specifieke wetten, maar daar is nu op het gebied van oneerlijke bedingen een recent integratievoorstel. Zie boven, 2a. Integratie in de *common law* (as opposed to statute) is natuurlijk per definitie niet mogelijk.

⁷⁵ Er zijn echter ook passages in het Actieplan waar de mogelijkheid van integratie aan de orde komt, bijv. nr. 79.

⁷⁶ In dezelfde zin Arthur Hartkamp, 'Eenmaking en harmonisering van het contractenrecht: doeleinden en methoden', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, pp. 97-107, op p. 104.

⁷⁷ Daar komt bij dat de Commissie zegt dit proces parallel te willen laten verlopen aan de omzetting van het Verdrag van Rome (EVO), ook in een verordening. Zie *Actieplan*, nr.

Commissie niet bevoegd is een Europees Burgerlijk Wetboek bij verordening af te kondigen⁷⁸. Om deze praktische redenen lijkt het niet goed voorstelbaar dat deze twee instrumenten (van meet af aan) geïntegreerd zullen worden.

Bovendien past voortzetting van de sectorale benadering in afgezwakte vorm - namelijk naast een algemeen contracten- of vermogensrecht - bij de Europese wetgevingstraditie, zeker op het gebied van het privaatrecht. Het zou een enorme omslag betekenen indien de Europese Commissie opeens bijvoorbeeld het consumentenrecht niet langer als een bijzonder rechtsgebied zou beschouwen. En het D-G Sanco in Brussel zal ook niet graag dit paradepaardje uit handen geven ten gunste van een interdepartementaal project. Niet voor niets herhaalt het Actieplan tot vervelens toe dat er geen aanleiding is de sectorspecifieke benadering te verlaten.

Daar komt bij dat de Commissie voor herziening van het *acquis* en voor het opstellen van een algemeen contractenrecht verschillende argumenten aanvoert. In het Actieplan voert de Commissie (onder het kopje '3.1 Eenvormige toepassing van het Gemeenschapsrecht') immers eerst een hele reeks problemen op die allemaal erop neerkomen dat het *acquis* zelf niet voldoende coherent is, hetgeen logisch leidt tot de conclusie dat het *acquis* zelf herzien moet worden. Daarbij zullen regels en concepten uit de diverse Europese richtlijn met elkaar vergeleken en de beste gekozen moeten worden. Daarna volgt echter, onder kopje '3.2 Gevolgen voor de interne markt', niet een bespreking van de gevolgen van genoemde problemen voor de interne markt, maar een opsomming van een geheel nieuwe reeks problemen, die allemaal samengevat kunnen worden onder de noemer: het is lastig voor de handel dat het algemene contractenrecht in de lidstaten niet hetzelfde is. Die problemen worden natuurlijk niet opgelost door herziening van het *acquis*. Daarvoor zal het algemene contractenrecht geünificeerd moeten worden. En daarbij zal men niet putten uit het Europese *acquis* (dat bevat immers geen algemeen contractenrecht) maar uit rechtsvergelijking, dat wil zeggen uit de vergelijking van de nationale stelsels van contractenrecht.

Het spreekt voor zich dat als er twee instrumenten komen, deze wel op elkaar afgestemd zullen worden. De beide instrumenten zijn immers complementair: het bijzondere Europese contractenrecht vooronderstelt het algemene. Dat betekent met name dat het *acquis* herzien zal worden in het licht van de terminologische keuzes voor het algemene contractenrecht, en dat de bijzondere regels in het *acquis* uitdrukkelijk als preciseringen of afwijkingen van het algemene contractenrecht geformuleerd zullen worden. Vergelijk het Actieplan⁷⁹: 'Het is de bedoeling om te komen tot een zo

⁷⁸ Zie bijvoorbeeld Walter van Gerven, 'Coherence of Community and national laws; Is there a legal basis for a European Civil Code?', *ERPL* 1997, pp. 465-469.

⁷⁹ *Actieplan*, nr. 62.

samenhangend mogelijk *acquis* op het gebied van het Europees verbintenissenrecht, dat gebaseerd is op gemeenschappelijke basisregels en -termen.⁸⁰

Het is dus goed mogelijk dat we over zo'n tien jaar, anders dan nu in Nederland, in ieder geval voor internationale gevallen, een regeling van algemeen contractenrecht en een of meer regelingen van bijzonder contractenrecht (met name consumentenrecht) naast elkaar zullen hebben⁸¹. Is dat bezwaarlijk?⁸² Zolang het vooral om een kwestie van ordening gaat, maakt het niet zoveel uit, maar het gevaar bestaat dat door afscheiding van het bijzondere privaatrecht als beschermingsrecht, de gedachte postvat dat het algemene contractenrecht dan volledig op contractsvrijheid gebaseerd moet worden. Anders gezegd, de gedachte dat zo gauw het om 'gewone partijen' gaat - en zeker in de handel -, geen bescherming nodig is. En enige passages in het Actieplan beloven wat dit betreft niet veel goeds⁸³: 'In deze context moet contractuele vrijheid *het* leidend beginsel zijn: beperkingen mogen alleen worden voorzien als dit met goede redenen kan worden verantwoord.' De Europese Commissie als kampioen van de contractsvrijheid: het is ook wat ongeloofwaardig na jarenlange stromen van dwingend Europees contractenrecht vanuit Brussel. De traditie van Europese regelgeving op het gebied van het privaatrecht (het *acquis*), is er

⁸⁰ Dat heeft echter grote gevolgen voor de coherentie van het contractenrecht. Zie daarover *infra*, paragraaf 7.

⁸¹ Vergelijk ook de stellingname van de Raad en het Parlement in hun resoluties (zie noot 8), respectievelijk par. IV, 1, en nr. 14.

⁸² Zeer kritisch over wat hij noemt 'schizophrenic contract law', op rechtseconomische gronden, is Ugo Mattei, 'Efficiency and Equal Protection In The New European Contract Law: Mandatory, Default and Enforcement Rules', 39 *Va. J. Int'l L.* (1999), p. 537. Nadrukkelijk voor (verschillende vorm) van fragmentatie van het contractenrecht (op grond van het doel van de overeenkomst of de status van partijen) Jan Smits, 'Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht; Over het gedetermineerde verleden en de postmoderne toekomst van het privaatrecht', *R&R* 1998, p. 10 e.v., Jan Smits, *The Good Samaritan in European Private Law; On the Perils of Principles without a Programme and a Programme for the Future*, Deventer 2000, en, zoals bekend, de Groninger school. Zie C.J.H. Brunner, 'De billijkheid in het nieuwe BW', in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, 1992, p. 87 e.v., en, met name, R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen* (diss. Groningen), Deventer 1994 en R.P.J.L. Tjittes, 'Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers', in: *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer 1997, p. 375 e.v., Rieme-Jan Tjittes, 'Zaken zijn zaken' *RM Themis* 2000, p. 321-322.

⁸³ *Actieplan*, nr. 62 (cursivering toegevoegd). In de ontwerp-beschrijving van het 6e Kaderprogramma stond aanvankelijk letterlijk dezelfde tekst, maar in de definitieve versie is de passage enigszins afgezwakt: 'In this context contractual freedom as a guiding principle as well as the use of restrictions on this should be examined.' Zie FP 6; Specific Programme "Integrating and Strengthening the European Research area", Priority 7: Citizens and Governance in a Knowledge based society; Work Programme 2002-2003, § 5.3.1 (p. 12). Een Nederlandstalige versie is niet beschikbaar. Ook op diverse andere plaatsen in het Actieplan geeft de Commissie blijk van een plotselinge obsessie met contractsvrijheid, o.a. de nrs. 92-94.

immers een van beperking van de contractsvrijheid, via dwingendrechtelijke beschermingsbepalingen, niet alleen op het gebied van het consumentenrecht maar ook het handelsrecht⁸⁴.

De Commissie lijkt dus een model van contractenrecht voor te staan dat bestaat uit enerzijds algemeen contractenrecht dat zoveel mogelijk gebaseerd is op contractsvrijheid en in principe geldt voor alle overeenkomsten en anderzijds bijzonder contractenrecht dat overwegend dwingendrechtelijk van karakter is en sectoraal is opgezet⁸⁵. Maar dat is een achterhaalde gedachte⁸⁶, die niet goed aansluit bij het hedendaagse contractenrecht in de Lidstaten. Enerzijds kunnen ook voor de diverse sectoren (anders gezegd: voor bijzondere overeenkomsten) regels van aanvullend recht zeer nuttig zijn. Niet alleen bewijzen de diverse Europese wetboeken dat. Ook rechtseconomen stellen dat regels van aanvullend recht (*default rules*) nuttig kunnen zijn omdat ze partijen transactiekosten kunnen besparen⁸⁷. Anderzijds is vrij algemeen aanvaard dat het hedendaagse privaatrecht (ook het handelsrecht⁸⁸) niet alleen op autonomie maar ook op solidariteit is gebaseerd en dat de dynamiek van het contractenrecht van de laatste decennia het beste verklaard kan worden uit de spanning tussen die twee fundamentele beginselen⁸⁹. En het zou ook een stap terug zijn, wanneer het nieuwe Europese contractenrecht niet op deze beide gedachten, die centraal staan in de Europese traditie en elk hun plaats gevonden hebben in het ontwerp voor een Europese grondwet, gebouwd zou worden⁹⁰.

⁸⁴ Zie als voorbeeld uit het handelsrecht de Agentuurrichtlijn (86/653/EEG) die dwingend de principaal die opzegt, verplicht de handelsagent te compenseren of een vergoeding te betalen (zie art. 19).

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld *Actieplan*, nr. 93.

⁸⁶ Anders Ton Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer 1999.

⁸⁷ Zie bijvoorbeeld Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5^e druk, New York 1998, p. 434, Robert Cooter en Thomas Ulen, *Law & Economics, Law & Economics*, 3^e druk, Reading etc. 2000, p. 202, Ian Ayres & Robert Gertner, 'Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules', 99 *Yale L.J.* (1989) 87-130. De Commissie baseert zich zelf op dit gedachtengoed wanneer ze haar niet-regulerende maatregelen (het stimuleren pan-Europese algemene voorwaarden) voorstelt. Zie *Actieplan*, nr. 81 e.v.

⁸⁸ Afgebroken onderhandelingen, toetsing van exonerationclausules, onvoorziene omstandigheden en vele andere 'sociale' leerstukken, zijn in de meeste lidstaten ontwikkeld in commerciële verhoudingen. In Nederland is de *locus classicus* van de verplichting rekening te houden met de belangen van de wederpartij het arrest HR, 15 November 1957, *NJ* 1958, 67, noot Rutten, waarin beide partijen (Baris en Riezenkamp) ondernemer waren. Zie verder mijn *The New European Private Law*, pp. 107-124 en 169-172. In dezelfde zin Arthur Hartkamp, 'Eenmaking en harmonisering van het contractenrecht: doeleinden en methoden', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, pp. 97-107, op p. 104.

⁸⁹ Zie de bijdragen in de bundel *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* (red. M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons), Den Haag 2003, pp.152-168.

⁹⁰ Zie Thomas Wilhelmsson, *Social Contract Law and European Integration*, Dartmouth 1995, Thomas Wilhelmsson, 'Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented

Het zou beter zijn als de Commissie de Europese verworvenheden (*acquis communautaire*) op het gebied van het contractenrecht zou doordenken en met een samenhangende visie zou komen op het evenwicht tussen autonomie en solidariteit (contractsvrijheid en beschermingsbepalingen) in het Europese contractenrecht⁹¹. Dat zou pas echt coherentie brengen. Wanneer (en waarom) moeten partijen vrij zijn hun eigen belang na te streven en wanneer (en waarom) moeten zij rekening houden met de belangen van anderen? Moeten bepaalde beschermingsregels worden uitgebreid naar anderen dan consumenten? En naar wie, alleen naar bijvoorbeeld kleine ondernemers of naar alle partijen, zoals bijvoorbeeld de PECL doen bij oneerlijke bedingen⁹², de Nederlandse wetgever bij conformiteit bij koop⁹³, en de Duitse wetgever met diverse regels uit recente richtlijnen?⁹⁴ Moeten regels van aanvullend recht gebaseerd zijn op wat gemiddelde partijen verondersteld worden te willen (om hun transactiekosten te besparen) of op één of andere notie van rechtsvaardigheid (als moreel baken voor partijen) (en is het werkelijk mogelijk te onderscheiden tussen aan 'rationele partijen' toegeschreven voorkeuren en eigen morele opvattingen?) Kortom, de Commissie zal duidelijke keuzes moeten maken. En het zou wenselijk zijn als de

Europeanisation?', 10 *ERPL* 2002, pp. 77-94; Daniela Caruso, 'The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration', 3 *European Law Journal* (1997), pp. 3-32; Brigitta Lurger, *Vertragliche Solidarität, Entwicklungschancen für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union*, Baden-Baden 1998; Brigitta Lurger, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, Wenen, New York 2002, en mijn *The New European Private Law*, m.n. p. 7, pp. 107-124, pp. 169-172 en pp. 187-190. Zie ook (met een nationale focus) Christophe Jamin, 'Plaidoyer pour le solidarisme contractuel', in: Gilles Goubeaux et al. (red.), *Études offertes à Jacques Ghestin; Le contrat au début du XXIe siècle*, Parijs 2001; Jan B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht' in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis en H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht: Opstellen aangeboden aan B.W.M. Nieskens-Isphording*, Deventer 2000; Guido Alpa, *Trattato di diritto civile, I Storia, fonti, interpretazione*, Milaan 2000, p. 604 e.v. Wouter Sniijders, a.w., p. 11, erkent het belang voor het toekomstige Europese privaatrecht van de tegenstelling tussen autonomie en solidariteit, maar wijst erop dat, hoewel veel keuzes nog open zijn, het EG verdrag al wel het kader heeft geschapen: de gemeenschappelijke markt vereist een grote mate van partijautonomie nodig. Terecht kritisch over deze 'constitutionalisering' van contractsvrijheid is Christian Joerges, 'The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective', *ELJ* 1997, pp. 378-406.

⁹¹ Zie Brigitta Lurger, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, Wenen, New York 2002.

⁹² Zie art. 4:110 PECL.

⁹³ Zie art. 7:17, leden 2 en 5 BW. Maar de belangrijkste veranderingen (m.n. het wettelijk vermoeden van non-conformiteit bij aflevering) zijn beperkt gehouden tot de consumentenkoop (zie art. 7:18 BW).

⁹⁴

Commissie die keuzes zou maken voordat zij een Network of Excellence aan het werk zet om een gemeenschappelijke referentiekader te ontwerpen⁹⁵.

7. Multi-level governance en coherentie

Een voorbeeld

Enige maanden geleden stond in het rechtspraakoverzicht van het *NJB* een uitspraak van het Europese Hof van Justitie waarin het Hof besliste dat de bescherming die de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aan de consument verleent, ‘zich ook uitstrekt tot de gevallen waarin de consument die met een verkoper een overeenkomst heeft gesloten die een oneerlijk beding bevat, zich niet op het oneerlijke karakter van het beding beroept’⁹⁶. Het Hof gebruikt geen abstracte, algemene begrippen, maar het resultaat zal in de meeste gevallen niet veel verschillen van wat wij in Nederland ‘nietigheid’ van rechtswege noemen die door de rechter ambtshalve moet worden geconstateerd⁹⁷. Dat is anders dan ‘vernietigbaar’ waarvan art. 6:233 BW spreekt. De Nederlandse wetgever zal dus dat artikel, op zijn minst voor consumentenovereenkomsten, moeten aanpassen, en zolang de wetgever dat niet gedaan heeft, zal de Nederlandse rechter het begrip ‘vernietigbaar’ in art. 6:233 BW zo moeten uitleggen dat het in overeenstemming is met art. 6 van Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (richtlijnconforme uitleg⁹⁸)⁹⁹.

Deze zaak illustreert dat een belangrijk deel van ons contractenrecht - het nietighedenrecht - niet langer uitsluitend door de Nederlandse wetgever en de Nederlandse rechter wordt ontwikkeld, maar mede door de Europese.

⁹⁵ In dezelfde zin Arthur Hartkamp, ‘Eenmaking en harmonisering van het contractenrecht: doeleinden en methoden’, in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, pp. 97-107, op p. 101. Een vergelijking met de vraagpuntenprocedure van Meijers dringt zich op. Zie daarover E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Maastricht 1995, pp. 124 e.v.

⁹⁶ Zaak C-473/00 (*Cofidis*).

⁹⁷ Eerder had het Hof, in de *Océano* zaak, al aangenomen dat wanneer een consument niet is verschenen, de rechter *ex officio* mag beoordelen of een forumkeuze-beding in algemene voorwaarden buiten toepassing moet blijven omdat het onredelijk bezwarend is. Vgl. M.B.M. Loos, ‘Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruime uitleg van *Océano* bevestigd’, *NTER* 2003, p. 71 e.v.

⁹⁸ Vaste rechtspraak van het HvJ. Zie Zaak C-106/89 (*Marleasing v La Comercial Internacional de Alimentación*), Zaak C-334/92 (*Wagner Miret v Fondo de Garantía Salarial*), en Case C-91/92 (*Faccini Dori v Recreb*). Over het belang van richtlijnconforme uitleg voor het privaatrecht zie Gerrit Betlem, ‘Een vierde type van rechtsvinding: Richtlijnconforme interpretatie van de onrechtmatige daad’, *NJB* 1991, p. 1363 en M.W. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer 2001.

⁹⁹ 1993/13/EEG. In dezelfde zin M.B.M. Loos, ‘Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruime uitleg van *Océano* bevestigd’, *NTER* 2003, p. 71 e.v.

Mede, want het is ook niet zo dat nu de Europese wetgever en rechter exclusief over het in Nederlandse geldende contractenrecht gaan. Niet alleen wordt door richtlijnen geharmoniseerd recht geïnterpreteerd en verder ontwikkeld door samenwerking tussen de nationale en de Europese rechter¹⁰⁰. Ook staan veel leerstukken die door richtlijnen geharmoniseerd zijn, in het nationale recht in direct verband met andere onderwerpen waarmee de Europese wetgever zich niet bemoeit heeft, en waarover dus de Nederlandse Hoge Raad het laatste woord heeft. Zo is bijvoorbeeld het (ver)nietig(baar)heidsbegrip (vernietiging leidt tot nietigheid), dat de wetgever in afdeling 6.5.3 gebruikt, een algemeen begrip dat in het BW voorkomt bij talloze andere (ver)nietig(baar)heden, bijvoorbeeld bij vernietigbaarheid van overeenkomsten wegens dwaling (6:228) of bij nietigheid van rechtshandelingen wegens strijd met de wet (art. 3:40 lid 2)¹⁰¹. Diverse regels knopen bij dit algemene nietigheidsbegrip aan. Zie bijvoorbeeld de art 3:41 (partiële nietigheid) en art. 3:42 (conversie); algemene regels van vernietiging zijn bijvoorbeeld 3:49 (wijze van vernietiging), en 3:53 (terugwerkende kracht). Dit zijn regels die in principe alle rechtshandelingen betreffen; dus niet alleen obligatoire overeenkomsten. Ook andere regels knopen bij dit nietigheidsbegrip aan. Zie bijvoorbeeld art. 6:211 over ongedaanmaking van nietige overeenkomsten. Uit het arrest van het HvJ blijkt nu dat hetzelfde begrip ‘vernietigbaarheid’ in het Nederlandse BW niet langer in alle gevallen hetzelfde betekent: het begrip ‘vernietigen’ betekent in art. 6:233 BW bij toepassing op consumentenovereenkomsten¹⁰² iets anders dan in de andere gevallen waarin art. 6:233 van toepassing is¹⁰³ en – ruimer – andere gevallen van (ver)nietig(baar)heid in het BW. Dit komt doordat de oorspronkelijke eenheid van het nietigheidsbegrip in Nederland niet langer exclusief bewaakt kan worden door de Nederlandse Hoge Raad. In de context van de algemene voorwaarden wordt het begrip (ver)nietig(baar)heid in de Nederlandse wet mede verder ontwikkeld door het Europese Hof van Justitie, dat een andere eenheid voor ogen heeft, namelijk de eenvormige uitleg van hetzelfde begrip in de Richtlijn oneerlijke bedingen in de verschillende Lidstaten.

¹⁰⁰ Vgl. Walter van Gerven, ‘Coherence of Community and national laws; Is there a legal basis for a European Civil Code?’, *ERPL* 1997, pp. 465-469, op p. 466; Sacha Prechal, *Directives in European Community Law; A Study on EC Directives and their Enforcement by National Courts*, diss. Amsterdam 1995, p. 122.

¹⁰¹ Zie Asser-Hartkamp 4-II (2001), nrs. 456 e.v. Zie voor een (uitgewerkt) betoog voor nuancering Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer 1988 (diss. Leiden), *passim*.

¹⁰² Zoals gedefinieerd in de richtlijn. Zie art. 2 (b) Richtlijn: een natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen.

¹⁰³ Dat wil zeggen: bij algemene voorwaarden in alle andere overeenkomsten, behalve die met ‘grote ondernemingen’ (zie art. 6:235 BW).

Maar de zaak is nog ingewikkelder. De begrippen ‘nietigheid’ en ‘vernietigbaarheid’ hebben niet alleen een verschillende betekenis al naar gelang ze voorkomen in een regel van Europese of Nederlandse oorsprong, ook in de diverse Europese regels betekenen deze begrippen niet altijd hetzelfde. Het EU-privaatrecht kent geen eenvormig nietigheidsbegrip. In de eerste plaats heeft de Europese Unie diverse andere richtlijnen uitgevaardigd waarin de Lidstaten opgedragen wordt (onverkorte) geldigheid aan bepaalde overeenkomsten te onthouden. Zie bijvoorbeeld de Agentuurrichtlijn, die in art. 19 bepaalt dat partijen niet ten nadele van de handelsagent van de bepalingen inzake schadeloosstelling ‘mogen afwijken’¹⁰⁴, en in art. 20 lid 2 zegt dat een concurrentiebeding ‘alleen geldig is’ indien aan bepaalde formele en inhoudelijke vereisten is voldaan. Maar daarnaast bevat de Europese rechtsorde ook nog andere regels dan richtlijnen die bepaalde afspraken ongeldig verklaren. Een belangrijk voorbeeld is art. 81 EG Verdrag, over ongeoorloofde mededingingsbeperking, dat in lid 2 bepaalt: ‘De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig’.

Over de privaatrechtelijke gevolgen van toepassing van dat laatste artikel ging de recente *Courage* uitspraak van het HvJ¹⁰⁵. In die zaak was bierbrouwerij *Courage* met *pub*-houder *Crehan* een exclusieve afnameverplichting (‘beer tie’) overeengekomen, die in strijd was met (thans) art. 81, en dus nietig. *Crehan* stelde dat hij door deze nietige overeenkomst schade had geleden en vorderde daarvan vergoeding¹⁰⁶. Naar Engels recht is het echter een partij bij een overeenkomst in strijd met de wet niet toegestaan, ter verkrijging van schadevergoeding, zich op haar eigen *illegal actions* te beroepen. De Engelse *Court of Appeal* stelde daarom aan het HvJ de prejudiciële vragen of 1) *Crehan*, als partij bij deze overeenkomst, zich wel op de nietigheid mocht beroepen, en 2) de Engelse regel die aansprakelijkheid totaal uitsluit, wel verenigbaar was met art. 81 EG Verdrag. Het Hof antwoordde op de eerste vraag (niet verrassend bij een nietigheid van rechtswege op grond van een algemeen belang) dat ook de partij die de overeenkomst gesloten heeft, zich op de nietigheid kan beroepen¹⁰⁷. En het antwoord van het Hof op de tweede vraag was dat het gemeenschapsrecht zich niet verzet tegen een regel van nationaal recht die een partij bij een overeenkomst die de mededinging vervalst, het recht ontzegt zich ter verkrijging van schadevergoeding op zijn eigen

¹⁰⁴ De Engelse versie zegt: ‘Agreements to derogate from paragraphs 2 and 3 to the detriment of the commercial agent shall not be permitted’, een formulering die beter past bij het karakter van richtlijnen, die immers niet aan contractspartijen maar aan de Lidstaten gericht zijn.

¹⁰⁵ HvJ 20 september 2001, zaak C-453/99.

¹⁰⁶ Uit het arrest wordt niet duidelijk welke schade *Crehan* vergoed wenste te zien (het positieve contractbelang?) en op welke grond de vordering gebaseerd was.

¹⁰⁷ Par. 21-24.

onrechtmatig handelen te beroepen, wanneer vaststaat dat deze partij in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging¹⁰⁸. Het Hof komt tot zijn oordeel onder andere op grond van de volgende overweging¹⁰⁹: ‘Overeenkomstig een beginsel dat in de meeste rechtsstelsels van de lidstaten wordt erkend en door het Hof reeds is toegepast mag een justitiabele niet profiteren van zijn eigen onrechtmatig handelen.’ Met deze uitspraak heeft het HvJ een belangrijke stap gezet in de ontwikkeling van een stelsel van privaatrechtelijke remedies bij ongeoorloofde mededinging. De verwachting (en hoop) van velen is dat het niet bij deze eerste stap zal blijven¹¹⁰.

Zo’n stelsel zal natuurlijk niet noodzakelijkerwijs inhoudelijk hetzelfde zijn als het Nederlandse recht inzake de gevolgen van nietigheid. Zo speelt het zojuist aangehaalde, door het Hof genoemde beginsel van gemeenschapsrecht (*nemo auditur turpitudinem suam allegans*) in Nederland maar een beperkte rol. Zoals bekend, is immers bij ons bij afwikkeling van nietige overeenkomsten, voor wat betreft de restitutievraag, het uitgangspunt dat een vordering uit onverschuldigde betaling wel zal slagen, ook al heeft de eiser *unclean hands*. Dat is slechts anders wanneer, kort gezegd, strijd met de redelijkheid en billijkheid zou ontstaan¹¹¹. Het is bepaald niet onmogelijk dat in de nabije toekomst bij nietigheid wegens strijd met Europees mededingingsrecht, de restitutievraag anders zal worden beantwoord dan bij nietigheid wegens strijd met Nederlandse wetsbepalingen (bijv. art. 6 lid 2 Nederlandse Mededingingswet) of met de goede zeden.

Maar het is ook lang niet zeker dat het door het Hof of door de gemeenschapswetgever (verder) te ontwikkelen stelsel van privaatrechtelijke remedies, zal worden afgestemd op regels over de gevolgen van nietigheid in de diverse richtlijnen op het gebied van het overeenkomstenrecht. En evenmin is zeker dat de beslissingen en overwegingen (bij voorbeeld ten aanzien van het *nemo-auditur*-beginsel) van het Hof in de *Courage*-zaak over de gevolgen van nietigheid, en het verder door het Hof (of de gemeenschapswetgever) te ontwikkelen stelsel van remedies, nu (*mutatis mutandis*) ook zullen gelden voor nietigheden in andere gevallen, bijvoorbeeld in de bovengenoemde richtlijnen¹¹². Met

¹⁰⁸ Van dat laatste is bijvoorbeeld geen sprake wanneer de wederpartij een veel sterkere onderhandelingspositie had (zie par. 32-33).

¹⁰⁹ Par. 31.

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld Walter van Gerven, ‘Privaatrecht handhaaft mededingingsrecht: “Alice in Wonderland?”’, in: *Mok-aria; Opstellen aangeboden aan Prof.mr. M.R. Mok ter gelegenheid van zijn 70^e verjaardag*, Deventer 2002, p. 63-75.

¹¹¹ Zie art. 6:211 BW. Dit uitgangspunt is onlangs nog verdedigd, ook voor Europa, door H.J. van Kooten in *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten*, Deventer 2002 (diss. Utrecht); zie met name pp. 313 e.v.

¹¹² Voor wat betreft de rechtspraak van het Hof is deze verwachting gebaseerd op HvJ, 12 maart 2002, Zaak C-168-00 (*Simone Leitner/TUI Deutschland*) *a fortiori*: het Hof ging niet

andere woorden: gelden de ‘civielrechtelijke gevolgen van schending van deze bepaling’ (d.w.z. art. 81 EG)¹¹³ ook voor overeenkomsten in strijd met andere wetsbepalingen, of zelfs algemener voor nietigheid naar Europees contractenrecht?¹¹⁴ Nog anders gezegd, is er in het in Nederland geldende privaatrecht naast het Nederlandse nietigheidsbegrip met bepaalde consequenties één Europees nietigheidsbegrip met bepaalde, deels andere consequenties, of zijn dat er zelfs meer, elk met verschillende consequenties?

Een onoplosbaar probleem

Dit voorbeeld met betrekking tot het nietigheidsbegrip illustreert een van de belangrijkste kenmerken van ons huidige privaatrecht. Het wordt tegenwoordig vaak aangeduid met een aan de sociale wetenschappen ontleend begrip, *multi-level governance*: het recht in één rechtsorde wordt op zowel verticaal (bijv. nationaal en Europees) als horizontaal (bijvoorbeeld privaat- en publiekrecht) verschillende niveaus gevormd, door verschillende instanties met verschillende verantwoordelijkheden, aspiraties en voorkeuren. In mijn voorbeeld zijn dat de Nederlandse wetgever (BW), de Nederlandse Hoge Raad, de Europese Verdragswetgever (d.w.z. de Lidstaten), de Raad van Ministers (richtlijnen) en het Europese Hof van Justitie (in zaken betreffende prejudiciële vragen over richtlijnen en in concurrentiezaken). Het is evident dat dit fenomeen van *multi-level governance* een van de voornaamste klassieke kenmerken van ons privaatrecht sterk onder druk zet, te weten dat van het privaatrecht als coherent systeem. Deze coherentiegedachte vormt het uitgangspunt bij de klassieke privaatrechtbeoefening¹¹⁵ en ondermijning van die gedachte levert dus – op zijn minst op het eerste gezicht – een groot probleem op voor de privaatrechtbeoefening.

Zoals gezegd, is het dit probleem van de coherentie van het privaatrecht dat centraal staat in het Actieplan (zie reeds de titel ervan). Maar zullen de door de Commissie voorgestelde maatregelen het coherentieprobleem echt oplossen? Een meer systematische ordening van het *acquis*, bijvoorbeeld

in op de suggestie van de Oostenrijkse en de Franse regering, gevolgd door Advocaat-Generaal Tizzano maar met tegenovergestelde conclusie, om bij de interpretatie van het schadebegrip in art. 5 Richtlijn pakketreizen (90/314 EEG) rekening te houden met de invulling van datzelfde begrip in een andere richtlijn, nl. in art. 9 Richtlijn productenaansprakelijkheid (85/374 EEG). Voor wat betreft de gemeenschapswetgever: onder andere omdat deze regels waarschijnlijk niet door hetzelfde Directoraat-Generaal in Brussel zullen worden ontwikkeld. Zie over de strijd tussen DG's mijn 'The Politics of European Contract Law', in: Stefan Grundmann en Jules Stuyck (red.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Den Haag, Londen, New York 2002, pp. 181 e.v.

¹¹³ Par. 35.

¹¹⁴ Vergelijk in de PECL de artt. 15:101 (Contracts Contrary to Fundamental Principles), 15:102 (Contracts Infringing Mandatory Rules) en 15:105 (Damages).

¹¹⁵ Zie over dit klassieke kenmerk mijn *The New European Legal Culture*, pp. 9-21.

door codificatie in een of meer verordeningen, zou een goede stap zijn, die een deel van het Europese contractenrecht zeker coherenter zou maken. Verbetering van de wetgevingskwaliteit van het *acquis* ook. Maar het probleem van *multi-level governance* wordt er niet mee opgelost. Dat probleem is pas helemaal opgelost wanneer nationale en Europese rechtsorde volledig samenvallen, en dat wil eigenlijk niemand. Ook de Commissie niet.

Stel bijvoorbeeld dat een optioneel Europees wetboek van algemeen contractenrecht (EWC) van kracht zou worden met daarin een hoofdstuk over nietigheden waarin de algemene begrippen nietigheid en vernietigbaarheid centraal staan¹¹⁶. Stel bovendien dat het bijzondere contractenrecht van het *acquis communautaire* herzien zou worden en begripsmatig op het nieuwe algemene contractenrecht afgestemd zou worden en zou worden afgekondigd in een of meer verordeningen, bijvoorbeeld op het gebied van het consumentenrecht. Zouden daarmee de problemen die ik in zojuist beschreven heb, zijn opgelost? Maar zeer ten dele en - erger - er zouden nieuwe coherentieproblemen ontstaan.

Immers, weliswaar gebruiken dan voortaan de diverse regelingen van bijzonder Europees privaatrecht hetzelfde nietigheidsbegrip en is dit nietigheidsbegrip bovendien gelijk aan dat van het optionele EWC (zowel het herziene *acquis* als het optionele wetboek is gebaseerd op het GRK), maar wat blijft, is de spanning met die delen van het privaatrecht die nationaal zijn gebleven. Ten eerste verschilt het nietigheidsbegrip in het herziene *acquis* en het EWC van de nietigheidsbegrippen in de nationale stelsels van contractenrecht, die van toepassing blijven in nationale gevallen, en in internationale gevallen waarin partijen tegen toepasselijkheid hebben gekozen. Ten tweede sluit het nietigheidsbegrip in het herziene *acquis* en in het EWC niet langer goed aan bij het overige nationale vermogensrecht dat in systematisch verband staat met het nietigheidsbegrip van het contractenrecht. In Nederland is dat bijvoorbeeld, zo bleek boven, het recht betreffende de overige rechtshandelingen en het recht betreffende onverschuldigde betalingen. Ten slotte is niet waarschijnlijk dat art. 81 EG Verdrag in de herziening van het *acquis* betrokken zal worden, al was het maar omdat het Europese mededingingsrecht op een ander hiërarchisch niveau staat dan bijvoorbeeld de consumentenrechtelijke richtlijnen (Europees mededingingsrecht is constitutioneel recht). Het stelsel van privaatrechtelijke remedies bij mededingingsverstoring zal zich dus waarschijnlijk autonoom ontwikkelen.

Dus zelfs als de Commissie in het GRK één algemene regeling van nietigheidsmodaliteiten opstelt en erin slaagt die eenvormig door te voeren in zowel het *acquis* als het optionele instrument, dan nog bevat onze rechtsorde op zijn minst drie verschillende nietigheidsbegrippen, terwijl

¹¹⁶ Vgl. bijv. hoofdstuk 4 PECL.

over de coherente toepassing en ontwikkeling daarvan wordt gewaakt door wetgevende en rechterlijke instanties met drie verschillende coherentie- (en andere) doelstellingen. (Dit nog afgezien van de vraag in hoeverre het introduceren van algemene abstracte begrippen daadwerkelijk tot rechtseenheid leidt¹¹⁷.)

Tot nu toe heb ik het gehad over het begrip ‘nietigheid’, maar hetzelfde geldt natuurlijk voor andere algemene begrippen, niet in de laatste plaats voor de twee begrippen die de Commissie zelf steeds als voorbeeld noemt, ‘schade’ en ‘contract’. Die twee begrippen komen op diverse andere plaatsen in de nationale rechtsordes voor, niet alleen in het privaatrecht maar ook daarbuiten (bestuursrecht, strafrecht). Wat men aan coherentie wint binnen het (zich verder uitbreidende) Europese recht, verliest men in relatie tot overgebleven nationale recht. Nogmaals: het coherentieprobleem zal blijven bestaan zolang de nationale rechtsordes en rechterlijke organisaties niet volledig zijn opgegaan in één Europese. Vergelijk Walter van Gerven¹¹⁸: ‘Since there is no Community legislature which, like the national legislature, has full competence to regulate all aspects of societal life in a uniform way, *full* coherence between Community and domestic laws will never be achieved (and should never be achieved if one believes in the necessity to preserve ‘national and regional diversity’¹¹⁹ not only in cultural but also in legal matters).’

In realistische termen is het probleem dus niet oplosbaar en we zullen ons dus moeten richten op de vraag hoe we ermee moeten omgaan¹²⁰. Dit betekent onder andere dat we tot op zekere hoogte onze ambities van normatieve coherentie moeten bijstellen¹²¹. Zelfs in tijden waarin

¹¹⁷ Zie voor scepsis over het nut van abstracte begrippen in het recht mijn ‘The Structure of the New European Private Law’ in: Ewoud Hondius and Carla Joustra (red.), *Netherlands Reports to the Sixteenth International Congress of Comparative Law*, Antwerpen, Oxford, New York, 2002, pp. 7-23, nr. IX (‘The Power of Abstraction’). Vgl. voor een historisch-vergelijkend perspectief P.A.J. van den Berg, ‘De paradox van de codificatie: over de gevolgen van codificatie in Europa voor de rechtsvinding’, *RM Themis* 2002, pp. 195-203.

¹¹⁸ Walter van Gerven, ‘Coherence of Community and national laws; Is there a legal basis for a European Civil Code?’, *ERPL* 1997, pp. 465-469, op p. 466.

¹¹⁹ Artikel 128 lid 1, EG.

¹²⁰ Vergelijk Christian Joerges, ‘Interactive Adjudication in the Europeanisation Process? A Demanding Perspective and a Modest Example’, 8 *ERPL* 2000, pp. 1-16, op p. 1: ‘the much criticised patchwork character of European private law initiatives reflects the lack of a hierarchical order, and that Europe’s legal pluralism will inevitably result in disintegrative effects within formerly national systems. (...) legal scholarship should try to imagine and conceptualise a “law of Europeanisation” rather than some pan-European system that might be codified or compiled out of Europe’s common legal heritage.’

¹²¹ Zie mijn *The New European Legal Culture*, Deventer 2001, pp. 45 e.v.

postmodernisme uit lijkt te zijn, zal men toch aan enig relativisme niet kunnen ontkomen¹²².

8. Marktfetisjisme en de nieuwe Grondwet

In het Actieplan staat naast de incoherentie van het *acquis*, de belemmering van het goed functioneren van de interne markt centraal als reden waarom de Europese Commissie tot actie over moet gaan en wellicht zelfs tot niet-sectorspecifieke maatregelen als het opstellen van een Europees Wetboek van Contractenrecht moet besluiten. Rechtvaardigt deze tweede reden wel zo'n ingrijpende operatie? Het staat buiten kijf dat het soms onhandig is voor zakenmensen en voor consumenten dat in verschillende lidstaten het contractenrecht verschillend is. En er zullen vast en zeker bedrijven of consumenten zijn die deze verschillen kennen en zich erdoor van grensoverschrijdende contracten laten weerhouden, of ze juist niet kennen maar door de onzekerheid over mogelijke verschillen van een aankoop in het buitenland afzien. Maar - laten we eerlijk zijn - andere oorzaken spelen waarschijnlijk een grotere rol. Te denken valt bijvoorbeeld aan taalverschillen en, ruimer, cultuurverschillen. Maar niemand zal het toch in zijn hoofd halen voor te stellen die verschillen af te schaffen, zeker niet voor het enkele heil van een vlot werkende interne markt. Een andere belangrijke oorzaak is eenvoudig gelegen in afstanden. Dat obstakel blijft ook bestaan bij goederen (niet bij sommige diensten) die op het Internet gekocht worden. Daar kan de Europese Commissie sowieso al niet veel aan doen, ook al zou het mogen¹²³. Daar komt bij dat rechtswetenschappers met een beroep op economische theorieën (*comparative law & economics*) stellen dat rechtsverschillen juist goed zijn omdat zo, door concurrentie van rechtsordes, alleen het 'beste' recht overblijft¹²⁴. Daarbij wordt onder andere

¹²² Vergelijk Duncan Kennedy, 'Form and Substance in Private Law Adjudication', 89 *Harv. L. Rev.* (1976) 1685 e.v., op p. 1712: 'the experience of unresolvable conflict among our own values and ways of understanding the world is here to stay.'

¹²³ In dezelfde zin J.M. Smits en R.R.R. Hardy, 'Boekbespreking', *WPNR* 6532 (2003), pp. 385-389, op p. 385. Zie ook Marco B.M. Loos, 'Naar een Europees dienstverleningsrecht', *NJB* 2000, p. 452 e.v.

¹²⁴ Zie Ugo Mattei, 'A Transaction Costs Approach to the European Code', *ERPL* 1997, p. 537 e.v.; Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, 1998; Anthony Ogus, 'Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law', 48 *International and Comparative Law Quarterly* (1999), 405-418; J.M. Smits, 'Een Europees privaatrecht als gemengd rechtssysteem', *NJB* 1998, p. 61; Jan M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law; On the Perils of Principles without a Programme and a Programme for the Future*, Deventer 2000; M. Faure en T. Hartlief, 'Naar een *harmonisatie* van het aansprakelijkheidsrecht in *Europa*?; Een kritisch rechtseconomisch perspectief', *NJB* 2003, pp. 170-177. Smits heeft daar recentelijk een Darwinistische argument aan toegevoegd. Zie J.M. Smits, 'De missing link in het debat over unificatie van privaatrecht: het evolutionair perspectief', *NTBR* 2003, pp. 241-246. Probleem is echter steeds weer dat dergelijke theorieën - net als die van Darwin zelf, zoals

gewezen op het voorbeeld van de Verenigde Staten, waar de meest dynamische interne markt van de wereld prima functioneert, ook al heeft elke staat zijn eigen privaatrecht.

Het is duidelijk dat de Commissie zich richt op de interne markt omdat daar tot nu toe door de Commissie de meest kansrijke rechtvaardiging gevonden is voor uitbreiding van Europese regelgeving (paradox). Maar of die *empowerment*-strategie ook hier kans van slagen heeft, is hoogst twijfelachtig. Twee bepalingen in het EG Verdrag zouden op het eerste gezicht in aanmerking kunnen komen als basis voor zo'n Europees Wetboek. Volgens Art. 94 mag de Raad richtlijnen vaststellen 'voor de onderlinge aanpassing van wettelijke ... bepalingen der lidstaten welke *rechtstreeks van invloed* zijn op ... de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt'¹²⁵. Maar zelfs als men wil aanvaarden dat het contractenrecht *rechtstreeks van invloed* is op¹²⁶ de werking van de gemeenschappelijke markt (voor het algemene aansprakelijkheidsrecht en goederenrecht lijkt dat sowieso niet goed verdedigbaar), dan nog is het niet realistisch te verwachten dat dit tot een Europees Wetboek van Contractenrecht zal leiden, niet alleen omdat unanimititeit in de Raad vereist is maar ook (en vooral) omdat richtlijnen het enige toegelaten instrument zijn en dit instrument evident ongeschikt is voor de afkondiging van een wetboek dat uniform contractenrecht moet brengen. Art. 95 biedt op het eerste gezicht meer mogelijkheden omdat een gekwalificeerde meerderheid in de Raad voldoende is en omdat het de bevoegdheid geeft voor het opstellen van richtlijnen en verordeningen. Maar hier is wel vereist dat het gaat om 'maatregelen ... inzake de onderlinge aanpassing van ... bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt *betreffen*'^{127,128}. Dat kan men zelfs van het contractenrecht niet goed volhouden. Walter van Gerven komt dan ook tot de conclusie dat de enige begaanbare weg voor een Europees privaatrechtelijk wetboek een apart Verdrag is¹²⁹.

Maar als de bevoegdheid van de Europese Unie niet verder strekt dan het *acquis* zelf coherenter te maken en de Unie met name niet bevoegd is met het oog op de gemeenschappelijke markt een algemeen Europees contractenrecht op te stellen (dat al dan niet optioneel van toepassing is), dan is de hele fixatie op rechtsverschillen die de vlotte werking van de interne markt zouden belemmeren niet meer nodig als rechtvaardiging voor

Karl Popper al zei - circulair zijn. *The survival of the fittest*: Welke regels blijven over? De beste! Welke regels zijn de beste? De regels die overblijven!

¹²⁵ Vgl. art. III-64 ontwerp-Grondwet.

¹²⁶ In het Engels: 'directly affect'.

¹²⁷ In het Engels: 'have as their object'.

¹²⁸ Vgl. III-65 ontwerp-Grondwet.

¹²⁹ Walter van Gerven, 'Coherence of Community and national laws; Is there a legal basis for a European Civil Code?', *ERPL* 1997, pp. 465-469, op p. 468.

eenmaking van het algemene contractenrecht (of ruimer). Op grond van het internationale recht staat het landen immers vrij om, via de gebruikelijke procedures¹³⁰, verdragen aan te gaan over de onderwerpen en met de inhoud die ze zelf kiezen. Dat biedt de vrijheid om een open maatschappelijk debat aan te gaan over de wenselijkheid en inhoud van een Europees wetboek.

Dat is belangrijk, want de fixatie door Commissie op de burger als *homo economicus* en op het burgerlijk recht als economisch recht heeft ook een ander belangrijk nadeel. Hoewel namelijk iedereen inziet dat het privaatrecht, en zeker het contractenrecht, een belangrijke marktfunctie heeft (het contractenrecht is ongetwijfeld een van de belangrijkste instituties in een markteconomie), is de kijk van de meesten op het recht, inclusief het privaatrecht, toch ruimer: *ius est ars aequi et boni*. En wij willen in het contractenrecht graag ons gevoel van rechtvaardigheid en onze waarden gerealiseerd zien¹³¹. Het Handvest van Nice noemt als Europese waarden menselijke waardigheid, vrijheid, gelijkheid en solidariteit, en wijdt een hoofdstuk aan elk ervan. Dit handvest zal nu zijn plaats krijgen in de Europese Grondwet, in Deel II. De meeste Europeanen zullen ervan overtuigd zijn dat deze waarden, hoezeer ook veelal onderling tegenstrijdig, ook aan ons contractenrecht ten grondslag liggen, en dat het de taak van het contractenrecht is, op basis van die waarden het voor de rechter mogelijk te maken geschillen tussen contractspartijen op te lossen¹³². Het gevaar is reëel dat de focus op de markt, die is ingegeven door een streven naar *empowerment*, uiteindelijk ook gevolgen zal hebben voor de inhoud van het Europese contractenrecht. De voortekenen stemmen niet optimistisch. Deze

¹³⁰ Vgl. in Nederland art. 91 GW. Het zou mooi geweest zijn als bij de Europese Conventie was besloten in de Europese Grondwet een bepaling op te nemen die de EU de bevoegdheid geeft tot regelgeving op het gebied van het privaatrecht (of alleen het vermogensrecht of het contractenrecht), bijvoorbeeld zoals in art. 107 van de Nederlandse Grondwet. Dirk Staudenmayer heeft zijn hoop gevestigd op de volgende intergouvernementele conferentie. Zie diens 'The Commission Action Plan on European Contract Law', *ERPL* 2003, pp. 113-127, op p. 126.

¹³¹ Vgl. J.H. Nieuwenhuis, 'De romantische rechtsschool van Maastricht', *RM Themis* 2003, p. 61-63. Zie ook Yves Lequette, 'Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar', *D.* 2002, pp. 2202-2014, op p. 2206: 'Mais de qui frappe surtout dans la communication de la Commission, c'est qu'elle réduit à une dimension exclusivement économique une question autrement riche et complexe. Volant investir le domaine de la législation civile, elle ne traite celle-ci qu'au regard de ses compétences habituelles, celles de la mise en oeuvre des libertés communautaires, et se montre incapable de se hisser au niveau que requiert une telle législation. A la figure du citoyen libre, autonome, rationnel, solidaire, on substitue comme destinataire de la règle de droit, celle du consommateur: je dépense donc je suis. Il n'est pas sûr qu'il y ait là un progrès. Toute législation civile revêt, en effet, une dimension sociale et culturelle qu'on ne saurait passer sous silence.'

¹³² Zie mijn 'The horizontal effect of social rights in European contract law' *5 Europa e diritto privato* (2003), pp. 1-18, op p. 1-3. In vergelijkbare zin Vincenzo Zeno-Zencovich, 'Le basi costituzionali di un diritto privato europeo', *5 Europa e diritto privato* (2003), pp. 19-31.

tweede mededeling staat, zoals gezegd, bol van het neoliberale klaroengeschal: lang leve de contractsvrijheid! Men zou haast denken dat de Commissie vergeten is dat de Unie een ‘sociale markteconomie’ heeft en, onder andere, ‘sociale rechtvaardigheid en bescherming’ bevordert¹³³. Het lijkt me onvoorstelbaar dat die doelstelling uit het oog verloren zou mogen worden bij het opstellen van een Europees contractenrecht.

9. Europees idealisme

De constructie van de interne markt is dus gewrongen en als het alleen maar om coherentie en de interne markt te doen was, zouden we misschien maar beter van een gemeenschappelijke Europees privaatrecht af kunnen zien. Toch zijn er goede redenen voor unificatie van delen van het privaatrecht in Europa, zeker wanneer die op de behoedzame wijze geschiedt die de Commissie voorstelt. Het zou dan ook mijn voorkeur hebben, te zeggen waar het op staat, namelijk dat het unificatiestreven van de Europees-privatrechtbeweging, op zijn minst gedeeltelijk, gebaseerd is op Europees idealisme, op het ideaal bepaalde dingen in Europa samen te doen in plaats van die beperkt te houden tot de nationale landsgrenzen. Een gemeenschappelijk Europees privaatrecht dus, niet zozeer in het geloof dat de interne markt er wellicht wat soepeler door zal werken, als wel ‘in het vertrouwen dat de volkeren van Europa, ook al zijn zij trots op hun identiteit en hun nationale geschiedenis, vastbesloten zijn hun oude tegenstellingen te overwinnen, en, steeds hechter verenigd, vorm te geven aan hun gemeenschappelijke lotsbestemming’ (Preambule, Europese Grondwet (ontwerp)^{134,135}).

Een gemeenschappelijk Europees contractenrecht gebaseerd op gemeenschappelijke Europese waarden¹³⁶. Daar zou de Commissie voor moeten pleiten. Deze benadering zou de Commissie er ook toe noodzaken het echte debat aan te gaan met de verklaarde tegenstanders van een Europees BW, en op hun argumenten in te gaan. Vrijwel alle argumenten van die tegenstanders zijn namelijk terug te voeren op één gedachte: het privaatrecht behoort geregeld te worden op nationaal niveau, omdat het

¹³³ Art. 3, lid 3 Europese Grondwet (De doelstellingen van de Unie) (ontwerp).

¹³⁴ Ontwerp-Verdrag tot vaststelling van een grondwet voor Europa; bij consensus aangenomen door de Europese Conventie op 13 juni en 10 juli 2003; voorgelegd aan de voorzitter van de Europese Raad te Rome (18 juli 2003).

¹³⁵ In dezelfde zin Arthur Hartkamp, ‘Eenmaking en harmonisering van het contractenrecht: doeleinden en methoden’, in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, pp. 97-107, op p. 100.

¹³⁶ Recent is daar voor velen de behoefte bijgekomen om op wereldniveau een model te presenteren dat zich, juist op het morele vlak, onderscheidt van dat van de Verenigde Staten van Amerika. Vergelijk over dit ‘postmoderne Europese idealisme’: Robert Kagan, *Paradise and Power; America and Europe in the New World Order*, Londen 2003.

sterk verbonden is met de nationale identiteit (rechtscultureel argument¹³⁷) of omdat preferenties van burgers per land verschillen (rechtseconomisch argument)¹³⁸. De tegenargumenten zijn dus in essentie nationalistisch. Vergelijk als fraai voorbeeld Gérard Cornu¹³⁹: ‘Un code civil européen qui viendrait se substituer aux codes civils des Etats serait, sur la tête des citoyens, comme un acte de spoliation, un empiètement, en chaque Etat, sur le domaine de la société civile, en violation du pacte de non-ingérence qui, dans la construction de l’Europe, garantit à chaque cité la jouissance de sa constitution civile. Le respect de cette sphère d’intimité est un minimum non négociable.’ Daar stellen anderen, zoals gezegd, Europees idealisme en anti-nationalisme tegenover. Wat dit laatste betreft: wat heeft privaatrecht

¹³⁷ Zie met name Hugh Collins, ‘European Private Law and Cultural Identity of States’, *ERPL*, 1995, pp. 353-365, Pierre Legrand, ‘European legal systems are not converging’, 45 *International and Comparative Law Quarterly* (1996), pp. 52-81, Pierre Legrand, ‘Against a European Civil Code’, 60 *MLR* (1997), pp. 44-62, Pierre Legrand, *Fragments on Law-as-Culture*, Deventer 1999, Pierre Legrand, *Que sais-je? Le droit comparé*, Paris 1999, Pierre Legrand, ‘On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unseasonable Observations’, 10 *ERPL* 2002, pp. 61-76, J.M. Smits, ‘Een Europees privaatrecht als gemengd rechtsstelsel’, *NJB* 1998, p. 61, J.M. Smits., *Europees Privaatrecht in wording: naar een Ius Commune Europaeum als gemengd rechtsstelsel*, Antwerpen/Groningen 1999, Jan M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law; On the Perils of Principles without a Programme and a Programme for the Future*, Deventer 2000. In Frankrijk bestaat zeer grote weerstand tegen het idee van een gemeenschappelijk Europees privaatrecht, in het bijzonder een Europees burgerlijk wetboek. In de meeste reacties staat de band tussen burgerlijk recht en nationale cultuur centraal. Zie Gérard Cornu, ‘Un code civil n’est pas un instrument communautaire’, *D.* 2002, pp. 351-352, Yves Lequette, ‘Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar’, *D.* 2002, pp. 2202-2014 (zeer fel), Philippe Malaurie, ‘Le code civil européen des obligations et des contrats; Une question toujours ouverte; Colloque de Leuven (Belgique) (30 nov.-1er déc. 2001)’, *J.C.P.* 2002, pp. 281-285. Maar zie ook: Bénédicte Fauvarque-Cosson, ‘Faut-il un Code civil européen?’, *RTD civ.* 2002, pp. 463-480; Bénédicte Fauvarque-Cosson, ‘Droit européen des contrats: première réaction au plan d’action de la Commission’, *D.* 2003, pp. 1171-1173. Genuanceerd: Philippe Malinvaud, ‘Réponse - hors délai - à la Commission européenne: à propos d’un code européen des contrats’, *D.* 2002, pp. 2542-2551; Vincent Heuzé, ‘À propos d’une “initiative européenne en matière de droit des contrats”’, *JCP* 2002, pp. 1341-1345, Jérôme Huet, ‘Nous faut-il un “euro” droit civil? (propos sur a communication de la Commission concernant le “droit européen des contrats” et, plus généralement, sur l’uniformisation du droit civil au niveau européen)’, *D.* 2002, pp. 2611-2614.

¹³⁸ M. Faure en T. Hartlief, ‘Naar een *harmonisatie* van het aansprakelijkheidsrecht in *Europa*?; Een kritisch rechtseconomisch perspectief’, *NJB* 2003, pp. 170-177, Michael Faure, ‘Economic Analysis of Tort Law and the European Civil Code’, in: *Towards a European Civil Code*, 3^e druk, Nijmegen en Den Haag, Londen, Boston (verschijnt begin 2004).

¹³⁹ Gérard Cornu, ‘Un code civil n’est pas un instrument communautaire’, *D.* 2002, pp. 351. Twee andere sprekende citaten: ‘Irréductible à une réglementation, le code civil est un monument du droit français parmi nos références primordiales. Qui, honnêtement, voudrait l’indécence de l’évincer par un instrument communautaire?’ ‘L’unitarisme communautaire serait une entreprise réductrice, récessive et pour tout dire totalitaire, l’obsession fusionniste une aberration culturelle.’

meer met *nationale* identiteit te maken dan met *Europese* identiteit?¹⁴⁰ Waarom kiezen rechtseconomen en rechtsculturalisten juist voor het nationale niveau en niet bijvoorbeeld het regionale of lokale of juist het Europese? In veel Europese landen (bijvoorbeeld Italië) wordt zowel de regionale als de Europese identiteit minstens even sterk beleefd als de nationale (het culturele argument), terwijl het goed mogelijk is dat het beste recht wordt gedaan aan preferenties van burgers door echte decentralisering van de ontwikkeling van het privaatrecht door de Hoge Raad af te schaffen en door elk arrondissement of ressort zijn eigen BW te geven (rechtbanken en hoven beslissen immers voortdurend verschillend: lokale preferenties?) of juist door centralisering in de vorm van een Europees BW (*common core* onderzoek toont aan dat nationale rechtssystemen veelal hetzelfde resultaat bereiken¹⁴¹; één Europees BW bespaart partijen de transactiekosten van onderhandelingen over rechtskeuze) (het economische argument). Het gaat hier om fundamentele vragen en de Commissie zou het debat daarover openlijk aan moeten gaan. De technocratische weg van coherentie en interne markt werkt versluitend en (erger) roept onnodig veel weerstanden op.

10. Het echte debat: een Europees wetboek?

Verreweg het meest verstrekkende en controversiële actiepunt uit het Actieplan van de Commissie is het onderzoek naar de wenselijkheid van een Europees privaatrechtelijk wetboek (niemand heeft bezwaar tegen herziening van het *acquis* en van een website meer of minder zal niemand wakker liggen¹⁴²). Het is dapper van de Commissie dat zij dit punt

¹⁴⁰ In dezelfde zin recentelijk Hans Nieuwenhuis, die zich keert tegen wat hij treffend noemt 'de Maastrichtse romantische rechtsschool'. Zie J.H. Nieuwenhuis, 'De romantische rechtsschool van Maastricht', *RM Themis* 2003, pp. 61-63.

¹⁴¹ Zie de eerste resultaten van het Trento Common Core Project: Reinhard Zimmermann en Simon Whittaker (red.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000, James Gordley (red.), *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge 2001, Mauro Bussani, Vernon C. Palmer (red.), *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge 2003.

¹⁴² Al is het voorstel niet erg overtuigend. Algemene voorwaarden kunnen partijen, of hun brancheorganisaties, zelf wel opstellen, net als modelcontracten en *codes of conduct*. En een internet site kunnen ze ook wel maken. Hier lijkt geen taak weggelegd voor de Europese Commissie. Daar komt bij dat algemene voorwaarden en contractmodellen een belangrijke waarde kunnen vertegenwoordigen voor bijvoorbeeld advocatenkantoren. Ze zullen hun 'beste praktijken' niet graag zomaar op het Internet zetten, zodat de concurrent ze gratis kan overnemen en van de gedane investering profiteren. De (Europese) wetgever zou zich op dit gebied dan ook wellicht beter kunnen beperken tot het stimuleren van competitie in plaats van naar eenvormigheid te streven. Dit lijkt bij uitstek een gebied waar concurrentie productief kan zijn. Immers, als pan-Europese algemene voorwaarden een bedrijf kosten besparen, zal het daarin investeren, om zo een voorsprong op zijn concurrent te hebben. (*Mutatatis mutandis* kan men hier de bevindingen uit *comparative law & economics* toepassen.) Overigens lijkt de internationalisering op dit punt in volle gang te zijn, zij het eerder op wereld- dan op Europees niveau, mede als gevolg van de fusies en

uitdrukkelijk op de agenda heeft gezet. Jammer genoeg tracht ze de discussie echter toe te spitsen op het nut van zo'n wetboek voor de interne markt. Daarmee maakt ze zich onnodig kwetsbaar. Immers, vrijwel niemand in Europa gelooft dat we een Europees wetboek van contractenrecht nodig hebben enkel omdat de interne markt anders niet goed zou kunnen werken¹⁴³. Het is daarom wenselijk dat de Commissie de discussie alsnog volledig opent naar alle voor- en nadelen van zo'n wetboek. Met andere woorden: een vrij en open maatschappelijk en politiek debat over een Europees BW waarin alle argumenten die tot nu toe in het wetenschappelijke debat naar voren zijn gebracht - en alle mogelijke andere -, aan de orde kunnen komen, en niet door de focus van de discussie (interne markt, coherentie) effectief buiten de discussie gehouden worden.

Daarbij kunnen één of meer ontwerp teksten behulpzaam zijn om de discussie concreet te maken. Op dit moment beschikken we voor het contractenrecht over de *Principles of European Contract Law* van de Lando Commissie en de *Code Européen des contrats - Avant-projet* van de Gandolfi groep. Aan voorstellen op het gebied van het onrechtmatige daadsrecht wordt, zoals gezegd, gewerkt door de Spier/Koziol groep¹⁴⁴ en door de Study Group on a European Civil Code. Die laatstgenoemde groep werkt ook aan beginselen op het gebied van onder andere bijzondere overeenkomsten, ongerechtvaardigde verrijking en zekerheden. Sommige van deze groepen zullen straks verder gefinancierd worden door de Commissie (6^e kaderprogramma)¹⁴⁵. Het zou echter niet juist zijn als de Commissie die groepen in het vervolg als de 'officiële groepen' zou gaan beschouwen en voortaan alleen nog maar acht zou slaan op hun voorstellen¹⁴⁶.

samenwerkingsverbanden met Amerikaanse kantoren. Een ander sprekend voorbeeld van globalisering van uniforme contractvoorwaarden vormt het franchise-model.

¹⁴³ Dit blijkt juist uit de inventarisatie door de Commissie van de reacties op haar Mededeling.

¹⁴⁴ Zie voor de eerste resultaten de diverse delen in de serie: Helmut Koziol en Jaap Spier (red.), *Principles of European Tort Law*, o.a. Jaap Spier (red.), *The Limits of Expanding Liability: Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*, Dordrecht 1998, Jaap Spier (red.), *Unification of Tort Law: Causation*, Dordrecht 2000, U. Magnus, (red.), *Unification of Tort Law: Damages*, Den Haag, Londen, Boston 2001.

¹⁴⁵ Voor de goede orde meld ik dat ikzelf een actief lid ben van diverse onderzoeksgroepen (de Study Group on a European Civil Code, de Trento Common Core groep, de Society of European Contract Law, de Study Group on Social Justice in European Private Law), waarvan er enige hun krachten hebben gebundeld in een FP6-aanvraag.

¹⁴⁶ In dezelfde zin de Raad. In zijn resolutie van 22 september (zie noot 8) roept hij de Commissie op 'passende mechanismen in te stellen' opdat alle lidstaten, de Raad en het Europees Parlement, onderzoekers en beoefenaars van juridische beroepen en belanghebbenden actief kunnen deelnemen aan de opstelling van het GRK.

Het idee zo'n wetboek eerst eens uit te proberen als optioneel wetboek is zeer interessant¹⁴⁷. Zo kan immers goed blijken wat werkelijk de preferenties en culturele gevoeligheden van burgers op het gebied van het privaatrecht zijn. Hierbij zou men zich ook kunnen voorstellen dat de keuze uit meer dan één optioneel wetboek wordt gegeven, bijvoorbeeld één op basis van de Lando-*Principles* en één op basis van de Gandolfi-*Code*, of één socialere en één liberalere. Ook zouden partijen (in ieder geval in die fase) de mogelijkheid moeten houden voor het Weens Koopverdrag te kiezen¹⁴⁸. Dat is pas marktwerking!¹⁴⁹

In de discussie zal duidelijk moeten worden welk van de voorstellen (inclusief natuurlijk het voorstel 'geen Europees wetboek', dat, zoals gezegd, voorsnog een ruime meerderheid heeft) het beste recht doet aan de sociale, economische, culturele, en politieke verwachtingen van de belanghebbenden (dat wil zeggen alle Europese burgers) ten aanzien van het privaatrecht.

¹⁴⁷ De vraag rijst dan wel wat de Commissie in de tussentijd met het GRK gaat doen. Gaat ze het GRK als impliciet voorondersteld algemeen contractenrecht gebruiken bij de herziening en uitbreiding van het *acquis*? In feite introduceert de Commissie dan materieel regels (ze hebben een zekere gelding) zonder ze formeel af te kondigen. Op staatsrechtelijke en Europeesrechtelijke (materieel: democratische) gronden lijkt een dergelijke gang van zaken onaanvaardbaar (zie *supra*, paragraaf 5). Zeer fel tegen *soft law* is Ugo Mattei, 'Hard Code Now!', *Global Jurist Frontiers* (2002): Vol. 2: No. 1, Article 1.

¹⁴⁸ Daarnaast valt te denken aan de eerste, en internationaal meest bekende beginselen, de *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (1994). De *UNIDROIT Principles* worden door de Commissie zelf genoemd in haar Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede de modernisering ervan, COM (2002) 654, waarin ze de vraag aan de orde stelt of partijen rechtsreeks dienen te kunnen kiezen voor algemene rechtsbeginselen (vraag 8). Het recente antwoord van de Nederlandse regering, na advies van de Staatscommissie IPR, is op deze vraag aarzelend (brief van de minister van justitie van 13 oktober 2003, TK 2003-2004, 22 112, nr. 288).

¹⁴⁹ Om redenen die boven zijn uiteengezet (het recht moet de markt reguleren, niet omgekeerd), kunnen de preferenties van partijen echter niet altijd de doorslag geven. Vgl. treffend J.H. Nieuwenhuis, 'De romantische rechtsschool van Maastricht', *RM Themis* 2003, pp. 61-63, op p. 63: 'Het recht moet méér zijn dan een reflex van de preferenties van burgers; het moet op rechtvaardige wijze kiezen welke van de menigvuldige en tegenstrijdige preferenties burgers mogen aanmerken als een hun toekomend recht. Ieder het zijne is iets anders dan elk wat wils.' Het punt waar het mij hier om gaat is, dat wanneer (en in zoverre als) men partijen de vrijheid wil geven, te kiezen voor iets anders dan een nationaal rechtsstelsel, er ook wat te kiezen moet zijn.