

DE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW

door

Caroline CAUFFMAN
Aspirant F.W.O.-Vlaanderen(*)

De onderstaande bijdrage vormt in de eerste plaats een bespreking van het boek Principles of European Contract Law (PECL) uitgegeven onder redactie van O. Lando en H. Beale. Ze vormt tevens een inleidend artikel dat enige duiding wenst te geven bij de elders in dit tijdschrift gepubliceerde Nederlandse vertaling van de artikelen van de PECL.

(*) Met dank aan prof. M.E. STORME en mevr. M. DESOMER.

INHOUD

- I. INLEIDING (1)
- II. HISTORIEK VAN DE PRINCIPLES (2-7)
- III. VORM VAN DE PRINCIPLES (8-11)
- IV. WERKWIJZE VAN DE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (12)
- V. DOELSTELLINGEN VAN DE PRINCIPLES (13-18)
- VI. DRAAGWIJDTE VAN DE PRINCIPLES (19-20)
- VII. INHOUDELIJKE BESPREKING VAN DE PRINCIPLES (21-42)
 - A. Het begrip „overeenkomst” (22)
 - B. Aanbod en aanvaarding (23-26)
 - C. Precontractuele aansprakelijkheid (27-28)
 - D. Vertegenwoordiging (29-38)
 - 1. Onmiddellijke vertegenwoordiging (31-36)
 - 2. Middellijke vertegenwoordiging (37-38)
 - E. Interpretatie (39-42)
- VIII. EVALUATIE VAN DE PRINCIPLES (43-102)
 - A. Inhoudelijke evaluatie (43-44)
 - B. Haalbaarheid van de doelstellingen zoals deze hoger werden geherformuleerd (45-101)
 - 1. Neutrale set van regels die de partijen op hun relatie van toepassing kunnen maken (45-62)
 - a. Conflictenrechtelijke rechtskeuze (46-58)
 - b. Materieelrechtelijke rechtskeuze (59-62)
 - 2. Basis voor een gemeenschappelijk Europees contractenrecht (63-89)
 - a. Voordelen van een gemeenschappelijk Europees contractenrecht (63)
 - b. Wijzen om een gemeenschappelijk Europees contractenrecht te bereiken (64-93)
 - 1. Centralistische eenmaking (65-92)
 - i) Wenselijkheid van een Europees B.W. (66-77)
 - ii) Twee wijzen tot invoering van een Europees B.W. (78-88)
 - iii) (Politieke) waarschijnlijkheid van de invoering van een Europees B.W. op korte termijn (89-92)
 - 2. Organische eenmaking (93)
 - 3. Een moderne formulering van een Europese *lex mercatoria* (94-97)
 - 4. Steun aan instellingen van de E.U. bij het opstellen van Gemeenschapsmaatregelen en aan rechters en arbiters bij de toepassing van Gemeenschapsmaatregelen (98-100)
 - 5. Inspiratiebron voor nationale rechters en wetgevers (101)
 - C. Redactionele evaluatie (102)
- IX. BESLUIT (103)

I. Inleiding

1. In het eerste nummer van jaargang 2000 van dit tijdschrift beschreef J.B.M. Vranken⁽¹⁾ de verscheidene initiatieven op het gebied van het Europese privaatrecht. De werkzaamheden van één van de pioniers op dit vlak, namelijk de *Commission on European Contract Law*, ook wel de Lando-Commissie genoemd, naar de voorzitter en initiatiefnemer Ole Lando, resulteerden onlangs in de publicatie van de gebundelde delen I en II van de *Principles of European Contract Law* (hierna: *PECL* of *Principles*). In deze bijdrage zal nader worden ingegaan op de historiek en de vorm van de *Principles*, op de werkwijze van de *Commission on European Contract Law*, op de doelstellingen, de draagwijdte en de inhoud van de *Principles*. Bovendien zullen de *PECL* worden geëvalueerd wat betreft hun inhoud, hun kansen op verwezenlijking van hun doelstellingen en hun redactionele aspecten.

II. Historiek van de *Principles*⁽²⁾

2. Als IPR-specialist nam O. Lando in 1974 deel aan een symposium met betrekking tot het EEG-Ontwerpverdrag over het recht toepasselijk op contractuele en niet-contractuele verbintenissen. Tijdens een diner volgend op het symposium raakte hij in gesprek met dr. Winfried Hauschild, het Divisiehoofd van het Directoraat Generaal voor de Interne Markt van de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Beiden waren van oordeel dat de voorgestelde IPR-regels niet zouden volstaan voor de juridische uniformiteit die noodzakelijk was voor een geïntegreerde Europese markt, doch dat uniforme materieel-rechtelijke regels noodzakelijk waren⁽³⁾. Twee jaar later pleitte

(1) J.B.M. VRANKEN, „Europees privaatrecht. „Bridging the gap” tussen wetenschap en praktijk”, *T.P.R.* 2000, 3-12.

(2) Zie hierover o.a.: D. BUSCH en E.H. HONDIUS, „Een nieuw contractenrecht voor Europa: de Principles of European Contract Law vanuit Nederlands perspectief”, *NJB* 2000, 837-838; O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised, Prepared by the Commission on European Contract Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, xi-xix (hierna: O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000).

(3) In deze zin ook K.F. KREUZER, „Europäisches Mobiliarsicherungsrecht oder: von den Grenzen des Internationalen Privatrechts” in W.A. STOFFEL en P. VOLKEN (eds.), *Conflicts et harmonisation — Kollision und Vereinheitlichung. Conflicts and Harmonization, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65^e anniversaire*, Ed. Univ. Fribourg, 1990, 613-641. Anders J. TAUPITZ, „Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts-oder Kollisionrechtsvereinheitlichung?”, *JZ* 1993, 533-539.

O. Lando(4) op een ander symposium voor hetzij een Europese *Uniform Commercial Code*(5), hetzij Europese *Restatements of the Laws of Contracts, Torts, Property* enz.(6).

3. Gedurende de daaropvolgende jaren begon O. Lando met de concrete voorbereidingen voor de realisatie van het door hem bepleite project. Meer bepaald zocht hij geschikte mensen uit de verschillende lidstaten van de toenmalige EEG die bereid waren om mee te werken aan de voorbereiding van een soort Europese *Restatements of the Law of Contracts*, nu aangeduid als de *Principles of European Contract Law*, een door rechtsexperts op rechtsvergelijkende wijze op te stellen privé-codificatie van de beginselen van het Europese contractenrecht. De door hem samengestelde groep van experts vormde de (eerste) *Commission on European Contract Law*.

De realisatie van de *Principles of European Contract Law* vereiste niet enkel menselijk potentieel, maar ook financiële middelen; deze financiële middelen werden — althans gedeeltelijk — ter beschikking gesteld door de Europese Commissie(7). De steun van de Europese Commissie doet echter geen afbreuk aan het privé-karakter van de

(4) O. LANDO, „Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code” in M. CAPPELLETTI (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Brussel, Bruylant, 1978, 267-288.

(5) De Amerikaanse *Uniform Commercial Code* is de meest succesvolle realisatie van de *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, die hierbij samenwerkte met het *American Law Institute*. Het is een „modelwetboek” dat de meeste aspecten van het handelsrecht omvat en dat (met enige lokale varianten) werd afgekondigd in 49 staten, in het District of Columbia, de Virgin Islands en gedeeltelijk in Louisiana. Zie hierover o.a. J.J. WHITE en R.S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, in *Hornbook Series*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, xlv + 1067 p. en de talrijke daar aangehaalde referenties. Zie ook M.W. HESSELINK, „The Principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission” in *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2001, (7) 17-18.

(6) De Amerikaanse *Restatements* zijn privé-codificaties, opgesteld door het *American Law Institute*. *Restatements* zijn opgesteld voor zeer uiteenlopende domeinen van het recht, waaronder ook voor het contractenrecht (zie *American Law Institute, Restatement of the Law*, Second, Contracts 2nd, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 1981). Zie hierover o.a.: E.A. FARNSWORTH, *An Introduction to the Legal System of the United States*, New York, Oceana Publications Inc., 1996, 33 en 87-89; J. GORDLEY, „European Codes and American Restatements: Some Difficulties”, *Columbia Law Review* 1981, 140-157; P.-C. MÜLLER-GRAFF, „Private law unification by other means than of Codification” in A.S. HARTKAMP, M.W. HESSELINK, E.H. HONDIUS, C.E. DU PERRON en J.B.M. VRANKEN (eds.), *Towards a european civil code*, Nijmegen, Ars Aequi, 1994, (19) 25-27; T. SCHINDLER, „Die Restatements und ihre Bedeutung für das amerikanische Privatrecht”, *ZEuP* 1998, 277-295; C. SCHMID, „Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs”, *JZ* 2001, (674) 680 e.v.

(7) O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xv. Zie ook M.W. HESSELINK, „The Principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission” in *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2001, (7) 13-17.

Commission en de door haar opgestelde *Principles*. Elk van de leden van de *Commission* trad op in eigen naam en niet als afgevaardigde van de Europese Commissie, noch van een bepaalde lidstaat(8).

4. Vanaf 1980 werden vergaderingen gehouden met juristen uit de verschillende EEG-lidstaten waarop eerst de toekomstige werkzaamheden werden voorbereid en waarop vanaf 1982 begonnen werd met de werkelijke discussies omtrent de *Principles*. Omdat de leden van deze zgn. *eerste Commission on European Contract Law*, van oordeel waren dat de regels aangaande de behoorlijke uitvoering en de remedies voor niet-uitvoering van het hoogste belang waren, begonnen ze hun werkzaamheden met deze onderwerpen(9). De werkzaamheden van deze eerste *Commission* leidden in 1995 tot de publicatie van het eerste deel van de *Principles of European Contract Law*(10), bestaande uit vier hoofdstukken: *General Provisions, Terms and Performance of the Contract, Non-Performance and Remedies in General* en *Particular Remedies for Non-Performance*. De artikelen van de *Principles* werden opgenomen in het Engels en het Frans, de toelichtingen en de noten(11) enkel in het Engels. Naast de artikelen van de *Principles*, de toelichtingen en de noten, bevatte de publicatie een voorwoord van O. Lando (waarin in hoofdzaak de ontstaansgeschiedenis van de *Principles* werd uiteengezet), een vermelding van de leden die deel uitmaakten van de *Commission on European Contract Law*, een inleiding (waarin toelichting wordt gegeven omtrent de redenen waarom er nood bestaat aan uniforme regels, de doelen waarvoor de *Principles* zijn bestemd, de behandelde onderwerpen, de gebruikte bronnen, de structuur en de methode, en waarin erop wordt gewezen dat de *PECL* bedoeld zijn als een soepel systeem dat ruimte biedt voor toekomstige ontwikkelingen in het juridisch denken met betrekking tot het contractenrecht), een overzicht van de verschillende hoofdstukken, een afkortingenlijst, een concordantietabel, een bibliografie, een lijst van *cases* en wetsbepalingen, een handig trefwoordenregister en uiteraard een inhoudstafel.

(8) Zie O. LANDO, „Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation”, *Rechtspraak* 1992, (261) 268; O. LANDO, „Principles of European Contract Law. A first step towards a European Civil Code”, *RDAL* 1997, (189) 193.

(9) O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xi-xiv.

(10) O. LANDO en H. BEALE (eds.), *The Principles of European Contract Law, I, Performance, Non Performance and Remedies, Prepared by the Commission on European Contract Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, xxxv + 268 p.

(11) *Cf. infra*, nr. 8.

Een Duitse vertaling van de artikelen van het eerste deel werd in 1995 opgenomen in het *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*(12). In 1997 verscheen een Franse vertaling van het eerste deel van de *Principles*(13).

5. Vanaf 1992(14) werkte de *Commission on European Contract Law* in een enigszins gewijzigde samenstelling aan het tweede deel van de *Principles*. In 1996 voltooide deze zgn. tweede *Commission on European Contract Law* haar werkzaamheden. Dit leverde vijf nieuwe hoofdstukken op: *Formation of Contracts, Authority of Agents, Validity, Interpretation* en *Contents and Effects*(15).

6. De Lando-Commissie ging vervolgens over tot de gezamenlijke publicatie van de delen I en II van de *PECL*. Ten behoeve van deze gezamenlijke uitgave van de beide delen, werd de volgorde van de hoofdstukken gewijzigd en werden de artikelen hernummerd. Het werk bevat thans achtereenvolgens de hoofdstukken: *General Provisions, Formation of Contracts*(16), *Authority of Agents, Validity, Interpretation, Contents and Effects, Performance, Non-Performance and Remedies in General* en *Particular Remedies for Non-Performance*. Opgemerkt dient bovendien te worden dat naar aanleiding van de werkzaamheden aan deel II ook enkele kleine wijzigingen werden aangebracht aan deel I(17).

Het is deze gezamenlijke publicatie die hier wordt besproken. Net als in de eerste publicatie is ook in deze uitgave de tekst van de artikelen van de *Principles* zelf opgenomen in het Engels en in het Frans, de

(12) U. DROBNIG en R. ZIMMERMANN, „Die Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht, Teil I“, *ZEuP* 1995, 864-875.

(13) I. DE LAMBERTERIE, G. ROUHETTE en D. TALLON (eds.), *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites. Version française*, Parijs, La documentation française, 1997, 293 p.

(14) Vanaf 1990 volgens D. BUSCH en E.H. HONDIUS („Een nieuw contractenrecht voor Europa: de Principles of European Contract Law vanuit Nederlands perspectief“, *NJB* 2000, (837) 838).

(15) O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xii-xiv.

(16) In het deel dat enkel de artikelen van de *PECL* bevat, wordt het hoofdstuk betreffende de totstandkoming van de overeenkomst aangeduid met de titel „*Formation*“; elders in het werk (inhoudstafel, artikelen gevolgd door toelichtingen en noten) wordt het betreffende hoofdstuk aangeduid als „*Formation of Contracts*“.

(17) Zie O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xiv.

toelichtingen en de noten enkel in het Engels(18). Een Nederlandse vertaling van de artikelen van de *PECL* is opgenomen in dit nummer van dit tijdschrift en is tevens beschikbaar op het internet(19), een Duitse vertaling hiervan is verschenen in het *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*(20), een Italiaanse vertaling in *Europa e diritto privato*(21). Vertalingen van de artikelen in alle andere Europese talen zijn in voorbereiding. In het Italiaans is er overigens een vertaling van het volledige werk beschikbaar(22). Vertalingen van het volledige werk in het Frans, het Duits en het Spaans zijn ook in voorbereiding.

De hier beschreven publicatie bevat ook de andere elementen (woord enz.) die voorkwamen in de eerste uitgave. Hieraan werd niet veel veranderd; enkel werd de nodige informatie opgenomen met betrekking tot de werkzaamheden en de resultaten van de tweede *Commission on European Contract Law* en werden enkele kleine vormelijke wijzigingen aangebracht aan de teksten die werden overgenomen uit deel I.

7. De Lando-Commissie werkt thans aan deel III. Het is de bedoeling dat dit deel de volgende onderwerpen zal behandelen: *effects of illegality and immorality, compound interest, extinctive prescription of claims, assignment of claims, assumption of debts, plurality of debtors and creditors* en *set-off*(23).

(18) Een Engelse versie van de artikelen (delen I en II) van de *PECL*, evenals enige bijkomende informatie over de *PECL* en de *Commission on European Contract Law* en een uitvoerige bibliografie over de *PECL* en de harmonisering van het Europese contractenrecht is beschikbaar op http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html Een Engelse versie van de artikelen (delen I en II) van de *PECL* is beschikbaar op <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/doc.html> en een Engelse én een Franse vertaling van de artikelen (delen I en II) van de *PECL* op <http://www.storme.be/PECL.html>.

(19) <http://www.storme.be/PECL.html>

(20) *ZeUP* 2000, 675 e.v.

(21) *Europa e diritto privato* 2000, nr. 2.

(22) C. CASTRONOVO (ed.), *Principi di Diritto Europeo dei Contratti. Parte I & II*, Milaan, Giuffrè, 2001, LII+597 p.

(23) O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xiv.

III. Vorm van de *Principles*

8. De *Principles* zijn opgesteld naar het model van de Amerikaanse *Restatements*(24). Ze bevatten, zoals hierboven reeds werd aangegeven(25), een aantal artikelen die telkens worden gevolgd door een korte toelichting en door rechtsvergelijkende noten.

De toelichting geeft de redenen voor de regel weer, net als zijn doel, zijn werking en zijn relatie tot andere regels. De werking van de regel wordt verder verduidelijkt aan de hand van illustraties. De noten identificeren de voornaamste bronnen die werden gebruikt en beschrijven kort op welke wijze de betreffende materie wordt behandeld in de verscheidene rechtssystemen van de lidstaten van de Europese Unie(26).

9. Zoals de *Restatements* vormen de *Principles* geen concrete, verbindende regels die bestemd zijn om onmiddellijk van toepassing te zijn in de rechtspraktijk. Zij vormen integendeel instrumenten die nuttig kunnen zijn voor het rechtsvindingsproces en ontleen hun invloed aan hun overtuigingskracht(27).

10. De *Principles* verschillen evenwel van de *Restatements* in minstens één opzicht. De *Restatements* zijn immers voornamelijk bedoeld

(24) Over de verhouding *PECL-Restatements*, zie o.a. M.W. HESSELINK, „The Principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission” in *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2001, (7) 19-20; O. LANDO, „Die Regeln des Europäischen Vertragsrecht” in P.-C. MÜLLER-GRAFF (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, (473) 479.

(25) *Cf. supra*, nr. 4.

(26) O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xxvi; O. LANDO, „Principles of European Contract Law. A first step towards a European Civil Code”, *RDAl* 1997, (189) 193; O. LANDO, „Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation”, *RebelsZ* 1992, (261) 267; O. LANDO, „Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation”, 40 *American Journal of Comparative Law* 1992, (573) 579.

(27) Zie O. LANDO, „Die Regeln des Europäischen Vertragsrechts” in P.-C. MÜLLER-GRAFF (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, (473) 479; M. VAN ROSSUM, „The Principles of European Contract Law, A Review Essay”, *MJ* 1996, (69) 70.

als een codificatie van bestaand recht(28). Het contractenrecht is in vrijwel alle staten van de V.S. immers gebaseerd op de *common law* en vertoont een grote onderlinge gelijkenis. De Europese Unie wordt daarentegen gekenmerkt door het naast elkaar bestaan van een aantal onderling vaak verschillende rechtssystemen hetgeen zich uit in de diversiteit van het contractenrecht. Bij de opstelling van de algemene principes, die bestemd zijn voor de Unie als een geheel kon men zich bijgevolg niet beperken tot een codificatie van bestaand recht. De *PECL* dienden integendeel te worden opgesteld aan de hand van een meer „creatief” proces. Het doel van dit proces bestaat er weliswaar in, in de mate van het mogelijke de gemeenschappelijke kern (*common core*) van het contractenrecht van al de lidstaten van de Europese Unie te identificeren en op basis hiervan een bruikbaar systeem te creëren(29). Bij de opstelling van de *PECL* werd echter niet bij elke regel in gelijke mate rekening gehouden met alle rechtsstelsels van de EU. De opstellers van de *PECL* zagen het ook niet als hun taak om iets toe te voegen aan of om compromissen te maken tussen de verschillende nationale rechtsstelsels behoudens in de mate waarin dit nodig was om van de *Principles* een werkbaar systeem te maken. Bovendien hebben de opstellers van de *PECL* zich niet enkel gebaseerd op de nationale rechtsstelsels van de lidstaten van de EU, maar hebben ze ook gebruik gemaakt van niet-Europese bronnen, zoals de Amerikaanse *Uniform Commercial Code* en de *Restatements of the Law of Contract*. Sommige bepalingen weerspiegelen zelfs suggesties en ideeën die in geen enkel positief rechtsstelsel kunnen worden teruggevonden. De opstellers van de *PECL* zochten niet naar de „meest gemeenschappelijke” Europese rechtsregels, maar naar die rechts-

(28) Dit neemt niet weg dat ook de opstellers van de *Restatements* zich af en toe geconfronteerd zagen met sterk divergerende regels en dit conflict beslechtten ten gunste van de „beste” regel, zie hierover: B. HOWLAND en H.F. GOODRICH, „American Law Institute Restatement of Contracts Published, Institute progress to date”, *ABAJ* 1932, (779) 780; T. SCHINDLER, „Die Restatements und ihre Bedeutung für das amerikanische Privatrecht”, *ZEuP* 1998, (277) 280; W.A. SEAVEY, „The Restatement, Second, and Stare Decisis”, *ABAJ* 1962, (317) 318. Zie ook O. LANDO, „Die Regeln des Europäischen Vertragsrechts” in P.-C. MÜLLER-GRAFF (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, (473) 479. Een ander verschil tussen de *PECL* en de *Restatements* kan worden gevonden in het feit dat de *Restatements* — anders dan de *PECL* — nooit bedoeld zijn geweest als basis voor een wetboek. In deze zin ook: M.W. HESSELINK, „The Principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission” in *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2001, (7) 23.

(29) O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xxvi. Vgl. M.E. STORME, *Rechtspraak en rechtsvorming in Europees verband*, 2000, <http://www.storme.be/RREV.html>, hoofdstuk III, nr. 45.

regels die het best beantwoordden aan de economische en sociale voorwaarden van de lidstaten(30).

11. Bij de opstelling van de *PECL* heeft men getracht om korte en algemene regels op te stellen die makkelijk verstaan zullen worden door de advocaten en hun cliënten. Om zich ervan te verzekeren dat de *Principles* goed verstaanbaar zijn en een antwoord bieden op de noden van de toekomstige gebruikers, werden eerdere ontwerpen bediscussieerd met praktijkjuristen uit zes lidstaten van de EU (België, Frankrijk, Duitsland, Portugal, Spanje en het Verenigd Koninkrijk) en werden vervolgens de nodige aanvullingen en wijzigingen aangebracht(31).

IV. Werkwijze van de *Commission on European Contract Law*

12. De *Commission on European Contract Law* werkte bij de opstelling van de *Principles* steeds volgens hetzelfde stramien. Het opstellen van de artikelen, de toelichtingen en de noten was de taak van een verslaggever (*reporter*). Elke verslaggever legde zijn ontwerp met toelichtingen voor aan de andere verslaggevers in een ontwerpgroep (*Drafting Group*), die vergaderde om de teksten voor te bereiden die voorgelegd zouden worden aan de *Commission*. Op de vergaderingen van de *Commission* werden de teksten goedgekeurd, veranderd of teruggezonden voor verdere overweging door de verslaggever en de ontwerpgroep. Vervolgens werkte een redactiegroep (*Editing Group*) aan de verbetering van de terminologie en de presentatie van de teksten. Op de eindvergaderingen van de eerste en tweede *Commission* werden de artikelen goedgekeurd, maar werd nog tijd gelaten aan de ontwerp- en redactiegroep om de toelichtingen af te werken. De noten werden opgesteld door de verslaggevers, hoofdzakelijk op basis van informatie verstrekt door de leden van de *Commission*(32).

(30) Zie O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xxv-xxvi; O. LANDO, *o.c.*, 40 *American Journal of Comparative Law* 1992, (573) 579; O. LANDO, „Some features of the law of Contract in the Third Millennium”, http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature/lando01.htm, nr. 19 en M. VAN ROSSUM, *o.c.*, *MJ* 1996, (69) 70.

(31) O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xxvi-xxvii; O. LANDO, *o.c.*, *RabelsZ* 1992, (261) 267; O. LANDO, *o.c.*, 40 *American Journal of Comparative Law* 1992, (573) 579.

(32) Zie O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xiv-xv. Vgl. de beschrijving van de werkzaamheden door D. BUSCH en E.H. HONDIUS, *o.c.*, *NJB* 2000, (837) 838; E.H. HONDIUS, „De betekenis van de Principles of European Contract Law voor het Nederlandse recht/inleiding”, *N.T.B.R.* 2000, (428) 429; K.D. KERAMEUS, „Problems of drafting a European Civil Code”, *ERPL* 1998, (475) 477.

V. Doelstellingen van de *Principles*

13. In de inleiding tot de *PECL* wordt een onderscheid gemaakt tussen de *nood* aan de *PECL* en de *doelstellingen* van de *PECL*.

14. De opstellers van de *PECL* beschouwen de *PECL* als een antwoord op de *nood* aan een uniewijde infrastructuur van het contractenrecht om het snel groeiende gemeenschapsrecht met betrekking tot specifieke contracten te consolideren. Een formulering van de beginselen van het contractenrecht binnen Europa biedt volgens hen verscheidene voordelen. Zij vermelden aldus de vergemakkelijking van de grensoverschrijdende handel binnen Europa, de versterking van de eengemaakte Europese markt, de creatie van een infrastructuur voor het gemeenschapsrecht met betrekking tot contracten, de verstrekking van richtlijnen aan nationale rechters en wetgevers en de constructie van een brug tussen *civil law* en *common law*(33).

15. Verder zien de opstellers van de *Principles* vijf *doelstellingen* waarvoor de *Principles* zijn bestemd.

In de eerste plaats vormen zij de noodzakelijke juridische basis voor Europese wetgeving inzake contracten. In de tweede plaats zouden de *Principles* van nut kunnen zijn voor partijen die in verschillende landen wonen of zaken doen en die wensen dat hun contractuele relatie wordt beheerst door een geheel van neutrale regels. In de derde plaats kunnen zij een houvast bieden aan de arbiter die geconfronteerd wordt met een contract dat een clause bevat, die het contract onderwerpt aan de „*general principles of law*” of de „*internationally accepted principles*” of een gelijkaardige bepaling. In de vierde plaats kunnen zij een model vormen voor de rechterlijke en legislatieve ontwikkeling van het contractenrecht, in de zin dat zij hulp kunnen bieden aan rechtbanken en arbiters die uitspraak dienen te doen over bepaalde punten die niet adequaat geregeld zijn door het toepasselijke nationale recht of een ander geheel van regels of aan (nationale) wetgevers die hun contractenrecht hervormen. In de vijfde plaats kunnen de *Principles* tenslotte dienen als een model waarop men zich kan steunen bij de harmonisering van het contractenrecht van de lidstaten(34).

(33) O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xxi-xxiii.

(34) O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xxiii-xxiv. In zijn artikel „Some features of the law of Contract in the Third Millennium” (http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature/lando01.htm, nr. 19) oordeelt Lando zelfs dat de hoofddoelstelling van de *PECL* erin bestaat om te gelden als een eerste ontwerp van een deel van een Europees burgerlijk wetboek.

16. Artikel 1:101 *PECL* vermeldt verder onder de titel „Toepassing van de Beginselen”:

- „(1) Deze Beginselen zijn bestemd om te worden toegepast als algemene regels van overeenkomstenrecht in de Europese Unie.
- (2) Zij vinden toepassing op een overeenkomst indien partijen overeengekomen zijn ze in hun overeenkomst op te nemen of ze op hun overeenkomst toe te passen.
- (3) Zij kunnen worden toegepast indien partijen:
- (a) zijn overeengekomen dat op hun overeenkomst algemene rechtsbeginselen, de „lex mercatoria” of dergelijke van toepassing zijn; of
 - (b) geen rechtsstelsel noch rechtsregels hebben gekozen die op hun overeenkomst van toepassing zijn.
- (4) Deze Beginselen kunnen een oplossing bieden voor vragen waarvoor het toepasselijke rechtsstelsel of de toepasselijke rechtsregels deze niet bieden”.

17. In feite komen in de omschrijving van de noden, van de doelstellingen en van de toepassing van de *Principles* telkens dezelfde gedachten tot uiting. Dit kan ook niet anders. Verwacht mag inderdaad worden dat de doelstellingen van de *PECL* zullen beantwoorden aan de noden die bestaan aan dergelijke Beginselen en dat hun toepassing hiermee in overeenstemming is. Het lijkt daarom overzichtelijker om het nut van de *PECL* te beschrijven aan de hand van vier problemen tot de oplossing waarvan de *PECL* kunnen bijdragen. Dit leidt tot vijf (tot de oplossing van het laatste probleem kunnen de *PECL* immers op een tweevoudige wijze bijdragen) lichtjes anders geformuleerde doelstellingen van de *PECL*(35).

18. Vooreerst kan worden vastgesteld dat de grensoverschrijdende handel en dus ook het functioneren van de eengemaakte markt hinder

(35) Vgl. M.W. HESSELINK, „The Principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission” in *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2001, (7) 12: deze auteur leidt uit de voordelen, de doelen en de gebruiken van de *PECL* de volgende drie aspiraties van de Lando-Commissie af: het vaststellen van een *common core* van het contractenrecht van de rechtsstelsels van Europa, het bijdragen tot de toekomstige eenmaking van het contractenrecht van Europa en het verschaffen van een geheel van regels dat vanaf de dag van vandaag in Europa als recht kan worden toegepast. Hijzelf voegt hieraan nog een vierde doel toe nl. het verschaffen van een gemeenschappelijke Europese taal voor discussies met betrekking tot het contractenrecht.

ondervinden door de diversiteit van rechtsstelsels en in het bijzonder door de verschillen tussen de *civil law* en de *common law*. Aan dit probleem kan op korte termijn worden tegemoetgekomen door het aanbieden van een neutrale set van regels die de partijen op hun relatie van toepassing kunnen verklaren. Op lange termijn kan hieraan worden tegemoetgekomen door het opstellen van een gemeenschappelijk contractenrecht voor de EU. De *Principles* zouden, als op rechtsvergelijking gebaseerde bepalingen, kunnen fungeren als een dergelijke neutrale set van regels en als basis voor een geharmoniseerd contractenrecht.

In de tweede plaats worden rechters en arbiters soms geconfronteerd met contracten waarop de algemene beginselen van het contractenrecht, de *lex mercatoria* en dergelijke van toepassing zijn. Het bepalen van de inhoud van de *lex mercatoria* en dergelijke is echter niet eenvoudig. Dit brengt de rechters en arbiters in een moeilijke positie en veroorzaakt rechtsonzekerheid bij de partijen. De *PECL* beogen een verklaring te vormen van binnen de EU aanvaardbare principes die in dergelijke gevallen rechtstreeks kunnen worden toegepast. Zij beogen a.h.w. een moderne Europese *lex mercatoria* te vormen.

In de derde plaats bestaat er nood aan een algemene infrastructuur van het contractenrecht ter ondersteuning van het grote aantal richtlijnen met betrekking tot specifieke contracten dat op het niveau van de EU is opgesteld. De *PECL* zouden hieraan kunnen tegemoetkomen. Zij zouden steun kunnen bieden aan de instellingen van de EU bij het opstellen van bepaalde maatregelen en aan rechters en arbiters die geconfronteerd worden met het toepassen van gemeenschapsmaatregelen.

In de vierde plaats worden nationale rechters en wetgevers soms geconfronteerd met leemten in de nationale wet of met de nood aan hervorming van het nationale recht. De *PECL* zouden kunnen worden gehanteerd ter aanvulling van leemten in nationale rechtsstelsels en zij zouden de nationale wetgevers kunnen inspireren bij de hervorming van het nationale recht.

Op de vraag of de *PECL* deze functies inderdaad zullen kunnen vervullen, zal worden ingegaan aan het eind van deze bijdrage.

VI. Draagwijdte van de *Principles*

19. De *PECL* zijn beperkt tot het algemene contractenrecht. Zij handelen niet over bijzondere overeenkomsten en bevatten ook geen

bijzondere bepalingen voor consumentencontracten(36). Wel is het toepassingsgebied van de *PECL* niet beperkt tot internationale commerciële contracten(37). Op dit laatste punt verschilt het toepassingsgebied van de *PECL* van dat van de *Unidroit Principles*(38). Deze laatste vormen evenals de *PECL* een op rechtsvergelijking gesteunde privé-codificatie van het contractenrecht. Ze hebben echter een ruimer geografisch toepassingsgebied dan de *PECL* aangezien zij niet beperkt zijn tot de EU. Het universeel gerichte karakter van de *Unidroit Principles* brengt eveneens mee dat de *Unidroit Principles*, hoewel ook zij *qua* vorm geïnspireerd zijn door de Amerikaanse *Restatements*, geen rechtsvergelijkende noten bevatten. Het opstellen van dergelijke noten zou, gelet op het grote aantal te behandelen rechtstelsels, immers onbegonnen werk zijn.

20. De Lando-Commissie heeft een functionele benadering gehanteerd bij de bepaling van de onderwerpen die in de *PECL* dienden te worden opgenomen. Dit leidde ertoe dat de *PECL* regels bevatten die in bepaalde rechtssystemen geacht worden deel uit te maken van het recht der onrechtmatige daad (*law of torts*) of van het recht der ongerechtvaardigde verrijking (*law of restitution*), voor zover de betreffende regels nauw verwant zijn met door de *PECL* behandelde contractuele onderwerpen. Zo behandelt hoofdstuk 2 met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten de aansprakelijkheid voor onderhandelingen, hoewel deze aansprakelijkheid in sommige rechtssystemen beschouwd wordt als een onderdeel van het recht betreffende de onrechtmatige daad(39).

VII. Inhoudelijke bespreking van de *Principles*

21. Het is in het kader van deze bijdrage onmogelijk om al de bepalingen van de *PECL* te toetsen op hun intrinsieke waarde en op

(36) Zie hierover M.W. HESSELINK, „The Principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission” in *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2001, (7) 42 e.v.

(37) Zie O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles*, 2000, xxv.

(38) Preambule van INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, Unidroit, 1994, XX + 256 p.

(39) *Cf. infra*, nr. 27.

hun verhouding tot de nationale rechtsstelsels van de EU(40). Bijgevolg zullen hierna slechts enkele onderwerpen worden toegelicht. Hierbij zal prioritair gekozen worden voor de bespreking van onderwerpen die geregeld worden door bepalingen die nieuw zijn in deze tweede uitgave. De reeds in 1995 gepubliceerde bepalingen zullen immers reeds beter gekend zijn(41). Meer in het bijzonder zullen het door de *PECL* gehanteerde contractsbegrip, de regels inzake aanbod en aanvaarding, de regels inzake precontractuele aansprakelijkheid, de regels inzake vertegenwoordiging en de interpretatieregels worden toegelicht.

A. HET BEGRIP „OVEREENKOMST”

22. Uit de tekst van de artikelen van de algemene bepalingen betreffende de totstandkoming van overeenkomsten lijkt op het eerste gezicht te volgen dat de *PECL* vertrekken van het klassieke op wilsovereenstemming gebaseerde contractsmodel. Artikel 2:101 (1) *PECL* bepaalt inderdaad dat een overeenkomst gesloten is indien de partijen de wil hebben om rechtens gebonden te zijn, en indien zij een voldoende (wils)overeenstemming bereiken, zonder dat andere vereisten worden gesteld.

Artikel 2:107 *PECL* bepaalt verder dat een belofte die bedoeld is om ook zonder aanvaarding rechtens te verbinden (in de terminologie van de toelichtingen bij de *PECL* ook wel *unilateral promise*, eenzijdige belofte genoemd, in de in België gangbare terminologie: een verbintenisscheppende eenzijdige wilsuiting), verbindend is. De regels van de *PECL* zijn, volgens artikel 1:107 *PECL* van overeenkomstige toepassing op deze eenzijdige beloften.

(40) Voor een artikelsgewijze commentaar op de *PECL*, bevattende vergelijkingen met het Nederlandse contractenrecht, zie D. BUSCH, E.H. HONDIUS, H.J. VAN KOOTEN, H.N. SCHELHAAS en W.M. SCHRAMA (eds.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, verschijnt medio 2002.

(41) Voor een *review*-artikel m.b.t. deel I van de *PECL*, zie o.a. M.M. VAN ROSSUM, *o.c.*, *MJ* 1996, 69-87.

Uit diverse toelichtingen(42) en noten(43) blijkt echter dat het contract en de eenzijdige belofte niet worden beschouwd als naast elkaar staande bronnen van verbintenissen, doch dat het begrip „overeenkomst” geacht wordt ook de eenzijdige belofte te dekken. De *PECL* blijken dus bij nader inzien een veel ruimer contractsbegrip te hantieren dan thans algemeen gangbaar is(44).

Tegen deze conclusie kan weliswaar worden ingebracht dat ook het *contract under seal* uit het Engelse recht in feite een eenzijdige en geen op wilsovereenstemming gebaseerde rechtshandeling is(45), dat het eveneens Engelse *unilateral contract*, dat kan worden omschreven als *a promise for an act* en waarvan de uitloving het meest sprekende voorbeeld is, veel gelijkenis vertoont met een eenzijdige rechtshandeling(46) en dat ook in bepaalde continentale stelsels zoals het Italiaanse (artikel 1333 It. C.C.) en het Zwitserse (OR 6) een overeenkomst tot stand kan komen zonder dat een aanvaarding door de bestemming is vereist(47). Dit doet echter geen afbreuk aan het feit dat het contract volgens de thans gangbare opvatting nog steeds een meerzijdige, op wilsovereenstemming gebaseerde rechtshandeling

(42) Toelichting bij artikel 2:101 *PECL*, A: „*In these Principles the notion contract covers: (...) promises to which one party is bound without acceptance by the other, as provided in Article 2:107 below*”. Zie ook de toelichting bij artikel 2:101 *PECL*, C: „*Promises which are intended to become binding without acceptance are to be treated as contracts*” en de toelichting bij artikel 1:107 *PECL*, B: „*Under Article 2:107 a unilateral promise which is intended to be binding without acceptance is treated as a contract*”. Meer genuanceerd is de toelichting bij artikel 2:107 *PECL*, A: „*Other promises are binding without acceptance and they are nevertheless to be treated as contracts albeit with some modifications*”.

(43) Noten bij artikel 2:101 *PECL*, 2: „*The concept of contract as adopted in the Principles is an agreement which creates legal obligations. It generally involves two or more parties whose obligations are reciprocal. However, contract also covers (...) promises which are binding without acceptance*”.

(44) Vgl. M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen. Een onderzoek betreffende rechtsgrondslag, tekortkoming en rechtsverwerking bij overeenkomsten*, Brussel, Story-Scientia, 1990, nr. 79, p. 83-85.

(45) In deze zin: M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen. Een onderzoek betreffende rechtsgrondslag, tekortkoming en rechtsverwerking bij overeenkomsten*, Brussel, Story-Scientia, 1990, nr. 79, p. 84. Zie ook J.H. HERBOTS, „Een man een man, een woord een woord?” in F. FLEERACKERS (ed.), *Mens en Recht. Essays tussen rechtstheorie en rechtspraktijk. Liber Amicorum Jan M. Broekman*, Leuven, Peeters, 1997, (205) p. 220, nr. 20.

(46) Vgl. J.H. HERBOTS, „Een man een man, een woord een woord?” in F. FLEERACKERS (ed.), *Mens en Recht. Essays tussen rechtstheorie en rechtspraktijk. Liber Amicorum Jan M. Broekman*, Leuven, Peeters, 1997, (205) p. 216-217, nr. 16.

(47) In deze zin: M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen. Een onderzoek betreffende rechtsgrondslag, tekortkoming en rechtsverwerking bij overeenkomsten*, Brussel, Story-Scientia, 1990, p. 84, nr. 79.

is(48). Volgens het Engelse recht zal, voor de afdwingbaarheid van een overeenkomst, in principe overigens nog een *consideration*, een tegenprestatie, vereist zijn(49).

B. AANBOD EN AANVAARDING

23. Wat betreft aanbod en aanvaarding sluit de regeling van de *PECL* zeer nauw aan bij die van het *CISG*(50), de *Unidroit Principles* en het N.B.W.

24. Het moet worden benadrukt dat de *PECL*, anders dan o.a. het Belgische(51) en het Duitse recht(52), maar in navolging van vele

(48) Zie o.a. voor België: W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, I, *Verbintenissen uit meerszijdige en eenzijdige rechtshandelingen*, Leuven, Acco, 2000, 9; voor Duitsland: D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, C.F. Müller, Juristischer Verlag, 1994, p. 85, nr. 203. Zie ook voor Frankrijk: J. GHESTIN, „La notion de contrat”, *Droits* 1990, (7) 13; voor Nederland: artikel 6:213 N.B.W.; voor Engeland: G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, Londen, Sweet and Maxwell, 1995, 1.

(49) Over het begrip *consideration*, zie M.P. FURMSTON en A.W.B. SIMPSON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, Londen, Butterworths, 1996, 73-113; B.S. MARKESINIS, „Cause and Consideration: A Study in Parallel”, *Cambridge LJ* 1978, 53-75; B.S. MARKESINIS, „La notion de consideration dans la common law: vieux problèmes; nouvelles théories”, *RIDC* 1983, 744-749.

(50) *Convention on the International Sale of Goods*, ook bekend als het Weense Koopverdrag. Het *CISG*, de *PECL* en de *Unidroit Principles* vertonen inhoudelijk een nauwe verwantschap en worden in de recente literatuur vaak in een adem genoemd als typevoorbeelden van recente uniforme teksten. Hierbij dient echter goed voor ogen te worden gehouden dat het *CISG* een verdrag is dat in de staten waarin het in werking is getreden, verbindende tot het objectieve recht behorende regels formuleert, terwijl de *PECL* en de *Unidroit Principles* loutere privé-codificaties zijn.

(51) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les incapables. Les obligations (Première partie)*, Brussel, Bruylant, 1964, p. 511-514, nrs. 519-520; R. KRUIHOF, H. MOONS, C. PAULUS, „Overzicht van rechtspraak (1965-1973) Verbintenissen”, *T.P.R.* 1975, (439) p. 455, nr. 15; C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *Théorie générale des obligations. Les Nouvelles. Droit civil*, IV, Brussel, Bruylant, 1957, nr. 252 e.v., p. 106 e.v.; Y. SCHOENTJES-MERCHERS, o.c., *R.C.J.B.* 1971, (224) p. 227-228, nr. 7; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, „La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats”, *Ann. dr. Liège* 1980, (17) p. 40, nr. 20. Vroeger werd in België geoordeeld dat het aanbod herroepbaar was, zie b.v. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XV, Brussel, Bruylant, 1878, p. 538, nr. 466 en p. 546, nr. 476 (deze auteur was weliswaar reeds van oordeel dat een aanbod dat voorzien was van een termijn niet mocht worden ingetrokken (p. 546, nr. 476); Brussel 9 maart 1912, *Pand. pér.* 1913, p. 172, nr. 246 en *J.C.B.* 1912, 363; Rb. Brussel 30 juli 1913, *Pand. pér.* 1914, p. 245, nr. 353; Rb. Antwerpen 21 januari 1929, *Pas.* 1930, III, 170.

(52) § 145 BGB.

Europese rechtsstelsels(53), van het *CISG*(54) en van de *Unidroit Principles*(55), vertrekken van het principe dat het aanbod herroepbaar is. Op de principiële herroepbaarheid van het aanbod bestaan er evenwel drie belangrijke uitzonderingen. Artikel 2:202 (3) *PECL* bepaalt inderdaad dat de herroeping van een onherroepbaar aanbod geen uitwerking zal hebben indien het aanbod aangeeft dat het onherroepbaar is, indien het een bepaalde termijn voor aanvaarding bevat of indien het redelijk was voor de wederpartij om erop te vertrouwen dat het aanbod onherroepbaar was en zij in vertrouwen op het aanbod heeft gehandeld. Anders dan door het *CISG* en de *Unidroit Principles* wordt door de *PECL* aldus duidelijkheid geschapen omtrent de vraag of het bepalen van een aanvaardingstermijn leidt tot de onherroepbaarheid van het aanbod. Bij de opstelling van het *CISG* rees er namelijk een controverse tussen de *civil lawyers* die van oordeel waren dat een aanbod dat een termijn voor aanvaarding bepaalt, onherroepbaar is gedurende die termijn en de *common lawyers* die van oordeel waren dat een dergelijke termijn weliswaar een limiet instelt waarna het aanbod niet meer kan worden aanvaard, doch geen beletsel vormt voor een herroeping gedurende die termijn. De opstellers van het *CISG* opteeden voor een compromis: afgezien van de situatie waarin de wederpartij er redelijkerwijze op kon vertrouwen dat het aanbod onherroepbaar is en hij in vertrouwen op het aanbod heeft gehandeld, zal een aanbod onherroepbaar zijn indien het aanbod ofwel door het bepalen van een vaste termijn voor aanvaarding, ofwel op een andere manier aangeeft dat het onherroepbaar is. Dit compromis, dat werd overgenomen in de *Unidroit Principles*, maakt evenwel geen einde aan de controverse(56).

(53) Zie b.v. voor Nederland: A.S. HARTKAMP, *MR C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht*, II, *Algemene leer der Overeenkomsten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1997, p. 131, nr. 146; voor Engeland: P.S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 76; J. CHITTY en G.A. GUEST, *Chitty on Contracts*, I, *General Principles*, in *The Common Law Library*, Londen, Sweet and Maxwell, 1994, p. 126, nr. 2-059; G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, Londen, Sweet and Maxwell, 1995, 39.

(54) Artikel 16 (1) *CISG*.

(55) Artikel 2.4 *Unidroit Principles*.

(56) Zie hierover voor het *CISG*: U. MAGNUS en M. MARTINEK, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlijn, Sellier-de Gruyter, 1999, artikel 16 *CISG*, nr. 12; J. MEEUSEN, „Totstandkoming van de overeenkomst” in H. VAN HOUTTE, J. ERAUW en P. WAULETEL (eds.), *Het Weense Koopverdrag*, Antwerpen, Intersentia, 1997, (71) p. 79 e.v., nr. 3.22 e.v.; P. SCHLECHTRIEM, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford, Clarendon Press, 1998, artikel 16, nr. 9-11. Zie voor de *Unidroit Principles*: Toelichting bij artikel 2.4.

25. Een volgend punt dat de aandacht verdient, betreft het feit dat een te late aanvaarding onder de *PECL*(57), evenals onder de *Unidroit Principles*(58) en het *CISG*(59), soms toch een overeenkomst tot stand zal doen komen. Dit zal in principe het geval zijn indien de aanbieder de wederpartij onverwijld mededeelt dat hij de aanvaarding als een werkzame aanvaarding in aanmerking neemt. Wanneer uit een brief of uit een ander geschrift dat een te late aanvaarding bevat, blijkt dat deze werd verzonden onder zodanige omstandigheden dat deze de aanbieder bij een normale overbrenging tijdig zou hebben bereikt, dan geldt de te late aanvaarding als aanvaarding tenzij de aanbieder de wederpartij onverwijld mededeelt dat hij het aanbod als vervallen beschouwt. In het eerste geval zal de aanvaarding in België alleszins beschouwd worden als een nieuw aanbod(60). In het tweede geval is het verdedigbaar dat het Belgische recht via toepassing van het beginsel van de goede trouw een gelijkaardige oplossing bereikt als de *PECL*(61). Men kan inderdaad aannemen dat de goede trouw vereist dat de aanbieder die een te late aanvaarding ontvangt en uit het document dat die aanvaarding bevat, kan afleiden dat de verdraging te wijten is aan een stoornis in de overbrenging, de aanbieder onverwijld op de hoogte brengt indien hij het aanbod als vervallen beschouwt.

26. Vermeldenswaard is ook artikel 2:208 *PECL* inzake een gewijzigde aanvaarding. Volgens dit artikel is een antwoord van de bestemming dat aanvullingen of afwijkingen bevat die de bepalingen van het aanbod beduidend zouden wijzigen een verwerping en een tegenaanbod. Wanneer het antwoord echter een vaste instemming met het aanbod inhoudt, geldt het als een aanvaarding, zelfs indien het aanvullingen of afwijkingen inhoudt, althans indien deze de bepalingen van het aanbod niet beduidend wijzigen. De aanvullingen of afwijkingen zullen dan deel uitmaken van de overeenkomst. Een dergelijk antwoord zal echter toch gelden als een verwerping indien het aanbod de aanvaarding uitdrukkelijk beperkt tot de bepalingen van het aanbod of indien de aanbieder onverwijld bezwaar maakt tegen de

(57) Artikel 2:207 *PECL*.

(58) Artikel 2.9 *PECL*.

(59) Artikel 21 *CISG*.

(60) Noten bij artikel 2:207 *PECL*, nr. 1; M. VAN WIJCK-ALEXANDRE en A. MAHY-LECLERCO, „Le processus de la formation du contrat: aspects juridiques” in KONINKLIJKE FEDERATIE VAN BELGISCHE NOTARISSSEN (ed.), *Vastgoedbemiddeling: de inbreng van het notariaat*, Brussel, Bruylant, 1998, (103) p. 170, nr. 48.

(61) Cf. noten bij artikel 2:207 *PECL*, nr. 2.

aanvullingen of afwijkingen, of indien de wederpartij zijn aanvaarding afhankelijk maakt van de instemming van de aanbieder met de aanvullingen of afwijkingen, en deze instemming de wederpartij niet binnen een redelijke termijn bereikt.

Ook deze regel vertoont een zeer sterke gelijkenis met de regeling van het *CISG*(62), met die van de *Unidroit Principles*(63) en met die van het N.B.W.(64).

In België lijkt een gelijkaardige regel zeer wenselijk te zijn. Over de precieze stand van zaken in het huidige Belgische recht bestaat er thans geen volledige zekerheid. Vast staat wel dat een antwoord dat een wijziging bevat van de hoofdbestanddelen (essentiële en substantiële elementen(65)) van het aanbod, geldt als een verwerping en een nieuw aanbod(66). Uit de recentere Belgische rechtspraak en rechtsleer lijkt men verder te moeten afleiden dat een antwoord van de bestemming dat enkel aanvullingen of afwijkingen bevat met betrekking tot bijkomende elementen(67), geldt als aanvaarding en de overeenkomst tot stand brengt(68). Een meer traditionele strekking is van oordeel dat de aanvaarding volledig met het aanbod dient overeen te stemmen(69).

C. PRECONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

27. Volgens de rechtsstelsels van de Unie is een partij vrij om onderhandelingen aan te gaan, zelfs indien zij niet weet of zij uiteindelijk

(62) Artikel 19 *CISG*.

(63) Artikel 2.11 *Unidroit Principles*.

(64) Artikel 2:266 N.B.W.

(65) Zie hierover: J.L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Parijs, L.G.D.J., 1970, p. 264-272, nr. 288-295; L. CORNELIS, „Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten”, *T.B.H.* 1983, (6) p. 18-19, nr. 11.

(66) R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, „Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *T.P.R.* 1994, (171) p. 312, nr. 97.

(67) Wijzigingen met betrekking tot bijkomende elementen zullen zich slechts zeer uitzonderlijk voordoen. Uit het feit dat een bepaald element in het aanbod werd opgenomen zal meestal voortvloeien dat het als een essentieel of substantieel bestanddeel wordt beschouwd. Volgens de opvatting van sommige auteurs zal een aanbod zelfs geen bijkomende bestanddelen kunnen bevatten en zullen alle elementen die in het aanbod voorkomen ofwel essentieel ofwel substantieel zijn. Zie b.v. B. WYLLEMAN, „Kanttekeningen bij de leer van de bindende kracht van het aanbod”, *T.B.B.R.* 1994, (463) p. 478, nr. 28.

(68) R. KRUIHOF, „Overzicht van Rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen”, *T.P.R.* 1983, (495) p. 526-528, nr. 20; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, „Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *T.P.R.* 1994, (171) p. 312-314, nr. 97-98 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

(69) L. CORNELIS, *o.c.*, *T.B.H.* 1980, (6) p. 37, nr. 31. Zie ook H. DE PAGE, II, p. 488-489, nr. 496.

een overeenkomst zal sluiten. In beginsel kan een partij de onderhandelingen zelfs ongemotiveerd verbreken(70). Dit principe is ook neergelegd in artikel 2:301 (1) *PECL*(71). In de meeste rechtsstelsels wordt dit uitgangspunt echter ingeperkt in de zin dat een partij die tijdens de onderhandelingen handelt in strijd met de goede trouw en daarbij schade veroorzaakt aan de wederpartij, aansprakelijkheid oploopt(72). In de lijn hiervan bepaalt artikel 2:301 (2) *PECL* dat een partij die in strijd met de goede trouw (*good faith and fair dealing*) onderhandeld heeft, of de onderhandelingen heeft afgebroken, aansprakelijk is voor de schade die de andere partij dientengevolge lijdt. Artikel 2:301 (3) *PECL* preciseert verder dat in het bijzonder het beginnen of het voortzetten van onderhandelingen, zonder de bedoeling om daadwerkelijk met de wederpartij overeenstemming te bereiken, beschouwd moet worden als een inbreuk op de goede trouw. Tussen en in de verscheidene EU-rechtsstelsels bestaat er geen eensgezindheid omtrent de contractuele of buitencontractuele grondslag van de precontractuele aansprakelijkheid, noch omtrent de omvang van de schadevergoeding. In de toelichting bij de *PECL* wordt gepreciseerd dat de regeling van de *PECL* van toepassing is, indien de vordering ontstaat uit een contract, zelfs indien de vordering in bepaalde rechtsstelsels op een onrechtmatige daad zou worden gesteund (b.v. een aansprakelijkheid wegens *misrepresentation*)(73). Wat betreft de omvang van de schadevergoeding, stellen de toelichtingen bij de *PECL* dat deze zowel opgelopen onkosten kan omvatten, als gedaan werk en verlies bij transacties gedaan in vertrouwen op het verwachte contract. De benadeelde partij heeft echter geen recht om geplaatst te worden in de situatie waarin zij zich zou hebben bevonden bij de correcte uitvoering van de overeenkomst(74). De *PECL* voorziet m.a.w. in een vergoeding van het negatief belang, niet van het positief belang.

28. Tijdens de onderhandelingen wisselen de partijen veelal omvangrijke hoeveelheden informatie uit. Over het algemeen dienen de onderhandelende partijen deze informatie niet als vertrouwelijk te behandelen. Wanneer één van de onderhandelende partijen evenwel

(70) Zie noten bij artikel 2:301 *PECL*, nr. 1.

(71) „Partijen zijn vrij om te onderhandelen en zijn niet aansprakelijk voor het niet bereiken van overeenstemming”.

(72) Noten bij artikel 2:301 *PECL*, nr. 1.

(73) Zie de toelichting bij artikel 2:301 *PECL*, F en de toelichting bij artikel 1:101 *PECL*, E. Cf. *supra*, nr. 20.

(74) Toelichting bij artikel 2:301 *PECL*, G.

verklaart dat bepaalde informatie geheim moet worden gehouden, of indien de wederpartij (op basis van de aard van de informatie of de professionele status van de partijen) weet of dient te weten dat bepaalde informatie confidencieel is, dan rust op die partij de verplichting om de informatie geheim te houden en ze niet te gebruiken voor eigen doeleinden. Dit geldt ongeacht of het contract nadien wordt gesloten. Deze regel is neergelegd in artikel 2:302 *PECL*(75) en is in de meerderheid der tot de EU behorende rechtsstelsels erkend(76). Tussen de verschillende rechtsstelsels bestaat er evenwel geen eensgezindheid omtrent de omvang van de te vergoeden schade. Volgens artikel 2:302 *PECL* kan ingeval van schending van de geheimhoudingsplicht schadevergoeding worden toegekend voor het geleden verlies evenals afdracht van de winst die de wederpartij daardoor heeft genoten.

D. VERTEGENWOORDIGING

29. De regeling die de *PECL* geven van de vertegenwoordiging, betreft slechts de macht van een vertegenwoordiger of andere tussenpersoon om zijn principaal door middel van een overeenkomst jegens een derde te verbinden(77). Bovendien handelen de *PECL* niet over de vertegenwoordiging krachtens de wet of ingevolge aanstelling door een bestuurlijke of rechterlijke overheid(78). Tot slot beperken de *PECL* zich tot de externe aspecten van de vertegenwoordiging. De verhouding tussen de tussenpersoon en de principaal wordt dus niet behandeld(79).

30. In navolging van het traditionele continentale model maken de *PECL* een onderscheid tussen de onmiddellijke (*direct representation*) en de middellijke vertegenwoordiging (*indirect representation*)(80).

(75) „Wordt tijdens onderhandelingen door een partij vertrouwelijke informatie gegeven, dan heeft de wederpartij de verplichting deze informatie niet openbaar te maken of voor eigen doeleinden te gebruiken, ongeacht of er vervolgens al dan niet een overeenkomst wordt gesloten. Bij overtreding van deze verplichting kan schadevergoeding worden toegekend voor het geleden verlies en afdracht van de winst die de wederpartij daardoor heeft genoten”.

(76) Zie b.v. voor België: W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, I, *Verbintenissen uit meezijdige en eenzijdige rechtshandelingen*, Leuven, Acco, 2000, 97; voor Denemarken: O. LANDO, „Denmark” in E.H. HONDIUS (ed.), *Precontractual Liability. Reports to the XIIIth Congress, International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, (111) 120.

(77) Artikel 3:101 (1) *PECL*.

(78) Zie artikel 3:101 (2) *PECL*.

(79) Artikel 3:101 (3) *PECL*.

(80) Artikel 3:102 *PECL*. Zie ook: D. BUSCH en E.H. HONDIUS, *o.c.*, *NJB* 2000, (837) 841.

Wanneer een vertegenwoordiger handelt in naam van de principaal dan zijn de regels inzake de onmiddellijke vertegenwoordiging van toepassing. Het is daarbij irrelevant of de naam van de principaal wordt genoemd op het moment waarop de vertegenwoordiger handelt, dan wel of deze nader te noemen is(81).

Wanneer een vertegenwoordiger handelt in opdracht en voor rekening, doch niet in naam van een principaal, of wanneer de derde noch weet, noch reden heeft om te weten dat de tussenpersoon als een vertegenwoordiger handelt, dan zijn de regels inzake de middellijke vertegenwoordiging van toepassing(82).

In de *common law*-landen is dit onderscheid echter niet bekend. Aldaar maakt men een onderscheid tussen *disclosed* en *undisclosed agency*(83). Er is sprake van *disclosed agency* wanneer de vertegenwoordiger tijdens de onderhandelingen bekend maakt dat hij optreedt als vertegenwoordiger van een ander, van *undisclosed agency* wanneer de vertegenwoordiger zulks niet bekend maakt en de derde aanneemt, of op grond van de omstandigheden kan aannemen dat de vertegenwoordiger voor eigen rekening optreedt(84).

1. Onmiddellijke vertegenwoordiging

31. Wat de onmiddellijke vertegenwoordiging betreft, nemen de *PECL* in navolging van het merendeel der EU-rechtsstelsels(85) aan dat de vertegenwoordigingsmacht (volmacht) uitdrukkelijk of impliciet kan worden toegekend(86). Wat betreft de omvang van de volmacht stellen de *PECL* dat deze zich uitstrekt tot alle handelingen die

(81) Artikel 3:102 (1) *PECL*.

(82) Artikel 3:102 (2) *PECL*.

(83) Over de aanvaardbaarheid van de regeling van de *PECL* inzake middellijke vertegenwoordiging in Engeland, zie D. BUSCH, „Indirect Representation and the Lando Principles”, vol 2.3 *Electronic Journal of Comparative Law* (December 1998), <http://law.kub.nl/ejcl/23/art23-1.html>; D. BUSCH, „Indirect Representation and the Lando Principles. An Analysis of Some Problem Areas From the Perspective of English Law”, *ERPL* 1999, 319-348.

(84) H. KÖTZ en A. FLESSNER, *European Contract Law*, I, *Formation, Validity, and Content of Contracts; Contracts and Third Parties*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 238.

(85) Zie b.v. Nederland: artikel 3:61 (1) N.B.W.; Spanje: artikel 1710 (1) C.C.; België en Frankrijk: artikel 1985 B.W. Wat het Belgische en Franse recht betreft, dient de aandacht te worden gevestigd op een terminologische kwestie. In België en Frankrijk verstaat men onder een „uitdrukkelijk mandaat” immers niet een mandaat dat uitdrukkelijk werd verleend, in tegenstelling tot een stilzwijgend verleend mandaat, doch een mandaat waarbij de bevoegdheden van de mandant in het bijzonder ten aanzien van beschikkingshandelingen precies zijn vastgelegd, in tegenstelling tot een in algemene bewoordingen geformuleerd mandaat. Zie P. WÉRY, *Droit des Contrats, Le mandat*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2000, p. 90 e.v., nr. 29 e.v., i.h.b. p. 92, nr. 30. De opstellers van de noten bij artikel 3:201 *PECL* lijken zich op dit punt enigszins te hebben laten misleiden.

(86) Artikel 3:201 (1) *PECL*.

in de gegeven omstandigheden vereist zijn om de opdracht te vervullen waartoe ze is verleend(87). In de toelichtingen bij de *PECL* wordt erkend dat dit slechts een zeer algemene richtlijn is. In een meer complexe situatie is het raadzaam om de draagwijdte van de vertegenwoordigingsbevoegdheid te specificeren in een geschreven document(88). De *PECL* erkennen bovendien uitdrukkelijk de mogelijkheid van schijnvertegenwoordiging(89).

32. In navolging van een principe dat in de EU-rechtsstelsels ver is verspreid(90), ontstaat volgens artikel 3:202 *PECL* een rechtstreekse band tussen de principaal en de derde, wanneer de vertegenwoordiger optreedt binnen zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid. De vertegenwoordiger is niet gebonden jegens de derde. Wanneer een vertegenwoordiger een overeenkomst sluit in naam van een principaal, wiens naam later te noemen is en hij deze naam niet noemt binnen een redelijke termijn na een daartoe strekkend verzoek van de derde, dan is hij zelf verbonden door de overeenkomst. Deze regel is in overeenstemming met het recht van een groot aantal EU-lidstaten. Zo bevatten het Italiaanse en het Nederlandse B.W. regels(91) die vergelijkbaar zijn met artikel 3:203 *PECL*. In Frankrijk, België en Luxemburg is de regel erkend zonder wettelijke grondslag. In het Italiaanse en het Portugese recht wordt het probleem van de *unidentified principal* niet geregeld door de regels inzake de vertegenwoordiging. De bijzondere bepalingen van de beide rechtsstelsels met betrekking tot het „*contract for a person to be nominated*” leiden in de praktijk echter tot gelijkaardige resultaten als artikel 3:203 *PECL* op voorwaarde dat de derde op een behoorlijke wijze is genoemd(92). In andere rechtsstelsels, zoals Duitsland, is de vertegenwoordiger die er niet in slaagt om de naam van de principaal te noemen, niet noodzakelijk persoonlijk gebonden. In Duitsland wordt de vertegenwoordiger in dat geval behandeld alsof hij handelde zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid(93). In het Engelse recht kan een vertegenwoordiger persoonlijk aansprakelijkheid oplopen wanneer de principaal niet is aange-

(87) Artikel 3:201 (2) *PECL*.

(88) Toelichting bij artikel 3:201 *PECL*, C.

(89) Artikel 3:201 (3) *PECL*.

(90) Zie b.v. België, Frankrijk, Luxemburg: artikel 1998 lid 1 B.W.; Nederland: artikel 3:66 (1) N.B.W.; Duitsland: § 164 (1) BGB.

(91) Artikel 1405 C.C. en artikel 3:67 (2) N.B.W.

(92) Artikel 1404 Italiaans C.C. en artikel 455 Portugees C.C.

(93) BGH 20 maart 1995, *NJW* 1995, (1739) 1742.

duid(94). De vertegenwoordiger zal echter niet persoonlijk aansprakelijk zijn, wanneer de derde het bewijs niet levert van de contractuele bedoeling dat de derde aansprakelijkheid zou dienen op te lopen(95).

33. De *PECL* bevatten voorts een regeling van de situatie waarin de vertegenwoordiger optreedt zonder of buiten zijn vertegenwoordigingsmacht. In dit geval zullen zijn handelingen niet verbindend zijn voor de principaal en de derde(96). Dit is anders indien de principaal de onbevoegd gestelde handelingen bekrachtigt. Vanaf de bekrachtiging worden de handelingen van de vertegenwoordiger beschouwd als handelingen waartoe de vertegenwoordiger bevoegd was, voor zover de rechten van derden hierdoor niet worden geschaad(97).

Bij gebrek aan bekrachtiging door de principaal is de vertegenwoordiger verplicht om de derde de schadevergoeding te betalen die hem brengt in de toestand waarin deze zou hebben verkeerd indien de vertegenwoordiger binnen de grenzen van een volmacht zou hebben gehandeld, d.i. een vergoeding voor het positief belang. Dit geldt echter niet wanneer de derde op de hoogte was van het ontbreken van een volmacht of hij er niet onkundig van kon zijn(98). Deze regeling sluit nauw aan bij het recht van de verschillende lidstaten van de EU en bij de Geneefse conventie over de vertegenwoordiging (*Convention on Agency in the International Sale of Goods*, Genève, 17 februari 1983)(99).

34. Waardevol is de algemene regeling van de *PECL* inzake belangenconflicten. Volgens artikel 3:205 (1) *PECL* kan de vertegenwoordigde, indien een door een vertegenwoordiger gesloten overeenkomst deze in een belangenconflict verweekelt dat de derde kende of waarvan hij niet onkundig kon zijn, de overeenkomst vernietigen overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 4:112 tot 4:116 *PECL*.

(94) *The Virgo* [1976] 2 *Lloyd's Rep.* 135, C.A.

(95) *The Santa Carina* [1977] 1 *Lloyd's Rep.* 478, C.A.

(96) Artikel 3:204 (1) *PECL*.

(97) Artikel 3:207 *PECL*.

(98) Artikel 3:204 *PECL*.

(99) Zie de noten bij de artikelen 3:204 en 3:207 *PECL*. Opgemerkt dient wel te worden dat de *undisclosed principal* volgens de Engelse *common law* niet beschikt over de bevoegdheid tot ratificatie (*Keighley Maxsted & Co v Durant* [1901] A.C. 240, H.L.). Er werd tevens geoordeeld dat de principaal die niet identificeerbaar was op het ogenblik van het sluiten van het betreffende contract met de derde, evenmin bevoegd is tot ratificatie. Hierover bestaat echter twijfel. Zie *Southern Water Authority v. Carey* [1985] 2 All E.R. 1077, Q.B.D.; J. CHITTY en G.A. GUEST, *Chitty on Contracts*, II, *Specific Contracts*, in *The Common Law Library*, Londen, Sweet and Maxwell, 1994, p. 16-17, nr. 31-026; G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, Londen, Sweet and Maxwell, 1995, 640-641.

Volgens de *PECL* wordt een belangenconflict vermoed wanneer de vertegenwoordiger eveneens optrad als vertegenwoordiger voor de derde of wanneer hij de overeenkomst met zichzelf voor eigen rekening heeft gesloten(100). Dit vermoeden is echter weerlegbaar(101). Bovendien kan de principaal de overeenkomst niet vernietigen indien hij heeft toegestemd in het optreden van de vertegenwoordiger of hij er niet onkundig van kon zijn of wanneer de vertegenwoordiger hem het belangenconflict heeft geopenbaard en hij er niet binnen een redelijke termijn bezwaar tegen heeft gemaakt(102). Een gelijkaardige algemene bepaling betreffende belangenconflicten is slechts in een beperkt aantal EU-lidstaten, zoals b.v. Italië(103), aanwezig. In de Geneefse conventie over de vertegenwoordiging is helemaal geen bepaling inzake belangenconflicten opgenomen. Volgens de noten bij *PECL* lijkt ook de Engelse *common law* geen regeling te kennen inzake belangenconflicten. Een contract dat gesloten is in een situatie van conflicterende belangen, waarvan de derde kennis had, zou daarom niet vernietigbaar zijn. Wel zou er enige Engelse autoriteit bestaan die de vernietiging van het contract toelaat in het meer extreme geval waar de derde de vertegenwoordiger omkoopt(104). Desalniettemin blijkt men in Engeland aan te nemen dat op de vertegenwoordiger een geheel van *equitable* of *fiduciary duties* rust die samengevat kunnen worden onder het algemene principe dat de vertegenwoordiger zijn persoonlijke belangen niet mag laten conflicteren met zijn verbintenissen jegens zijn principaal, alleszins niet zonder de principaal volledig in te lichten omtrent de situatie. Dit algemene principe uit zich onder meer in een verplichting voor de vertegenwoordiger om de principaal volledig in te lichten wanneer hij enig persoonlijk belang heeft bij de transactie, wanneer hij zelf optreedt als wederpartij of wanneer hij optreedt als vertegenwoordiger van de wederpartij(105). Omtrent de sancties ingeval van inbreuk op fiduciaire verplichtingen bestaat er geen zekerheid. Zij variëren naargelang van de aard van de relatie, de aard van de schending en de feiten van de zaak(106). Tot de mogelijke acties behoren de nietigverklaring van de handeling op

(100) Artikel 3:205 (2) *PECL*.

(101) Toelichting bij artikel 3:205 *PECL*, C.

(102) Artikel 3:205 *PECL*.

(103) Artikel 1394 C.C.

(104) *Panama & South Pacific Telegraph Co. v. India Rubber, Gutta Percha & Telegraph Works Co.* (1875) L.R. 10 Ch.App. 515.

(105) G.H.L. FRIDMAN, *The Law of Agency*, Londen, Butterworths, 1996, 174 e.v.; F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead on Agency*, Londen, Sweet and Maxwell, 1985, 159 e.v.

(106) F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead on Agency*, in *The Common Law Library*, Londen, Sweet and Maxwell, 1985, 160.

verzoek van de principaal en de vordering door de principaal van de voordelen die de vertegenwoordiger uit de transactie heeft gehaald(107).

Andere EU-lidstaten kennen enkel een regeling volgens dewelke contracten die de vertegenwoordiger sluit met zichzelf ongeldig(108) of vernietigbaar(109) zijn. Het Franse, Belgische en Luxemburgse Burgerlijke Wetboek bevat enkel een regeling met betrekking tot belangenconflicten bij openbare verkoop. Hun respectievelijk artikel 1596 verbiedt de lasthebber op straffe van nietigheid bij een openbare verkoop de goederen te kopen met de verkoop waarvan hij is belast. Deze bepaling wordt echter geacht een algemeen principe uit te drukken(110). In bepaalde rechtssystemen is de transactie die een vertegenwoordiger afsluit met zichzelf, geldig indien er *de facto* geen belangenconflict kan zijn(111). In andere rechtssystemen zijn contracten die de vertegenwoordiger afsluit met zichzelf, nietig, ongeacht of er *de facto* een belangenconflict aanwezig is(112). Wel wordt in de meeste landen aangenomen dat de toestemming van de principaal het contract geldig maakt(113).

35. Van belang is ook de regeling die de *PECL* kennen inzake de indeplaatsstelling van vertegenwoordiger (*subagency*). Indeplaatsstelling van vertegenwoordiger in de zin van de *PECL* heeft tot gevolg dat

(107) G.H.L. FRIDMAN, *The Law of Agency*, Londen, Butterworths, 1996, 175. Zie ook F.M.B. REYNOLDS, *o.c.*, 160 en 170-171.

(108) Nederland: artikel 3:68 N.B.W. In Duitsland bepaalt § 181 BGB weliswaar dat de vertegenwoordiger niet als wederpartij kan optreden, maar wordt aangenomen dat de rechtshandeling indien ze toch wordt gesteld, niet „nichtig”, maar „*schwebend unwirksam*” is; dit wil zeggen dat ze geldig wordt zodra ze door de achterman wordt bekrachtigd, zie *Münch. Komm.* (SCHRAMM), § 181 BGB, nr. 37.

(109) Zie b.v. Italië: artikel 1395 C.C.

(110) België: B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, Deurne, Story-Scientia, 1997, p. 54 e.v., nr. 91 e.v.; P. WÉRY, *o.c.*, nr. 105, p. 154-156. Frankrijk: Ph. MALAURIE en L. AYNÈS, *Cours de Droit civil. Les contrats spéciaux. Civils et commerciaux*, Parijs, Cujas, 1995, p. 316, nr. 566.

(111) Zie b.v. Italië: artikel 1395 C.C. Zie ook Nederland: artikel 3:68 N.B.W.

(112) Zie § 181 BGB. In feite dient de in de hoofdtekst gegeven regel te worden genuanceerd in de zin dat de transactie ongeldig is ongeacht of er in het concrete geval een belangenvermenging is, doch dat de transactie wel geldig zou zijn indien er in het algemeen geen gevaar voor belangenvermenging zou bestaan omdat de transactie de vertegenwoordigde uitsluitend een juridisch voordeel oplevert. In het laatst genoemde geval wordt het gerechtvaardigd geacht § 181 BGB bij wijze van „teleologische reductie” niet toe te passen. Zie K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1989, § 30-II, p. 596 e.v. Het stellen van een rechtshandeling met zichzelf (in eigen naam of als vertegenwoordiger van een derde) als wederpartij, *Insichgeschäft* genoemd, is alleszins toegelaten wanneer de rechtshandeling uitsluitend in de uitvoering van een verbintenis bestaat, zie § 181 BGB en K. LARENZ, *o.c.*, § 30-II, p. 595. De toelating tot een *Insichgeschäft* kan ook voortvloeien uit wettelijke bepalingen, zie K. LARENZ, *o.c.*, § 30-II, p. 595 e.v.

(113) Noten bij artikel 3:205 *PECL*, nr. 5. Zie ook: Duitsland: § 181 BGB; Nederland: artikel 3:68 N.B.W.

er een rechtstreekse band ontstaat tussen de principaal en de derde. De vertegenwoordiger laat zich dus als het ware vervangen, de ondervertegenwoordiger vertegenwoordigt de principaal, niet de vertegenwoordiger. In de meeste EU-lidstaten is deze indeplaatsstelling slechts in bepaalde gevallen toegelaten(114). Volgens artikel 3:206 *PECL* heeft een vertegenwoordiger impliciet de bevoegdheid om een ander aan te stellen om taken te vervullen die niet van persoonlijke aard zijn en waarvan het niet redelijk is te verwachten dat de vertegenwoordiger ze zelf zou uitvoeren. De indeplaatsstelling wordt geregeld door de bepalingen van de afdeling van de *PECL* betreffende de vertegenwoordiging.

36. De *PECL* bevatten voorts nog een opmerkelijke bepaling die betrekking heeft op de situatie waarin de verklaringen of de gedraging van de principaal de derde reden gaven om aan te nemen dat voor een handeling volmacht is verleend, maar de derde niettemin twijfelt aan de volmachtverlening. In dit geval verlenen de *PECL* de derde de mogelijkheid om de principaal te dwingen om hieromtrent klaarheid te scheppen. Hiertoe kan de derde de principaal een geschreven bevestiging sturen of hem om bekrachtiging verzoeken. Indien de principaal niet onverwijld bezwaar maakt of het verzoek beantwoordt, dan geldt de handeling als was er volmacht voor verleend(115).

Deze regel wijkt af van het recht van de meeste lidstaten. Bepaalde Europese burgerlijke wetboeken stellen de derde weliswaar in staat om de principaal te vragen de volmacht van de vertegenwoordiger te bevestigen(116). Een met artikel 3:208 *PECL* vergelijkbare regel volgens dewelke het stilzwijgen van de principaal op het verzoek van de derde geldt als een bekrachtiging van de handeling van de derde, komt echter slechts zelden voor. Couranter is de regel volgens dewelke het stilzwijgen van de principaal op het verzoek tot bekrachtiging geldt als het ontkennen van de bekrachtiging(117). Enkel in Portugal is er een bijzondere bepaling voor handelsagenten die vergelijkbaar is met artikel 3:208 *PECL*. Wanneer een principaal volledige kennis heeft van het onbevoegd gesloten contract van de

(114) Zie b.v. Nederland: artikel 3:64 N.B.W.; Oostenrijk: § 1010 ABGB. In België bestaat er omtrent de toelaatbaarheid van ondervertegenwoordiging in afwezigheid van een uitdrukkelijke toelating vanwege de principaal geen eensgezindheid, zie P. WÉRY, *Droit des contrats, Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, p. 182 e.v., nr. 132.

(115) Artikel 3:208 *PECL*.

(116) Zie b.v. Duitsland: § 177 (2) BGB; Nederland: artikel 3:69 (4) N.B.W.; Italië: artikel 1399 (4) C.C.

(117) Zie b.v. Duitsland: § 177 (2) BGB; Italië: artikel 1399 (4) C.C.

vertegenwoordiger, maar hij de derde niet binnen de vijf dagen na het verkrijgen van die kennis op de hoogte brengt van het feit dat hij het er niet mee eens is, dan wordt hij geacht het contract te hebben bekrachtigd(118).

2. Middellijke vertegenwoordiging

37. De regeling die de *PECL* geven van de middellijke vertegenwoordiging is veel beperkter dan deze van de onmiddellijke vertegenwoordiging(119).

Anders dan bij de onmiddellijke vertegenwoordiging doet de middellijke vertegenwoordiging een rechtsband ontstaan tussen de tussenpersoon en de derde. Zoals reeds werd aangegeven, is er sprake van middellijke vertegenwoordiging wanneer de tussenpersoon handelt in opdracht en voor rekening, maar niet in naam van een principaal, of in opdracht van een principaal, maar zonder dat de derde dit weet noch reden heeft om dit te weten. Onder de voorwaarden bepaald in de artikelen 3:302 tot 3:304 *PECL* ontstaat er echter ook in deze gevallen van middellijke vertegenwoordiging een rechtsband tussen de principaal en de derde. De hier bedoelde rechtsband is een obligatoire rechtsband. Over het al dan niet bestaan van een rechtstreekse verhouding op zakenrechtelijk vlak (meer bepaald over de vraag naar de eigendom van de eventueel verhandelde goederen) doen de *PECL* geen uitspraak.

De artikelen 3:302 en 3:303 *PECL* beschrijven de voorwaarden voor het ontstaan van een rechtstreekse band tussen de principaal en de

(118) Décret-Loi nr. 178-86 van 3 juli 1986, gewijzigd door Décret-Loi nr. 118/93 van 13 april 1993, artikel 22, geciteerd door de noot bij artikel 3:208 *PECL*. In België zou men zich kunnen afvragen of in zo een geval de toepassingsvoorwaarden inzake schijnvertegenwoordiging niet zijn vervuld. Deze toepassingsvoorwaarden zijn: (1) de verwekking van een schijntoestand (nl. de schijn van bevoegdheid) door de schijnvertegenwoordiger; (2) het rechtmatig geloof van de derde; (3) een voortbouwen op het rechtmatige geloof door de derde, met als gevolg een verlies of een gemiste kans; (4) de toerekenbaarheid van de schijn aan de schijnlastgever. In deze zin S. STIJNS en I. CLAEYS, „Het algemeen regime van de verbintenissen” in S. STIJNS en H. VANDENBERGHE (eds.), *Themis. Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2001-2002, p. 18, nr. 24. *In casu* zou men inderdaad kunnen aannemen dat de „vertegenwoordigde” door zijn stilzwijgen de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft gewekt. Het is echter zeer de vraag of in een dergelijk geval sprake zou kunnen zijn van een *rechtmatig* geloof waarop de derde zou kunnen voortbouwen, waardoor hij een verlies zou leiden of een kans zou missen.

(119) Over de regeling van de *PECL* inzake middellijke vertegenwoordiging, zie D. BUSCH, *Middellijke vertegenwoordiging in het Europese contractenrecht. Een evaluatie van de artikelen 3:301-304 van de „Principles of European Contract Law” inzake enkele contractuele aspecten van de middellijke vertegenwoordiging tegen de achtergrond van Nederlands, Duits en Engels recht en het UNIDROIT Agency Verdrag*, (diss. Utrecht), Deventer, Kluwer, verschijnt medio 2002.

derde. Artikel 3:302 *PECL* beschrijft de voorwaarden voor het geval waarin de tussenpersoon een prestatie verschuldigd is aan de principaal, artikel 3:303 *PECL* beschrijft de voorwaarden voor het geval waarin de tussenpersoon een prestatie verschuldigd is aan de derde. De toepassingsvoorwaarden van de artikelen 3:302 en 3:303 *PECL* zijn op een gelijkaardige manier geformuleerd door de openende woorden van de beide artikelen. De artikelen zijn van toepassing wanneer de tussenpersoon insolvent geworden is, wanneer de tussenpersoon een wezenlijke tekortkoming begaat jegens de principaal respectievelijk de derde, of wanneer vóór de dag waarop nakoming verschuldigd is, vast staat dat de tussenpersoon wezenlijk tekort zal schieten. In deze gevallen voorzien de artikelen 3:302 en 3:303 *PECL* twee gevolgen. In de eerste plaats dient de tussenpersoon de naam en het adres van de derde respectievelijk de principaal mede te delen aan de principaal respectievelijk de derde, wanneer deze hierom verzoekt. In de tweede plaats kan de principaal jegens de derde de rechten uitoefenen die voor zijn rekening door de tussenpersoon zijn verkregen, onverminderd de verweermiddelen die de derde kan tegenwerpen aan de tussenpersoon en kan de derde jegens de opdrachtgever de rechten uitoefenen die hij jegens de tussenpersoon heeft, onverminderd de verweermiddelen die de tussenpersoon kan tegenwerpen aan de derde en de verweermiddelen die de opdrachtgever kan tegenwerpen aan de tussenpersoon. De door de artikelen 3:302 en 3:303 *PECL* bedoelde rechten kunnen enkel worden uitgeoefend nadat de bedoeling om deze rechten uit te oefenen ter kennis werd gebracht van de tussenpersoon en de derde respectievelijk de principaal. Vanaf de ontvangst van deze kennisgeving is de derde respectievelijk de opdrachtgever niet langer gerechtigd om te presteren jegens de tussenpersoon(120).

38. De regeling van de *PECL* inzake middellijke vertegenwoordiging sluit aan bij het recht van de lidstaten in de mate waarin ze een rechtsband doet ontstaan tussen de vertegenwoordiger en de derde. Wat betreft de vraag of en onder welke voorwaarden bij middellijke vertegenwoordiging een rechtsband ontstaat tussen de principaal en de derde, bestaat er tussen de verscheidene rechtsstelsels geen eensgezindheid. Volgens de *undisclosed principal*-doctrine van de *common law* kan de principaal de derde aanspreken op grond van een contract dat door een vertegenwoordiger voor zijn rekening werd gesloten, wanneer de vertegenwoordiger binnen het domein van zijn bevoegd-

(120) Artikel 3:304 *PECL*.

heid handelde(121). Ook de derde kan een vordering instellen jegens de *undisclosed principal*. De *common law* bevat geen verdere voorwaarden voor de rechtstreekse band tussen de *undisclosed principal* en de derde(122). In de meeste continentale landen erkent men echter slechts in een aantal bijzondere situaties het bestaan van een rechtstreekse band tussen de principaal en de derde. Zo laat het Belgische recht een rechtstreekse vordering van de principaal op de derde toe indien artikel 103 Faillissementswet van toepassing is. Dit artikel biedt de principaal de mogelijkheid om de nog niet betaalde prijs te vorderen vanwege de koper-derde voor goederen die voor zijn rekening werden verkocht door een nadien failliet verklaarde commissienair(123). Zelfs in dit geval betreft de rechtstreekse band overigens enkel het eigendomsrecht op de prijsvordering. Enkel Nederland kent een geheel van met de *PECL* vergelijkbare voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voor de rechtstreekse band tussen de derde en de principaal(124).

E. INTERPRETATIE

39. Om de precieze inhoud van een contract te bepalen, moet het veelal worden geïnterpreteerd. Dit geldt in het bijzonder wanneer het contract een clause bevat die een vage inhoud heeft, wanneer het contradictoire clauses bevat, of wanneer het een clause bevat die niet meer duidelijk is in het licht van het volledige contract. Wanneer

(121) *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co. Ltd.* [1994] 2 W.L.R. 370, 376 (P.C.).

(122) Noten bij artikel 3:301 *PECL*.

(123) Zie over artikel 103 Faillissementswet en de verhouding van dit artikel tot artikel 3:302 *PECL*: M.E. STORME, „Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *T.P.R.* 1998, (703) p. 774, nr. 113 e.v. e.v. Vgl. art. 10 lid 5 K.B. nr. 62, 10 november 1967, zoals gewijzigd bij Wet van 7 april 1995. Bovendien aanvaardt de rechtsleer ingeval er geen opdracht van verkoop maar van aankoop van goederen was, zonder wettelijke basis, dat de goederen die reeds door de tussenpersoon in eigen naam maar voor rekening van de principaal werden aangekocht en die reeds aan de tussenpersoon werden geleverd, alleszins wanneer zij zijn geïndividualiseerd, door de principaal uit de failliete boedel van de tussenpersoon kunnen worden genomen. Soms wordt zelfs aangenomen dat die goederen tegen de verkoper die ze nog in zijn bezit heeft, door de principaal kunnen worden gerevindiceerd. In deze gevallen bestaat er echter geen rechtstreekse band op verbintenisrechtelijk vlak, doch enkel op zakenrechtelijk vlak. Zie hierover W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 489, nr. 150. Verder laat het Belgische recht ook de zijdelingse vordering toe (artikel 1166 B.W.). Dit artikel biedt de schuldeisers de mogelijkheid om bij het stilzitten van hun schuldenaar alle rechten en vorderingen van hun schuldenaar uit te oefenen. In dit geval zal het voordeel van de vordering echter niet in het vermogen vallen van de optredende schuldeiser, doch in het vermogen van de stilzittende schuldenaar. Zie noten bij artikel 3:302 *PECL*, nr. 4.

Tot slot kent het Belgische recht de mogelijkheid dat de tussenpersoon zijn vordering overdraagt aan de principaal, eventueel aan de derde.

(124) Zie artikel 7:420-7:421 N.B.W.

een contract lacunes bevat die ingevuld moeten worden, dan wordt dit soms aangeduid als completerende interpretatie (*ergänzende Auslegung*). De *PECL* doen in dit verband een beroep op *implied obligations*, zoals die b.v. blijken uit artikel 6:102 *PECL*.

In navolging van het recht van de meerderheid der lidstaten van de EU(125), vertrekt artikel 5:101 (1) *PECL* van het principe dat bij de interpretatie moet worden gezocht naar de (werkelijke) gemeenschappelijke wil van de partijen, zelfs indien deze afwijkt van de letterlijke betekenis van de woorden. Artikel 5:101 (2) nuanceert dit zoeken naar de werkelijke wil van de partijen in de zin dat, ingeval is aangetoond dat de ene partij de overeenkomst op een bepaalde manier begreep en de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst niet onkundig kon zijn van de wil van de eerste partij, de overeenkomst moet worden geïnterpreteerd zoals begrepen door de eerste partij. Wanneer de wil niet kan worden aangetoond volgens de reeds genoemde regels, dan dient men volgens artikel 5:101 (3) *PECL* de overeenkomst te interpreteren volgens de betekenis die redelijke personen van dezelfde hoedanigheid als de partijen daaraan in dezelfde omstandigheden zouden geven. Een niet-exhaustieve lijst van omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de interpretatie is opgenomen in artikel 5:102 *PECL*.

Op het eerste gezicht lijken de interpretatieregels van de *PECL* blijk te geven van een principiële keuze voor het opsporen van de werkelijke wil van de partijen en slechts een secundaire plaats in te ruimen voor de objectieve interpretatie waarbij een uitwendig standpunt wordt ingenomen en een beroep wordt gedaan op criteria als redelijkheid en goede trouw. Uit de toelichting bij artikel 5:101 *PECL* blijkt echter

(125) Zie artikel 1156 Belgisch, Frans en Luxemburgs B.W. Zie ook: Duitsland: § 133 BGB; Italië: artikel 1362 C.C. In Engeland vertrekt men van het beginsel dat „*One must consider the meaning of the words used, not what one may guess to be the intention of the parties*”, zie *Smith v. Lucas* (1881) 18 Ch. D. 531. Desalniettemin wordt er rekening mee gehouden dat het contract niet in een vacuüm is gesloten en wordt de bevoegdheid erkend van de rechtbank om een onduidelijkheid uit te klaren door rekening te houden met het commercieel doel en met de feitelijke achtergrond waartegen het is gesloten, zie J. CHITTY en A.G. GUEST, *Chitty on Contracts*, in *The Common Law Library*, I, *General Principles*, Londen, Sweet and Maxwell, 1994, p. 580, nr. 12-040. Vrij recent werd overigens geoordeeld dat „*in construing contractual documents, the aim (is) to find the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge reasonably available to the parties, including anything which would have affected the way a reasonable man would have understood it, but excluding previous negotiations and declarations of subjective intent; that the meaning a document would convey to a reasonable man was what the parties using its words against the relevant background would reasonably have been supposed to mean and included the possibility of ambiguity and even misuse of words or syntax; that the court was not obliged to ascribe to the parties an intention which plainly they could not have had and in choosing between competing unnatural meanings was entitled to decide that the parties must have made mistakes of meaning or syntax*”. (*Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society* [1998] 1 W.L.R. 896 (H.L.)).

dat de rechter een gulden middenweg dient te bewandelen tussen de subjectieve en de objectieve uitleggingsmethode. Hij dient niet te proberen om de wil van de partijen kost wat kost te achterhalen en aldus op een arbitraire wijze te beslissen wat deze wil was. Wanneer de gemeenschappelijke wil niet kan worden blootgelegd, dient de rechter een beroep te doen op de objectieve uitleggingsmethode. De objectieve uitleggingsmethode staat de rechter echter niet toe om onder het mom van uitlegging het contract ter zijde te stellen, en in te gaan tegen de ondubbelzinnige wil van de partijen(126). Bepaalde auteurs zijn echter van oordeel dat het niet ondenkbaar is dat in internationale gevallen sneller naar de objectieve interpretatiemethode gegrepen wordt(127). Als contractspartijen uit verschillende rechtsculturen komen, zou de kans immers groter zijn dat ten aanzien van niet *expressis verbis* geregelde punten geen gemeenschappelijke bedoeling kan worden vastgesteld omdat ieder zijn eigen invulling eraan heeft gegeven(128).

40. Vervolgens geven de *PECL* een aantal regels die voornamelijk betrekking hebben op de interpretatie van algemene voorwaarden, meer bepaald op voorwaarden waaromtrent tussen partijen geen afzonderlijke onderhandelingen zijn gevoerd. Wanneer er twijfel bestaat omtrent de betekenis van een dergelijke bepaling, dan dient zij volgens artikel 5:103 *PECL*, bij voorkeur geïnterpreteerd te worden in het nadeel van de partij die deze heeft aangebracht. De regel speelt niet enkel tegen degene die de bepaling zelf heeft opgesteld, maar ook tegen degene die vooraf opgestelde clausules gebruikt(129). Bepalingen waarover afzonderlijk onderhandeld is, primeren op niet afzonderlijk onderhandelde bepalingen(130).

Deze regels stemmen overeen met hetgeen, hetzij op basis van wetgeving, hetzij op basis van rechtspraak, vrij algemeen gangbaar is in de verschillende EU-lidstaten.

(126) Toelichting bij artikel 5:101 *PECL*, D.

(127) W. SNIJDERS, „Boekbespreking M.W. Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, Deventer, Kluwer, 1999”, *WPNR* 1999, (792) 796; M.H. WISSINK, „Contracten uitleggen; een verkenning van hoofdstuk 5 van de Principles of European Contract law”, *N.T.B.R.* 2000, (465) 466.

(128) M.H. WISSINK, „Contracten uitleggen; een verkenning van hoofdstuk 5 van de Principles of European Contract law”, *N.T.B.R.* 2000, (465) 466.

(129) Toelichting bij artikel 5:103 *PECL*.

(130) Artikel 5:104 *PECL*.

41. Verder bepalen de *PECL* dat contractuele clausules geïnterpreteerd dienen te worden met inachtneming van de gehele overeenkomst waarin ze voorkomen(131) en dat bepalingen bij voorkeur dienen te worden uitgelegd in een zin waarin zij wettig zijn of gevolg hebben, eerder dan in een zin waarin dit niet zo is(132). Ook deze regels zijn vrij algemeen aanvaard in de verscheidene landen van de EU(133).

42. Meer innovatief is de laatste interpretatieregel van de *PECL*, nl. de regel van artikel 5:107 *PECL*. Deze regel heeft betrekking op de situatie waarin een overeenkomst wordt opgesteld in verschillende talen, zonder dat wordt aangegeven dat één van die taalversies gezaghebbend is (men zou kunnen zeggen: geldt als de authentieke versie) en er een discrepantie bestaat tussen de verscheidene versies. In dit geval gaat de voorkeur naar de interpretatie in overeenstemming met de versie waarin de overeenkomst oorspronkelijk was opgesteld. In nationale wetten blijkt er hieromtrent geen regel te bestaan. Wat de internationale teksten betreft, kent artikel 4.7 *Unidroit Principles* een vergelijkbare regel. Het toepassingsgebied van de *Unidroit*-regel is echter beperkt tot situaties waarin de verscheidene teksten even gezaghebbend zijn. De regel van de *PECL* lijkt te leiden tot een interpretatie die het best in overeenstemming is met de werkelijke bedoeling van de partijen(134); als dusdanig is deze regel in overeenstemming met de basisregel die de *PECL* hanteren in verband met de interpretatie en zal hij ook aanvaardbaar zijn in de ruime meerderheid der lidstaten, nu daar dezelfde basisregel geldt.

VIII. Evaluatie van de *Principles*

A. INHOUDELIJKE EVALUATIE

43. Over het algemeen kan men aannemen dat de *PECL* een goed gebalanceerd geheel van regels vormen. Op vele punten sluiten de

(131) Artikel 5:105 *PECL*.

(132) Artikel 5:106 *PECL*.

(133) Met betrekking tot de regel van artikel 5:105 *PECL*, zie b.v. artikel 1161 Belgisch, Frans en Luxemburgs B.W.; artikel 1363 Italiaanse C.C.; voor Engeland, zie J. CHITTY en G.A. GUEST, *Chitty on Contracts*, I, *General Principles*, in *The Common Law Library*, Londen, Sweet and Maxwell, 1994, p. 586-590, nr. 12-053 t.e.m. nr. 12-059, p. 593-594. Met betrekking tot de regel van artikel 5:106 *PECL*, zie b.v. voor België, Frankrijk en Luxemburg: artikel 1157 B.W.; voor Italië: artikel 1367 C.C.; voor Engeland, zie J. CHITTY en G.A. GUEST, *Chitty on Contracts*, in *The Common Law Library*, I, *General Principles*, Londen, Sweet and Maxwell, 1994, nr. 12-069.

(134) Toelichting bij artikel 5:107 *PECL*.

PECL nauw aan bij de regels die in de meerderheid der lidstaten gelden en er hun waarde hebben bewezen. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de regel volgens dewelke er bij onmiddellijke vertegenwoordiging een rechtstreekse band ontstaat tussen de principaal en de derde (artikel 3:202 *PECL*). Op andere punten hebben de opstellers van de *PECL* originele, doch inhoudelijk waardevolle regels uitgewerkt. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de regel inzake de interpretatie van in meerdere talen opgestelde contracten (artikel 5:107 *PECL*).

Toch bevatten de *PECL* ook een aantal regels die bij vele juristen met enig wantrouwen zullen worden onthaald, niet alleen omdat ze ver af staan van de in de meerderheid der EU-lidstaten geldende regels, doch ook omdat hun plaats in het systeem der *PECL* niet volledig duidelijk is (zoals bij de eenzijdige beloften) of omdat het niet met zekerheid vaststaat dat de toepassing ervan tot billijke resultaten leiden zal (zoals bij de regel van artikel 3:208 *PECL* inzake het stilzwijgen van de principaal op een verzoek tot opheldering omtrent de volmacht van een onmiddellijke vertegenwoordiger).

44. Bovendien is het jammer dat de noten soms een verkeerd beeld geven van het recht van de verschillende lidstaten. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van twee voorbeelden uit het Belgische recht⁽¹³⁵⁾. Een eerste voorbeeld betreft het aanbod aan het publiek. Volgens de noten bij artikel 2:202 *PECL* zou een dergelijk aanbod in België herroepbaar zijn. Deze opvatting wordt weliswaar verdedigd door bepaalde Belgische auteurs, maar zij kan niet als de heersende worden beschouwd. Een tweede voorbeeld betreft het schadebeding. Volgens de noten bij artikel 9:509 *PECL* erkent het Belgische recht evenals dat van de andere *civil law*-landen de geldigheid van een *stipulated payment clause*. Uit de noten blijkt niet dat het Belgische recht, zoals de *common law* een onderscheid maakt tussen ongeldige strafbedingen (*penalty clauses*) en geldige schadebedingen (*liquidated damages clauses*)(¹³⁶). Zoals bekend, bestaat het verschil tussen de beide types van clausules hierin dat de eerste erop zijn gericht om de schuldenaar tot nakoming van zijn contractuele verplichtingen aan

(135) Voor een punt waarop het Engelse recht niet zeer goed wordt weergegeven, zie *supra* nr. 34.

(136) Zie echter de verwarrende terminologie van de nieuwe wet inzake strafbedingen (Wet 23 november 1998 tot wijziging, wat het strafbeding en de moratoire interest betreft, van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 13 januari 1999) die in feite schadebedingen beoogt.

te sporen, terwijl de tweede erop zijn gericht om de geleden schade op voorhand vast te stellen(137).

B. HAALBAARHEID VAN DE DOELSTELLINGEN ZOALS DEZE HOGER WORDEN GEHERFORMULEERD

1. Neutrale set van regels die de partijen op hun relatie van toepassing kunnen maken

45. Zoals hoger werd aangegeven, zouden de *PECL* vooreerst kunnen fungeren als een neutrale set van regels die de partijen, in het bijzonder bij transnationale operaties, op hun relatie van toepassing zouden kunnen verklaren. In theorie kunnen de partijen de *PECL* op twee manieren op hun contract van toepassing maken: via een conflictenrechtelijke rechtskeuze en via een materieelrechtelijke rechtskeuze.

(a) Conflictenrechtelijke rechtskeuze

46. Wanneer de partijen een conflictenrechtelijke keuze doen voor de *PECL*, dan betekent dit dat ze de *PECL* kiezen als het op het contract toepasselijke recht.

47. Wat betreft de toelaatbaarheid van een dergelijke rechtskeuze dient men een onderscheid te maken naargelang de betwisting wordt voorgelegd aan nationale rechters, dan wel aan arbiters.

48. Wanneer de betwisting wordt voorgelegd aan *nationale rechters*, dan hangt de toelaatbaarheid van een conflictenrechtelijke rechtskeuze voor de *PECL* af van de IPR-regels van het forum. Voor de lidstaten van de EU vormt het EVO het gemeenschappelijke conflictenrecht aangaande overeenkomsten. Artikel 3 EVO verleent de partijen de bevoegdheid om zelf het recht te kiezen dat op hun overeenkomst van toepassing zal zijn. Strekt de keuzemogelijkheid van artikel 3 zich uit tot een keuze voor de *PECL* of voor een ander niet-positief statelijk recht? Volgens de klassieke opvatting dient deze vraag negatief te worden beantwoord. Artikel 3 zou enkel de keuze voor

(137) Over het straf- en schadebeding, zie H. SCHELHAAS, „Waarheen met het boetebeding in Europa?“, *T.P.R.* 2000, 1371-1443; voor België en Nederland, zie ook: H. SCHELHAAS, „Het boetebeding in Nederland en België” in J. SMITS en S. STIJNS (ed.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 295-325.

een nationaal recht beogen(138). Een keuze voor de *Principles* zou dan enkel waarde hebben als een materieelrechtelijke rechtskeuze(139). Onlangs werd zelfs beargumenteerd dat in gevallen waarin een partij eenzijdig refereert aan de *Principles*, en de andere partij dit eenvoudigweg aanvaardt zonder verdere onderhandelingen, de *Principles* zelfs beschouwd kunnen worden als algemene voorwaarden en bijgevolg onderworpen kunnen zijn aan de bijzondere beperkingen die bepaalde nationale rechtsstelsels opleggen aan standaardvoorwaarden(140).

49. Een aantal recente (vooral Duitse en Nederlandse) auteurs zijn daarentegen van oordeel dat artikel 3 EVO ruim dient te worden geïnterpreteerd en dat een conflictenrechtelijke keuze voor de *PECL* mogelijk moet worden geacht.

(138) M.J. BONNELL, „The need and possibilities of a codified European contract law”, *ERPL* 1997, (505) 516; C.W. DUBBINK, „Boekbeschuwing van Katharina Boele-Woelki, *Principles en IPR*. Enkele beschouwingen over de toepassing van de Unidroit *Principles of International Commercial Contracts* en de *Principles of European Contract Law* op internationale overeenkomsten”, *RM Themis* 1996, (338) 338; P. LAGARDE, „Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP* 1991, (287) 300-301; W. LORENZ, „Vom alten zum neuen internationalen Schuldvertragsrecht”, *IPRax* 1987, (269) 272; R. MICHAELS, „Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien”, *RabelsZ* 1998, (580) 597-598; F. RIGAUX, „Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *C.D.E.* 1988, (306) p. 316, nr. 14 en nr. 16, p. 318-319. Terughoudend ten aanzien van de mogelijkheid van een conflictenrechtelijke keuze voor de *PECL* zijn ook D. BUSCH en E.H. HONDIUS, *o.c.*, *NJB* 2000, (837) 839; I. COUWENBERG, „De lex contractus onder het Europees overeenkomstenverdrag” in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER (eds.), *Europese IPR-verdragen*, Leuven, Acco, 1997, (201) p. 211-213, nr. 7.29-7.31; M.E. STORME, „Applications possibles et caractères généraux des principes de droit uniforme des contrats”, *RDIDC* 1993, (309) p. 313, nr. 4; M.E. STORME, *Rechtspraak en rechtsvorming in Europees verband*, <http://www.storme.be/RREV.html>, hoofdstuk III, nr. 47bis.

(139) C.-W. CANARIS, „Die Stellung der „UNIDROIT Principles” und der „Principles of European Contract Law” im System der Rechtsquellen” in J. BASEDOW (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, (5) 18-19 en 21; I. COUWENBERG, *o.c.* in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER (eds.) *Europese IPR-verdragen*, Leuven, Acco, (201) p. 213, nr. 7.31; F. FERRARI, „Le champ d’application des „Principes pour les contrats commerciaux internationaux” élaborés par Unidroit”, *RIDC* 1995, (985) 988-989. Zie ook: J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1997, 413; Münch. Komm. (MARTINY) artikel 27 EBGB, nr. 30; P. LAGARDE, „Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP* 1991, (287) 300-301.

(140) Zie hierover C.-W. CANARIS, „Die Stellung der ‘UNIDROIT Principles’ und der ‘Principles of European Contract Law’ im System der Rechtsquelle” in J. BASEDOW (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, (5) 21-26. Zie de kritiek van M.J. Bonell (M.J. BONELL, „The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, *Uniform Law Review* 2000, (201) 201-202). De auteur beperkt zich tot een kritiek op de kwalificatie van de *Unidroit Principles* als standaardvoorwaarden; de door hem aangevoerde argumenten gelden echter evenzeer voor de *PECL*.

50. Een eerste manier om een conflictenrechtelijke keuze voor de *PECL* in te passen in artikel 3 EVO berust op een letterlijke interpretatie van artikel 3, lid 1 EVO. Dit artikel spreekt namelijk van „recht” dat door partijen wordt gekozen en niet, zoals artikel 4 EVO, van „recht van het land”(141). Bijgevolg zou een conflictenrechtelijke keuze voor een niet-statelijk recht, zoals de *PECL* mogelijk zijn. De letterlijke interpretatie van artikel 3, lid 1 EVO is echter moeilijk verzoenbaar met artikel 3, lid 3 EVO, waar de term „buitenlands recht” wordt gebruikt(142).

51. K. Boele-Woelki bepleit een tweede manier om een conflictenrechtelijke keuze voor de *PECL* mogelijk te maken. Zij vertrekt van een parallel die getrokken kan worden met het verschijnsel van *opting in*, dit wil zeggen met de vraag naar de reikwijdte van een keuze voor een verdragsregeling die anderszins niet van toepassing zou zijn. Meer bepaald beroept zij zich op een arrest van de Hoge Raad van vóór de inwerkingtreding van het EVO(143), waarin geoordeeld werd dat de keuze door de partijen voor een internationaal verdrag inzake eenvormig recht, *in casu* het CMR-verdrag als een conflictenrechtelijke rechtskeuze diende te worden beschouwd, alhoewel aan de formele toepassingsvoorwaarden van het verdrag niet was voldaan. K. Boele-Woelki wijst erop dat op grond van dit arrest vooral in de Nederlandse doctrine de opvatting wordt gehuldigd dat ook onder het toepassingsgebied van het EVO een rechtskeuze niet is beperkt tot een nationaal recht, maar ook betrekking kan hebben op eenvormig recht als vastgelegd in een internationaal verdrag(144). Of de eenvormige regeling in het concrete geval toepasselijk is en of zij voor het land van de geadieerde rechter in werking is getreden, is volgens de auteur, niet van belang. Bovendien vraagt zij zich, met A.V.M. Struycken(145), af of de eenvormige regeling eigenlijk in een verdrag moet zijn vast-

(141) Deze letterlijke interpretatie wordt bepleit door A. KAPPUS, „Lex mercatoria’ als Geschäftsstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht”, *IPRax* 1993, (137) 139 e.v.

(142) K. BOELE-WOELKI, *Principles en IPR. Enkele beschouwingen over de toepassing van de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law op internationale overeenkomsten*, Lelystad, Koninklijke vermande, 1995, 16; K. BOELE-WOELKI, „Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge”, *IPRax* 1997, (161) 166.

(143) H.R. 26 mei 1989, *NJ* 1992, 105, noot JCS.

(144) Deze opvatting vindt men o.m. bij L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1995, 97 die de mogelijkheid illustreert aan de hand van het Weense Koopverdrag.

(145) A.V.M. STRUYCKEN, „Het handelsrecht, hoe langer hoe meer over de grenzen heen” in *150 jaar Wetboek van Koophandel*, Deventer, Kluwer 1989, (77) 82-84.

gelegd. Wanneer de eenvormige regeling een bepaalde consistentie heeft en zij zelf aangeeft hoe eventuele leemtes erin worden opgevuld, welke beide voorwaarden door de *PECL* worden vervuld, dan kan zij, volgens K. Boele-Woelki, door de partijen worden gekozen als het recht dat de overeenkomst beheerst, in die zin dat het zonder rechtskeuze toepasselijke rechtstelsel volledig wordt vervangen door het gekozen eenvormige recht.

De opvatting van K. Boele-Woelki stuitte terecht op kritiek van onder meer L. Strikwerda. Deze auteur pleit weliswaar eveneens voor de mogelijkheid van een conflictenrechtelijke keuze voor de *PECL*; hij is echter van oordeel dat de door K. Boele-Woelki naar voren geschoven argumentatie niet volledig sluitend is. Bij de beoordeling van de mogelijkheid van *opting in* van een eenvormig privaatrecht-verdrag (hierna: *EPR*-verdrag) als conflictenrechtelijke rechtskeuze zijn volgens hem twee gezichtspunten van belang. In de eerste plaats is het van belang of het gekozen verdrag *opting in* toelaat en daaraan het gevolg verbindt dat de verdragsregeling met uitsluiting van nationaal recht van toepassing is. Indien dit het geval is, dan brengt de samenloopregel van artikel 21 *EVO* mee dat de bepalingen van het *EPR*-verdrag inzake *opting in* voorgaan boven de bepalingen van artikel 3 *EVO*. De vraag of de partijen het betreffende verdrag op hun overeenkomst van toepassing kunnen verklaren, wordt dan bepaald door het verdrag zelf, en niet door het *EVO*. Het door K. Boele-Woelki aangehaalde arrest betreft dan ook enkel de uitleg van het *CMR*-verdrag en niet de vraag of artikel 3 *EVO* een conflictenrechtelijke keuze voor een *EPR*-verdrag toelaat. Anders dan K. Boele-Woelki, acht L. Strikwerda het bovendien wel van belang of het door de partijen gekozen *EPR*-verdrag in werking is getreden voor het land van de rechter. Indien dat niet het geval is, dan is de rechter immers niet gebonden aan het *EPR*-verdrag inzake de mogelijkheid tot en de gevolgen van *opting in*. Van samenloop tussen het *EPR*-verdrag en het *EVO* is dan geen sprake. Het voorschrift van artikel 21 *EVO* is dan ook niet van toepassing en de rechter zal de vraag of de keuze voor het *EPR*-verdrag als een conflictenrechtelijke keuze kan worden aangemerkt slechts mogen beantwoorden aan de hand van artikel 3 *EVO*. Aangezien de *PECL* geen objectief recht vormen in het land van de aangezochte rechter, zal ook in dit geval geen samenloop mogelijk zijn tussen de *PECL* en het *EVO* en dient de mogelijkheid van de rechtskeuze beantwoord te worden aan de hand van artikel 3 *EVO*. Dit kan, volgens L. Strikwerda, op twee manieren gebeuren. Een eerste manier bestaat erin om artikel 3 *EVO* extensief te interpreteren. Het initiatief tot een extensieve interpretatie komt toe aan de

nationale rechters⁽¹⁴⁶⁾. De andere mogelijkheid zou zijn om onder behoud van het uitgangspunt dat artikel 3 EVO slechts de keuze voor een statelijk rechtsstelsel toelaat, de gevolgen van een keuze voor de *Principles* over te laten aan het rechtsstelsel dat ingevolge de objectieve verwijzingsregels op de overeenkomst van toepassing is. Dit rechtsstelsel zou kunnen toestaan dat de contractspartijen door hun keuze voor de *Principles* dwingend recht uitschakelen. Via de omweg van het nationale recht wordt aldus het effect van een conflictenrechtelijke rechtskeuze bereikt. Deze tweede mogelijkheid is minder interessant omdat het lot van de keuze voor de *Principles* dan volledig afhangt van het objectief toepasselijke rechtsstelsel. Bovendien dient men voor ogen te houden dat het EVO van toepassing is, ongeacht of het door de verwijzingsregels van het verdrag als toepasselijk aangewezen rechtsstelsel het stelsel van een verdragsluitende staat is. Dit impliceert dat zelfs een eenheid van opvatting binnen de kring van de EVO-staten over het effect binnen hun nationale recht van een keuze voor de *Principles* niet voldoende is om de partijen te kunnen garanderen dat hun keuze dwingend nationaal recht opzij zet⁽¹⁴⁷⁾. De voorkeur van L. Strikwerda gaat daarom uit naar een extensieve interpretatie van de in artikel 3 EVO neergelegde keuzevrijheid. Een argument voor deze extensieve interpretatie van artikel 3 EVO zou volgens hem kunnen zijn dat onder het EVO de keuzevrijheid van de partijen kennelijk prevaleert boven het belang van de staten bij de toepassing van hun rechtsstelsels. De partijen kunnen immers om het even welk (nationaal) rechtsstelsel als toepasselijk aanwijzen en daardoor de rechtsstelsels van staten die functioneel of geografisch nauw met de overeenkomst verbonden zijn van toepassing uitsluiten. Het is dan, volgens L. STRIKWERDA, mede in acht genomen dat de voorrangsregels van de nauw verbonden rechtsstelsels zich langs de weg van artikel 7 steeds kunnen doorzetten, geen al te grote stap om de partijen ook toe te laten een niet-statelijk recht als toepasselijk aan te wijzen⁽¹⁴⁸⁾.

(146) Voorlopig beschikt het Hof van Justitie nog niet over een bevoegdheid tot interpretatie van het EVO. Weliswaar zijn bij het EVO behorende protocollen opgesteld die aan het Hof van Justitie de bevoegdheid tot interpretatie toekennen, doch deze zijn nog niet in werking getreden.

(147) Zie nr. 55 e.v. Dit bezwaar zou echter kunnen worden ondervangen indien er één nationaal recht zou zijn dat toelaat dat de partijen door een keuze voor de *PECL* dwingend recht uitschakelen en de partijen dit nationaal recht zouden kiezen en dan binnen dit recht zouden kiezen voor de *PECL*.

(148) L. STRIKWERDA, „Kroniek van het internationaal privaatrecht”, *NJB* 1996, (408) 410-412.

52. Een derde mogelijkheid wordt gesuggereerd door de Belgische auteur M.E. Storme. Deze auteur wijst erop dat men uit de mogelijkheid om voor elk deel van de overeenkomst een gesplitste rechtskeuze te maken (waarmee hij doelt op de *dépeçage* van artikel 3 EVO) misschien zou kunnen afleiden, dat men een stel regels als de *PECL* of de *Unidroit Principles* zou kunnen kiezen omdat het niet denkbaar zou zijn dat voor alle daarin geregelde vragen alle landen ter wereld striktere regels zouden hebben als deze Beginselen. De auteur oordeelt echter zelf dat deze redenering wellicht te spitsvondig is en men tot het besluit moet komen dat ons verwijzingsrecht (d.i. het EVO) de rechtskeuze enkel erkent voor zover het een keuze is voor een statelijk rechtsstelsel(149).

53. Vooraleer men de conflictenrechtelijke keuze voor de *PECL* kan bepleiten, rijst er overigens nog een andere vraag, nl. is het systeem van de *PECL* wel volledig genoeg om in plaats van een nationaal recht te gelden? M.V. Polak beantwoordde deze vraag enige tijd geleden nog negatief(150). In navolging van D. Busch en E.H. Hondius(151) dient m.i. echter te worden aangenomen dat de *PECL*, zeker wanneer de werkzaamheden aan deel III zullen zijn voltooid, een vrij volledige regeling zullen bieden van het contractenrecht. Zoals K. Boele-Woelki terecht opmerkt, bevatten de *PECL* bovendien een artikel 1:106 dat bepaalt op welke wijze leemten kunnen worden aangevuld. Wel is het zo dat deze bepaling aangeeft dat er desgevallend een beroep moet worden gedaan op het door de IPR-regels aangewezen recht(152).

54. Wanneer de betwisting wordt voorgelegd aan *arbiters*, dan wordt over het algemeen aangenomen dat een conflictenrechtelijke keuze

(149) M.E. STORME, „Applications possibles et caractères généraux des principes de droit uniforme des contrats”, *RDIDC* 1995, (309) p. 313, nr. 4; M.E. STORME, *Rechtspraak en rechtsvorming in Europees verband*, 2000, <http://www.storme.be/RREV.html>, Hoofdstuk III, nr. 47bis.

(150) M.V. POLAK, „Principles en IPR: geen broodnodig en pasklaar alternatief ‘recht’”, *WPNR* 1996, (391) 392.

(151) D. BUSCH en E.H. HONDIUS, *o.c.*, *NJB* 2000, (837) 840.

(152) Artikel 1:106 *PECL*: „(1) Deze Beginselen dienen te worden uitgelegd en ontwikkeld in overeenstemming met hun doelstellingen. In het bijzonder dient rekening te worden gehouden met de noodzaak om de naleving van de eisen van de goede trouw, zekerheid in contractuele verhoudingen en eenvormigheid in de toepassing ervan te bevorderen.

(2) Vragen die binnen de reikwijdte van deze Beginselen vallen, maar er niet uitdrukkelijk in zijn geregeld, dienen zoveel mogelijk te worden beslist in overeenstemming met de beginselen die eraan ten grondslag liggen. Bij gebreke hiervan dient het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht te worden toegepast”.

voor de *Principles* mogelijk is(153). Algemeen wordt immers aangenomen dat arbiters niet verplicht zijn om hun beslissing te steunen op enig nationaal recht. Men aanvaardt zelfs dat de partijen de arbiters kunnen opdragen om het conflict *ex aequo et bono* te beslechten(154). Bijgevolg dient te worden aangenomen dat de partijen de arbiters ook een minder verre gaande vrijheid kunnen verlenen en hen kunnen opdragen om het conflict te beslechten volgens de *Principles*(155). In vele rechtsstelsels maakt de wet arbitrage mogelijk volgens de „regelen des rechts”, de „*rules of law*” gekozen door de partijen(156). De uitdrukkingen „regelen des rechts”, „*rules of law*” worden hierbij gebruikt om duidelijk te maken dat de keuze van de partijen niet beperkt is tot nationale rechtsstelsels, maar ook regels omvat met een a-nationaal of supranationaal karakter(157). Ook in België komt de uitdrukking „regels van het recht” voor in het artikel dat het door de arbiters toepasbare recht bepaalt. De uitdrukking „beslissen volgens de regels van het recht” lijkt hier echter in een andere betekenis te worden gebruikt, en wel als antoniem van „beslissen als *amiable compositeur*, beslissen *ex aequo et bono*”. Wat levert dit *in concreto* op voor de mogelijkheid van een keuze voor de *PECL*? Welnu, naar Belgisch recht geldt in beginsel dat de arbiters, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, steeds beslissen volgens de regels van het recht(158). Hieruit zou men kunnen afleiden dat de partijen de arbiters in beginsel de bevoegdheid kunnen verlenen om te beslissen volgens de *PECL*. Wanneer echter een publiekrechtelijke rechtspersoon partij is bij de overeenkomst tot arbitrage, dan dienen de arbiters volgens artikel 1700, lid 2 Ger. W. steeds te beslissen volgens de regels van het recht, tenzij bijzondere wetten anders bepalen. Met

(153) K. BOELE-WOELKI, *Principles en IPR. Enkele beschouwingen over de toepassing van de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law op internationale overeenkomsten*, Lelystad, Koninklijke vermande, 1995, 14-15; D. BUSCH en E.H. HONDIUS, *o.c.*, *NJB* 2000, (837) 839; R. MICHAELS, *o.c.*, *RabelsZ* 1998, (580) 596; C.-W. CANARIS, „Die Stellung der „UNIDROIT Principles” und der „Principles of European Contract Law” im System der Rechtsquellen” in J. BASEDOW (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, (5) 19-20; R. MICHAELS, „Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien”, *RabelsZ* 1998, (580) 596.

(154) M.J. BONNELL, *o.c.*, *Uniform Law Review* 2000, (199) 202; D. BUSCH en E.H. HONDIUS, *o.c.*, *NJB* 2000, (837) 839.

(155) D. BUSCH en E.H. HONDIUS, *o.c.*, *NJB* 2000, (837) 839. Zie ook: M.J. BONNELL, *o.c.*, *Uniform Law Review* 2000, (199) 202.

(156) Zie b.v. artikel 1496 Franse *CPC*; artikel 1054 (2) Nederlandse RV. Zie ook artikel 42 (1) *ICSID Convention* 1965; artikel 59 (a) *WIPO Arbitration Rules* 1994; artikel 28 (1) *Uncitral-Modelwet* over de handelsarbitrage (1985).

(157) Zie J.M. BONELL, *o.c.*, *Uniform Law Review* 2000, (199) 203.

(158) Artikel 1700 Ger. W.

deze bepaling wenst men, zoals reeds werd aangegeven, tot uitdrukking te brengen dat de arbiter, tenzij bijzondere wetten anders bepalen, niet mag optreden als *amiable compositeur* wanneer één van de partijen bij de overeenkomst tot arbitrage een publiekrechtelijke rechtspersoon is. Ook een keuze voor de *lex mercatoria* lijkt in dit geval in beginsel niet mogelijk te zijn(159). Het is niet volledig duidelijk of een keuze voor de *PECL* wel toelaatbaar zou zijn.

M.E. Storme nuanceert het voorgaande en oordeelt dat het EVO in beginsel ook geldt voor arbiters. Hij preciseert dat het EVO weliswaar niet toepasselijk is op arbitrage-overeenkomsten, maar dat dit enkel betekent dat het recht dat van toepassing is op de totstandkoming, geldigheid en uitvoering van arbitrage-overeenkomsten niet door de verwijzingsregels van het EVO wordt bepaald, maar door andere internationale verdragen, en dat zulks iets anders betreft dan de vraag welke IPR-regels een arbiter moet toepassen. De opvatting dat een arbiter een afwijkende IPR-regel zou kunnen toepassen en op grond daarvan de *PECL* rechtstreeks als rechtsstelsel zou kunnen toepassen is z.i. onjuist. Artikel 1700 Ger. W. brengt hierin z.i. geen verandering omdat een verdrag voorrang heeft op een interne wet. Dit artikel zou met andere woorden geen conflictenrechtelijke rechtskeuze mogelijk maken die volgens het EVO niet zou kunnen. Dit sluit echter niet uit dat *binnen* de Belgische rechtsorde kan worden gekozen voor een „*non-droit*” in plaats van voor „regelen des rechts” (zie wel art. 1700, al. 2 Ger. W.), een en ander lijkt zich aldus zelfs *a fortiori* niet te verzetten tegen een keuze voor „*soft law*” als de *PECL*. M.E. Storme wijst er bovendien op dat — anders dan tegen onjuiste beslissingen van de overheidsrechter — tegen onjuiste beslissingen van een arbiter in beginsel geen verhaal mogelijk is. Dit zou het geval zijn omdat vele landen, waaronder België, de handelsarbitrage om commerciële redenen hebben geliberaliseerd(160).

55. Wanneer de partijen een conflictenrechtelijke keuze doen voor de *PECL*, dan betekent dit dat de overeenkomst volledig wordt beheerst door de *PECL*. Andere (zelfs dwingende) rechtsregels zijn in beginsel niet van toepassing. De mate waarin dit beginsel uitzonderingen kent,

(159) G. KEUTGEN, „La nouvelle loi sur l'arbitrage”, *J.T.* 1998, (761) p. 765, nr. 24. Zie ook het Kamerverslag, *Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1374/3, 4 en 11, waar overigens sprake is van begripsverwarring tussen het optreden van een arbiter als *amiable compositeur* en het optreden van een bemiddelaar. Zie hierover G. KEUTGEN, *o.c.*, *J.T.* 1998, (761) p. 765, nr. 24.

(160) Zie M.E. STORME, *Rechtspraak en rechtsvorming in Europees verband*, 2000, <http://www.storme.be/RREV.html>, Hoofdstuk III, nr. 47bis-47ter.

verschilt naargelang de zaak wordt voorgelegd aan nationale rechters, dan wel aan arbiters.

56. De nationale rechters van de EU-lidstaten zijn gebonden aan het EVO. Op grond van dit verdrag zullen zij rekening dienen te houden met de regels van bijzonder dwingend recht (artikel 7, 2 EVO), met de openbare orde van het forum (artikel 16 EVO) en eventueel zelfs met de bepalingen van bijzonder dwingend recht van derde-staten (artikel 7, 1 EVO)(161).

57. De vraag in welke mate de arbiters rekening dienen te houden met voorrangsregels of regels van openbare orde is *prima facie* niet eenvoudig te beantwoorden.

Volgens een eerste opvatting heeft een scheidsgerecht immers geen *lex fori*, is het niet gebonden aan nationaal recht, noch aan het EVO. Wel dient de arbiter er rekening mee te houden dat de partijen een scheidsrechtelijke beslissing verwachten die in alle staten waarin zij uitgevoerd dient te worden, ook daadwerkelijk uitvoerbaar is. Om deze reden dient de arbiter rekening te houden met de dwingende normen die in de potentiële uitvoeringsstaten tot de internationale openbare orde behoren. Onder omstandigheden zal hij ook rekening dienen te houden met normen van derde-staten(162).

Volgens een tweede opvatting geldt het EVO echter ook voor arbiters, zodat de regels van de artikelen 7, 1; 7, 2 en 16 EVO in beginsel ook voor een arbiter gelden(163).

58. De mogelijkheid van een conflictenrechtelijke keuze voor de *PECL* mag in theorie dan wel verdedigbaar zijn, ziet het ernaar uit dat zij zich binnen korte tijd in de praktijk zal doorzetten?

Alleszins voorzover de betwisting wordt voorgelegd aan nationale rechters, lijkt dit zeer twijfelachtig. De meerderheidsopvatting in de doctrine blijft immers terughoudend ten aanzien van de toelaatbaarheid van een conflictenrechtelijke rechtskeuze voor de *PECL*, rechters zijn van nature niet vreemd van enig conservatisme en de partijen zullen waarschijnlijk weinig geneigd zijn om een conflictenrechtelijke

(161) Ten aanzien van artikel 7, 1 EVO kan een voorbehoud worden geformuleerd. Van deze mogelijkheid werd gebruik gemaakt door Duitsland, Ierland, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk.

(162) J.C. WICHARD, „Die Anwendung der Unidroit-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte”, *RabelsZ* 1996, (269) 278.

(163) *Cf. supra*, nr. 54 en nr. 56.

keuze voor de *PECL* te betrachten daar dit voor hen, gelet op het voorgaande, een bron van onzekerheid zal opleveren(164).

Voor zover de betwisting dient te worden voorgelegd aan arbiters lijken de *PECL* meer kans te hebben op succes. Aan arbiters werden overigens reeds tal van zaken voorgelegd waarbij de partijen hen verzochten om volledig, of althans ten dele te beslissen volgens — weliswaar niet de *PECL* — doch de *Unidroit Principles*, die *qua* statuut zeer sterk vergelijkbaar zijn met de *PECL*. Er zijn vooralsnog overigens geen indicaties dat dergelijke uitspraken door de rechtbanken werden hervormd omdat zij in strijd waren met dwingende nationale rechtsregels(165).

(b) Materieelrechtelijke rechtskeuze

59. Wanneer de partijen de *PECL* incorporeren in hun contract, dan doen zij een materieelrechtelijke keuze voor de *PECL*.

60. Indien de betwisting wordt voorgelegd aan een *nationale rechter*, zal deze volgens zijn IPR-regels (voor de rechters van de lidstaten van de EU dus de regels van het EVO), de *lex contractus* bepalen. De *lex contractus* bepaalt dan of en in welke mate de in het contract geïncorporeerde regels uitwerking zullen hebben. Over het algemeen kan worden gesteld dat de *PECL* uitwerking zullen hebben in de mate waarin ze niet afwijken van de dwingende bepalingen van de *lex contractus*, noch van de regels van bijzonder dwingend recht (artikel 7, 2 EVO) of de openbare orde van het forum (artikel 16 EVO) noch van eventuele bepalingen van bijzonder dwingend recht van derde staten (artikel 7, 1 EVO)(166).

61. Ook indien de zaak wordt voorgelegd aan een *arbiter*, dan zal de *lex contractus* bepalen in welke mate de *PECL* uitwerking kunnen hebben. De situatie verschilt echter van deze waarin de zaak wordt voorgelegd aan een nationale rechter in de zin dat de arbiter niet gebonden is door bepaalde IPR-regels. De *lex contractus* wordt in dit

(164) Vgl. D. BUSCH en E.H. HONDIUS, *o.c.*, *NJB* 2000, (837) 839.

(165) M.J. BONELL, *o.c.*, *Uniform Law Review* 2000, (199) 204.

(166) Zie ook en vgl. I. COUWENBERG, „Contractsonderhandelingen in de internationale rechtspraktijk”, *T.B.H.* 1995, (369) p. 380-381, nr. 27; J.C. WICHARD, „Die Anwendung der Unidroit-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte”, *RabelsZ* 1996, (269) 274. Over het mechanisme van incorporatie: J. HERBOTS, „Incorporatie van vreemd recht in een overeenkomst”, *T.P.R.* 1981, 41-65.

geval bepaald, hetzij door de partijen, hetzij rechtstreeks door de arbiter zelf(167). De mate waarin de rechter rekening zal houden met bepaalde dwingende nationale regels zal ook hier bepaald worden door de bekommernis om een uitvoerbare uitspraak(168).

62. Of de praktijk inderdaad van deze mogelijkheid gebruik zal maken, zal de toekomst dienen uit te wijzen. Een nadeel van deze techniek is alleszins dat ze de partijen niet ontlast van onderhandelingen omtrent een toepasselijke wet, noch van de hoger reeds genoemde gevolgen die voor minstens één der partijen voortvloeien uit de onderworpenheid aan een vreemd contractenrecht(169).

2. Basis voor een gemeenschappelijk Europees contractenrecht

(a) Voordelen van een gemeenschappelijk Europees contractenrecht

63. Een gemeenschappelijk Europees contractenrecht biedt ongetwijfeld een aantal voordelen. Zo leidt het tot rechtszekerheid bij intracommunautaire transacties enerzijds omdat er dan geen twijfel meer bestaat omtrent het toepasselijke nationale recht en anderzijds omdat het toepasselijke recht voor de contractspartijen uit de verschillende lidstaten het „eigen recht” is waarmee ze vertrouwd zijn en niet het „vreemde” recht van een andere lidstaat. Een gemeenschappelijk Europees contractenrecht leidt tevens tot rechtsgelijkheid, niet enkel in de zin van uniformiteit van recht, doch ook in de zin van gelijkheid voor en door het recht. Voor de uit verschillende lidstaten afkomstige partijen bij éénzelfde contract zal dit precies het geval zijn omdat de beide partijen evenzeer vertrouwd zijn met het toepasselijke uniforme recht; voor concurrerende handelspartners uit verschillende lidstaten omdat één van hen, louter om juridische redenen geen meer aantrekkelijke contractspartner zal zijn dan de ander. Een gemeenschappelijk Europees contractenrecht zal de contractspartijen ook tijd en kosten kunnen besparen omdat er geen onderhandelingstijd meer dient te worden besteed aan de keuze van het toepasselijke recht en omdat er geen juridische experts meer dienen te worden aangezocht om inzicht

(167) Ph. DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire, L'arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, p. 231 e.v., nr. 311 e.v. met verdere verwijzingen.

(168) *Cf. supra*, nr. 57.

(169) D. BUSCH en E.H. HONDIUS, *o.c.*, *NJB* 2000, (837) 839.

te verwerven in mogelijkerwijze toepasselijke vreemde rechtsstelsels. Dit alles zal leiden tot een grotere economische activiteit tussen de verschillende lidstaten van de EU en tot een betere verwezenlijking van één van de voornaamste doelstellingen van de EU, nl. de creatie van een eengemaakte markt(170).

Naast deze veeleer politiek-economische motieven zijn er nog wetenschappelijke en culturele motieven voor het nastreven van een gemeenschappelijk Europees contracten- of zelfs privaatrecht.

In wetenschappelijk opzicht wordt het namelijk als een uitdaging gezien om het *ius commune europeum*, zoals dat bestond in de periode na de receptie van het Romeinse recht en vóór de grote codificaties, nieuw leven in te blazen. Dit *ius commune*, dat verschilde van het lokale recht, werd aan de universiteiten gedoceed; de afgestudeerde juristen pasten het vervolgens in de praktijk toe voor zover het lokale recht dit toeliet.

De culturele motieven steunen op de overtuiging dat het blootleggen van de gemeenschappelijke grondslagen van het Europese contracten- en privaatrecht kan bijdragen tot een beter begrip van de Europese cultuur(171).

(b) Wijzen om een gemeenschappelijk Europees contractenrecht te bereiken

64. Om de hoger genoemde redenen is er de laatste jaren een grote belangstelling gegroeid voor de uitbouw van een gemeenschappelijk Europees contracten- of zelfs privaatrecht(172). Over de vraag *hoe* dit gemeenschappelijk recht dient te worden bereikt, lopen de meningen echter uiteen. De verschillende opvattingen kan men grofweg onderbrengen in twee stromingen. Een eerste stroming beoogt een centralistische, opgelegde eenmaking. Deze stroming wordt vaak aangeduid

(170) Vgl. D. BUSCH en E.H. HONDIUS, *o.c.*, *NJB* 2000, (837) 840. Vgl. de argumenten voor een Europees B.W. aangehaald door C. SCHMID, „Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs”, *JZ* 2001, (674) 675.

(171) Zie hierover J. SMITS, *Europees privaatrecht in wording*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 20-24.

(172) Hoewel ook tegen de hele idee van de eenmaking van het contractenrecht een aantal bezwaren kunnen worden opgeworpen. Zo kan worden aangevoerd dat de Europese Unie goed lijkt te functioneren zonder een uniform contractenrecht, zodat niet goed kan worden ingezien waarom men de inspanningen, kosten en moeite veroorzaakt door de eenmaking van het contractenrecht zou zoeken. Vervolgens zijn er ook culturele overwegingen die zich zouden kunnen verzetten tegen de eenmaking van het contractenrecht. (Deze bezwaren worden aangehaald door O. LANDO („Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law”, *ERPL* 2000, (59) 60), zelf nochtans een heftig voorstander van eenmaking van het contractenrecht).

als eenmaking „*from above*” of „*top-down*”(173). De tweede stroming beoogt een meer organische, natuurlijke, vrijwillige eenmaking. Deze categorie wordt vaak aangeduid als eenmaking „*from below*” of „*bottom up*”(174).

1. Centralistische eenmaking

65. Een centralistische eenmaking zou kunnen worden bereikt door de invoering van een Europees B.W. De *PECL* zouden bij het opstellen van een Europees B.W. wat het contractenrecht betreft als ontwerp kunnen fungeren of zouden alleszins een belangrijke inspiratiebron kunnen vormen bij de opstelling van een ontwerp hiertoe. Hier rijzen echter de vragen of het opstellen van een Europees B.W. (eventueel beperkt tot het contractenrecht) wenselijk is, op welke wijze dit zou kunnen worden ingevoerd en of de invoering ervan op korte termijn (politiek) waarschijnlijk is. Deze drie vragen zullen hier achtereenvolgens aan de orde worden gesteld.

i) Wenselijkheid van een Europees B.W.

66. Wat betreft de wenselijkheid van een Europees B.W. kan worden gesteld dat dit weliswaar bepaalde voordelen biedt boven andere wijzen van eenmaking in de zin dat het de eenmaking, alleszins wat betreft de letter van de wet sneller tot stand brengt, dat het een overzichtelijk, gestructureerd geheel van eenvormig recht biedt dat gemakkelijk te raadplegen is, en het de kenbaarheid en de rechtszekerheid meer bevordert dan de andere wijzen van rechtseenmaking(175).

(173) Voorstanders van deze methode zijn: O. LANDO, „Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law”, *ERPL* 2000, 59-69; O. LANDO, „Some features of the law of Contract in the Third Millennium”, http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature/lando01.htm, nr. 1; W. TILMANN, „Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft” in P.-C. MÜLLER-GRAFF (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, (485) 486.

(174) Voorstanders van deze methode zijn: K. RIEDL, „The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint”, *ERPL* 2000, 71-83; R. ZIMMERMANN, „Savigny’s Legacy. Legal History, Comparative Law and the emergence of a European Legal Science”, *LQR* 1996, 567-605; R. ZIMMERMANN, „The Civil Law in European Codes” in D.L. CAREY MILLER en R. ZIMMERMANN (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law. Aberdeen Quincentenary Essays*, in *Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1997, (259) 293. Vgl. ook J.M. SMITS, *o.c.*, i.h.b. 271-274.

(175) Vgl. de argumenten van C. SCHMID, *o.c.*, *JZ* 2001, (674) 675 ten behoeve van een Europees B.W. Sommige van de door hem aangehaalde argumenten gelden echter ook voor de andere wijzen van eenmaking.

67. Tegen de invoering van een Europees B.W. worden in de doctrine echter ook heel wat bezwaren aangevoerd, die weliswaar niet alle even onoverkomelijk zijn.

68. Vooreerst wordt gesteld dat de idee van een bindende codificatie in strijd lijkt met de tijdsgeest. De idee om een gemeenschappelijk Europees burgerlijk recht te bereiken via een Europees burgerlijk wetboek zou getuigen van een geloof in een centralistische politieke autoriteit, de Europese Unie, die in staat zou zijn om uniform recht en de daarmee gepaard gaande rechtszekerheid en voorspelbaarheid te creëren door het invoeren van een uniforme tekst. Dit zou getuigen van een simplistisch, mechanistisch en positivistisch wereldbeeld, dat thans verouderd voorkomt(176). Tegen dit bezwaar kan enerzijds worden aangevoerd dat de invoering van een Europees B.W. niet noodzakelijk via de instellingen van de EU dient te geschieden, maar ook mogelijk is via verdrag(177) en anderzijds dat zich de jongste tijd in een aantal nationale rechtsstelsels een herleving van de codificatiegedachte heeft voorgedaan(178). Dit laatste dient echter in zoverre te worden genuanceerd dat deze herleving van de codificatiegedachte weliswaar getuigt van een toenemende fixatie op van staatswege gegeven regels doch dat de recente codificaties zoals het N.B.W. de rechter vaak zo een grote vrijheid geven dat het in feite toch de rechter is die de inhoud van het recht bepaalt(179).

69. Als tweede bezwaar tegen een Europees burgerlijk wetboek wordt aangevoerd dat de invoering hiervan nog geen uniform recht creëert. De invoering van een Europees burgerlijk wetboek zou enkel leiden tot in naam uniforme regels. De verschillende juridische *mentalités* binnen de diverse lidstaten van de EU zouden immers leiden tot een andere houding tegenover de regels als zodanig en tot divergerende interpretaties van de identieke uniforme tekst. Vooral het verschil in

(176) Het bezwaar werd ontwikkeld door P. LEGRAND, „Against a European Civil Code”, *MLR* 1997, (44) 59.

(177) *Cf. infra*, nr. 78 e.v.

(178) Zie b.v. het Nederlandse B.W. van 1992; de Code Civil van Québec van 1994 en de hercodificatieprojecten in centraal en Oost-Europa.

(179) In deze zin: J.M. SMITS, *o.c.*, 45.

juridische mentaliteit tussen de *civil law*-landen en de *common law*-landen zou onoverbrugbaar zijn(180).

70. Verder wordt aangevoerd dat door het opleggen van een uniform recht ook culturele verschillen tussen stelsels worden veronachtzaamd. P. Legrand is zelfs van oordeel dat de hele idee van een Europees wetboek een opdringen is van het wereldbeeld van een *civil law*-jurist aan de *common lawyers*(181). Binnen de *civil law*-landen zou de gehechtheid aan en de vertrouwdheid met de „eigen” burgerlijke wetboeken dan weer kunnen leiden tot weerstand tegen een Europees B.W.(182).

71. Een volgend bezwaar is gesteund op het feit dat een Europees burgerlijk wetboek het moeilijker zou maken om in te spelen op specifieke nationale problemen. Binnen nationale rechtsstelsels kunnen regels worden opgesteld met betrekking tot zeer specifieke gevallen. De kans dat binnen de EU over dergelijke specifieke regels overeenstemming zou worden bereikt, is echter klein. Het alternatief is dan om in het Europees burgerlijk wetboek slechts zeer algemeen geformuleerde regels op te nemen waarover de opstellers wel overeenstemming kunnen bereiken. Dergelijke algemene beginselen geven de rechter echter weinig richting(183). Dit bezwaar is nauw verwant met het tweede volgens hetwelk het opstellen van een Europees B.W. enkel in de vorm uniforme regels zou creëren, terwijl de inhoud die aan deze regels wordt gegeven en de wijze waarop ermee wordt omgegaan in de verschillende rechtsstelsels niet uniform zullen zijn.

72. Voorts wordt geoordeeld dat met het creëren van een uniform recht (al is het op een deelterrein van het privaatrecht), meer wordt gecreëerd dan nodig. Wanneer immers de primaire doelstelling van de privaatrechtelijke unificatie het bevorderen van de handel op de gemeenschappelijke markt is, dan is daarvoor een uniform B.W. geen

(180) Ook dit bezwaar werd ontwikkeld door P. LEGRAND, „European Legal Systems are not Converging”, *ICLQ* 1996, (52) 60 e.v.; P. LEGRAND, „Against a European Civil Code”, *MLR* 1997, (44) 44 e.v., 60 e.v. Zie over dit bezwaar verder J.M. SMITS, *o.c.*, 45-46. *Contra*: O. LANDO („Some features of the law of Contract in the Third Millennium”, http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature/lando01.htm, nr. 14 e.v.). O. Lando is namelijk van oordeel dat de rechters en academici uit de verschillende lidstaten van de EU een „*common ideology*” hebben, hetgeen het zijns inziens waarschijnlijk maakt dat een geuniformiseerd Europees contractenrecht op uniforme wijze zou worden toegepast. Zie ook en vgl. C. SCHMID, *o.c.*, *JZ* 2001, (674) 675.

(181) P. LEGRAND, „Against a European Civil Code”, *MLR* 1997, (44) 56 e.v.

(182) Vgl. C. SCHMID, *o.c.*, *JZ* 2001, (674) 678.

(183) J.M. SMITS, *o.c.*, 47.

vereiste. Een Europees B.W. zou enkel de tussenstatelijke handel dienen te regelen met instandlating van alle nationale regels die daarmee niets van doen hebben(184).

73. Een opgelegde Europeanisering van het recht zou ook moeilijk verzoenbaar zijn met de logica van het integratieproces. Gegeven de doelstelling van een gemeenschappelijke markt, opereert de Gemeenschap immers als een flexibel systeem, dat dynamische harmonisering prefereert boven een statische codificatie. De codificatiegedachte druist aldus in tegen het actuele stap-voor-stap-beleid van de Europese Unie(185).

74. Bovendien wordt geoordeeld dat het niet vaststaat dat het nut van een Europees B.W. de hoge aanpassingskosten kan rechtvaardigen en derhalve eerst aan de hand van empirische gegevens een kosten/batenanalyse moet worden uitgevoerd(186). Hierbij dient echter rekening gehouden te worden met het feit dat de aanvankelijke aanpassingskosten ook kunnen worden beschouwd als een belangrijke toekomstinvestering die deze kosten mettertijd zou kunnen delgen. Gelet op de moeilijk in te schatten toekomstige ontwikkelingen, is het moeilijk om een kosten/batenanalyse te maken(187).

75. Tegen een Europees B.W. wordt ook nog aangevoerd dat een uniform wetboek een concurrentie van rechtsordes onmogelijk maakt, terwijl deze concurrentie de rechtssubjecten een keuzemogelijkheid biedt en de nationale wetgevers aanspoort tot verbetering van het eigen recht. Hiertegen kan echter worden aangevoerd dat zulke voordelen van de rechtsverscheidenheid zich tot op heden slechts in beperkte mate hebben laten voelen(188). Bovendien kan dit bezwaar ten dele worden ondervangen door gepaste mechanismen te voorzien ter wijziging en verbetering van het eventuele uniforme wetboek(189).

(184) J.M. SMITS, *o.c.*, 47-48.

(185) K. RIEDL, „The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint”, *ERPL* 2000, (71) 80.

(186) U. MATTEL, „A transaction costs approach to the European Code”, *ERPL* 1997, 537-540; C. SCHMID, *o.c.*, *JZ* 2001, (674) 675. Zie ook H. KÖTZ, „Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele”, *RabelsZ* 1986, 1-18.

(187) In deze zin C. SCHMID, *o.c.*, *JZ* 2001, (674) 675.

(188) In deze zin: C. SCHMID, *o.c.*, *JZ* 2001, (674) 675.

(189) C. SCHMID, *o.c.*, *JZ* 2001, (674) 675.

76. Tot slot wordt aangevoerd dat er geen nood bestaat aan een Europees B.W. omdat er enerzijds reeds een zekere rechtseenmaking zou zijn en dat zich reeds flexibele private normen en conflictbeheersingsmechanismen hebben ontwikkeld zoals gestandaardiseerde contractvoorwaarden en procedures voor scheidsgerechten(190). Hiertegen kan echter worden aangevoerd dat er vele actoren zijn, zoals de burger en de KMO's aan wie deze middelen niet of nauwelijks ter beschikking staan. Bovendien staat een Europees B.W. een privaatautonome regeling en conflictbeheersing geenszins in de weg, maar stabiliseert het deze veeleer door de creatie van een transnationale suppletieve rechtsorde(191).

77. Naast de vraag naar de *wenselijkheid* van een Europees B.W. (van het contractenrecht) staat de vraag *hoe* dit zou kunnen worden ingevoerd.

ii) Twee wijzen tot invoering van een Europees B.W.

78. In theorie zou de invoering van een Europees B.W. mogelijk zijn via een communautair instrument of via een verdrag.

79. De eenmaking door middel van een *communautair instrument* zou impliceren dat de instellingen van de EU hetzij via een verordening, hetzij via een richtlijn een Europees wetboek van het contractenrecht zouden opleggen aan respectievelijk de burgers en de lidstaten(192). Deze mogelijkheid wordt door bepaalde rechtsgeleerden bepleit(193).

Ook het Europees Parlement vertoont interesse voor de invoering van een Europees B.W. De laatste tijd vertonen ook de andere instellingen van de EU in aanzienlijke mate interesse voor de eenmaking van het privaatrecht. De verschillende initiatieven die blijk geven van deze interesse zullen verder worden besproken(194). Hier wordt enkel

(190) Bezwaar vermeld doch bekritiseerd of althans gerelativeerd door C. SCHMID, *o.c.*, JZ 2001, (674) 675.

(191) C. SCHMID, *o.c.*, JZ 2001, (674) 675.

(192) Zie J.M. SMITS, *o.c.*, 44.

(193) Zie b.v. J. BASEDOW, „Un droit commun des contrats pour le marché commun”, *RIDC* 1998, 7 e.v. die pleit voor de invoering van een Europees wetboek van het contractenrecht via verordening. Zie ook O. LANDO, „Some features of the law of Contract in the Third Millennium”, http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature/lando01.htm, nr. 17 e.v.; W. TILMANN, „Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft” in P.-C. MÜLLER-GRAFF (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, (485) 486.

(194) *Cf. infra*, nr. 89 e.v.

ingegaan op het probleem van de rechtsgrond voor een Gemeenschapsoptreden.

80. Aangezien de „Gemeenschap handelt binnen de grenzen van de haar door (het EG-Verdrag) verleende bevoegdheden en toegewezen doelstellingen”(195), zijn de instellingen van de EU slechts tot regelgeving bevoegd, indien er een rechtsgrond voor hun optreden kan worden aangeduid.

81. Nu is het uiteraard wel zo dat de kwestie van de bevoegdheid nooit een onoverkomelijk probleem is in de zin dat de lidstaten de EU steeds een uitdrukkelijke bijkomende bevoegdheid kunnen verlenen door een amendering van het EG-Verdrag(196). Een amendering van het EG-Verdrag vereist uiteraard wel de instemming van alle lidstaten van de EU en de aanneming van het wijzigingsverdrag overeenkomstig de constitutionele procedures van elke lidstaat. Voorlopig zijn er echter geen ondubbelzinnige aanduidingen dat de verlening van een bevoegdheid tot het uitvaardigen van een Europees B.W. opgenomen zal worden op de agenda van de eerstkomende Intergouvernementele Conferentie, gepland voor 2004(197).

82. Indien er geen uitdrukkelijke bevoegdheid wordt verleend tot uitvaardiging van een Europees B.W. en de instellingen van de EU hiertoe zouden willen overgaan, dan zouden zij hiertoe een rechtsgrond moeten vinden in het huidige EG-Verdrag. De in aanmerking komende bepalingen zijn de artikelen 94, 95, 61 e.v. en 308 EG-Verdrag.

(195) Zie artikel 5, al. 1 EG-Verdrag.

(196) Zie en vgl. J.M. SMITS, *o.c.*, 25 e.v., 44.

(197) In deze zin: W. VAN GERVEN, „A Common Law for Europe: the Future Meeting the Past?”, *ERPL* 2001, (485) 495. In een nota van het voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie aan het Comité burgerlijk recht van 7 september 2001 betreffende een Ontwerpverslag van de Raad over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied onderling aan te passen, zou men in zekere mate een suggestie kunnen lezen om de kwestie van de bevoegdheid van de EU om op te treden op het gebied van het privaatrecht (in het bijzonder op het gebied van het familie-, huwelijks- en erfrecht), te bespreken op de Intergouvernementele Conferentie van 2004 (Zie <http://register.consilium.eu.int/pdf/nl/01/st11/11621nl1.pdf>, nr. 4). Deze suggestie werd echter niet overgenomen in het uiteindelijke verslag dat werd aangenomen door de Raad op 16 november 2001 (hierna: Verslag van de Raad van de Europese Unie over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied aan te passen). Dit verslag is enkel kenbaar uit een nota van 29 oktober 2001 van het Comité burgerlijk recht aan het Coreper en de Raad betreffende een Ontwerp-verslag van de Raad over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied aan te passen (Zie <http://register.consilium.eu.int/pdf/nl/01/st13/13017nl1.pdf>); het werd ongewijzigd aangenomen door de Raad maar werd nadien niet meer gepubliceerd.

83. Artikel 94 (ex artikel 100) EG-Verdrag laat Gemeenschapsoptreden toe voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt. Dit artikel lijkt echter niet geschikt als rechtsbasis voor de invoering van een Europees B.W. Dit is enerzijds het geval omdat het artikel enkel richtlijnen toelaat en richtlijnen geen wenselijk instrument lijken te zijn tot invoering van een Europees B.W.(198). Anderzijds is dit het geval omdat het artikel erin voorziet dat de richtlijnen op voorstel van de Commissie wel met unanimititeit binnen de Raad, maar slechts na raadpleging van het Europees Parlement (en het Economisch en Sociaal Comité) kunnen worden genomen.

84. Artikel 95 (ex artikel 100 A) EG-Verdrag staat de Raad toe volgens de procedure van artikel 251 EG-Verdrag en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité maatregelen vast te stellen inzake de onderlinge aanpassing van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen. Dit artikel wordt door het Hof van Justitie echter restrictief geïnterpreteerd. In een arrest van 5 oktober 2000 oordeelde het Hof van Justitie immers met betrekking tot de draagwijdte van dit artikel dat een op basis van het betreffende artikel vastgestelde handeling metterdaad tot doel moet hebben de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren. Zo de loutere vaststelling van verschillen tussen nationale regelingen en van het abstracte risico van daaruit voortvloeiende belemmeringen van de fundamentele vrijheden of mededingingsverstoringen volstond om de keuze van artikel 100 A als rechtsgrond te rechtvaardigen, zou het rechterlijk toezicht op de eerbiediging van de rechtsgrond, volgens het Hof, niet meer doeltreffend kunnen zijn(199). Het is zeer de vraag of het artikel, aldus geïnterpreteerd, nog een rechtsgrond biedt voor een Europees B.W. van het contractenrecht. Voor zover het Europees B.W. bovendien nog bepalingen inzake familie-, huwelijks- en erfrecht zou bevatten, zal artikel 95 EG-Verdrag hiervoor helemaal geen rechtsgrond meer kunnen vormen. Dit laatste werd erkend door het hierna besproken verslag van de Raad van de Europese Unie die echter oordeelde dat de bevestiging van het beginsel van het vrije

(198) Zie hierover: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/academics_en.html, nrs. 92 e.v.

(199) H.v.J. 5 oktober 2000, C-376/98, *Jur. H.v.J.* 2000, I-8419, nr. 84.

verkeer van personen en de wil om een heuse ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot stand te brengen, een rechtvaardiging zou kunnen vormen voor het nemen van maatregelen op deze gebieden(200).

85. Met het oog op het totstandbrengen van een dergelijke ruimte neemt de Raad volgens artikel 61 EG-Verdrag onder andere maatregelen aan op het gebied van justitiële samenwerking in burgerlijke zaken, als bepaald in artikel 65 EG-Verdrag. Artikel 65 EG-Verdrag noemt een reeks van maatregelen op het gebied van de samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen die in overeenstemming met de procedure van artikel 68 EG-Verdrag en voor zover nodig voor de goede werking van de interne markt moeten worden genomen. De invoering van een burgerlijk wetboek wordt hierbij niet genoemd. Wel is het zo dat de lijst van artikel 67 EG-Verdrag niet limitatief is. Ze zal echter enkel kunnen worden aangevuld met maatregelen op het gebied van samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen. Bovendien zullen deze slechts kunnen worden genomen (in overeenstemming met artikel 67 EG-Verdrag en) voor zover nodig voor de goede werking van de interne markt. Zonder enige „forcering” van deze rechtsgrond lijkt het niet mogelijk om de invoering van een Europees burgerlijk wetboek hierop te steunen(201).

86. Een laatste denkbare rechtsgrond is artikel 308 (ex artikel 235) EG-Verdrag. Dit artikel laat het nemen van maatregelen toe indien een optreden van de Gemeenschap noodzakelijk blijkt om in het kader van de gemeenschappelijke markt één der doelstellingen van de Gemeenschap te verwezenlijken zonder dat het EG-Verdrag in de daartoe vereiste bevoegdheden voorziet. Deze maatregelen kunnen door de Raad met eenparigheid van stemmen op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement worden genomen. Met betrekking tot dit artikel wees het Hof van Justitie er in een advies op dat deze rechtsgrond niet kan worden gebruikt door de EU-instellingen voor het stellen van handelingen waarvan de institutionele im-

(200) Verslag van de Raad van de Europese Unie over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied aan te passen, *gecit.*, nr. 3. *Cf. infra*, nr. 90.

(201) Zie en vgl. W. VAN GERVEN, „Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?”, *ERPL* 1997, (465) 469; W. TILMANN en W. VAN GERVEN, „Die Kompetenz der EU zur Schaffung eines einheitlichen Europäischen Vermögensrechts” in C. VON BAR (ed.), *Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch*, *JURI* — 103 DE, 1999, nrs. 38 e.v.

plicaties zowel voor de Europese Gemeenschappen als voor de lidstaten ingrijpend zouden zijn(202). Met Van Gerven kan men zich afvragen of dit een beletsel zou kunnen vormen voor de oplegging van een burgerlijk wetboek aan de *common law*-landen(203).

87. Bovendien moet erop worden gewezen dat het optreden van de instellingen van de EU, zelfs indien er voor hun optreden een rechtsgrond wordt gevonden, beperkt wordt door het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel(204). Op grond van het subsidiariteitsbeginsel mag de Gemeenschap op gebieden die niet binnen haar exclusieve bevoegdheden vallen(205), slechts optreden indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt(206). Op grond van het evenredigheidsbeginsel mag het optreden van de Gemeenschap niet verder gaan dan nodig om de doelstellingen van het EG-Verdrag te verwezenlijken(207).

88. De eenmaking door *verdrag* zou vereisen dat een ontwerpverdrag wordt opgesteld door experts, aangeduid door de verschillende lidstaten, en dit vervolgens wordt aangenomen door de lidstaten in overeenstemming met hun constitutionele procedures. Het verdrag zou in werking treden in de lidstaten die het zouden hebben goedgekeurd nadat het door een bepaald aantal landen zou zijn geratificeerd. Deze methode lijkt verkieslijk omdat ze geen bevoegdheidsproblemen stelt. Zij lijkt ook verkieslijk vanuit het standpunt van de democratische legitimiteit(208).

(202) H.v.J. Advies 2/94 van 28 maart 1996, *Jur. H.v.J.* 1996, I-1759, nr. 35.

(203) Zie W. VAN GERVEN, „Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?“, *ERPL* 1997, (465) 468; –, „A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past?“, *ERPL* 2001, (485) 497, vn. 34.

(204) Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, COM (2001) 398, http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/cont_law_02_nl.pdf, nr. 42; ook verschenen in *PB. C.* 13 september 2001, afl. 255, 0001, nr. 42; Verslag van de Raad van de Europese Unie over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied aan te passen, *gecit.*, nr. 4.

(205) Opgemerkt kan worden dat artikel 95 EG-Verdrag door Adv.-Gen. FENNELLY in zijn conclusies (nr. 131-145) voor de Tobacco-zaak (H.v.J. 5 oktober 2000, nr. C-376/98, *Jur. H.v.J.* 2000, I-8419) als een exclusieve bevoegdheid werd aangemerkt.

(206) Artikel 5, al. 2 EG-Verdrag.

(207) Artikel 5, al. 3 EG-Verdrag.

(208) W. VAN GERVEN, *o.c.*, *ERPL* 2001, (485) 496-197.

iii. (Politieke) waarschijnlijkheid van de invoering van een Europees B.W. op korte termijn

89. Het *Europees Parlement* drukte reeds in twee resoluties van 1989 respectievelijk 1994 het verlangen uit dat de Commissie een begin zou maken met de werkzaamheden met het oog op de eventuele opstelling van een gemeenschappelijk Europees wetboek van het privaatrecht(209). De Commissie gaf aanvankelijk echter geen gevolg aan de wensen van het Parlement. Het Europees Parlement liet vervolgens een wetenschappelijke studie uitvoeren omtrent de eventuele opstelling van een Europees burgerlijk wetboek(210). In een resolutie van 16 maart 2000 over het programma van de wetgevende werkzaamheden van de Commissie drong het Europees Parlement opnieuw aan op een verdergaande harmonisering op het gebied van het burgerlijk recht. Het Europees Parlement oordeelde meer bepaald dat een dergelijke verdergaande harmonisering van essentieel belang was geworden in de interne markt en verzocht de Commissie een studie dienaangaande te verrichten(211). Dit maal reageerde de *Commissie* wel. In haar antwoord van 25 juli 2000 aan het Europees Parlement verklaarde de Commissie dat ze „de andere instellingen van de Gemeenschap en het publiek een mededeling (zou) voorleggen om een gedetailleerd en alomvattend debat op gang te brengen”(212). De bedoelde mededeling werd inmiddels voorgelegd in een document dd. 11 juli 2001. De mededeling beschrijft de actuele toestand inzake het verbintenissenrecht en wijst op een aantal problemen voor de interne markt. Ze beschrijft verder vier alternatieve mogelijkheden voor

(209) Resolutie A2-157/89 over een poging tot harmonisatie van het privaatrecht in de lidstaten, *PB. C.* 26 mei 1989, afl. 158, 400; Resolutie A3-0329/94 over de harmonisatie van bepaalde sectoren van het privaatrecht van de lidstaten, *PB. C.* 6 mei 1994, afl. 205, 518, waarover W. TILMANN, „Zweiter Kodifikationsbeschluß des Europäischen Parlaments”, *ZEuP* 1995, 534-551. Er kan worden opgemerkt dat het Europees Parlement in de resolutie van 1994 uitdrukkelijk verklaarde dat zij het wenselijk achtte bij de werkzaamheden ter harmonisering van het contractenrecht de Lando-Commissie te blijven steunen.

(210) Deze studie werd uitgevoerd onder de algemene wetenschappelijke leiding van Von Bar. Ze resulteerde in oktober 1999 in een publicatie met de titel „*Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches*” (JURI 103 DE). Deze studie beval de wetenschappelijke voorbereiding aan van eenvormige rechtsteksten voor de domeinen waarin daar nood aan bestaat om, wanneer deze werkzaamheden ten einde lopen, in het licht van de dan bestaande politieke en juridische verhoudingen te beslissen welk instrument voor hun doorvoering gebruikt dient te worden.

(211) Resolutie B5-0228, 0229 en 0230/2000, *PB. C.* 29 december 2000, afl. 377, (323) 326.

(212) Aldus geciteerd in nr. 3 van de hierna te bespreken Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, COM (2001) 398, http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/cont_law_02_nl.pdf, ook verschenen in *PB. C.* 13 september 2001, afl. 255, 0001. Zie hierover D. STAUEMAYER, „Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht”, *EuZW* 2001, 485-489.

toekomstige EU-initiatieven op het gebied van het verbintenissenrecht: het uitblijven van enig optreden van de Gemeenschap en het overlaten van de oplossing van de problemen aan de markt; het bevorderen van de ontwikkeling van gemeenschappelijke beginselen van het verbintenissenrecht, met als doel het nader tot elkaar brengen van de nationale wetgevingen; het verbeteren van de kwaliteit van de bestaande wetgeving en het goedkeuren van alomvattende wetgeving op het niveau van de Gemeenschap. De Commissie wijst erop dat ook andere alternatieven denkbaar zijn en dat ook een combinatie van de genoemde alternatieven tot de mogelijkheden behoort. Door middel van de mededeling wenst de Commissie informatie te verzamelen om de behoefte aan verdergaande actie op EU-niveau betreffende het verbintenissenrecht te kunnen beoordelen, in het bijzonder omdat de huidige benadering van geval tot geval mogelijkwijze niet alle potentiële problemen kan oplossen(213) en het debat te verbreden door alle betrokken partijen (o.a. consumenten, bedrijven, beroepsorganisaties, overheden en instellingen, en de academische wereld) aan te sporen tot het leveren van een bijdrage. Indien de reacties op de mededeling zouden wijzen op belemmeringen voor de werking van de interne markt die niet op bevredigende wijze door de gevalsgewijze benadering zouden kunnen worden opgelost(214), zou er — aldus de mededeling — over een horizontale maatregel resulterend in een alomvattende harmonisatie van het verbintenissenrecht op het niveau van de Unie kunnen worden gedacht. De Commissie erkent wel dat haar mogelijkheden evenals deze van de andere EU-instellingen om iets te doen, beperkt zijn en onderworpen zijn aan het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel, bedoeld in artikel 5 van het EG-Verdrag. In een resolutie van 15 november 2001(215) die een reactie inhoudt op de mededeling van de Commissie van 11 juli 2001(216), betreurt het Europees Parlement en uit het zijn verbazing over het feit dat de

(213) Hieraan wordt echter toegevoegd dat dit geen belemmering vormt voor het recht van initiatief van de Commissie om, indien daar behoefte aan bestaat, in de toekomst voorstellen te doen voor specifieke maatregelen inzake onderdelen van het verbintenissenrecht. Zie Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, *gecit.*, nr. 10.

(214) De reacties dienden in beginsel aan de Commissie te worden bezorgd vóór 15 oktober 2001. De Commissie heeft inmiddels echter besloten om ook later toekomstige reacties in aanmerking te nemen. Een specifieke einddatum voor het indienen van reacties is niet meer vastgesteld. Wel dringt de Commissie erop aan om de reacties zo snel mogelijk in te dienen.

(215) Resolutie A5-0384/2001 over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten, <http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?PRG=CALEND&APP=PV2&LANGUE=NL&TPV=PROV&FILE=011115>

(216) http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/cont_law_02_nl.pdf en *PB. C.* 13 september 2001, afl. 255, 0001.

Commissie zich heeft beperkt tot het probleem van de harmonisatie van het verbintenissenrecht(217). Het Europees Parlement wijst verder op de noodzaak om te streven naar een doelgerichte harmonisatie van het verbintenissenrecht indien wederzijdse erkenning van nationale voorschriften niet kan worden toegepast en afwijking van deze voorschriften resulteert in belemmeringen voor het functioneren van de interne markt, zoals gedefinieerd door het Hof van Justitie in zijn arrest van 5 oktober 2000(218)(219). Het Europees Parlement acht het zinvol om als „keuzerecht” overeenkomstig het internationaal privaatrecht een Europees rechtsstatuut in de vorm van een verordening op te stellen waarvan in het rechtsverkeer gebruik kan worden gemaakt(220). Verder dringt het Parlement er bij de Commissie op aan om met voorstellen te komen ter herziening van de bestaande consumentenbeschermingsrichtlijnen op het terrein van het verbintenissenrecht ter eliminatie van de minimumharmonisatieclausules(221) en stelt het vast dat de huidige problemen in verband met de sluiting, interpretatie en toepassing van overeenkomsten niet kunnen worden opgelost indien niet ook de vraagstukken in verband met de algemene vormvoorschriften, de buitencontractuele aansprakelijkheid, de rechtsregels inzake ongerechtvaardigde verrijking en het zakelijk recht worden aangepakt(222). Het Parlement is verder voldaan over de mededeling van de Commissie en verzoekt haar om na uitvoerige raadpleging van wetenschappers een actieplan voor te leggen dat een aantal door het Europees Parlement nader omschreven stappen bevat en ertoe zou leiden dat vanaf 2010 begonnen kan worden met de uitwerking en goedkeuring van een *corpus* van voorschriften inzake het verbintenissenrecht van de Europese Unie(223). Tot slot kan erop worden gewezen dat het Europees Parlement van mening is dat, gelet

(217) Resolutie A5-0384/2001 over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten, *gecit.*, nr. 9.

(218) H.v.J. 5 oktober 2000, nr. C-376/98, *Jur. H.v.J.* 2000, I-8419.

(219) Resolutie A5-0384/2001 over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten, *gecit.*, nr. 10.

(220) Resolutie A5-0384/2001 over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten, *gecit.*, nr. 11.

(221) Resolutie A5-0384/2001 over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten, *gecit.*, nr. 12.

(222) Resolutie A5-0384/2001 over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten, *gecit.*, nr. 14.

(223) In het kader van deze bijdrage kan niet worden ingegaan op de precieze invulling van het door het Europees Parlement voorgestelde stappenplan, zie hiervoor http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?PRG=DOCPV&APP=PV2&LANGUE=NL&SDOCTA=7&TXTLST=1&POS=1&Type_Doc=RESOL&TPV=PROV&DATE=151101&PrgPrev=TYPEF@A5|PRG@QUERY|APP@PV2|FILE@BIBLIO01|NUMERO@384|YEAR@01|PLAGE@1&TYPEF=A5&NUMB=1&DATEF=011115

op de thans urgente problemen, primair de werkzaamheden ter harmonisering van het internationaal burgerlijk procesrecht, de erkenning van vonnissen en de rechtshulp bespoedigd moeten worden(224).

90. Ook de *Raad van de Europese Unie* vertoont interesse voor de eenmaking van het privaatrecht. In een verslag van de Raad over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied aan te passen, oordeelt de Raad — na kort te hebben stilgestaan bij het probleem van de rechtsgrond voor een Gemeenschapsoptreden(225) — dat voor zover een grotere onderlinge aanpassing van het materieel recht van de lidstaten, hetzij door harmonisatie, hetzij door unificatie nodig zou blijken, deze als een aanvullend middel moet worden beschouwd en niet als een alternatief voor andere middelen die een harmonische ontwikkeling van de juridische verhoudingen binnen de Unie mogelijk maken(226). Indien zich een noodzaak tot harmonisatie voordoet, kan volgens het verslag, de voorkeur worden gegeven aan een meer horizontale aanpak, die gericht is op de totstandbrenging van een Europese „gemeenschappelijke kern” van privaatrecht, veel-er dan aan een verticale op het onderwerp gebaseerde harmonisatie(227). Voor een antwoord op de vraag of en in welke mate harmonisering nodig is, wacht de Raad, volgens het verslag, echter op de resultaten van verdere bestudering van het probleem door de Com-

(224) Resolutie A5-0384/2001 over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten, *gecit.*, nr. 17.

(225) In het Verslag van de Raad van de Europese Unie over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied aan te passen wordt vastgesteld dat universitaire studies hebben aangetoond dat er een economisch argument bestaat voor een convergentie van het verbintenissenrecht en dat verschillen tussen nationale wetgevingen op het gebied van het verbintenissenrecht „volgens sommigen” een negatieve invloed kunnen hebben op grensoverschrijdende transacties en op de werking van de interne markt. Er wordt verder op gewezen dat deze overwegingen van economische aard niet op dezelfde wijze kunnen worden toegepast op andere sectoren van het privaatrecht, als het familie-, huwelijks-, en erfrecht. Wel wordt geoordeeld dat de bevestiging van het beginsel van het vrije verkeer van personen en de wil om een heuse ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot stand te brengen, een rechtvaardiging kunnen vormen voor het nemen van maatregelen op deze gebieden. Er wordt geoordeeld dat, indien harmonisatiemaatregelen nodig blijken, moet worden nagegaan of het institutioneel kader met name in de context van artikel 61 e.v. van hoofdstuk IV van het EG-Verdrag afdoende is, rekening houdend met het subsidiariteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel en dat beraad over de noodzaak van optreden op deze gebieden kan worden gevoerd, voor zover rekening wordt gehouden met de problematiek van de rechtsgrondslagen. Zie Verslag van de Raad van de Europese Unie over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied aan te passen, <http://register.consilium.eu.int/pdf/nl/01/st13/13017nl1.pdf>, nr. 2-4. Zie ook *supra*, nr. 80 e.v., i.h.b. nr. 84.

(226) Verslag van de Raad van de Europese Unie over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied aan te passen, *gecit.*, nr. 5.

(227) Verslag van de Raad van de Europese Unie over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied aan te passen, *gecit.*, nr. 11.

missie(228). Uit een sedertdien opgestelde nota dd. 6 december 2001 van het voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie aan de Raad Algemene Zaken en de Europese Raad blijkt dat de besprekingen zullen worden voortgezet op basis van het verslag van 16 november 2001. In deze nota wordt verder beklemtoond dat het wenselijk is dat bepaalde prioriteiten opnieuw worden bevestigd en dat het tempo van de behandeling van een aantal dossiers wordt opgevoerd. In dit verband doet de Raad een aantal aanbevelingen. Deze aanbevelingen betreffen echter allemaal punten van gerechtelijk recht en IPR. De opstelling van een Europees B.W. wordt niet genoemd(229). Vervolgens verzocht het secretariaat-generaal van de Raad het Coreper en de Raad nota te nemen van dit document, evenals van een „scorebord” van de Commissie(230) dat een balans geeft van hetgeen na de Europese Raad van Tampere(231) is totstandgebracht en deze documenten vervolgens over te maken aan de Europese Raad(232).

91. In 1999 verzocht het voorzitterschap van de *Europese Raad* van Tampere, waarnaar in het vorige nummer reeds werd verwezen, een alomvattende studie uit te voeren over de noodzaak om de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied onderling aan te passen teneinde de belemmeringen voor een goede rechtsgang in burgerlijke zaken weg te werken(233). In de conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad van Laken (14-15 december 2001) werd erop gewezen dat de inspanningen om de problemen die samenhangen met de verschillen tussen de rechtsstelsels te overwinnen, moeten worden voortgezet. Hieraan werd wel toegevoegd dat dit met name dient te geschieden door de erkenning van rechterlijke beslissingen op zowel civiel- als strafrechtelijk gebied te bevorderen(234). Er werd dus niet meteen aangestuurd op de invoering van een Europees B.W.

(228) Verslag van de Raad van de Europese Unie over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied aan te passen, *gecit.*, nr. 12 en 21.

(229) <http://register.consilium.eu.int/pdf/nl/01/st14/14926n11.pdf>, p. 5-6.

(230) <http://register.consilium.eu.int/pdf/nl/01/st14/14926n11.pdf>

(231) *Cf. infra*, nr. 91.

(232) Zie nota I/A-punt van het secretariaat-generaal van de Raad aan het Comité van permanente vertegenwoordigers/de Raad, <http://register.consilium.eu.int/pdf/nl/01/st14/14926n11.pdf>

(233) Conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad van Tampere, Finland, 15 en 16 oktober 1999, *Bull. EU* oktober 1999, nr. 39. Het hiervoor besproken optreden van het Europees Parlement en van de Commissie in de jaren 2000-2001 moet gezien worden tegen de achtergrond van de impulsen gegeven door de Europese Raad van Tampere.

(234) <http://www.eu2001.be/Main/Frameset.asp?reference=01-01&lang=nl&sess=86365631&nr.45>.

92. Bij wijze van besluit kan worden gesteld dat de instellingen van de EU en in het bijzonder het Europees Parlement in belangrijke mate interesse tonen voor de eenmaking van het contracten- en zelfs privaatrecht en hierbij in meer of mindere mate spelen met de gedachte aan een Europees B.W. Vooral het Europees Parlement is deze gedachte genegen. Het door het Europees Parlement ontworpen actieplan beoogt op betrekkelijk korte termijn, vanaf 2010, te beginnen met de uitwerking en goedkeuring van een corpus van voorschriften inzake het verbintenissenrecht van de EU.

M.i. lijkt het echter weinig waarschijnlijk dat binnen een korte termijn zal worden overgegaan tot de invoering van een Europees B.W. Vooreerst blijkt uit de reeds bekendgemaakte reacties op de mededeling van de Commissie van 11 juli 2001 slechts een zeer beperkt enthousiasme voor de invoering van een Europees B.W. op korte termijn(235). Bovendien kan worden verwacht dat het probleem van de rechtsgrondslag en de te verwachten discussies over de wijze van invoering van het B.W. een remmende invloed zullen uitoefenen. De ervaring met nationale wetboeken (bijv. het N.B.W.) leert overigens dat de invoering van een Burgerlijk wetboek een zeer tijdrovende aangelegenheid is; dit zal *a fortiori* het geval zijn wanneer het wetboek dient te gelden voor een rechtsgebied dat voordien geen uniform recht kende. De invoering van een Europees B.W. lijkt derhalve niet voor de nabije toekomst te zijn. Dit betekent echter niet dat men in de nabije toekomst niet moet en zal evolueren naar een (meer) gemeenschappelijk Europees contractenrecht of privaatrecht. Dit brengt ons tot de tweede wijze van eenmaking, de organische eenmaking, de eenmaking „*from below*”.

2. Organische eenmaking

93. Volgens een bepaalde opvatting dient de eenmaking „*from below*” gelijk te worden gesteld met optionele eenmaking. Dit houdt in dat de partijen vrijwillig kunnen beslissen of zij het eengemaakte recht al dan niet op hun overeenkomst van toepassing verklaren(236). Deze functie van de PECL werd hoger reeds behandeld(237). M.i. kan aan de eenmaking „*from below*” een ruimere inhoud worden gegeven. Ook de eenmaking die voortvloeit uit het feit dat nationale rechts-

(235) Voor deze reacties, zie http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/governments_en.html

(236) K. RIEDL, „The work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint”, *ERPL* 2000, (71) 80-81.

(237) *Cf. supra*, nr. 45 e.v.

stelsels naar mekaar toegroeien, bijvoorbeeld doordat nationale wetgevers en rechters zich inspireren op uniforme teksten zoals de *PECL*(238), door de invloed van de doctrine die de *common core* van de rechtsstelsels van de lidstaten van de EU blootlegt en door de invloed van het rechtsonderwijs waarin diezelfde *common core* kan worden benadrukt(239). De *PECL* vormen in dit opzicht een bewonderenswaardig werk waarin die *common core* voor een aanzienlijk deel van het contractenrecht wordt blootgelegd.

Bovendien introduceren de *PECL* een gemeenschappelijke Europese terminologie voor het contractenrecht.

Verwacht kan worden dat zij op deze wijze — onrechtstreeks — een belangrijke bijdrage zullen leveren tot de organische eenmaking van het Europese contractenrecht.

3. Een moderne formulering van een Europese *lex mercatoria*

94. De discussie over het bestaan van en de nood aan een *lex mercatoria* is, zowel uit praktisch als uit theoretisch oogpunt, één van de belangrijkste debatten met betrekking tot het internationale handelsrecht(240). Op deze problematiek kan hier echter niet worden ingegaan. Hierna zal enkel de vraag aan de orde komen of een verwijzing naar de *lex mercatoria* of een gelijkaardige bepaling, de toepassing van de *PECL* verantwoordt.

Wat betreft de geldigheid van een rechtskeuze voor de *lex mercatoria*, dient een onderscheid te worden gemaakt naargelang de zaak voor nationale rechters, dan wel voor arbiters wordt gebracht.

95. Vrij algemeen wordt aangenomen dat *nationale rechters* van de EU-lidstaten op grond van het EVO geen conflictenrechtelijke rechtskeuze voor de *lex mercatoria* kunnen toestaan(241). Bovendien lijkt het de nationale rechter niet toegelaten te zijn om een keuze voor de *lex mercatoria* te beschouwen als een (materieelrechtelijke) rechts-

(238) *Cf. infra*, nr. 101.

(239) Vgl. O. LANDO, „Some features of the law of Contract in the Third Millennium”, http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature/lando01.htm, nr. 17 e.v.

(240) In deze zin: O. LANDO, „Die Regeln des Europäischen Vertragsrecht” in P.-C. MÜLLER-GRAFF (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, (473) 481.

(241) Zie R. MICHAELS, „Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien”, *RabelsZ* 1998, (580) 602. Anders: A. KAPPUS, „Lex mercatoria als Geschäftstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht”, *IPRax* 1993, (137) 138-140. Zie en vergelijk *supra* nr. 48.

keuze voor de *PECL*, indien de wil van de partijen niet duidelijk vast staat(242).

96. Voor *arbiters* ligt de zaak anders. In de arbitrale rechtspraak wordt een conflictenrechtelijke keuze voor de *lex mercatoria* over het algemeen wel geldig geacht(243). Het feit dat de *PECL* zichzelf naar voren schuiven als een formulering van de *lex mercatoria* en bepalen dat zij van toepassing zullen zijn wanneer de partijen stipuleren dat hun overeenkomst beheerst zal worden door de *lex mercatoria*, de algemene rechtsbeginselen of een gelijkaardige formulering(244), kan echter enkel worden beschouwd als een suggestie van de opstellers van de *PECL* aan arbiters die worden geconfronteerd met een contract dat beheerst wordt door de *lex mercatoria*. De regels van de *PECL* hebben op zichzelf immers geen verbindende kracht. De vraag of een keuze voor de *lex mercatoria* de toepassing van de *PECL* rechtvaardigt, zal in de eerste plaats dan ook afhangen van de interpretatie van de bedoeling van de partijen(245). Tegen het aannemen dat de partijen met een keuze voor de *lex mercatoria* een keuze voor de *PECL* beogen, spreekt dat de partijen de *PECL* rechtstreeks van toepassing kunnen verklaren indien zij dat wensen(246). Een keuze voor de *lex mercatoria* zou dan in feite kunnen worden geïnterpreteerd als een keuze voor *andere* regels dan deze van de *PECL*. Anderzijds kan men dan weer aannemen dat de partijen bij een internationale overeenkomst vaak op de hoogte zullen zijn van het feit dat de *PECL* (overigens evenals de *Unidroit Principles*) pretenderen een formulering van de *lex mercatoria* te zijn. Voor een toepassing van de *PECL* ingeval van een keuze voor de *lex mercatoria* spreekt ook dat een keuze voor de *lex mercatoria* nauwelijks meer is dan een opdracht aan de arbiter om algemene rechtsbeginselen op te sporen en dat is grotendeels eveneens hetgeen de opstellers van de *PECL* (zoals die van de *Unidroit Principles*) hebben gedaan(247). Bovendien is het zo dat, zelfs wanneer de arbiter van oordeel zou zijn dat de partijwil niet kan worden uitgelegd als een wil tot incorporatie van de *PECL*, de

(242) Vgl. R. MICHAELS, *o.c.*, *RabelsZ* 1998, (580) 602.

(243) Zie en vgl. nr. 54 e.v.

(244) Artikel 1.101 *PECL*; O. LANDO en H. BEALE, *o.c.*, xxiv.

(245) C.-W. CANARIS, „Die Stellung der ‘UNIDROIT Principles’ und der ‘Principles of European Contract Law’ im System der Rechtsquellen” in J. BASEDOW (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, (7) 27. Vgl. R. MICHAELS, *o.c.*, *RabelsZ* 1998, (580) 602.

(246) Vgl. R. MICHAELS, *o.c.*, *RabelsZ* 1998, (580) 602.

(247) R. MICHAELS, *o.c.*, *RabelsZ* 1998, (580) 602.

PECL onder omstandigheden toch op bepaalde punten wezenlijke aanknopingspunten kunnen geven voor de *lex mercatoria* of de algemene rechtsbeginselen en op deze wijze toch nog invloed kunnen uitoefenen(248).

Problematisch is wel de verhouding tussen de *PECL* en de *Unidroit Principles*. Zoals hoger reeds werd aangegeven, beogen beide immers een formulering te zijn van de *lex mercatoria*. Voor een groot deel zijn de beide regelsystemen weliswaar gelijklopend. De detailverschillen dwingen echter tot een beslissing ten gunste van het ene dan wel het andere systeem. Ter oplossing van het conflict tussen de *PECL* en de *Unidroit Principles* stellen bepaalde auteurs een geografisch criterium voor. Wanneer er enkel aanknopingspunten zijn met Europese staten, dan zouden de *PECL* de voorkeur verdienen, wanneer dit niet het geval is, zouden de *Unidroit Principles* de voorkeur verdienen(249).

Een bijkomend probleem rijst wanneer de partijen naar de *lex mercatoria* verwijzen bij een transactie waarbij er nog andere uniforme regels zoals het Weense Koopverdrag of de *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP)* in aanmerking komen. Voor zover deze „bijzondere” uniforme regels afwijken van de regels van de *PECL*, zou men kunnen aannemen dat de bijzondere regels de voorkeur verdienen op basis van een analoge toepassing van het adagium „*lex specialis derogat legi generali*”. Men zou kunnen betogen dat dit slechts anders zou zijn indien na interpretatie van de bedoeling van de partijen blijkt dat zij met de verwijzing naar de *lex mercatoria* in feite een verwijzing naar een bepaald uniform geheel van regels, b.v. de *PECL* beoogden. In dat geval zou het door de partijen aangewezen geheel van regels, gelet op het primaat van de partijautonomie, de voorkeur verdienen(250). Bepaalde auteurs zijn echter van oordeel dat, in de mate waarin de *PECL*, de *Unidroit Principles* en het Weense Koopverdrag (m.i. zou men hier ook andere

(248) C.-W. CANARIS, o.c. in J. BASEDOW (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, (7) 27.

(249) K. BOELE-WOELKI, *Principles en IPR. Enkele beschouwingen over de toepassing van de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law op internationale overeenkomsten*, Lelystad, Koninklijke vermande, 1995, 13-14; K. BOELE-WOELKI, „Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge”, *IPRax* 1997, (161) 165.

(250) Vgl. K. BOELE-WOELKI, *Principles en IPR. Enkele beschouwingen over de toepassing van de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law op internationale overeenkomsten*, Lelystad, Koninklijke vermande, 1995, 21. De auteur behandelt weliswaar enkel de vraag of een uitdrukkelijke keuze voor de *Principles* de toepassing uitsluit van het Weense Koopverdrag en andere verdragen die uniform recht bevatten en wier toepassingsgebied op een gelijkaardige manier is geformuleerd.

uniforme teksten aan kunnen toevoegen, zoals de *UCP*) niet tot gelijke oplossingen komen, zij geen uiting geven aan de *lex mercatoria*(251).

97. Bij wijze van besluit kan worden gesteld dat het denkbaar is dat de *PECL* een rol zullen spelen wanneer de partijen hun contract onderwerpen aan de *lex mercatoria*. Het is tevens denkbaar dat de partijen die hun contract voorheen onderwierpen aan de *lex mercatoria*, nu uitdrukkelijk zullen opteren voor de *PECL*. Op die manier zouden de *PECL* (en buiten Europa de *Unidroit Principles*) de rol van de *lex mercatoria* in zekere mate kunnen overnemen. Wanneer arbiters effectief zouden ingaan op de uitnodiging van de opstellers van de *PECL* om zich te steunen op de *PECL* ingeval de partijen hun verhouding onderwerpen aan de *lex mercatoria* of een andere vage formulering, dan lijkt dit zelfs het einde te betekenen van de *lex mercatoria* als afzonderlijke rechtsbron(252). Dit zou weliswaar bijdragen tot de rechtszekerheid aangezien de regels van de *PECL* in tegenstelling tot deze van de traditionele *lex mercatoria* (vrij) duidelijk vastliggen en gemakkelijk te vinden zijn. Anderzijds lijken de *PECL*, alleszins voorzover zij nieuwe, niet op de praktijk gesteunde regels formuleren niet echt aanspraak te kunnen maken op de hoedanigheid van *lex mercatoria*.

4. Steun aan instellingen van de EU bij het opstellen van Gemeenschapsmaatregelen en aan rechters en arbiters bij de toepassing van Gemeenschapsmaatregelen

98. Zoals hoger reeds werd aangegeven, vormt de Gemeenschapswetgeving aangaande het contractenrecht thans een weinig gestructureerd en uniform geheel. Aan deze toestand kunnen de *PECL* m.i. weinig veranderen. Hieraan kan m.i. enkel verholpen worden door de opstelling van een volledig wetboek van het Europees contractenrecht met inbegrip van het consumentenrecht, met alle nadelen vanden(253). Wel lijkt het zeer waarschijnlijk (en zeer wenselijk) dat de instellingen van de Europese Gemeenschap zich in de toekomst bij het opstellen van maatregelen zullen inspireren op de *PECL*. Alleszins bieden de *PECL* de instellingen van de EU een neutrale terminologie en een vrij goed overzicht van de staat van het recht van de lidstaten aangaande grote delen van het contractenrecht.

(251) R. MICHAELS, o.c., *RabelsZ* 1998, (580) 603.

(252) Vgl. R. MICHAELS, o.c., *RabelsZ* 1998, (580) 616-617.

(253) Cf. *supra*, nr. 67 e.v.

99. Op welke wijze kunnen de *PECL* rechters en arbiters steun bieden bij de toepassing van Gemeenschapsmaatregelen? Aangezien de Gemeenschapsmaatregelen op het terrein van het contractenrecht de vorm aannemen van een richtlijn, dienen zij omgezet te worden in nationaal recht vooraleer zij uitwerking krijgen in de nationale rechtsorde. In principe dienen de nationale bepalingen ter omzetting van de richtlijnen vervolgens „richtlijnconform” te worden uitgelegd(254). De *PECL* zouden een rol kunnen spelen bij de uitlegging van de richtlijnen en onrechtstreeks — via de richtlijnconforme interpretatie — van het nationale recht ter omzetting van de richtlijnen. Over het algemeen is men zich in de praktijk vaak echter niet echt bewust van de „gemeenschapsorigine” van de betreffende regels. De *PECL* zullen ten aanzien van deze regels dus grotendeels dezelfde rol (kunnen) spelen als ten aanzien van „echte” nationale regels(255).

100. De *PECL* zullen tevens steun kunnen bieden bij de toepassing van het EVO. Ik geef hiervan een concreet voorbeeld. Voor eenzijdige beloften bestaat er geen eigen algemeen aanvaarde verwijzingscategorie. Het ruime contractsbegrip van de *PECL* kan m.i. een argument bieden om eenzijdige beloften besloten te achten onder het toepassingsgebied van het EVO(256). Ook voor de bepaling van de plaats van uitvoering van een verbintenis in de zin van artikel 5 EEX zou men in de toekomst een beroep kunnen doen op de *PECL*(257).

5. Inspiratiebron voor nationale rechters en wetgevers

101. Het lijkt waarschijnlijk dat de *PECL* inspiratie zullen bieden aan nationale rechters die geconfronteerd worden met leemten en onduidelijkheden in de nationale wet en aan de nationale wetgevers die hun contractenrecht of bepaalde onderdelen ervan wensen te hervormen.

(254) Over richtlijnconforme uitlegging, zie o.a. R. DEVLOO, „Richtlijnconforme interpretatie: bron van recht?”, *R.W.* 1993-94, 377-382; S. GRUNDMANN, „Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts — insbesondere: Der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?”, *ZeUP* 1994, 399.

(255) *Cf. infra*, nr. 101.

(256) Anderzijds kunnen tal van bezwaren worden aangehaald tegen de toepasselijkheid van het EVO op eenzijdige beloften. Hierop kan op deze plaats echter niet worden ingegaan.

(257) In deze zin: M.E. STORME, „Applications possibles et caractères généraux des principes de droit uniforme des contrats”, *RDIDC* 1995, (309) p. 317-318, nr. 7; M.E. STORME, *Rechtspraak en rechtsvorming in Europees verband*, 2000, <http://www.storme.be/RREV.html>, Hoofdstuk III, nr. 51.

Op die manier zullen de nationale rechtsstelsels langzaamaan naar elkaar toegroeien. Hierin ligt m.i. de grootste waarde van de *PECL*. Door voldoende bekendheid te geven aan de *PECL* kunnen de doctrine en het onderwijs ertoe bijdragen dat de eenmaking van het Europese contractenrecht op deze wijze wordt bevorderd.

C. REDACTIONELE EVALUATIE

102. Met de indeling in hoofdstukken en afdelingen vormen de *PECL* een overzichtelijk systeem. De inhoudstafel en de afzonderlijke opname van de artikelen in het Engels en het Frans maken het werk gemakkelijk hanteerbaar. Enkele kleine ongemakken worden veroorzaakt door het feit dat men af en toe een verkeerde kruisverwijzing aantreft (zie b.v. p. 144 verwijzing naar 5:103 (a) en (c-f) *PECL* in plaats van naar 5:102 (a) en (c-f) *PECL* en naar artikel 5:101 (2) *PECL* in plaats van naar artikel 5:101 (3) *PECL*) en door het toch wel erg kleine lettertype waarin de rechtsvergelijkende noten zijn gedrukt. Bovendien leidde het feit dat er verwezen diende te worden naar voor de redacteurs vreemde talen en onbekende auteurs af en toe tot een verkeerde spelling van de titels van de aangehaalde werken en van de namen van hun auteurs (zie b.v. p. 238 Kriuthof in plaats van Kruit-hof). Dit zijn echter slechts enkele zeer kleine tekortkomingen die geenszins afbreuk doen aan de waarde van het voorliggende werk.

IX. Besluit

103. De werkzaamheden van één van de pioniers op het vlak van de nieuwe discipline van het Europese privaatrecht, namelijk de *Commission on European Contract Law*, resulteerden onlangs in de publicatie van de gebundelde delen I en II van de *Principles of European Contract Law*. Dit is een op rechtsvergelijking gesteunde privé-codificatie van grote delen van het contractenrecht.

Inhoudelijk vormen de *PECL* een vrij goed gebalanceerd geheel van regels. De rechtsvergelijkende noten bieden, hoewel zij af en toe een onnauwkeurigheid bevatten, een vrij goed rechtsvergelijkend overzicht van grote delen van het contractenrecht van de verscheidene EU-landen, aangevuld met enkele zijsprongen naar uniforme teksten en naar rechtsstelsels van niet-EU-landen.

Ook in redactioneel opzicht scoren de *PECL* zeer behoorlijk.

Een zekere scepsis lijkt echter op zijn plaats ten aanzien van de haalbaarheid van de door de *PECL* nagestreefde doelstellingen. Zoals in het bovenstaande artikel werd aangegeven, maakt de inleiding bij de *PECL* een moeilijk te doorgronden en weinig overzichtelijk onderscheid tussen de noden aan de *PECL* en de doelstellingen van de *PECL*. Hiervoor werden uit deze beide componenten, gecombineerd met de toepassing van de *PECL* omschreven door artikel 1:101 *PECL*, vijf enigszins anders geformuleerde doelstellingen afgeleid: vooreerst zouden de *PECL* kunnen fungeren als een neutrale set van regels die de partijen op hun relatie van toepassing kunnen maken, vervolgens zouden zij kunnen fungeren als basis voor een Gemeenschappelijk Europees contractenrecht, als een moderne formulering van een Europese *lex mercatoria*, zouden zij steun kunnen bieden aan de organen van de EU bij het opstellen van Gemeenschapsmaatregelen en aan rechters en arbiters bij het toepassen van gemeenschapsmaatregelen en tot slot zouden zij een inspiratiebron kunnen vormen voor nationale rechters en wetgevers.

Bij de mogelijkheid van een rechtskeuze voor de *PECL* werden belangrijke voorbehouden gemaakt. Voorzover de betwisting wordt voorgelegd aan nationale rechters, blijft de meerderheidsopvatting in de doctrine immers terughoudend ten aanzien van de toelaatbaarheid van een conflictenrechtelijke rechtskeuze voor de *PECL*. Bovendien zijn rechters van nature niet vreemd van enig conservatisme en zullen de partijen waarschijnlijk weinig geneigd zijn om een conflictenrechtelijke keuze voor de *PECL* te betrachten daar dit voor hen, gelet op het voorgaande, een bron van onzekerheid zal opleveren. Een materieelrechtelijke keuze voor de *PECL* zal wel tot de mogelijkheden behoren, doch deze ontlast de partijen niet van de toepasselijkheid van een nationale wet en de daaraan verbonden nadelen. Voor zover de betwisting dient te worden voorgelegd aan arbiters, lijkt een conflictenrechtelijke keuze voor de *PECL* wel meer kans te hebben op succes.

Kunnen de *PECL* dienen als basis voor een Europees contractenrecht? Een Europees wetboek van het contractenrecht lijkt de eerstkomende jaren weinig waarschijnlijk te zijn. Ongetwijfeld kunnen en zullen de *PECL* echter bijdragen tot de harmonisering van het contractenrecht van de EU. M.i. zullen ze hun invloed hierbij echter veeleer onrechtstreeks uitoefenen, door het aanbieden van een gemeenschappelijke Europese terminologie van het contractenrecht, door hun invloed op de doctrine en door beïnvloeding van nationale en Gemeenschapsrechters en wetgevers.

De vraag of de *PECL* mogen en zullen worden toegepast ingeval de partijen hun overeenkomst onderworpen hebben aan de *lex mercatoria*, zal in belangrijke mate afhangen van de interpretatie van de bedoeling van de partijen. Het lijkt zeer wel denkbaar dat zij op dit punt in de praktijk een rol zullen spelen, al zullen ze af te rekenen hebben met concurrentie van de *Unidroit Principles*.

Kunnen de *PECL* steun bieden aan de organen van de EU bij het opstellen van Gemeenschapsmaatregelen en aan rechters en arbiters bij de toepassing van Gemeenschapsmaatregelen? Op dit punt lijkt men vooreerst te moeten vaststellen dat de Gemeenschapswetgeving aangaande het contractenrecht thans een weinig gestructureerd en uniform geheel vormt, waaraan slechts verholpen kan worden door het opstellen van een Europees B.W., waarop de *PECL* invloed zouden kunnen uitoefenen. Dit lijkt op korte termijn echter weinig waarschijnlijk. Wel lijkt het denkbaar dat de Gemeenschapsorganen zich in de toekomst bij het opstellen van bepaalde specifieke maatregelen zullen laten inspireren door de (terminologie van de) *PECL*. Ook lijkt het denkbaar dat de nationale en Gemeenschapsrechters en de arbiters zich bij de toepassing van Gemeenschapswetgeving zullen laten inspireren door de *PECL*.

De grootste waarde van de *PECL* ligt waarschijnlijk echter in het reeds aangestipte feit dat zij door nationale rechters en wetgevers zullen worden gehanteerd ter aanvulling van leemten in hun eigen recht en dat zij op deze wijze zullen bijdragen tot de harmonisatie van het contractenrecht.