

DE REDACTIE PRIVAAT

EEN EUROPESE VERORDENING OVER HET CONTRACTENRECHT EN DE AFTOCHT VAN HET GEMEENSCHAPSRECHT

1. In deze bijdrage verdedig ik een stelling die zich aandient als een paradox: op het moment dat het Europese Gemeenschapsrecht zich gaat uitstrekken tot het contractenrecht als zodanig door op het Gemeenschappelijk Referentiekader een optioneel instrument te baseren (de 'GRK-Verordening'), dwingt het privaatrechtelijke karakter van het in dat instrument opgenomen contractenrechtstelsel het Gemeenschapsrecht ertoe afstand te doen van de gebruikelijke principes van Gemeenschapsrecht, die totnogtoe de verhouding tussen Gemeenschapsrecht en privaatrecht beheersen. Korter gezegd, een dergelijke Verordening zal zich niet manifesteren als Europees gemeenschapsrecht maar als uniform privaatrecht.

I. Het Gemeenschappelijk Referentiekader

2. Begin 2008 verscheen het concept voor het Gemeenschappelijk Referentiekader (GRK), ook wel aangeduid als Draft Common Frame of Reference (DCFR)(1). In de loop van 2008 werd het concept gefinaliseerd evenals de zeer omvangrijke toelichtende stukken.

Dit GRK is opgesteld door een samenwerkingsverband van Europese rechtswetenschappers in opdracht van de Europese Commissie. De Commissie kan een GRK gebruiken bij het opstellen van wetgeving. Naar het zich laat aanzien, wordt het GRK in ieder geval ingezet om te helpen het huidige gefragmenteerde en inconsistente acquis op het terrein van het consumentenrecht te herordenen. Mogelijk wordt het GRK in een later stadium ook gebruikt als basis voor een "optioneel instrument", een door marktpartijen te kiezen (of weg te contracteren) extra systeem van contractenrecht.

(1) *Principles, Definitions and Model Rules of Private Law, Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition*, München: Sellier 2008, ook elektronisch beschikbaar op www.law-net.eu.

De creatie van een Europees wetboek ligt niet in het verschiet. Nochtans heeft het GRK veel weg van een deelcodificatie van het privaatrecht. De vorm ervan doet denken aan de Principles of European Contract law en de Unidroit Principles for International Commercial Contracts. Qua omvang is het GRK vele malen groter door de veelheid aan onderwerpen die aan de orde komen: rechtshandeling en overeenkomst, verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, bijzondere overeenkomsten en zelfs enige goederenrechtelijke capita.

Er wordt een onderscheid gemaakt tussen het GRK als academisch project (aGRK) en het politieke GRK (pGRK) zoals dat, eventueel, door de EU zal worden aangenomen als inspiratiebron en gereedschapskist voor EU-wetgeving. Denkbaar is dat het pGRK van beperkter omvang zal zijn dan het aGRK. De weg naar het GRK is niet zonder discussie geweest en nog steeds wordt er gedebatteerd, maar het eindproduct is nu in zicht.

3. Het concept GRK omvat belangrijke delen van het contractenrecht en andere onderwerpen, heeft een eigen begrippenapparaat en regelbestand, behandelt op consistente wijze de verschillende onderwerpen, en vertoont een substantiële mate van interne coherentie. Anders gezegd, het GRK beoogt te voldoen aan de (hoge) eisen die men mag stellen aan een privaatrechtelijk systeem. Dan heeft men, hoe dit ook wordt genoemd, iets bij de hand met de karaktertrekken van een civielrechtelijke codificatie. Zij het dat de pretentie van alomvattendheid, die aan een civiele codificatie van “het” privaatrecht eigen is bij het GRK in beginsel beperkt zal zijn tot de onderwerpen die erin geregeld zijn. En met dien verstande, dat de bindende kracht ontbreekt, omdat het GRK als zodanig geen bindende regelgeving zal vormen. Maar dit zou veranderen, indien het GRK wordt omgezet in een optioneel instrument: een bindend Europees contractenrecht dat partijen kunnen kiezen. In het huidige politieke klimaat zijn de voor tekenen niet gunstig voor de komst van een in de één of andere vorm bindend Europees contractenrecht⁽²⁾. Maar laat ons eens aannemen dat het er wel ooit van komt en het contractenrechtelijke deel van het DCFR wordt omgezet in een GRK-Verordening die partijen in staat stelt te kiezen voor de toepasselijkheid van een daarin geregeld Europees contractenrecht.

(2) Bijvoorbeeld *Kamerstukken I*, 2007-2008, 23490, nr. DI, waarin verslag wordt gedaan van de bespreking van het GRK in de JBZ-Raad van 18 april 2008.

II. Een Europees contractenrecht in de vorm van een GRK-Verordening: privaatrecht of Gemeenschapsrecht?

4. Welke consequenties zijn verbonden aan de creatie van een Europees contractenrechtstelsel? En verschillen die consequenties al naar gelang het een kleiner deelstelsel betreft (bijvoorbeeld een algemene richtlijn waarin de meeste bestaande consumentenrichtlijnen zijn verwerkt) of een groter stelsel (zoals een GRK-Verordening die in beginsel het volledige contractenrecht beslaat)? Ik wil deze vraag toespitsen op één aspect: wat is het karakter van een dergelijk stelsel? Wordt dit een stelsel met een vooral Europees Gemeenschapsrechtelijk karakter of met een primair privaatrechtelijk karakter?

Het gaat mij daarbij niet om de vraag welk instrument gekozen zou moeten worden om een Europees contractenrecht vorm te geven: een Verordening, een Richtlijn of nog iets anders. Laat ons aannemen dat het meest communautaire instrument wordt gekozen: een direct werkende Verordening. Mijn vraag is of een dergelijk Europees instrument dat een contractenrechtstelsel creëert, zich zal gedragen volgens de principes van het Gemeenschapsrecht dan wel volgens de principes van het privaatrecht.

Deze vraagstelling veronderstelt dat er een verschil in karakter bestaat tussen Europees recht en privaatrecht. Die hypothese zal sommigen wellicht vanzelfsprekend schijnen, maar verdient toch enige toelichting. Immers, inmiddels bestaan er ook rechtsgebieden die zich afficheren als Europees privaatrecht of als Gemeenschapsprivaatrecht. Het zou dus ook zo kunnen zijn, dat in deze rechtsgebieden eventuele tegenstellingen tussen het Europese Gemeenschapsrecht en het privaatrecht al overwonnen zijn. Naar mijn idee is dat niet het geval. Mijn stelling is, dat er wezenlijke verschillen bestaan tussen Gemeenschapsrecht en privaatrecht. Deze verschillen zijn in het huidige Europees privaatrecht c.q. Gemeenschapsprivaatrecht latent aanwezig, maar komen vermoedelijk veel nadrukkelijker naar voren zodra Europa een omvangrijker Europees contractenrechtstelsel gaat maken.

5. Een stelsel van recht kent haar eigen dynamiek. Dat is duidelijk voor iedereen die zich bezig houdt met (onderdelen van) bijvoorbeeld het Belgische of het Nederlandse privaatrecht of met het Europese Gemeenschapsrecht. De dynamiek van het privaatrecht, en zeker van het contractenrecht om mij daartoe te beperken, is in aanzet een "faciliterende". Contractspartijen zijn in beginsel gelijkwaardig en

vrij hun relatie naar eigen inzicht vorm te geven. Rechtsregels zijn in beginsel van aanvullend recht. Rechtsregels zijn vaak open van aard en in hun toepassing sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Redelijkheid, vertrouwen of verkeersopvatting zijn daarom bekende vindplaatsen voor argumenten.

Natuurlijk is deze faciliterende trek aangevuld met andere karakteristieken. De beschermingsgedachte heeft zich een vaste plaats verworven, onder meer doordat op (belangrijke) deelterreinen sprake is van dwingende bepalingen. Die beschermingsgedachte, op het terrein van het consumentenrecht sterk door Europa beïnvloed, slaat in bepaalde opzichten ook aan in zakelijke relaties(3). En aan de randen van het rechtsgebied dient zich, wederom mede onder invloed van Europese ontwikkelingen(4), nog weer een ander aandachtspunt aan: effectieve handhaving van rechtsregels teneinde het daarmee beoogde doel te bereiken.

Een en ander doet echter niet af aan de in aanzet "faciliterende" dynamiek van het contractenrecht gebaseerd op het paradigma van partijautonomie c.q. contractsvrijheid. In contractenrechtstelsels die zich richten op in beginsel gelijkwaardige partijen, zoals het Weens Koopverdrag en de Unidroit PICC voor zakelijke internationale transacties, klinkt dat nog steeds duidelijk door.

6. De dynamiek van het Europese Gemeenschapsrecht is een andere dan die van het klassieke privaatrecht. Zij is meer te betitelen als gericht op "doelgerichte doorzetting".

In de eerste plaats is het Europese recht in oorsprong een doelproject, ook al zijn de doelen sinds de dagen van de voormalige EEG steeds veelvormiger en diffuser geworden. De Europese rechtsinstrumenten op het terrein van het privaatrecht staan uiteindelijk in het teken van een goed functionerende markt zonder binnengrenzen (met, in voorkomend geval, een streven naar een hoog niveau van consumentenbescherming), waarin de basisvrijheden van het Verdrag worden verwezenlijkt. Het Europese recht is, (te) kort gezegd, naar zijn aard meer gericht op sturing dan het privaatrecht. Uiteraard zijn er grijstinten en overlappingsen. Het privaatrecht staat al lang niet meer alleen ten dienste aan de verwezenlijking van de partijautonomie en in bijvoorbeeld

(3) Bijvoorbeeld Richtlijn 86/653 inzake handelsagenten en Richtlijn 2000/35 inzake betalingsachterstanden.

(4) H-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, EU Working Papers Law 2008/14, p. 44.

de bescherming van de zwakkere partij vinden beide rechtsgebieden elkaar. Maar beide stelsels komen ook regelmatig met elkaar in conflict, getuige de botsingen tussen “autonomie” en “functionaliteit” in zaken als *Ingmar Eaton* (rechtskeuze versus bescherming handelsagent), *Unilever Italia* (partijafpraak versus notificatieverplichting), *Eco Swiss/Benetton* (arbitrage versus mededingingsrecht) en *Mostaza Claro* (arbitrage versus consumentenbescherming)(5).

Een tweede trek van het Europese recht onderscheidt dit stelsel ook van het privaatrecht. Het Europese recht heeft zich altijd een houding tegenover de nationale rechtsstelsels moeten geven. Het is, anders dan het privaatrecht, in de gerechten van de Lidstaten nooit vanzelfsprekend geweest. Na een halve eeuw is de toepassing van het Europese recht in de gerechten van de Lidstaten nog steeds een bron van zorg. Het Europese recht heeft inmiddels een indrukwekkend arsenaal aan technieken en beginselen ontwikkeld om te trachten te verzekeren dat het gepaste aandacht krijgt (voorrang, directe werking, conforme interpretatie, staatsaansprakelijkheid, uniforme toepassing, nuttig effect, gelijkwaardigheidsbeginsel, effectiviteitsbeginsel, etc.). De gecompliceerde verhouding tussen de Europese en nationale rechtsstelsels culmineert in het hybride instrument van de richtlijn. Juist dit instrument is gebruikt op het terrein van het (materiële) privaatrecht. Daarmee is het bestaande privaatrecht van Europese herkomst belast met alle moeilijkheden die aan dit instrument verbonden zijn.

Deze nadruk op doorzetting van zijn regels motiveert het Europese recht terecht met de wens van een effectieve rechtsbescherming: burgers in staat te stellen daadwerkelijk gebruik te maken van de hen geboden rechten. Maar er spreekt ook zorg voor de eigen positie uit(6) en in zoverre staat de doorzetting die het Europese recht opeist voor het conflict van centralisme versus decentralisme. Dit uit zich in een constant aftasten van de grens tussen het Europese stelsel en de nationale stelsels, waarbij aan deze laatste soms meer, soms minder speelruimte wordt gegeven. Illustratief is in mijn ogen de moeizame erkenning van een nationale misbruik van recht-correctie indien een beroep wordt gedaan op een aan het EG-recht ontleend recht (mag wel, maar toch weer niet helemaal)(7).

Beide conflicten — partijautonomie versus functionaliteit en centralisme versus decentralisme — komen tot uitdrukking in de proble-

(5) Respectievelijk zaken C-381/98, C-126/97, C-443/98 en C-168/05.

(6) Zie bijvoorbeeld de Mededeling van de Commissie, *Een Europa van resultaten – Toepassing van het Gemeenschapsrecht*, d.d. 5 september 2007, COM (2007) 502 def.

(7) Zaak C-367/96 (Kefalas).

matiek van de ambtshalve toepassing van het Gemeenschapsrecht in de gerechten van de Lidstaten. In zijn algemene rechtspraaklijn is het Hof van Justitie terughoudend en aanvaardt het dat rechterlijke lijdelijkheid (ofwel partijautonomie) de toepassing van het Gemeenschapsrecht kan beperken(8). De uiteenlopende mogelijkheden tot ambtshalve toepassing op het nationale niveau zijn dan in beginsel bepalend voor de toepassing van het Gemeenschapsrecht. In zijn rechtspraak die in het bijzonder ziet op de positie van consumenten onder de richtlijn oneerlijke bedingen en de richtlijn consumentenkrediet, wordt echter een andere afweging gemaakt(9). Daar moet de rechter effectief optreden, zij het dat de aard van de materie kan meebrengen dat de inhoudelijke afweging die de rechter zo nodig ambtshalve moet maken, sterk decentraal wordt bijgekleurd(10).

Deze algemene karakteristiek van het Europese Gemeenschapsrecht gaat naar mijn idee ook op voor het bestaande Gemeenschapsrecht dat zich richt op het privaatrecht. Het huidige Europese privaatrecht kenmerkt zich door zijn doelgerichtheid en zijn streven naar doorzetting in een potentieel 'vijandelijke' nationaalrechtelijke omgeving.

III. De aftocht van het Gemeenschapsrecht

7. Wat betekent de zojuist bereikte conclusie voor de vraag of een Europees stelsel van contractenrecht voornamelijk een Europees Gemeenschapsrechtelijk karakter of een privaatrechtelijk karakter zal hebben?

In een Europees consumentenrechtstelsel zullen de spanningen tussen contractenrecht en Europees Gemeenschapsrecht naar mijn idee niet veel groter worden dan zij nu reeds zijn. Immers dit deelgebied is al in veel opzichten dwingend vormgegeven met het oog op verwezenlijking van consumentenbescherming en reeds voor een groot deel genormeerd door Europees recht.

In een algemeen Europees contractenrechtstelsel zullen de verschillen tussen Gemeenschapsrecht en privaatrecht mijns inziens echter duidelijk aan het licht komen, vooral als dit stelsel internationale B2B-transacties wil faciliteren. Zo'n stelsel zal zich in aanzet moeten

(8) Zaken C-430/93 (Van Schijndel), C-312/93 (Peterbroeck), C 222/05 t/m C 225/05 (Van der Weerd) en C-2/06 (Kempter).

(9) Zaken C-240/98 (Océano), C-473/00 (Cofidis), C-168/05 (Mostaza Claro) en C-429/05 (Rampion).

(10) Zaak C-237/02 (Hofstetter).

oriënteren op het klassieke contractenrecht om aantrekkelijk te zijn voor ondernemers(11). Formeel Europeesrechtelijk vormgegeven als een Verordening, zou het instrument naar inhoud en pretentie vooral privaatrechtelijk van aard moeten zijn. Dat betekent dat het minder sturend-dwingend en meer faciliterend moet zijn. Het academisch GRK lijkt die aanpak in beginsel toe te laten. Volgens de opstellers ervan biedt het ruimte aan de verschillende doeleinden die Gemeenschapsrecht en privaatrecht (zouden kunnen) nastreven(12). Dat veronderstelt de mogelijkheid om die verschillende doeleinden af te wegen en te prioriteren.

8. Er is reden om ten aanzien van een GRK-Verordening de gebruikelijke doorzettingsaanspraken van het Europese Gemeenschapsrecht te problematiseren. Die aanspraken zijn thans een functie van een bepaalde doelgerichtheid die zich doorzet ten koste van belangen die niet op het Europese niveau zijn geregeld. In de verhouding van een GRK-Verordening tot andere, nationale stelsels zijn die aanspraken minder gelegitimeerd. En het GRK-stelsel zelf moet op een andere manier dan in het Gemeenschapsrecht gebruikelijk is, omgaan met spanningen tussen bepalingen die zijn geput uit het Gemeenschapsrecht en uit het privaatrecht van de Lidstaten.

Een algemeen stelsel moet juist kunnen bemiddelen tussen verschillende conflicterende doeleinden en belangen. Corrigerende mechanismen (zoals misbruik van recht) moeten daarom voluit tot hun recht kunnen komen. Binnen een stelsel als het GRK creëert dat nu al spanning tussen de bepalingen die uit verschillende bronnen stammen(13).

Het EG-recht heeft bepaalde concepten ontwikkeld, zoals nuttig effect en voorrang, die in de verhouding tussen twee stelsels (Gemeenschapsrecht en nationaal recht) richting bieden als regels uit deze verschillende stelsels met elkaar in conflict komen. Indien inhoudelijk hetzelfde regelconflict zich voordoet binnen één stelsel (het GRK) verliezen deze concepten hun richtinggevende functie. Binnen één stelsel moeten verschillende onderdelen op elkaar afgestemd worden.

(11) Uiteraard zijn verschillende stelsels denkbaar, die meer of minder exclusief op het klassieke contractenrechtelijke paradigma van partijautonomie steunen. Zie J. SMITS, *Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid*, preadvies NJV 2006, p. 91 e.v.

(12) Zie de Introduction sub 21-23, 35 van de in noot 1 genoemde uitgave.

(13) Vgl. het niet langer ongeclausuleerde recht om een bedenktijd in te roepen. MICKLITZ, t.a.p., p. 33 verwijzend naar TERRY, in SCHULZE (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Private Law*, p. 145.

Voor de oplossing heeft het dan geen zin te argumenteren met het “nuttig effect”, de “volle werking” of de “voorrang” van een regel uit de GRK-Verordening; de conflicterende andere regel uit die Verordening kan daarop evenveel aanspraak maken. Dit zou wellicht anders zijn als men binnen de GRK-Verordening een onderscheid zou maken tussen bepalingen die zijn ontleend aan het acquis en bepalingen die alleen zijn ontleend aan het privaatrecht van de Lidstaten. Maar die aanpak spoort niet met het gegeven dat een GRK-Verordening delen van het GRK het karakter van rechtsregels geeft die, als onderdeel van hetzelfde instrument, ten opzichte van elkaar formeel gelijkwaardig zijn.

Formele gelijkwaardigheid zou ook bestaan tussen de GRK-Verordening en andere bepalingen van secundair Gemeenschapsrecht. Dit heeft gevolgen voor de uitleg van de GRK-Verordening in het licht van het overige Gemeenschapsrecht. Het ligt voor de hand dat bij de uitleg van de GRK-Verordening in voorkomend geval zal worden gekeken naar ander Gemeenschapsrecht en dat zal worden getracht te komen tot een verzoenende interpretatie. Maar een vergaande verplichting tot richtlijnconforme interpretatie van een GRK-Verordening kan niet zomaar worden aangenomen, nu die verplichting is ontwikkeld in de relatie tussen Gemeenschapsrecht en nationaal recht.

Directe werking zullen de bepalingen van een GRK-Verordening per definitie hebben, maar wat betekent de voorrang van het Gemeenschapsrecht in relatie tot andere stelsels? Een GRK-Verordening zal niet alles kunnen regelen en dus vroeg of laat in samenhang met een ander, nationaal rechtstelsel moeten worden toegepast. Normaliter maakt het Gemeenschapsrecht dan aanspraak op de voorrang van zijn bepalingen boven die van het nationale recht. Maar het kan betwijfeld worden of dit ook voor bepalingen uit een GRK-Verordening opgaat. Want waardoor wordt de Gemeenschapsrechtelijke aanspraak op voorrang nog gelegitimeerd, indien zij afkomstig is van een rechtsinstrument dat niet meer wil bieden dan een optioneel contractenrechtstelsel? In deze verhouding ligt het meer voor de hand een conflict tussen een regel uit de GRK-Verordening en een nationale rechtsregel te beschouwen als een probleem dat moet worden opgelost op inhoudelijke gronden en niet op hiërarchische gronden.

In het verlengde hiervan moet worden gevraagd of het nog wel zin heeft te werken met sancties als staatsaansprakelijkheid als een hoogste nationale rechter een evident verkeerde uitleg aan een bepaling uit de GRK-Verordening heeft gegeven. En zou dit nog kunnen worden vastgesteld? Het Gemeenschapsrecht streeft uiteraard een

uniforme uitleg en toepassing na, maar erkent ook dat sommige onderwerpen zo met lokale factoren zijn verweven, dat die uniformiteit slechts in beperkte mate gerealiseerd kan worden⁽¹⁴⁾. Het algemene contractenrechtstelsel van een GRK-Verordening zou zien op een grote variëteit aan contracten, partijen en zakelijke contexten. Het zou worden toegepast door nationale rechters (en arbiters) die vanuit verschillende privaatrechtelijke tradities werken. Inhoudelijk zou een GRK-Verordening veel regelend recht bevatten, waarvan partijen (stilzwijgend) kunnen afwijken. De ambitie van een uniforme uitleg van een GRK-Verordening zou daarom moeten afstemmen op wat in de praktijk nog haalbaar is. Dat zal niet alleen afhankelijk zijn van de vraag of het Hof van Justitie bereid is en in staat wordt gesteld om richtinggevende prejudiciële uitspraken te doen, maar ook van de vraag of nationale rechters bereid zijn en in staat worden gesteld (bijvoorbeeld door middel van databases) om van elkaars oordelen kennis te nemen.

9. Een GRK-Verordening kan niet uit de voeten met de gebruikelijke Gemeenschapsrechtelijke regels die zijn ontwikkeld om een doelgerichte doorzetting van Gemeenschapsrecht in de stelsels van de Lidstaten te garanderen. De vraag dient zich aan of een eventuele GRK-Verordening in alle opzichten zou moeten functioneren zoals andere bepalingen van Europees Gemeenschapsrecht. Mijns inziens zou zo'n instrument veeleer de pretentie moeten hebben zich te scharen als een extra stelsel van contractenrecht tussen al bestaande stelsels van contractenrecht. Voor haar functioneren zou de Verordening zich kunnen spiegelen aan uniform recht-instrumenten zoals het Weens Koopverdrag. Een GRK-Verordening die zo werkt, onttrekt zich aan de gebruikelijke kaders van het Gemeenschapsrecht en positioneert zich als uniform privaatrecht.

M.H. WISSINK

(14) Zo bij de beoordeling of een beding in B2C-voorwaarden oneerlijk is in de zin van Richtlijn 1993/13. Zie zaak C-237/02 (Hofstetter).