

Ad rem

Contracteren in Europa

Prof. mr. F.W. Grosheide

1. Belangrijk nieuws komt tegenwoordig vaak uit Brussel. Ditmaal betreft het de publicatie van de *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – European Contract Law and the Revision of the Acquis: the Way Forward*¹ waarin de Europese Commissie (EC) haar verdere plannen ontvouwt met betrekking tot de ontwikkeling van een Europees contractenrecht.

Men herinnert zich de voorgeschiedenis. Nadat de EC in 2001 met de *Communication on Contract Law* haar voelhorens had uitgestoken naar de mogelijkheid om het contractenrecht binnen de Gemeenschap op enigerlei wijze te harmoniseren, kwam zij in 2003 met haar *Action Plan* waarin zij aangaf op welke manieren een zogenoemd *Common Frame of Reference* (CFR) op het gebied van het Europese contractenrecht zou kunnen worden verwezenlijkt. Met de wind in de rug van het Europees Parlement en de Raad die zich beide door middel van resoluties voor de plannen van de EC uitspraken, en onder verwijzing naar de uitkomsten van uitgebreide consultatie in belanghebbende kringen, komt de EC nu in onderdeel twee van haar recente mededeling met, wat zij noemt: *The Way Forward*.

Dusdoende recapituleert de EC, mede met het oog op het te ontwikkelen CFR, aan de hand van de ontvangen reacties de in haar actieplan gesuggereerde maatregelen.

2.

Maatregel I: *Improving the Present and Future Acquis*, betrof de verbetering van de kwaliteit en de consistentie van het bestaande *acquis*. Tot dat doel wordt nu voorgesteld het CFR te gebruiken als een gereedschapskist voor definities, termen, fundamentele principes en wat dies meer zij. Als voornaamste doelstelling geldt daarbij het vergroten van het vertrouwen in de werking van de interne markt bij consumenten en ondernemingen. Waartoe dit alles moet leiden, wordt geïllustreerd aan de hand van een lange lijst 'verbeterpunten'. In het besproken verband wordt ook een opmerking gemaakt over het rechtskarakter van het CFR. De EC

geeft voor het moment de voorkeur aan de kwalificatie *non-binding instrument*.

Maatregel II: *Promoting the Use of EU-wide standard terms and conditions*, blijkt in het veld met gemengde gevoelens te zijn ontvangen. In dat licht beschouwd, acht de EC het wijs om onder de omstandigheden vooralsnog te volstaan met het kweken van besef van de mogelijkheden van Europese algemene voorwaarden en het inventariseren van kennelijk bestaande juridische moeilijkheden bij de toepassing ervan.

Maatregel III: *A Non-Sector Specific Measure – An Optional Instrument in European Contract Law*, sluit aan bij een eerdere bevinding van de EC dat een sectorale benadering geen problemen oplevert, waarop blijkens de toelichting kennelijk niet behoefte te worden teruggekomen. Dit pad kan volgens de EC zeer wel worden parallel gevolgd aan dat van het ontwikkelen van een CFR.

3.

Onderdeel drie van de mededeling bevat vervolgens een plan van aanpak voor het ontwikkelen van het beoogde CFR. Daarbij blijkt het primair te gaan om het doen van onderzoek in het kader van het *Sixth Framework Programme for research and technological development*. Dat onderzoek moet in drie jaar gereed zijn en dus in 2007 worden opgeleverd. Daarbij moet de inbreng van belanghebbenden uiteraard verzekerd zijn, gevolgd door een evaluatie door politiek-betrokkenen. Interessant is dat de EC zelf reeds aangeeft wat de mogelijke structuur en inhoud van het CFR zou kunnen zijn. Onder verwijzing naar een als bijlage 1 bij haar mededeling gevoegd uitgewerkt voorbeeld voor zo'n structuur en inhoud, geeft de EC daarvan de volgende korte samenvatting:

'The structure envisaged for the CFR (...) is that it would first set out common fundamental principles of contract law, including guidance on when exceptions to such fundamental principles could be required. Secondly, those fundamental principles would be supported by definitions of key concepts. Thirdly, these principles and definitions would be completed by model rules, applicable to contracts concluded between businesses or private persons and model rules applicable to contracts concluded between a business and a consumer could be envisaged.'

1 <http://europe.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm>.

Ter eigen geruststelling voegt de EC aan het voorgaande toe dat zij niet is gebonden aan de uitkomst van het te ondernemen onderzoek en dat zij haar eigen (actie)plan zal trekken. Dat zal dan gebeuren aan de hand van *practicability tests* en – opnieuw, hoe kan het ook anders – *consultations*.

4.

De conclusie die uit het voorgaande kan worden getrokken, is dat het de EC kennelijk ernst is met het doorzetten van haar pogingen om het EU-contractenrecht in deze of gene zin te harmoniseren. Signalering verdient in dit verband dat de EC daarbij nadrukkelijk het consumentenperspectief vooropstelt. Dat vanuit het ondernemingsperspectief veel minder behoefte bestaat aan harmonisering dan door de EC wel werd verondersteld, kwam naar voren uit de eerdere consultatieronde. Zie daarover Bulte in de rubriek Impressies van Contracteren 2003, p. 83. Hoe dit alles ook zij, duidelijk is dat de aard van de harmonisering waarop de EC met haar plan voor het ontwikkelen van een CFR afkoerst, overwegend technisch-juridisch is. Anders gezegd: de harmoniseringsactiviteiten beogen primair accommoderend en faciliterend te zijn ten behoeve van efficiënt contracteren binnen de interne markt. Reflectie over plaats en functie van een Europees contractenrecht is niet of nauwelijks aan de orde.

Voor dat laatste wordt echter wel nadrukkelijk aandacht gevraagd in het onlangs gepubliceerde *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*.²

In deze, door de Study Group on Social Justice in European Private Law voorbereide, verklaring omtrent de huidige stand van zaken met betrekking tot het Europese contractenrecht, wordt nu juist een lans gebroken voor het doordenken van de grondslagen van dit rechtsgebied. Het *Manifesto* vertrekt van de stelling dat het actuele (nationale) contractenrecht in Europa wat zijn beginselen en techniek betreft nog steeds de sporen draagt van het *laissez faire*-denken van de negentiende eeuw. Dit ondanks het feit dat volgens een tweede stelling contractsvrijheid en partijautonomie niet langer karakteristiek zijn voor het huidige contractenrecht:

'A modern concern to strike a balance between private autonomy and fairness now characterises the heart of discussions about the appropriate principles of contract law (...) Yet, as in the nineteenth century, private law still performs its role as a national statement of the basic principles of justice and social ordering in a market society.'

5.

De opstellers van het *Manifesto* vinden het verbazingwekkend dat bij de aangegeven stand van zaken niet wordt gedebatteerd over de grondslagen van het contractenrecht als belangrijkste instrument voor de regulering van rechtsverhoudingen van burgers binnen de Gemeenschap. Een goed zicht op die grondslagen vereist bovendien dat men zich – anders dan tot dusver is gebeurd – het hoofd breekt over het ontwikkelen van een EU-identiteit en over de onderliggende maatschappelijke waarden van de bestaande economische orde.

'A unified law will similarly have to strike a balance between, on the one hand, the weight attached to individual private autonomy as expressed in the idea of freedom of contract, and on the other

hand, principles which respect other equally important demands for social solidarity, which prohibit individuals from taking advantage of superior strength or from ignoring the claims of justified reliance upon others.'

Uitgesproken wordt dat de Gemeenschap er niet aan kan ontkomen op dit punt politieke beslissingen te nemen. Als het goed is – aldus het *Manifesto* – leidt dit tot een combinatie van *social justice* en *regulatory legitimacy*. Het verrast tegen deze achtergrond niet dat de opstellers van het *Manifesto* zich ter zake van hun doelstelling als volgt verklaren:

'Our ultimate aim, therefore, in proposing this Manifesto, is to help to empower citizens of Europe, so that they, and not powerful business interests or legal and political elites, can choose, in an informed manner, the nature of social justice in Europe.'

Uit de aard der zaak leidt de door hen gekozen positie de opstellers van het *Manifesto* tot een kritische benadering van de Brusselse plannen. Het EC *Action Plan* wordt gezien als een louter technisch-juridische aanpak van de zaak. Het wordt bovendien ontmaskerd als een wolf in schaapskleren.

'In practice [aldus het Manifesto, FWG] the Commission usually presents consumer protection measures not so much as laws designed to help weaker parties but as measures for market correction, that is, to prevent distortions in competition. (...) This agenda of market integration, therefore, taken to its logical conclusion, tends to serve the interests of business exclusively by pursuing uniform rules for the single market and excluding local measures, supported by democratic processes, which tend to give superior protection to those vulnerable to exploitation in the marketplace.'

6.

Niet minder kritisch dan over het *Action Plan* is het *Manifesto* over het voorgestelde CFR. Dat kan niets worden wanneer daarbij niet (eerst) wordt nagedacht over de *social justice agenda for European contract law* waarop ten minste de volgende vier onderwerpen moeten staan: nadenken over *fairness or social justice* in de interne markt, op één lijn brengen van *distributive justice* en de constitutionele *rights of citizens*, bedenken van de procedures door middel waarvan de *principles of social justice* worden geselecteerd en bewaakt, en aangeven op welke wijze het harmonisatiestreven kan worden verzoend met het respecteren van culturele diversiteit. Er wordt op gewezen dat in dit verband niet te snel een beroep mag worden gedaan op het

'(...) acquis communautaire. The values and concepts of European law that are now replacing aspects of national private law tend to embrace a narrow conception of the principles of social justice applicable to a market order.'

Dat een en ander leidt de opstellers van het *Manifesto* onder meer tot de volgende, centrale conclusie:

'(...) social justice will not be regarded merely as a matter of distributive fairness and protection of weaker parties, but it will also encompass concerns to protect minority cultures and languages that feel threatened by the increasing scope of transnational laws.'

2 European Law Journal, Vol. 10, No. 6, November 2004, p. 653-674.

7.

Zo staan dan in de actuele fase van de ontwikkeling van een Europees contractenrecht tegenover elkaar een gouvernementeel, in hoofdzaak accommoderend en faciliterend technisch-juridisch harmonisatieplan van de EC en een buitengouvernementeel, in hoofdzaak op herijking van de grondslagen gericht evaluatief harmonisatieplan van een groep maatschappelijk geëngageerde wetenschappers. Is de uitkomst van deze confrontatie op enige termijn van betekenis voor de contractspraktijk, of geldt daarvoor: *business as usual*? De aard van het antwoord op deze vraag schuilt

natuurlijk in de woorden op enige termijn. Het is duidelijk dat op korte termijn in concreto geen contractsjurist iets zal merken van wat zich op het gebied van het contractenrecht binnen de Gemeenschap aan het ontwikkelen is. Maar dat ligt anders op langere termijn wanneer de ene of de andere positie in concrete regelgeving haar beslag zal hebben gekregen. En daarmee is tevens gezegd dat het kortzichtig zou zijn wanneer de contractspraktijk zich niet reeds nu daadwerkelijk met de ontwikkelingen bezig zou houden. Het doel van dit *Ad Rem* is daartoe op te wekken.