

# Enkele opmerkingen over de bronnen van verbintenis en ‘European law in the making’

*H.C.F. Schoordijk\**

## I. INLEIDING

Wij spreken van een Europese beschaving. Zulks duidt op gemeenschappelijke trekken die staten verbindt. Welke zijn die? Grote delen van het continent, alsook geheel Engeland en Schotland maakten deel uit van het Romeinse Rijk. De invloed van het Romeinse recht heeft zich hier dan ook doen gelden. De mate waarin verschilt. Na de val van het Romeinse Rijk wordt de invloed van het Romeinse recht minder duidelijk. Dan volgen de Middeleeuwen. In de loop daarvan en ook daarna is het Romeinse recht naar tijd en plaats onderscheiden in meerdere of mindere mate gereciperd en heeft tezamen met het lokale recht over onderscheiden ‘gemeenschappen’ geheerst.

Het woord ‘gemeenschap’ wordt gebezigd, omdat oorlogen dikwijls een wisseling van de macht te zien geven, waarbij komt dat tijdens de feodaliteit ook zonder oorlog, maar door erfopvolging of huwelijken wisseling van heersers zich aandiende. Aan het einde van de zeventiende eeuw gaat staatvorming meestal gepaard met een roep om wetgeving. De (verbintenisrechtelijke) geschiedenis hiervan is te boek gesteld in verschillende boeken. Vermelding verdienen de stuk voor stuk schitterende werken van Koschacker (‘Europa und das Römische Recht’), Wieacker (‘Privatrecht der Neuzeit’) en Coing (‘Europäisches Privatrecht’). Deze boeken geven alle inzicht zowel in de *historia externa*, alsook de ‘Dogmengeschiede’. Zij zijn niet geschreven met een uitgesproken rechtspolitieke achtergrond in die zin dat zij aandringen op de totstandkoming van een Europees pri-

\* Prof. mr. H.C.F. Schoordijk is emeritus hoogleraar (Anglo-Amerikaans) privaatrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant en de Universiteit van Amsterdam. Thans is hij hoogleraar methodologie van het privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

vaatrecht. Zulks geldt wel voor een van de meest fascinerende boeken die ik ken, Zimmermanns 'Law of Obligations', dat in 1990 verscheen. Het boek geeft een schets van de ontwikkeling van de bronnen van verbintenis vanaf het ontstaan van het Romeinse recht tot en met de Iustiniaanse wetgeving, de herontdekking van de digesten in de 12e eeuw, hoe dit leidde tot een revival van romeinsrechtelijke studies aan de Universiteit van Bologna en de receptie van het Romeinse recht in continentaal Europa en Engeland. Het Romeinse recht trof het lokale recht steeds op zijn weg en kon dit min of meer integreren.

Een scheiding der geesten voltrok zich aan het einde van de achttiende, begin van de negentiende eeuw. Frankrijk of beter Napoleon wilde door een wetboek zijn macht onderstrepen. Anders dan velen denken, bemoeide hij zich door vele commissievergaderingen bij te wonen, intens met zijn 'project'.

Luid waren ook de stemmen die in Duitsland vóór een wetboek pleitten en in Thibaut's 'Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland' (1814) hun woordvoerder vonden. Politiek had hij de wind niet mee. Daarenboven vond hij in Von Savigny — de woordvoerder van de historische school — in diens 'Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft' een geduchte tegenstander. De roep om wetgeving is begrijpelijk. Staatvorming begunstigt het totstandkomen van wetten. Een aansporing daartoe vormt ook het ontdekken van natuurkundige wetten in de 17e en 18e eeuw. Waarom wel dit soort wetten, maar geen juridische? Grote stukken van het burgerlijke recht zijn 'nur eine Art juristischer Mathematik', zo werd betoogd.

## II. WETGEVING EN/OF CASE LAW?

Privaatrecht zonder enige wetgeving is ondenkbaar, althans in een moderne staat. Zelfs het Engelse recht kent een uitvoerige regeling op het stuk van onroerend goed (Charges act, Property act, 1925). Regeling van onroerend goed is voor iedere Staat een 'must'. Engeland heeft ook uitvoerige wetgeving op het stuk van het erfrecht en de verhouding 'husband and wife' bij echtscheiding. Het conflict 'wetgeving en/of case law' gaat hier niet over. Inzet bij de beantwoording van de vraag 'wetgeving of case law' is steeds: *loont het om een geschreven verbintenissenrecht te hebben*? Het verbintenissenrecht vormt de dynamica van het privaatrecht staande tegenover

de statica van het zakenrecht, dat zijn uitwaaiëring kent in het huwelijksgoederen- en erfrecht. Ondenkbaar nu is een moderne staat zonder een behoorlijke codificatie van de statica. Op het stuk van het verbintenissenrecht ligt dit anders. Het Engelse verbintenissenrecht is goeddeels ongeschreven (*common law* en *equity*), zulks in tegenstelling tot bijv. het Duitse, Franse, Belgische en Nederlandse recht, het recht van landen die op een geschreven privaatrecht kunnen wijzen. Toch is de tegenstelling — verbintenissenrecht krachtens *case law* of *statute law* — een uiterst betrekkelijke. Hierover het volgende.

### III. GESCHREVEN OF ONGESCHREVEN VERBINTENISSENRECHT?

Bij de beantwoording van de onder bovenstaand hoofd gestelde vraag, kan men uit denkluheid de schouders ophalen door de vraag te stellen: waarom geen codificatie? Anders uitgedrukt: geschreven verbintenissenrecht levert toch meer rechtszekerheid op dan het niet-geschreven, zou het antwoord zijn. Maar dat is nu juist de vraag. Daar komt bij dat een ietwat gedetailleerder verbintenissenrecht van kwaliteit niet mogelijk is. Wat valt er eigenlijk te codificeren? Hebben wij zulk een gedetailleerde wetgeving nodig als welke wij aantreffen in Boek 6 van ons BW? Zonder een regeling van voorwaarde en tijdsbepaling redt de praktijk zich best. Is het niet opmerkelijk dat in de Nederlandse rechtspraak beslissingen over overmacht ontbreken? Vormt dit geen teken aan de wand? Een denken in termen van overmacht is toch overbodig voor al diegenen die het overmachtsvraagstuk als een uitlegvraagstuk onderkennen. Een gedetailleerde regeling van crediteurs- en debiteursverzuim had ook best kunnen ontbreken, evenals afd. 2 van titel 5, het tot stand komen van overeenkomsten. De dwalingsregeling die een uitdrukking dient te vormen van wat naar goede trouw past, had wat mij betreft ook ongeschreven kunnen blijven. Procederen in het verbintenissenrecht heeft altijd betrekking op overeenkomsten, afgebroken onderhandelingen, onrechtmatige daad, zaakwaarneming, ongegronde verrijking. Alle figuren met veel ongeschreven recht. Voeg daaraan toe dat — naar de praktijk leert — de bronnen van verbintenissen uitwisselbaar zijn! Zuid-Afrika biedt in dat opzicht opvallend materiaal. Het kent geen verrijkingsrecht, maar wel kunnen over de band van de oneigenlijke zaakwaarneming verrijkingsacties gevoerd worden.<sup>1</sup> Verrijkingsrecht

1. Zie in dit verband D.H. van Zijl, Die saakwaarnemingsaksie as verrijkingsaksie in die Suid/Afrikaanse reg, diss. Leiden, 1970. Zie ook Zwolve, NTBR 1995, 157.

en onrechtmatige daad vertonen ook weer samenhang. Het begrip overeenkomst staat de jurist steeds minder helder voor ogen.

Als verbintenissenrecht gecodificeerd wordt, dan kan dat — zo wordt (althans mij) steeds duidelijker — slechts impressionistisch geschieden. Het impressionisme van een wetgever zal goeddeels moeten bestaan uit een wetgeving, die in ‘Generalklauseln’ vlucht en daardoor de winst, die geschreven normen zouden kunnen opleveren, goeddeels te niet doet. Von Savigny had dit door. Het Duitse burgerlijk wetboek moest dan ook wachten tot voor wetgeving van de soort als het BGB politiek gunstiger tijden. Eerst in 1900 kwam een Duits burgerlijk wetboek tot stand, symbool van de Duitse eenheidsstaat. De vraag laat zich stellen, of de Duitsers hiermee verbintenissenrechtelijk zo blij moeten zijn. De regeling van de onrechtmatige daad (par. 823 e.v.) schoot tekort. De praktijk is dan ook na enkele jaren gevlucht in vorderingen steunend op goede trouw en openbare orde. Als nationaal het ‘of’ en ‘hoe’ van *verbintenissenrechtelijke* wetgeving zoveel vraagtekens oproept, laat staan een verbintenissenrechtelijke codificatie in een Europeesrechtelijke context.

#### IV. HET GELIJK VAN VON SAVIGNY?

Met het oog op het werk aan Europese burgerlijke wetgeving laat zich dan ook de vraag stellen, of Von Savigny niet gelijk had toen hij zich tegen een wetboek uitsprak, omdat een wetboek de wetenschap op achterstand zou zetten. Zou deze vraag bevestigend moeten worden beantwoord, dan kan de argumentatie van dat antwoord ook een leidraad vormen bij de kwestie die ons bezig houdt: wel of geen geschreven Europees verbintenissenrecht.

Eén ding staat vast. Het negentiende-eeuwse Duitsland heeft zeker in verhouding tot Frankrijk belangrijke bijdragen geleverd aan de rechtswetenschap. De historische school stond zowel voor een rechtsbeoefening, waarbij het recht in het perspectief van het verleden gezien werd, alsook voor systematisering daarvan. Vervreemd van de toenmalige maatschappij kan men deze wijze van rechtsbeoefening overigens niet noemen. Wel was dit het geval toen de historische school terrein begon te verliezen aan de Pandektenwetenschap, hetgeen de aansluiting bij de toenmalige praktijk niet ten goede kwam. Windscheid, de Duitse rechtswetenschap en Frankrijk met zijn Code vergelijkend, merkt op:<sup>2</sup>

2. In zijn *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*,

‘Das Mass unserer Kräfte ist grösser, nicht durch unser Verdienst, sondern weil uns eine Wissenschaft ganz anderen Rechtstums und ganz anderer Tiefe erzogen hat.’

Deze zin is polyinterpretabel. Het houdt de constatering in dat de Fransen over een Code beschikten en een weinig inspirerende ‘école de l’ exégèse’. Of te wel, het zingt de lof der Duitse rechtswetenschap, maar de betekenis van deze zin kan ook zijn dat wetgeving minder loont dan men veelal denkt. Terecht merkt Coing op:<sup>3</sup>

‘Die historische Rechtsschule entwickelt also ein Bild vom Wesen des Rechts, daß der Eigenart des älteren gemeinen Rechts auf dem Kontinent, und in mancher Hinsicht dem des Anglo-Amerikanischen Common Law entspricht, nicht aber den Vorstellungen des 18. Jahrhunderts.’

De conclusie *post hoc* (de niet-invoering van een code) *ergo propter hoc* is gevaarlijk. Anderzijds pleit voor de gedachte: geen code maar rechtswetenschap, dat Von Savigny duidelijk brak met de periode van daarvoor en werkte vanuit het concept: terug naar de bronnen, naar het ‘zuivere recht’, omdat dit de praktijk ten goede komt. Vandaar dan ook de grote bewondering voor Cujacius en Donellus, met hun praktische instelling.

De Duitse rechtswetenschap van na 1850 heeft twijfelloos een enorme bijdrage aan de ontwikkeling van de rechtswetenschap geleverd. Van de pandektenwetenschap moge soms — terecht — een karikaturaal beeld geschetst zijn, het werk van een geleerde als Von Jhering in zijn ‘Pandektistische’ periode is ook in onze dagen nog altijd lezenswaardiger dan men denkt. Men behoeft Scholtens ‘Algemeen Deel’ maar na te kijken om te zien, welke invloed hij op het moderne rechtsdenken gehad heeft. Hij moge — ten onrechte — de constructie lange tijd als waardenvrij hebben aangemerkt, uiteindelijk heeft hij toch voorzien dat aan iedere constructie een plan ten grondslag ligt ‘der sich nicht aus der Begrifflogik selbst, sondern nur aus bestimmten Gerechtigkeits- und Zweckmässigkeitsvorstellungen ergibt’, om Schröder te citeren.<sup>4</sup> In ‘Der Zweck im Recht’ (1877-1883) ruimt hij duidelijk plaats in voor het ongeschreven recht. Hierin lag hij ver vóór net als te onzent Molengraaff, die enkele jaren later in zijn beroemde artikel ‘De oneerlijke concurrentie voor het

Düsseldorf 1847, p. 10.

3. Europäisches Privatrecht II, p. 42.

4. Kleinheyer/Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, p. 135.

forum van de Nederlandse rechter' niet slechts de open norm van de maatschappelijke betamelijkheid aanprijst, maar heel in het algemeen pleit voor de uiteindelijke almacht van een alles beheersende goede trouw, waarbij de wet geldt als een 'starting of legal reasoning', oftewel als een reisgids.<sup>5</sup>

Uiteindelijk is het Duitse Burgerlijk Wetboek in 1900 er toch gekomen. Kan men spreken van een beter wetboek dan de Code Napoleon? Het is een geleerden-wetboek met alle negativa van dien, maar wel een wetboek waarin over de rechtsingrediënten, die het recht van de twintigste (en eenentwintigste!) eeuw uitmaken, grondig is nagedacht. Een ereplaats voor de goede trouw, een plaats voor het verrijktingsrecht, maar daarentegen ook concepten (de wil!) waarmee wij moeten afrekenen.

En wat heeft de Franse en Nederlandse rechtswetenschap en rechtspraak in de negentiende eeuw opgeleverd? Behalve een opleving, die bij de tachtigers onder de Nederlanders en de Fransen te onderkennen valt, wordt het recht onder de vigeur van de 19e eeuw gekenmerkt door een positivisme, waarvan overigens toch ook weer niet gezegd kan worden dat de Nederlander en de Fransman hieronder geleden hebben. Een eeuw lang zat er weinig beweging in de rechtsontwikkeling. De Code valt op Pothier's 'restatement' van het oud-Franse recht goeddeels terug; ook een gezaghebbende schrijver als Laurent valt in zijn 'Principes de droit civil' in 32 delen nog heel veel op hem terug. Hoogte- of dieptepunten zijn niet aanwijsbaar. De exegetische school die in Europa zo wijd verbreid was,<sup>6</sup> heeft al met al geen aantoonbare schade toegebracht, of het moest zijn dat zij wel weinig oog had voor de zwakkere in de samenleving. Ieder volk krijgt uiteindelijk het recht dat hem toekomt! Een rechtscultuur, gekenmerkt door weinig oog voor de zwakken — het wilsbeginsel heerst nog volop, grote groepen in de samenleving hadden maar te willen — gekenmerkt ook door een *laisser-faire*, *laisser-aller* — waar de kleine (zaken)man veel last van had, maar waarover hij geleerd had niet te klagen — beheerst de 19e eeuw en ook de rechtswetenschap. Eerst aan het eind van de 19e eeuw melden zich in West-Europa de tachtigers, alsook rechtssociologen, waarvan de oudere Von Jhering een der eersten was. Oog begint er te komen voor de nadelen van een *laisser-*

5. RM 1887.

6. Zie Coing, *Europäisches Privatrecht* II, p. 37.

faire, laisser-aller. De Freirechtsschule (Kantorowicz-Ehrlich-Fuchs) krijgt gestalte en wordt misverstaan. Niet de 'maar wat aanrommelende' rechter staan hen voor ogen, maar een rechter die bij 'Lücken' in de wet kan teruggrijpen op de waardevoorstellingen die in de maatschappij leven en deze zo nodig kunnen corrigeren.

Concluderend kan gesteld worden dat Frankrijk, België en Nederland met hun wetboek aan het einde van de 19e eeuw er niet beter of slechter voor stonden dan de Duitsers die zich aan het Romeinse recht op dezelfde wijze vastklampten als de Fransen, enz. aan hun wet. Ook niet op het stuk van het verbintenissenrecht. De Code wordt nog altijd geprezen om zijn taal en bruikbaarheid. Steeds meer dringt echter tot mij door dat de Code Civil verbintenisrechtelijk zo bruikbaar was en is, omdat het algemeen gedeelte niet veel inhoudt: summiere regelingen van de open norm van de goede trouw die het contract beheerst en die van de onrechtmatige daad. Wel hadden de Duitsers, omdat zij geen wetboek gekend hadden, een in die tijd voorlijke rechtswetenschap waarvan met name Nederland tot op de dag van vandaag nog steeds profiteert. Alles afwegend meen ik te moeten blijven hameren op het volgende: wetgeving op het stuk van de statica (zakenrecht, etc.) was toen en nu in een moderne staat een must; *verbintenissenrecht laat zich moeilijk codificeren* en als wij dat doen dan is voorzichtigheid de moeder van de porceleinkast. *Een waarschuwing tegen codificatie van het Europese verbintenissenrecht.*

## V. DE NEDERLANDSE RECHTSCULTUUR OP HET STUK VAN HET VERBINTENISSENRECHT

### A. *De stand van zaken tot 1957*

In Scholtens 'Algemeen Deel' treffen wij een opvallende zin aan.<sup>7</sup>

'Doch had art. 1374 het beginsel der goede trouw niet vermeld, dan was het zeer de vraag of het zich in onze nieuwe rechtspraak wel zo baan had gebroken als thans.'

In Scholtens 'Algemeen Deel' verbaast het dat de goede trouw (lees het ongeschreven recht) voor hem minder vanzelfsprekend was dan voor Molengraaff. Dit valt ook op in de rechtspraak.

Wie kennis neemt van de jurisprudentie tot 1957 zal tot de conclusie moeten komen dat de goede trouw een zeer geringe rol speelde in de jurisprudentie van de Hoge Raad. De goede trouw vervult een

7. Op p. 86.

aanvullende rol in het contract. En verder beheerst de goede trouw de scheiding van een nalatenschap, de huwelijksgemeenschap en dan houdt het zo ongeveer op. Meer jurisprudentie vinden wij over de onrechtmatige daad. Aan de maatschappelijke betamelijkheid werd wel meer en meer inhoud gegeven. Vooral na 1945 zien wij een uitbouw van het leerstuk van de onrechtmatige daad. Dit loopt door tot begin jaren zestig als door het werk van Köster en in iets mindere mate van Bloembergen de rechtspolitieke component, die van het onrechtmatige daadsrecht een substantieel bestanddeel gaat uitmaken, meer en meer nadruk kreeg. Leerstukken als de relativiteitsleer, de belangen die door art. 1401 BW beschermd worden en de causaliteit, winnen aan betekenis en blijken ten dele weer overbodig.

### *B. De stand van zaken na 1957*

In 1957 (Baris-Riezenkamp<sup>8</sup>) overweegt de Hoge Raad dat partijen, die met elkander onderhandelen, tot elkander staan in een door de goede trouw beheerste rechtsbetrekking. Een open systeem van verbintenissen is geboren, maar voorlopig mondjesmaat. In 1959 overweegt de Hoge Raad (Quint-te-Poel<sup>9</sup>) immers dat verrijkingsacties aanvaard kunnen worden, maar slechts in aansluiting op het systeem. Later is gebleken (men denke aan de aansprakelijkheid uit afgebroken onderhandelen, de aansprakelijkheid uit zgn. geruiststellende verklaringen, zie het Securicor-arrest van november 1994,<sup>10</sup> als ook de talloze overal opdoemende ongeschreven informatieplichten), hoe ongeschreven ons verbintenissenrecht in wezen is, en hoe het BW van 1992 hier weinig verandering in brengt.

In 1919 wees de Hoge Raad zijn baanbrekende arrest over de onrechtmatige daad. Kennisneming van bijv. het verouderde, maar door zijn strijdbare toon nog steeds boeiende boek van A. Wolfsbergen, dat ik in de naoorlogse jaren bij mijn studie raadpleegde — andere boeken over de onrechtmatige daad waren er niet —, alsook de prachtige bijdrage over de onrechtmatige daad van Hofmann-Drion-Wiersma van 1969 leren ons, als wij de periode tot 1960 vergelijken met daarna, dat na 1960 niet slechts de kennis van het — wat ik nu maar noem het klassieke — onrechtmatige daadsrecht sterk is toege-

8. NJ 1958, 67.

9. NJ 1959, 548.

10. RvdW 1994, 251.



nomen, maar ook *dat de functie van het onrechtmatige daadsrecht* fors veranderd is. Steeds weer dienen wij *alle* gedrag af te meten aan de normen van maatschappelijke betamelijkheid. De onrechtmatige daad blijkt — en in dat opzicht lijkt de onrechtmatige daad op of is gelijk aan de goede trouw — de norm der normen. Voorbeelden: een moedermaatschappij legt een geruststellende verklaring af omtrent de solvabiliteit van een dochtermaatschappij. Achteraf blijkt de dochter niet solvent. De Hoge Raad neemt in het zgn. Securicor-arrest<sup>11</sup> aansprakelijkheid aan op grond van onrechtmatige daad. Men zou verwachten dat zulk een patronaatsverklaring aanleiding zou geven tot wanprestatie. Omdat iedere overeenkomst geduid kan worden als een geruststellende verklaring, rijst de vraag of het niet-nakomen van een overeenkomst ook als een onrechtmatige daad geduid kan worden, alsook of het begrip overeenkomst als aparte bron van verbintenissen nog wel bestaansrecht heeft.

#### VI. NEDERLANDS VERRIJKINGSRECHT MEDE IN INTERNATIONAAL PERSPECTIEF

Zoals bekend verscheen in 1927 Bregsteins proefschrift over de ongegronde vermogensvermeerdering. Een teken aan de wand van de opmars van open normen? Te constateren valt slechts dat deze opmars wel zeer langzaam verlopen is. Significant in dit verband is een artikel van H. Drion in het WPNR 4606 nà Quint-te-Poel, maar vóór het verschijnen van het Ontwerp-Meijers. Het is goed, zo betoogt hij, dat de Hoge Raad geen algemene verrijksactie heeft aanvaard. Zouden alle rechters de kwaliteiten hebben van een Meijers en een Bregstein, tegen de aanvaarding van een verrijksactie zou weinig bezwaar zijn in te brengen. Voorts voegt hij hieraan toe, dat voor een verrijksactie nauwelijks plaats kan zijn, nu Bregstein in zijn dissertatie aan de Franse rechtspraak slechts een achttal voorbeelden weet te ontrukken, waaronder een aantal die verre van overtuigend zijn. Hier verbaast dat H. Drion, die zulke grote verdiensten heeft op het stuk van de onrechtmatige daad, duidelijk geen affiniteit met het verrijksrecht had. Het verrijksrecht was toen reeds naar Duits recht zeer ontwikkeld en zou zich nog meer ontwikkelen. Gezegd moet worden dat Frankrijk en België wel een algemene verrijksactie kennen, maar dat dan ook in tegenstelling tot Duits-

11. Zie de vorige noot.

land het verrijktingsrecht nog steeds niet ver ontwikkeld was en is.

Internationaal gezien is deze langzame opmars zeer wel te begrijpen. Ook naar Engels en Amerikaans recht is zij traag verlopen. Het Anglo-Amerikaanse recht laat thans een omvang van het verrijktingsrecht zien, die zelfs de kenners uit de jaren vijftig niet voor mogelijk hebben gehouden. Het eerste omvangrijke boek over 'Restitution', dat van Goff en Jones, stamt van 1966. De eerste omvangrijke parawetgeving, de Amerikaanse restatement on restitution, reeds van 1937. Toch kan Peter Birks in het voorwoord van zijn buitengewoon overzichtelijk, studentvriendelijke — en blijven wij niet allen studenten? — maar tegelijk diepgaande boek 'Introduction to the law of restitution' (1985), dat goed bezien een introductie vormt op Goff & Jones, opmerken:

'An unintended conjuring trick made restitution disappear from the common law map. It still has no place in the typical undergraduate curriculum. One aim of this book is to make plain that its absence is no less remarkable than if one of the other core subjects has been omitted, say Contract or Tort. Of course, a gap of that kind tends to be self-perpetuating since teachers and books are not called forth where there is no learning; but the supply of cases never dries up, because the lives of litigants are not controlled by law school categories (though even litigants suffer when their lawyers have a blind spot).'

Zijn boek is geschreven om orde in een chaos te scheppen. 'That is what this book tries to do. It is not a textbook but a prolegomenon to a textbook'. Het citaat is boeiend. Onderwijs en onderzoek moeten samengaan. Omdat het verrijktingsrecht niet — *as such* — onderwezen wordt, blijkt menig advocaat een blinde vlek te hebben.

Intussen breidt naar Anglo-Amerikaans recht de law of restitution zich ongekend uit. De grote kenners in de V.S. waren Saivey, de reporter van de restatement on restitution, Palmer, die een vierdelige encyclopedie over het verrijktingsrecht schreef, en John P. Dawson,<sup>12</sup> met vele baanbrekende studies over de ongerechtvaardigde verrijking.

In Duitsland dijt het verrijktingsrecht nog steeds uit. Het handboek van Reuter en Martinek 'Ungerechtfertigte Bereicherung' is er om dit te bewijzen.

De Nederlandse stand van zaken op het stuk van open normen anno 1995 samenvattend: een grote rol is weggelegd voor de norm van de goede trouw en die der maatschappelijke betamelijkheid. Het verrijktingsrecht komt nog slechts zeer langzaam uit de verf.

12. Harvard, 1983.

## VII. WAT HEEFT DIT ALLES NU VAN DOEN MET EUROPEES PRIVAATRECHT?

### *A. Erkenning van samenloop, een probleem bij invoering van een Europees contractenrecht?*

Te onzent geldt de regel, dat wanneer een gebeurtenis in een contractuele zetting los gedacht van het contract een onrechtmatige daad of ongegronde verrijking oplevert, zowel uit contract als uit onrechtmatige daad geageerd kan worden. Ik heb deze mening in WPNR 4810 bestreden en kan alleen maar constateren dat de literatuur wel heel weinig tegengas heeft gegeven. Mede hierom blijf ik bij mijn mening dat wij nooit van feiten (i.c. een contract) mogen abstraheren. Het is het contract en het contract alleen, dat de maatstaf voor het al dan niet onbetamelijke van bepaald gedrag is. Aan het geval dat aanleiding gaf tot Boogaard/Vesta<sup>13</sup> valt dit goed te demonstreren. Een verzekeringsagent verstoutte zich om na ontslag door hem aangebrachte klanten 'uit te spannen', d.w.z. over te sluiten bij een nieuwe verzekeringsmaatschappij, waarbij hij in dienst was getreden. Of en in hoeverre dit onbetamelijk is, hangt altijd mede af van het contract. Anders uitgedrukt: de norm van betamelijkheid dient gekleurd te worden door het contract.

Rechtsvergelijkend gezien ligt dit ten dele anders. Frankrijk en België aanvaarden geen cumulatie (samenloop) van contract en onrechtmatige daad.<sup>14</sup>

Naar Engels recht ligt dit weer gecompliceerder. In *Johnstone v. Bloombury Health Authority* overwoog Nicolas Browne-Wilkinson J:<sup>15</sup>

'that where there is a contractual relationship between the parties their respective rights and duties have to be analysed wholly in contractual relationship terms and not as a mixture of duties in tort and contract'.

Duidelijke taal, dus geen samenloop, zou men zeggen. Markesinis and Deakin<sup>16</sup> betogen echter — voor zover ik kan beoordelen terecht — dat het zeer de vraag is of dit niet louter geldt voor *commercial transactions*, en bijv. bij arbeidscontracten anders ligt.

13. NJ 1956, 157.

14. Zie Jacques Herbot, *Contract law in Belgium*, 1995, p. 56, die Belgisch recht voortreffelijk vergelijkt met Engels recht.

15. 1992, 1 QB 333.

16. *Tort Law*, 3e druk, 1994.

Duitsland kent sinds de dissertatie van Rolf Dietz ('Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung') samenloop. Peter Schlechtriem heeft in zijn dissertatie ('Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung'<sup>17</sup>) in een sterk inductief opgebouwd betoog de opvattingen van Dietz, daarbij geïnspireerd door Franse en Amerikaanse opvattingen sterk gemoduleerd.

Bij ongegronde verrijking houd ik het er naar Nederlands recht op<sup>18</sup> dat verrijkingsrecht in een contractuele zetting geen toepassing kan vinden. Naar Nederlands recht wordt de verrijkingsactie niet als een subsidiaire aangemerkt. Een heldere, goed onderbouwde uiteenzetting, met dit resultaat biedt Peter Birks naar Engels recht; in noot 34 op p. 47 verwijst hij naar jurisprudentie, waarvan Richmond Gate Property<sup>19</sup> mijns inziens het beste inzicht geeft. Belgisch en Frans recht wijzen in dezelfde richting.<sup>20</sup>

*Duidelijk is het dat wanneer wij afstevnen op een eenvormig Europees contractenrecht en nalaten vragen van samenloop te regelen, het twee-wegen-denken van Nederland en Duitsland allerlei onzekerheid kan opleveren, waarbij de problematiek van verschillen in verjaringstermijnen in en buiten contract niet de geringste is.*

#### *B. Verschil in rechtscultuur, een sta-in-de-weg voor een eenvormig Europees privaatrecht*

Een grote sta-in-de-weg voor de eenmaking van het Europees recht is ook het verschil in rechtscultuur tussen Duitsland en Nederland enerzijds en België en Frankrijk anderzijds. Eerst na hierover enige kanttekeningen gemaakt te hebben, kunnen wij toekomen aan de verhouding van de continentale stelsels ten opzichte van de common law.

Naar Duits recht neemt par. 242 BGB een wel zeer centrale plaats in. De paragraaf is opgenomen in Boek 2 (verbintenissenrecht). Afgaande op de tekst lijkt deze niets bijzonders in te houden.

'Der Schuldner ist verpflichtet die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.'

17. Freiburg im Breisgau, 1972, Frankfurt am Main.

18. Zie mijn bijdrage in WPNR 5356 [1976].

19. [1965] 1 WLR 335.

20. Zie Herbots, t.a.p. p. 203.

De bepaling lijkt uit te gaan van het *bestaan* van een verbintenis en een antwoord te geven hoe deze ten uitvoer gebracht moet worden. Uit deze paragraaf vloeit naar de letter echter niet voort, dat de goede trouw een bron van verbintenissen kan vormen. Ook volgt uit deze wetsbepaling niet dat rechtsmisbruik of rechtsverwerking hun grondslag in de wet hebben. Toch wordt dit alles door de Duitse rechter ten volle aanvaard. Het Bundesgerichtshof ging heel ver toen het kort na de oorlog in par. 242 een aanknopingspunt zag voor de regel dat *de gehele rechtsordening* onderworpen is aan het beginsel van de goede trouw.<sup>21</sup> Anders uitgedrukt: de goede trouw, die wij afgaande op Molengraaff ook kunnen vervangen door het beginsel van maatschappelijke betamelijkheid, beheerst alle verhoudingen.

Hoe geheel anders ligt dit naar Belgisch recht! Het wordt helder verwoord door Herbots,<sup>22</sup> waar deze opmerkt dat zulk een ‘general principle contrary to the Belgian legal tradition’ is en verwijst naar een artikel van J. van Rijn en X. Dreuse onder de titel ‘La bonne foi dans le droit des obligations’.<sup>23</sup> Tegenstand heeft deze tendens ondervonden bij jongeren van vooral Vlaamse huize. Ook hier speelt de talenstrijd weer.

Hetgeen voor Belgisch recht geldt, geldt ook voor Frans recht. Zo ziet de Franse rechter er geen been in om de woorden van een akte tot een valkuil voor partijen te maken en aanvaardt hij bijv. niet dat bij ‘*imprévision*’ van niet-verdisconteerde omstandigheden het contract niet meer bindt. Zouden de Europese ‘Principles’ gelden, dan zou dit voor het Franse en Belgische recht winst opleveren. Art. 2.117 van de Europese ‘Principles’ geeft een regeling te zien die evenwichtig weergeeft, waar het om gaat. Veranderde omstandigheden zijn die, welke — aldus lid 2 b — partijen niet in ‘*contemplatie*’ hebben genomen en welke een partij ‘*n’ a pas à supporter le risque*’, aldus dit artikel. Er zou een regime gaan heersen in overeenstemming met het Griekse recht sinds 1940 (art. 388 BW), het Italiaanse recht (artt. 1467 en 1468) sinds 1942, het Egyptische recht (art. 147) sinds 1948 en het Portugese recht (art. 437).

Men zou bijna zeggen: eind goed, al goed. Zo eenvoudig liggen de kaarten niet. Als op één terrein winst geboekt wordt, dan wil dat

21. Leitsatzen, E 12, 154, 157.

22. T.a.p. no. 109.

23. J.T. 1991, 289.

nog niet zeggen dat daarmee de denkhouding van de Franse rechter verandert. Aan een alomvattende goede trouw komen de Belgische en Franse rechter niet toe. De rechter blijft — zo ben ik bang — consensualistisch denken, d.w.z. de wil blijft centraal staan. Aan gehoudenheden tegen de veronderstelde bedoelingen van partijen in komt de rechter nauwelijks toe. Een boek als dat van Ghestin-Billiau<sup>24</sup> is daarmee volledig doortrokken. Het ontbreekt de Franse rechter aan vernieuwingsdrift, en de Belgen, zij volgen. Het wachten is op een nieuwe Demogue.

Dit voert mij tot de volgende opmerking. Zolang aan de rechtscultuur van een land de interpretatieve denkmethode van een Eggens niet eigen is, zolang aan woorden nog sacrale betekenis toekomt, zolang zal Europese unificatie van privaatrecht op papier een succes, maar in wezen een mislukking zijn.

#### VIII. ANGST VOOR EEN 'GOUVERNEMENT DES JUGES'?

Zowel naar Frans, als naar Belgisch recht<sup>25</sup> is de angst voor een 'gouvernement des juges' diep geworteld. Eén van de redenen van de revolutie was immers juist dit *gouvernement des juges*. Onder het Ancien Régime had de rechter (het *Parlement*) dikwijls bij wege van 'arrêt de règlement' macht uitgeoefend en daarbij niet zozeer de belangen van de koning nagestreefd, maar vooral de belangen van de adel. Deze angst is in Nederland minder aantoonbaar.

Daar komt het volgende bij. Wie geregeld Franse en Belgische bladen leest, staat verbaasd dat, terwijl in beide landen de politieke stabiliteit niet groter is dan in Nederland en de kabinetten komen en gaan, desondanks het kritiekloze geloof in de politiek groter is dan te onzent. Opmerkelijk in dat verband is ook dat de geloofsafvalligheid in België en Frankrijk veel minder grote vormen aangenomen heeft dan in Nederland. Mede uit gesprekken is bij mij dan ook de veronderstelling post gaan vatten dat een zekere ingeboren gezagsgetrouwheid in Frankrijk en België groter is dan bijv. in Nederland. Deze landen zijn de trias van Montesquieu, als door hem begrepen, dan ook veel meer trouw gebleven. Heb ik het mis als ik veronderstel dat, terwijl de Nederlander zich meer en meer 'uneasy' voelt bij het legislatieve werk van het parlement, de Fransen en Belgen de theorie van

24. *Traité de Droit Civil, les obligations*, 1992.

25. Zie Hulde aan Kruithof, 1992, p. 17 e.v.

Montesquieu voor werkelijkheid houden. Het vertrouwen van de Nederlander in de rechter lijkt nog steeds te groeien. Theoretisch is dit niet zonder gevaren. Zolang de Nederlander (en de Duitser?) zich hier maar prettig bij voelen, behoeven wij ons geen zorgen te maken. Iedere machtshebber is tot machtsmisbruik geneigd. Montesquieu gaf een controlemodel voor zijn tijd. Mij alleen beperkend tot Nederland houd ik het er op dat andere evenwichtsmodellen, t.w. dat waaronder de rechter door de overheid gekweekte onrust matigt en de wet meer een 'symboolwerking heeft', evenzeer denkbaar zijn.<sup>26</sup>

Daar komt het volgende bij. De grondwet van Frankrijk (1945) gaat uit van het bestaan van een verzorgingsstaat. Ook in Nederland is dit besef levendig (geweest). Bijna alle politieke partijen gaan uit van sociale premissen. De verwezenlijking van deze premissen zou — zo dacht men — slechts mogelijk zijn door een *avalanche* van wetgeving. Menig minister meent zich te moeten bewijzen door een grote wetgevingsproductie. Aan de uitvoerbaarheid wordt anders dan in Frankrijk weinig aandacht besteed. Met het minder worden van de welvaart leidt dit tot *impromptue* wetgeving. Burgers voelden zich daardoor in hun bestaan bedreigd. In grote lagen van de bevolking leeft de indruk dat de overheid grossiert in niet-nagekomen toezeggingen. Ook enquêtes hebben bewezen dat het vertrouwen in de politiek zeer gering is, daarentegen het vertrouwen in de rechterlijke macht buitengewoon groot. Het gezag van de Hoge Raad is intussen nog meer gegroeid dan in 1988, toen dit college 150 jaar bestond.

*Een van de grote problemen die wij bij een eenmaking van het Europese privaatrecht ontmoeten is dan ook dat de rechters dit recht volkomen anders zullen uitleggen.* Een Fransman in Nederland procederend zal tot zijn schrik bemerken dat de rechter met meer vrijmoedigheid interpreteert, derogeert, en waarschuwingsplichten aanneemt. Ook zal hij al dan niet tot zijn vreugde kunnen onderkennen dat in Nederland het 'ben ik mijn broeders hoeder' ernstig genomen wordt. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Als een Fransman bij een Nederlandse bank informeert of hij verwachten mag dat een cheque van f 100 000 gehonoreerd zal worden, en hij een positief antwoord krijgt, dan kan een Nederlands advocaat die zijn vak verstaat, hem voorhouden dat na zulk een inlichting van een bank verwacht mag worden dat zij de rekening voor dit bedrag blokkeert.

26. Zie in dit verband W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, rede 1991.

Een Franse rechter zal in het omgekeerde geval zulk een blokkeeringsverplichting niet snel aanvaarden. De Zwitserse rechter daarentegen heeft een dergelijke verplichting wel aanvaard. Een cheque gaat zo bezien de trekken aannemen van een wissel. Wat van dit alles in concreto zij, met zekerheid kan gezegd, dat de denkstijlen van Europese rechters fors verschillen.

IX. DE OPMARS VAN OPEN NORMEN IN HET CONTINENTALE  
PRIVAATRECHT VOLGENS JOHN P. DAWSON'S 'ORACLES OF  
THE LAW'

*A. De Franse scène*

In Nederland zij wij zozeer gewend aan open normen dat wij ons niet kunnen voorstellen dat de integratie van open normen als vervat in art. 1:106 ('Good faith and dealing') en art. 1:108 ('Reasonableness') ooit een probleem zou kunnen opleveren. Wie in den brede hiervan studie wil maken, kan ik het beste verwijzen naar John P. Dawson, *The oracles of the law*.<sup>27</sup>

Met betrekking tot de ontwikkeling van het Franse recht vanaf de Revolutie merkt Dawson op,<sup>28</sup> dat één van de grote opgaven die de Franse Revolutie zich stelde, bestond uit het zoveel mogelijk 'ausradieren' van de rechterlijke macht. Natuurlijk — aldus de filosofie van de revolutie — kan een volk niet zonder rechters, maar het scheppen van *recht* behoort aan het volk en kan niet worden toevertrouwd aan rechters, die onder het 'Ancien régime' met name de adel zo hadden bevoorreed. Een van de eerste taken die de leiders van de Revolutie zich stelden, was de rechterlijke macht aan banden te leggen. Op 24 maart 1790 zette de Assemblée zich tot deze taak, die vijf maanden in beslag zou nemen. De tekst van de wet, waarop een rechter zijn beslissing deed steunen, moest vermeld worden. Omdat — zo bedacht men — de wet nog wel eens hiaten kon vertonen, werd met het oog hierop gekozen voor het woord 'motives', die voor de rechter leidinggevend waren geweest. Dit was op zich al in Franse ogen een verwonderlijke zaak, omdat zelfs geen verlicht revolutionair eeuwenlang ooit op het idee gekomen was, dat een beslissing met redenen omkleed diende te zijn. De Franse 'Cour de Cassation', die zich enerzijds loyaal diende te tonen tegenover de nieuwe machtshebbers,

27. Ann Harbor, 1968.

28. T.a.p. p. 374.



anderzijds zo min mogelijk bloot wilde geven, hield de motivering dan ook zo kort mogelijk. Dit kenmerkte de korte stijl van motiveren, waarin zoveel mogelijk op wetsbepalingen teruggevallen werd. De Franse rechter is ook na de Revolutie tot op heden zijn trouw aan de wet blijven bewijzen. Zeker in de 19e eeuw, maar ook — zij het in mindere mate — in de 20e eeuw.

Wat is — zo kunnen wij ons afvragen — onder een (Frans) regime van betrekkelijk positivisme zoals dat na de revolutie had te gelden de rol van de wetenschap? In hoeverre kan zij zich vrij achten een — aan het positivisme — eigen vijandig denken te ontwikkelen? Reeds onder het ancien régime waren de zogenaamde ‘repertoires’ populair. De Duitsers noemen ze ‘Leitsatzen’. Merlin, de president van de Cour de cassation, bracht ze reeds tijdens de revolutie tot glorie. Ze bevatten veel observaties over het recht van vóór de revolutie. In nog sterker mate zien wij dit omstreeks 1830 bij Toulhier. Een eigen geluid laat Proudhon horen; in 1819 richtte hij het blad ‘La Themis’ op dat de Franse juristen vertrouwd zou moeten maken met de vruchten van de Duitse historische school en het Duitse juridische onderwijs!

Kort na invoering van de Code (1804) verschenen er ook Duitse commentaren op de Franse Code. De naam van de Heidelbergse hoogleraar Zachariae is hieraan verbonden. Welke was de bijdrage van de Fransen zelf? In 1825 verscheen Delvincourt (‘Cours de Code Civil’); hij haast zich te onderstrepen dat hij een onafhankelijke mening verkondigt! Vanaf 1830 prevaleert de *exegetische* school — zij zou vijftig jaren het wetenschappelijk werk beheersen. *More geometrico* werden de wet en de uitspraken van de Cour de Cassation geanalyseerd. Studies over de bronnen van verbintenissen ontbreken totaal. De Franse rechtswetenschap was statisch; het recht van het recht, het recht achter het recht kwam niet aan de orde. Aandacht hiervoor ontstond eerst in 1899 toen Géný zijn ‘Méthode d’interprétation’ het licht deed zien, waarin duidelijk wordt gemaakt hoezeer waarde-oordelen van de rechter aan iedere interpretatie ten grondslag liggen. Het tijdperk van de exegetische commentaren van Aubry en Rau (in 8 delen, begonnen in 1838), Demolombe (31 delen) en Laurent (33 delen) was voorbij.

Dawson merkt op dat eerst aan het einde van de 19e eeuw de doctrine middels noten meer aandacht gaat krijgen voor de rechtspraak. Het was de historicus Esmein, die aandacht vroeg van de

privaatrechtelijke auteurs, hoe in de negentiende eeuw onder het motto 'wij passen de wet toe', de rechters toch een behoorlijke afstand hadden weten te nemen van de opvattingen, die aan de Code in 1804 ten grondslag lagen. Gény heeft zeker ten volle bijgedragen tot het inzicht dat onder het motto 'wetstoepassing' maar al te vaak praetorische rechtsvinding schuil gaat.

Tussen 1900 en 1960 — aldus Dawson<sup>29</sup> — zien wij een heen en weer discussieren tussen verschillende gezaghebbende auteurs. Gény<sup>30</sup> die enerzijds de rechtsscheppende kracht van de rechtspraak onderkent, anderzijds de grootst mogelijke moeite heeft dit in de trias van Montesquieu in te passen. Daartegenover Waline, de grote kenner van het administratieve recht, die de macht van de rechters verklaart door uit de gaan van een stilzwijgende delegatie door de wetgever aan de rechterlijke macht.<sup>31</sup> J. Boulanger<sup>32</sup> wijst op het opvallende feit dat de Franse en Belgische hoogste rechters, uitgaande van dezelfde wetstekst, tot verschillende oplossingen komen. Hij benadrukt het keuze-element dat een rechter heeft, maar met veel minder nadruk dan J.B.M. Vranken in zijn zojuist verschenen 'Algemeen Deel' en ikzelf. In 1960 nog spreekt O. Dupreyroux over 'La Jurisprudence, Source Abusive de Droit'.<sup>33</sup>

Concluderend kan gezegd worden dat naar mijn stellige indruk de Franse burgerlijke rechter — anders dan de administratieve rechter — veel minder ver gaat dan de Duitse en de Nederlandse rechter, waar het betreft het werken met open normen. De Franse rechter en de Franse civiele doctrine zijn nog ver verwijderd van de gedachte, als zou de wet slechts een een 'starting point of legal reasoning' zijn. Daar komt bij dat de Fransen met hun voorkeur voor abstracte gedachtengangen weinig ontvankelijk zullen zijn voor een Europees recht dat oproept tot een interpretatie overeenkomstig de *bona fides*, althans bij gevallen in een buiten-contractuele zetting.

Van de goede trouw als uitdrukking van een de wet omspannende leidraad voor de interpretatie van wet of overeenkomst, moet de Franse rechter weinig hebben. Op grond van de goede trouw mag

29. T.a.p. p. 422.

30. Méthodes d'Interprétation et Sources II, 1948.

31. L'Honneur Normatif de la Jurisprudence, Etudes en Honneur Georges Scelle [Paris 1950] II, p. 13.

32. Notion sur le Pouvoir Créateur de la Jurisprudence Civile, Rev. Trim. 1961, 417.

33. In 'Mélanges Maury' [1960] II, 349.

naar Franse rechtspraak nooit opzij gezet worden, datgene wat partijen overeengekomen zijn.

Het 'pacta sunt servanda' heeft nog steeds een eerbiedwaardige traditie. Toegegeven zij, dat hier sprake is van handelsbelang van hoge orde. Hiermee is echter nog weinig gezegd. Natuurlijk, een man een man, een woord een woord, maar eerst moet bezien worden wat die mannen over en weer nu echt hebben willen betogen, en vooral de context waarin dit gezegd is. Nu weten wij van de Fransen dat zij grote taalwetenschappers in hun midden hebben, die — om het zacht uit te drukken — van de betrekkelijke waarde van een woord diep doordrongen zijn. Toch krijgen wij de indruk dat de juristen van die taalkundigen niet veel geleerd hebben. Met sombere gevolgen. De Franse rechter ontpopt zich te veel als 'bouche de la lettre', om dan vervolgens nog te zeggen dat de harde overeenkomst niet opzij gezet kan worden.

Het meest recente commentaar, geschreven door een van de meest leidinggevende kenners van het contractenrecht, Ghestin,<sup>34</sup> geeft geen hoge dunk van het Franse rechtsleven. De doctrine en rechtspraak lijken niet verder te komen dan de gedachte dat interpretatie bestaat uit het opsporen van de wil van partijen. De natuur is overigens (gelukkig) soms sterker dan de leer. Ondanks het ontbreken van de 'Haviltex'-formule komt de Franse rechter er met noodgrepen meestal wel uit. Hun trucendoos blijkt soms niet gering. Jammer genoeg zijn er geen schrijvers die het voor een geobjectiveerde uitleg opnemen. Al met al denk ik niet dat de justiciabelen als contractsuitleg aan de orde is, beter of slechter uit zijn dan in Nederland. Wel wreekt zich het niet-willen toekomen aan een normatieve uitleg, indien niet verdisconteerde veranderde omstandigheden zich aandienen.

Voor de geschiedenis van de opmars van open normen in Duitsland moge ik verwijzen naar J.P. Dawson<sup>35</sup> schrijvend onder de titel 'Germany's Case-Law Revolution'. Hij beschrijft dat Duitsland — anders dan Frankrijk — terug kan grijpen op een lange traditie van vonnissen, *die met redenen omkleed dienden te zijn* en terug gaat op het 'Reichskammergericht' (1654!). Op p. 441-422 schetst hij de invloed van Von Savigny op onderwijs en onderzoek. Hoe reeds

34. Traité de droit civil, les obligations, les effets du contrat, 1992.

35. T.a.p. p. 432-433.

vroeg geleerde belangstelling bestond voor rechtersrecht. Hij merkt in dit verband op:

‘In the past courts of one kind or another contributed much more than legislation to the creation and development.’

*B. Over de ontwikkeling van case law in Duitsland tussen 1800 en 1900*

In de 19e eeuw werd grondig afgerekend met het natuurrecht, evenzeer met Von Savigny's gedachte, dat de ontwikkeling van het recht een organisch verloop zou hebben. Wat had de ontwikkeling van het Duitse recht in de 19e eeuw dan wel te bieden? Dawson<sup>36</sup> vat het als volgt samen:

‘What was occurring in fact was another reception of Roman law, the last in the series that had occurred in Germany during the previous 500 years. But the wheel had not come back to its starting point. The Roman law now being received was a nineteenth century reconstruction. It was filled with new content, some of which was borrowed from Germany's own past.’

Zelf heb ik het altijd iets anders geformuleerd. Onder het motto van toepassing van het Romeinse recht werd in wezen recht ontwikkeld, dat nogal eens van de verkeerseenen afstond met elementen van Romeins, Germaans en kanoniek recht overgoten, met elementen ontleend aan het natuurrecht, of — om het in de woorden van Dawson te zeggen —:

‘The pandectists then, to an important degree were ‘crypto-natural-lawyers’, who carried forward without interruption the prolonged German striving for system.’

En wat voor een systeem.

‘The system purported to be drawn from Justinians Pandects. But the aim, as its authors themselves declared, was a *modern* legal science. They wanted a system perfectly suited to resolving all problems that a mature society could present.’

De rechtssocioloog Ehrlich merkt in zijn ‘Principles of the sociology of law’ op<sup>37</sup> dat de pandektistiek een systeem opleverde dat niet een historische weergave van het Justiniaanse recht, was.

36. T.a.p. p. 454.

37. P. 338-339.

'But a picture, dumsy, schematic of the legal organisation of a modern society. At the same time, thanks to their systematik they arrived at a system of doctrine that was utterly foreign to the doctrine of the Romans.'

### *C. Wat te zeggen van de case law na 1900*

Pitlo's opmerking, als zou iedere codificatie gevolgd worden door een periode van legistische toepassing, blijkt niet juist. Ik heb hier overigens nooit enig geloof in gehad. Evenmin in zijn algemene opmerkingen over de latijnse geest, zo in de trant van 'de noorderling denkt te veel en leeft te weinig, de zuiderling leeft te veel en denkt te weinig'. Mij valt altijd op hoezeer de Duitsers graag in concepten denken, maar toch ook — zeker wanneer ik afga op de denkstijl van het Bundesgerichtshof — sterk inductief denken en — niet misleid door een onmiskenbare hang naar systematiek — niet vergeten de vraag te stellen naar de policy, naar 'wat doen wij hiermee'. De Fransman daarentegen blijft te veel hangen bij de fraai gebeitelde volzinnen, die altijd een abstract karakter ademen. De Duitse rechters en rechtswetenschappers zijn veel meer georiënteerd op het Engelse en Amerikaanse recht. Een boek als dat van Köndgen ('Selbstbindung ohne Vertrag'<sup>38</sup>), die Amerikaanse vertrouwensrechtspraak tracht te integreren in het Duitse recht, vindt zijn evenknie niet in de Franse literatuur. De Duitse afgestudeerde maakt zich blijkens mijn ervaringen in Harvard, de Amerikaanse denktrant dan ook sneller eigen dan zijn Franse evenknie.

Wat hiervan zij. Na invoering van het BGB aarzelde het Reichsgericht niet de eerste 15 jaren over de boeg van de goede zeden en gedurende — maar vooral na — de eerste wereldoorlog met behulp van de goede trouw toe te werken naar een verfijnd systeem van normen dat het gesloten systeem van belangen, waarvan par. 823 BGB uitgaat, volkomen op losse schroeven zette. Dawson<sup>39</sup> merkt voorts op dat — ofschoon de geest van de grote pandectist Windscheid er bepaald niet op gericht was het wettelijk systeem onderuit te halen — op gronden ontleend aan diezelfde Windscheid de goede trouw steeds weer triomfeerde boven de stricte regels van de wet, als een norm niet meer voldeed.

Wie ernst maakt van de toepassing van een wereld, die achter de woorden 'goede trouw' schuil gaat en tevens ernst wil maken met de

38. Tübingen, 1981.

39. T.a.p. p. 467.

orde, die een wet geacht wordt te regelen, moet feiten leren aftasten. Dawson<sup>40</sup> legt in verband daarmee de liaison 'equity' en 'goede trouw'.

'Like the 'conscience' of the early English chancellors, 'good faith' could be only partly subordinated to rule.'

Het soort Duits 'equity'-recht van vóór het aantreden van Hitler kan natuurlijk misbruikt worden. Zoals alle recht is ook equity-recht — in naam van de Führer — misbruikt, maar dit pleit niet tegen dat recht, zo benadrukt Rüthers in zijn 'Unbegrenzte Auslegung' (1972). Twaalf jaren Hitler hebben in ieder geval niet kunnen verhinderen dat de naoorlogse Duitse rechters de draad van de traditie weer hebben opgepakt, zodat de druk van Staudinger (anno 1961) wel 1388 nauw bedrukte pagina's moest bevatten om par. 242 (de goede trouw) te classificeren en te analyseren.

Een en ander samenvattend: open Europese normen zullen — tengevolge van een lange traditie — veel eerder weerklink vinden in Duitsland dan in Frankrijk of België.

## X. OPEN NORMEN IN HET EUROPESE RECHT

### A. *'Unidroit principes' en open normen*

1. Uit de praefambule blijkt dat het subsidiair recht is en t.z.t. als model kan dienen voor wetgevers. De kans op aanvaarding acht ik uiterst gering. Er zijn te veel concept-verdragen van goede kwaliteit, waaraan soms jaren gewerkt is, die nimmer zijn ingevoerd. De Haagse Convention betrekkelijk 'Agency', waarover de zeer fraaie dissertatie van H.L.E. Verhagen,<sup>41</sup> is ondanks de grondige voorstudies en het enorm maatschappelijk belang door wel heel weinig landen geratificeerd. Zo kennen wij het Uncitral Ontwerp, dat voorziet in een wissel, met regels van zakenrechtelijke en verbintenissenrechtelijke aard, die alleen gelden als de uitgever van de wissel zulks bepaalt.<sup>42</sup> Mensen van nabij gerandeerden dat wel snel door belangrijke handelsnaties ondertekend zou worden. Wij zijn al jaren wach-

40. T.a.p. p. 474.

41. Agency in private international law, Nijmegen 1995.

42. Zie hierover mijn Verweermiddelen en derdenbescherming onder de United Nations Convention on International Bills of Exchange, Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus, reeks Handelsrecht nr. 21, Deventer 1989.

tende, maar slechts enkele landen tekenden. De internationale belangstelling blijkt nihil.

2. Hieraan voorafgaand ging ik min of meer breed in op onder meer de Nederlandse, de Franse en de Duitse rechtscultuur. Eerst zo kan duidelijk worden hoe verwacht mag worden dat de Unidroit 'principles', vooral die welke open normen inhouden, in de praktijk gaan uitpakken. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel, dat een Duitser (D) met een Fransman (F) een overeenkomst van koop sluit en de Unidroit regels zijn ingeschakeld, opdat de Franse rechter dan tenminste weet, wat rechtens is. F (koper) klaagt over het feit dat de geleverde goederen (bouwmaterialen) niet monster-conform zijn. De verkoper meent dat het — zo dit al het geval is — op de weg van de koper gelegen zou hebben hem tijdig, alvorens het bouw materiaal voor de bouw aan te wenden, te waarschuwen. Wie garandeert hem dat de Franse rechter zo over de goede trouw als bedoeld in art. 1.7 denkt? Hoe zal de Franse rechter over goede trouw denken als onderhandelingen in het geding zijn en de *duty of confidentiality* van art. 2.15 aan de orde komt, of klaagt over *surprising-terms* als vermeld in art. 2.19? De verkoper kan geconfronteerd worden met interpretatievragen, hoe zal de Franse rechter de artt. 4.7 en 4.8 uitleggen? Zo kan ik doorgaan. *Mijn indruk is dat door het verschil in rechtscultuur de inschakeling van de 'Unidroit principles' te weinig vruchten afwerpt.* Zoals hiervoor betoogd, kan de Franse rechter, gezien het verschil in rechtscultuur, hele andere noties hebben over wat redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen. Zijn *approach* is — zoals ik hierboven onder IX heb uiteengezet — zo niet volmaakt, dan wel behoorlijk anders.

### *B. Principles of contract law en open normen*

Om redenen, die met mijn betoog samenhangen, ga ik uit van dezelfde casus als onder A, maar nu *met een Engelse koper en bevoegdheid van de Engelse rechter*. Ook hier dienen zich principles aan die uitgaan van een optie door partijen. Ook echter valt op, dat de principles *kunnen* worden toegepast in de gevallen, genoemd onder art. 1.101. Vergelijk art. 3(b) en (4), luidend:

3(b) when the parties have not chosen any system or rules of law to govern their contract;

4(b) these principles *may* provide a solution to the issue raised where the system or rule of law applicable do not do so.

The principles kunnen dus aldus 4(b) toegepast worden als het ‘system’ of de ‘rule of law’ zwijgen. Het staat er zo vanzelfsprekend. Voor iemand echter die opgevoed is en zich wel voelt bij schrijvers als Bregstein, Eggens en Scholten, rijst de vraag: wanneer zijn er leemtes? Wie iets van het Engelse recht weet, zal beseffen dat de Engelse rechter snel in de *lex fori* zal vluchten. Alleen reeds hierdoor wordt het voor een advocaat moeilijk te voorspellen, welke regels en met name welke ‘remedies’ zich aandienen. In de praktijk *kan* dit meevallen, *mits* tenminste de rechter geneigd is in de eerste plaats los van enige heteronome regel naar een oplossing met werfkracht te streven. Maar daar kan nu juist de schoen wringen. Zulks veronderstelt een sterk inductieve denktrant en die maakt de Franse rechter zich nu juist niet gemakkelijk eigen.

Laat ons, om zicht te krijgen op de toepassing van open normen als vervat in de principles, uitgaan van het geval dat een *Duitse* verkoper en een *Engelse* koper uitdrukkelijk gekozen hebben voor de principles maar bovenstaand geval zich voor de Engelse rechter afspeelt. Speciale aandacht verdienen dan de artt. 1.106 en 1.108: *good faith* and *reasonableness*. De sfeer en de context, waarin procedures in Engeland gevoerd worden, zijn bepaald anders dan wanneer een zaak voor de Duitse rechter speelde. Ik sluit niet uit dat de inhoud die de Engelse rechter aan de goede trouw zal geven, best eens buiten het verwachtingspatroon van de Duitse verkoper zou kunnen vallen. In beginsel is nl. het beginsel van ‘good faith’ in Engeland minder — of wellicht voor een rechter met weinig rechtsvergelijkende kennis — onbekend, althans terminologisch. Natuurlijk zijn er wel regels, waarvan wij zouden zeggen dat ze uiting zijn van redelijkheid, billijkheid en goede trouw. Wij mogen echter niet uit het oog verliezen dat de *aanvullende werking* van redelijkheid en billijkheid naar Engels recht toch nog altijd geringer is dan bijv. naar Duits en Nederlands recht. Wel is duidelijk dat ‘good faith’ een erkend grote rol speelt als het ‘pacta sunt servanda’ aan de orde komt.

Minder duidelijk — althans voor de Engelsen zelf — is in hoeverre de goede trouw ter aanvulling van een contract een functie dient te vervullen. Zij werken met *implied conditions*, die een vehikel vormen om contracten naar redelijkheid aan te vullen of uit te leggen. Aan ‘implied conditions’ komt de Engelse rechter langzamer toe dan de Duitse of Nederlandse rechter aan de al dan niet aanvullende werking van de goede trouw. De Engelse rechter zal moeite hebben zich de



continentale stijl van het denken in termen van goede trouw eigen te maken. Ik wil dit demonstreren aan een geval, na eerst geciteerd te hebben uit J.F. O'Connor's beknopte, maar inhoudrijke monografie.<sup>43</sup> Op p. 23 lezen wij:

'It seems that the technical and schematic approach in the English law of contract, in contrast to the use of 'general clauses' of good faith in civil law systems and now also in the USA, has not helped to produce a very coherent perception of good faith in the English law of contract. However, even this brief outline conspectus of an area which is central in English law confirms that the basic obligation of good faith — *pacta sunt servanda* — and other generally accepted perceptions of good faith, such as its association with honesty, fair dealing and reasonableness, are also present in English law'.

Art. 1.106 zal, indien bijv. een Duitse verkoper van bouwmaterialen aan een Engelse aannemer levert, naar mijn inschatting qua resultaat een zelfde beslissing opleveren als wanneer de Duitse rechter bevoegd is, indien bijv. bouwmaterialen niet monster-conform zijn. De Engelse rechter komt als de principles of contract law niet van toepassing zijn, zonder aan de woorden 'goede trouw' toe te komen, langs de weg van 'collateral warranties' — zoals wij die in *Esso Petroleum v. Mardon*,<sup>44</sup> waarover Lord Denning 'The Discipline of law' (1979), aantreffen — toch wel aan zijn trekken.

### *C. Enkele korte kanttekeningen bij 'the principles of European contract law'*

Tot dusverre plaatste ik enige vraagtekens bij de implementering van open normen, als goede trouw, gegeven de rechtscultuur in landen als Duitsland, Engeland en Frankrijk.

Onder de Europese 'principles' vallen enkele regelingen op. Zo bijv. art. 2.117 dat de 'change of circumstances', 'imprévision' betreft. Een niet-aanvaarding van 'imprévision' in bepaalde landen kan wijzen op een gebrekkige interpretatie-techniek. Ter verduidelijking een voorbeeld: wie — nu het inflatiepercentage in Nederland op bijna nihil uitkomt — bij zijn autodealer een Engelse auto bestelt, te leveren over drie maanden, heeft — als de gulden over drie maanden fors, bijv. 30 procent, devalueert, ofschoon noch hij, noch de verkoper hier mee bewust rekening gehouden heeft — desniettemin recht

43. Good faith in English law, 1990, Dartmouth.

44. [1976] J.1 QB 801. [1976] All ER 5.

op levering. Wij nemen aan dat inflatie niet de inzet van enig gesprek tussen verkoper en koper heeft gevormd en aan dit feit door partijen zelfs niet eens gedacht is. Het contract vertoont een leemte. De aard van de handel brengt met zich mee dat — naar mijn inschatting — een inflatie van deze hoogte voor rekening van de verkoper komt. Niet echter een geldontwaarding, zoals Duitsland die na de eerste wereldoorlog gekend heeft en tot ingrijpen door het Reichsgericht geleid heeft, daarin gevolgd door de wetgever. Het Reichsgericht deed zijn vele beslissingen toen steunen op par. 242 BGB.

De Fransen kennen in het privaatrecht — anders dan in het administratief recht<sup>45</sup> — geen gevolgen toe aan veranderde omstandigheden.<sup>46</sup>

Ook de Belgische rechter verzet zich tegen ingrijpen.<sup>47</sup> De aanvaarding op Europese schaal is dan ook een goede zaak. Zij kan met name de Franse en Belgische rechter, die de gedachte dat een schuldenaar bij niet verdisconteerde veranderde omstandigheden niet meer gebonden is, niet aanvaarden, in de pas doen lopen. Ook hier geldt dat de maatstaf die bijv. het Bundesgerichtshof — als het gaat om verdiscontering van omstandigheden — aanlegt.

In art. 2.117 lid 1 van de Principles ('change of circumstances') lezen wij:

'(1) A party is bound to fulfil his obligations even if performance has become more onerous, whether *because the cost of performance has increased or because the value of performance he received has diminished*.

(2) If, however, performance of the contract becomes *excessively* onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:'

en dan volgen de voorwaarden waaronder, die ongeveer gelijk liggen aan de welke naar Nederlands recht opgeld doen. De nadruk in the 'principles' valt op 'increasing of performance' en 'diminishing of value'. In dit verband is het goed op te merken dat onder dit artikel twee type figuren vallen, t.w. het geval dat A een B een onroerend goed verkoopt tegen een bedrag van X Sur. guldens. Deze gulden zal vervolgens fors in waarde dalen waardoor de contraprestatie wel heel

45. Zie de Bordeaux case, Conseil d'Etat 30 mars 1916, D.P. 1916, 3:25.

46. Zie Ghestin Billiau, *Traité de droit civil, les obligations. Les effets du contrat*, hoofdstuk III.

47. Zie J. Herbots, *Contract law in Belgium* [1995], no. 355.

weinig waard wordt. Gevallen dus van het type ‘mark-mark-arrest’. Tevens vallen hieronder gevallen die vóór de invoering van het BW te boek stonden als ‘onmogelijkheid van rechtsuitoefening’, waarvan het AKU-Stalen Steiger-arrest,<sup>48</sup> een voorbeeld biedt. Een crediteur heeft niets aan een bepaalde prestatie, als gevolg van omstandigheden die — anders dan in het AKU-arrest — niet voor rekening van de crediteur komen.

Het Engels recht maakt in wezen dezelfde onderscheiding. Men kent 1. *impracticability* (voorbeeld: een aannemer verbindt zich om een huis te bouwen, de bouwkosten stijgen tot het honderdvoudige ten gevolge van bijv. enorme inflatie) en 2. *frustration by purpose*. Van dit laatste een voorbeeld: A, eigenaar van een Rolls Royce, bestelt bij de dealer B een nieuwe airconditioning. Nog voor de geplande aflevering heeft A aan de prestatie niets, omdat de Rolls gestolen is. Het laatste geval betreft de zgn. onmogelijkheid van rechtsuitoefening.<sup>49</sup> Het rapport van de commissie-Lando<sup>50</sup> valt wel heel mager uit waar het betoogt, als zou ‘change of position’ naar Engels recht nauwelijks relevant zijn. In het rapport lezen wij:

‘English law seems to reject any notion of relief for changed circumstances not amounting to impossibility (Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC [1956] A.C.696 [H.L.]). The only possible exception, frustrated of the venture, may follow from the isolated decision in Krell v. Henry [1903] 2 K.B. 740 (C.A.), where a change of circumstances rendered the contract pointless.’

Bestudering van de fraaie monografie van Treitel<sup>51</sup> leert ons met betrekking tot figuur 2:

‘that the doctrine of discharge by frustration of a purpose is recognised both in England and in the United States, but that the courts in both countries are aware of the danger that the doctrine could undermine the principle of contract.’

Duidelijk is dat de Toelichting van de commissie-Lando hier fors tekort schiet. ‘Impracticability’ wordt wel degelijk erkend, althans de doctrine is in beweging. In dit verband valt te verwijzen naar Treitel. Hij verwijst naar de case *British Movietononews*:

48. NJ 1949, 544.

49. Te onzent aan de orde gesteld door Cavadino, *Onmogelijkheid van Rechtsuitoefening*, diss. Amsterdam 1919.

50. T.a.p. p. 119.

51. *Frustration and Force Majeure*, Londen 1994, p. 316, 7.032.

'If, on the other hand, a consideration of the terms of the contract in the light of the circumstances when it was made, shows that [the parties] never agreed to be bound in the fundamentally different situation which has now emerged, the contract ceases to bind at the point. ...'<sup>52</sup>

en merkt hierover op:<sup>53</sup>

'This could be interpreted to refer back to the types of events previously listed, including inflation.'

Door invoering van de 'principles' kan de geconstateerde ontwikkeling versneld worden.

Treitel komt tot de conclusie dat de rechtsinstituten *force majeure* en *frustration* betrekking hebben op uitleg-vragen en in elkaars verlengde liggen, een standpunt reeds eerder verdedigd door Bregstein,<sup>54</sup> een gedachte waarbij ik mij in verschillende studies heb aangesloten.<sup>55</sup>

## XI. VERTEGENWOORDIGING EN DERDENBEDING

Een korte verwijzing lijkt op haar plaats naar de regeling van het derdenbeding. De *common law* erkent het derdenbeding vanwege de leer van de zgn. *privity of contract* niet. Ook naar Frans en Belgisch recht (1165 CC) wordt het derdenbeding verworpen. Een merkwaardige zaak. Met een voorbeeld valt dit verduidelijken. Stel, A verkoopt een renpaard aan B. B zegt 3 miljoen pond Sterling toe aan C. Drie mogelijkheden dienen zich aan.

1. C is bij het sluiten van de overeenkomst aanwezig. Wij spreken dan van een drie-partijen-overeenkomst.

2. C is bij het sluiten van de overeenkomst niet lijfelijk aanwezig en wordt vertegenwoordigd door C', die — het ligt naar Nederlands recht daarin opgesloten — namens C — al dan niet bevoegd — C vertegenwoordigt. In geval van onbevoegdheid kan C bekrachtigen. Ook dan is sprake van een drie-partijen-overeenkomst.

3. C is bij het sluiten van de overeenkomst niet lijfelijk aanwezig. A treedt *expressis verbis* namens C — al dan niet met een volmacht — op. C kan in geval van onbevoegdheid van A bekrachtigen. Ook dan

52. [1952] A.C.166, 185.

53. T.a.p. p. 275, onder 6-040.

54. Praeadvies NJV 1936.

55. Zie o.m. mijn Verbintenissenrecht naar nieuw BW, 1979.

is sprake van een drie-partijen-overeenkomst.

4. C is bij het sluiten van de overeenkomst niet lijfelijk aanwezig. A bedingt t.b.v. C, maar laat na *expressis verbis* te vermelden of hij al dan niet met medeweten van C handelt. Wij spreken in dat geval van een derdenbeding. Maar wat verhindert ons om het handelen van de stipulator A *te duiden* (interpreteren) als een handelen *namens* C. Anders uitgedrukt: als dat van een (al dan) niet bevoegd vertegenwoordiger. A wil rechtsgevolgen voor C bewerkstelligen.

Omdat vanaf het Romeins recht tot Von Savigny (eerste helft 19e eeuw) figuur 4 niet rechtsgeldig was, trad de notaris (C') als vertegenwoordiger van C — dus namens C — op (figuur 2). In geval van onbevoegdheid kan A bekrachtigen. Waarom — zo vragen wij ons tegenwoordig af — is het nu nodig dat een vreemde (C') als vertegenwoordiger van C optreedt (figuur 2) en waarom zou A niet in plaats van C' (al dan niet bevoegd) C kunnen vertegenwoordigen.

Het inzicht in de constructie van het derdenbeding wordt zo geboren. Ik verdedigde de constructie in mijn dissertatie.<sup>56</sup> In een binnenkort te verschijnen mede rechtsvergelijkende bijdrage zal ik deze gedachten die thans — anders dan in 1958 — hier te lande meer werfkracht blijkt te hebben,<sup>57</sup> verder worden uitgewerkt.

Wat hiervan zij. Dit obstakel voor het derdenbeding dat internationaal steeds knellender wordt, gaat bij invoering van de principes gelukkig verdwijnen.

## XII. OVERALL-CONCLUSIE

### A. De '*principles of European contract law*'

1. Grote aarzeling bestaat of de '*principles of European contract law*' ooit ingevoerd zullen worden. Te veel zijn ontwerp-verdragen nooit ingevoerd, dan dat het vertrouwen kan bestaan dat deze principes wel ingevoerd zouden worden.

2. Een aanwijzing voor mijn aarzeling onder 1 is gelegen, dat tot het Weense koopverdrag van 1980 Engeland en België nog steeds niet zijn toegetreden. Nu is het Weense koopverdrag niet zo maar een verdrag. Het vindt zijn voorgangers in Luf en Luvi. Decennia lang

56. Beschouwingen over drie-partijen-verhoudingen van obligatoire aard, Amsterdam 1958.

57. Zie Van Schilfgaarde in Schoordijk-bundel, Deventer 1991, en Verhagen, Agency in private international law, diss. Nijmegen 1995.

hebben belanghebbende landen in internationaal verband zitten schaven, maar ook langs elkaar zitten werken. Het Nederlands–Belgische eenvormige koopverdrag is nooit ingevoerd. Ook in Europees verband is het Weense koopverdrag van primordiale betekenis, omdat koop nu eenmaal een zeer veel voorkomend contract is. Zitten wij nu echt om eenvormige regels te springen? En wat voor regels?

3. De meeste regels zijn van een internationaal gezien grote vanzelfsprekendheid. De ‘principles’ zijn geschreven voor in beginsel alle contracten. De meeste regels geven echter de indruk voornamelijk geschreven te zijn voor koopcontracten. Nuttig is natuurlijk een bepaling als art. 2.115, waarin het derdenbeding aanvaard wordt en art. 2.116 dat een antwoord geeft op de vraag of en in hoeverre een derde (C) een schuld van B aan A kan nakomen. Bepalingen als 2.101, houdende ‘terms and performance of the contract’ kunnen goeddeels gemist worden, gegeven art. 1.103 dat (lid 1) een vroegere ‘course of dealing’ (gebruik tussen partijen) en (lid 2) het gebruik in het algemeen, de voorrang geeft boven de ‘principles’.

4. Te betreuren valt dat de samenloopproblematiek in de ‘principles’ niet aangepakt is.

#### *B. Unidroit principles for commercial contracts*

1. In het handzame boek ‘Towards a European Civil Code’ vinden wij de tekst en de preambule. De Unidroit Principles hebben een grotere actieradius. Wie de bepalingen *à tête reposée* leest, zal snel tot de overtuiging komen dat de ontwerpers er goed in geslaagd zijn de grootste gemene deler van het contractenrecht van de voornaamste handelsnaties met elkander te verenigen.

2. Een goede zaak is het dat de Unidroit principles regelingen te zien geeft op terreinen, waar nog geen common law bestaat. Zo houdt art. 2.14 de regel in dat onderhandelingen te goeder trouw moeten worden gevoerd. Het artikel sluit niet uit dat ook het positief contractsbelang in overeenstemming met ’s Hogen Raads arrest inzake Plas/Valburg, maar in afwijking van het Duitse recht, voor vergoeding in aanmerking kan komen. Maar wel mag verwacht worden dat de bevoegde rechter geroepen tot toepassing van een open norm volgens welke te goeder trouw onderhandeld moet worden, de *lex fori* zal gaan toepassen.

3. Toe te juichen valt dat art. 6.2.3 aansluiting zoekt bij de internationale tendens om bij nietigheid of gebrekkige afspraken *renegotia-*

tion steeds meer geboden te achten.

Tenslotte houd ik het erop dat de Unidroit principles in kwaliteit de 'principles of European Contract law' overtreffen.

### XIII. SLOTOPMERKINGEN

1. Wij beschikken thans over twee conceptregelingen van het Europese contractenrecht: de Unidroit-regeling en de 'principles'. Is dit niet een beetje te veel van het goede, zo kan men zich afvragen. Het antwoord moet ontkennend luiden, nu het rapport van de E.C. ontsproten is aan particulier initiatief.

2. Merkwaardig is het te constateren dat, terwijl continentaal-Europese juristen hun Engelse collega's over de continentale streep trachten te trekken, het Britse parlement bij monde van de 'Law commission' door het doen van concessies een 'tunnel' tracht aan te leggen, die de 'afkeer' van continentale juristen van de common law zal moeten beteugelen. McGregor (Oxford) presenteerde in 1993 in opdracht van de 'Law Commission' zijn 'Contract Code', die een restatement geeft van het Engelse contractenrecht, maar ook zoveel afwijkingen van 'heilige' noties als de 'privity of contract' van het derdenbeding bevat, dat het lijkt of de Engelsen van hun geloof zijn afgefallen. Dit is ten dele schijn. Het betreft particulariteiten, waar de Engelsen zelf ook reeds in de geest afscheid van genomen hadden. De Amerikaanse rechter was in *Lawrence Fox*<sup>58</sup> reeds lang voorgegaan. Een schot voor de boeg was reeds gegeven door de House of Lords inzake *Woodar Investment v. Wimpey Construction U.K.*<sup>59</sup> Australië volgde, zij het dat het een tentative overweging gold in *Trident Insurance Co. v. Ma Niece Bros Pty.*<sup>60</sup>

Een slechte zaak is het echter als Engelsen afscheid gaan nemen van een eerbiedwaardig instituut als de 'Undisclosed Principal', dat op het continent nu juist bewonderd wordt door bijv. een op het stuk van het vertegenwoordigingsrecht uiterst gezaghebbend jurist als Wolfgang Müller-Freienfels. McGregor wijst op ongelukkige beslissingen als *Keighly Maxsted and Co.*<sup>61</sup> en *Armstrong v. Stokes.*<sup>62</sup>

58. 20 NY 268.

59. [1980] 1 WLR 277 (HL).

60. [1988] 165 C.L.R. 107.

61. [1901] AC 240.

62. [1892] LR 7 QB 598.

McGregor laat na te berichten dat de beide cases in de literatuur zowel als gedateerd als a-typisch worden aangemerkt.

Belangrijker is echter dat Müller-Freienfels<sup>63</sup> duidelijk aantoonde dat een berust artikel als dat van Hamson en Goodhart over de 'Undisclosed principal' in de Cambridge Law Journal<sup>64</sup> te veel *chapeau bas* speelt aan het continentale recht en tal van denkfouten laboreert. Een voorbeeld: als A (agent) voor P (principal) met een derde (T) handelt, *undisclosed* optreedt, dan kan T, die bijv. verkocht heeft, P voor de koopprijs aanspreken. In *Armstrong v. Stokes* is echter beslist dat als P aan T betaald heeft, P niet meer aangesproken kan worden. Hamson en Goodhart trekken hier de conclusie uit dat de consequentie moet zijn dat het leerstuk van de Undisclosed Principal als een *anomaly* dan ook maar terzijde moet worden geschoven, in plaats van te overwegen dat *Armstrong v. Stokes* slecht recht oplevert. Als P aan A (agent) betaalt om het in staat te stellen tegenover T na te komen, en P niet aan T doorbetaalt, dan dient P het gedrag van zijn met een middellijk vertegewoordiger te vergelijken *undisclosed agent* voor zijn rekening te nemen, evenals het geval is indien A *disclosed* zou zijn opgetreden. Daar komt bij dat als iemand (P) opdracht geeft aan een ander (A) om bijv. een antieke kast te kopen bij een antiquair (T), het veelal bloot toevallig is of de lasthebber A al dan niet op naam van P optreedt en P dit laatste veelal niet eens weet.

3. De tijd is *niet* rijp voor een Europees geschreven verbintenissenrecht. Bregstein placht aan zijn studenten voor te houden dat aan het toenmalige nieuw BW — wij leven dan circa 1955 — wel moest worden gewerkt, maar dat het niet moest worden ingevoerd. Een goede zaak zou het zijn indien de Europese Commissie diepte-investeringen zou verrichten, door aan begaafde beoefenaars van wetenschap met gevoel voor de praktijk, opdrachten te verlenen diepgaand studie te maken van leerstukken die door hun verschillende ontwikkeling een Europese sta-in-de-weg vormen. De vertegenwoordiging, het derdenbeding, de verhouding goede trouw—stilzwijgende wilsverklaring, zij vormen van die leerstukken.

63. Stellvertretungsregelung in Einheit und Vielfalt, 1982, p. 157 e.v.

64. 4 [1932] 320-356.