

blijkt. Bovendien heb ik een principieel bezwaar tegen deze methode, dat ik in het kader van vraag drie zal behandelen.

Ten slotte is de vraag namelijk hoe het Nederlandse recht aanvaardbaar kan worden gemaakt voor alle in Nederland wonende groeperingen. Ook hier verschillen Sijmonsma en ik van mening. Sijmonsma meent dat 'telkens hetzelfde recht' moet worden toegepast, maar 'de uitspraken hoeven vervolgens toch niet precies gelijk te luiden omdat de rechter (...) rekening houdt met de andersoortige achtergronden van partijen en om die reden eventueel tot twee verschillende uitspraken kan komen' (bijvoorbeeld door uitleg dus). Problematisch aan deze methode is echter dat in de beschrijving van het positieve recht zelve dan niet kenbaar is dat rekening wordt gehouden met de belangen van specifieke groepen. Pas door grondige studie kan dit multiculturele recht worden blootgelegd. Dat bevordert de herkenbaarheid van het recht voor minderheden niet. Zolang verschillende waardeoordelen op één gemeenschappelijke noemer ('redelijke uitleg') worden gebracht, is mij dat te abstract. Zeker nu zich ook in andere Europese landen dezelfde nieuwe scheidslijnen aftekenen, is het tijd om op Europees niveau de op deels verouderde onderscheidingen rustende dogmatiek expliciet te verlaten; alleen dan verbetert de identificatie met het recht door minderheden. Dan nog iets over de vier door Sijmonsma genoemde casussen. Casus A heeft weinig van doen met mijn pleidooi: ik vind dat de rechter inderdaad Nederlands IPR (en dus Marokkaans recht) moet toepassen. In casus B zou mijns inziens uit de rechterlijke uitspraak veel explicieter dan Sijmonsma wil, moeten blijken dat de rechter Marokkaanse opvattingen toepast. Casus D, geënt op het Suikerfeest-arrest,⁵ is typisch 'gemengd' omdat een

Islamitische werknemer staat tegenover een Nederlandse werkgever. De Romeinen pasten in dit type gevallen het *ius gentium* toe: het recht dat gelijkelijk voor Romeinse burgers en *peregrini* gold. Ik acht de uitspraak van de Hoge Raad naar het resultaat juist, maar ik zou in de uitspraak meer expliciet tot uitdrukking hebben gebracht dat het hier eigenlijk gaat om het zoeken naar een oplossing die zowel voor Islamiet als werkgever aanvaardbaar is (inderdaad een zoeken naar een *ius gentium* dus).

Het meest interessant vind ik casus C, waarin een huurovereenkomst tussen twee Marokkanen aan de orde is. Anders dan Sijmonsma beweert, heb ik niet geschreven dat de Nederlandse rechter in dat geval zonder meer Marokkaans recht moet toepassen. Stel echter dat naar Marokkaans recht (als dat is vast te stellen voor de rechter) de verhuurder bij in gebreke zijn van de huurder de huurovereenkomst zonder tussenkomst van de rechter kan ontbinden *en beide partijen zijn van deze regel uitgegaan toen zij de overeenkomst sloten*. In dat geval zou ik (ondanks het dwingendrechtelijke voorschrift van art. 1623n BW) buitengerechtelijke ontbinding in beginsel mogelijk achten. Dat in dat geval het 'gelijkheidsbeginsel' wordt geschonden, vind ik niet: het geval is immers anders dan de huurovereenkomst tussen twee Nederlanders die van Nederlands recht uitgingen. Het gelijkheidsbeginsel zelf is 'leeg':⁶ het gaat om het aanleggen van een relevant criterium en ik meen dat dat in dit geval niet mag worden gezocht in het in Nederland woonachtig zijn.

Uiteindelijk is het conflict tussen Sijmonsma en mij dat hij meer gelooft in de rechtvaardige 'multiculturele' oplossing in het individuele geval, waar ik graag de consequenties daarvan wil trekken voor het privaatrechtelijk systeem. Aldus ontmaskeren wij ons wellicht toch als respectievelijk rechter en systematicus.

4 Paragraaf 4.

5 HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350

6 Vgl. Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge Mass. 1990, p. 42

Principles of European Contract Law

Vooraankondiging Preadviezen voor de Vereniging voor Burgelijk Recht

J.H. Nieuwenhuis*

Vooraankondiging Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk recht voor de vergadering van 26 april 2001:

- **Some choices made by the Lando Commission, M.W. Hesselink**
- **Are the Principles of European Contract Law Better than Dutch Contract Law?, G.J.W. de Vries**

Twee boeiende – in het Engels geschreven – preadviezen voor de vergadering van de Vereniging voor Burgerlijk

Recht. De Principles of European Contract Law (PECL), opgesteld en toegelicht door de Lando-commissie vormen het onderwerp. Het perspectief van beide preadviseurs verschilt: 'Some choices made by the Lando Commission' (Hesselink) en 'Are the principles of European contract law better than Dutch contract law?' (De Vries).

De Principles zijn reeds ruim aan bod gekomen in dit tijdschrift (themanummer; NTBR 2000/9-10). Ik beperk mij

* Hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden

tot enkele punten die méér verdienen dan acclamatie tei vergadering Bijval zal er zeker zijn voor de slotzin van het preadvies van Hesselink

'On the whole, I think, the Lando Commission has provided us with a highly inspiring starting point for a truly European debate on contract law and with an elegant and useful common language for that debate

Iets meer splijtstof bevat de uitsmijter van De Vries

*'These Principles are in my opinion on the whole inferior to Dutch law in that they do not make special provision for consumers'*¹

Moet het Europese contractenrecht principieel tweesporig zijn een *verhard* trace voor ondernemers (*ius vigilantibus*) en een *zachte* berm waar lichtzinnige en onvoorzichtige consumenten beschutting kunnen vinden?

'Probably the most important function of the PECL will be that they provide us with a common European language for discussions on contract law' Hesselink heeft hier ongetwijfeld gelijk De *Principles* verschaffen ons een 'sufficiently neutral framework for a fruitful European discussion on contract law' De taal van de *Principles* is weliswaar Engels, maar dat wil niet zeggen dat hun vocabulaire de betekenis krijgt die daaraan in de Common Law wordt gehecht Dat geldt al meteen voor het kernbegrip contract 'Un contrat', 'a contract', 'een overeenkomst', falsche Freunde Het continentale contractsbegrip is stevig geworteld in de *consensus* van partijen, een broederlijke wilsovereenstemming, een Common law contract wordt daarentegen opgevat als een *woordenwisseling*, een *exchange of promises*, waarbij de partijen worden gezien als elkaars tegenstander

'The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties involved in the negotiations'

Voor het Nederlandse contractsbegrip komt daar nog bij dat de overeenkomst, in het voetspoor van de Duitse pandectenleer (Savigny), hecht is verankerd in het leerstuk van de rechtshandeling ('een wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard' art 3:33 BW) Deze openbaringsleer als grondslag van het contractenrecht, die in Engeland nummer weerklank heeft gevonden, wordt door Hesselink kort afgedaan 'The concept seems outdated now' Prikkelt dit de vergadering nog tot tegenspraak?

Het contractsbegrip van de PECL cirkelt comfortabel boven deze schermutseingen, enerzijds wordt het PECL-contract niet belast met de Duits-Nederlandse dogmatiek van de rechtshandeling, maar anderzijds wijzen de *Principles* de Engelse visie van de onverenigbaarheid van het 'concept of good faith' met de 'adversarial position' van onderhandelende partijen gedeceideerd van de hand 'a party which has negotiated or broken off negotiations

contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party' (art 2:301 PECL)

Article 1:102 Freedom of Contract Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing (), aldus de PECL In Hoofdstuk 6 (Politics) wijdt Hesselink belangwekkende beschouwingen aan wat hij noemt *Autonomy v Solidarity* Hij laat zich daarbij inspireren door Duncan Kennedy, een adept van de Amerikaanse Critical Legal Studies stroming Hesselink is van oordeel dat 'the emphasis given by the Lando Commission to freedom of contract seems somewhat out of place () From a political perspective it would probably have been more balanced to place freedom of contract (autonomy) and the duty to co-operate (solidarity) side by side in the same article () Or is this the price we will have to pay if we want to keep the conservatives on board of the European private law movement'

De strijd tussen de Autonomen en de Solidaristen In ons land heeft met name Vranken zich geschaard onder de gelederen der Solidaristen Het autonomie- en vertrouwensbeginsel als grondslag van het overeenkomstenrecht vindt hij 'een achterhaalde visie' In plaats daarvan verdedigt Vranken dat 'een benadering op basis van informatie-, onderzoeks-, zorg, samenwerkings- en loyaliteitsplichten veel beter aansluit bij wat in de werkelijkheid gebeurt'

Annie en Wim verkopen hun aantrekkelijke twee onder een kap woning, staande en gelegen aan de Prins Hendrikklaan te Bloemendaal voor 1,4 miljoen gulden aan een jong echtpaar met drie kinderen Van de opbrengst kopen zij een vrijstaande villa met aanlegsteiger en zeiljacht in Frankrijk Wat gebeurt hier in werkelijkheid?

Twee scenario's

I Annie en Wim worden geconfronteerd met aantrekkelijke Europese perspectieven De huizenprijzen stijgen in Nederland veel sneller dan in Frankrijk Zij besluten hun leven een nieuwe wending te geven, haast hebben zij niet, zij wachten rustig af tot zich een koper meldt die bereid is de andere gegadigden ruimschoots te overbieden

II Annie en Wim realiseren zich hun loyaliteitsplicht ten aanzien van woningzoekenden Nu de kinderen de deur uit zijn, is het huis voor hen eigenlijk te groot geworden Zij onderzoeken welk gezin deze woonruimte het best kan gebruiken In eendrachtige samenwerking met dat gezin informeren zij naar een billijke prijs voor hun huis

Bij het debat over de vraag welk van beide scenario's de werkelijkheid van het Europese contractenrecht het best weergeeft, dient te worden bedacht dat de meeste landen van Europa (waaronder Nederland) gehouden zijn tot inachtneming van 'het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging' (art 4 EG-Verdrag)

Ook het preadvies van De Vries biedt ruimschoots stof voor een interessante gedachtewisseling De Vries verge-

1 Daaraan moet onmiddellijk worden toegevoegd dat De Vries op aanmerkelijk meer punten de voorkeur geeft aan de *Principles* boven het Nederlandse contractenrecht

2 Walford v Miles (1992) AC 128 per Lord Ackner

3 J B M Vranken, WPNR 6425 p 863

lijkt en keurt de PECL en het Nederlandse contractenrecht op vijf punten: Formation, Validity, Termination and Adaptation, Non-performance and Remedies in general, Particular Remedies for Non-performance. Afgebroken onderhandelingen; de Nederlandse leden van de Lando-commissie (Hondius en Hartkamp) zijn er blijkbaar niet in geslaagd onze Plas/Valburg-formule (onder omstandigheden vergoeding van positief contractsbelang, *expectation-interest*) ingang te doen vinden (misschien hebben zij daartoe ook geen poging ondernomen):

'the aggrieved party cannot claim to be put into the position in which it would have been if the contract had been duly performed'.⁴

De Vries spreekt geen duidelijke voorkeur uit voor één van beide regels. Wel noemt hij in zijn conclusie art. 2:301 als één van de voorbeelden van een 'more explicit, informative and clear-cut rule'.

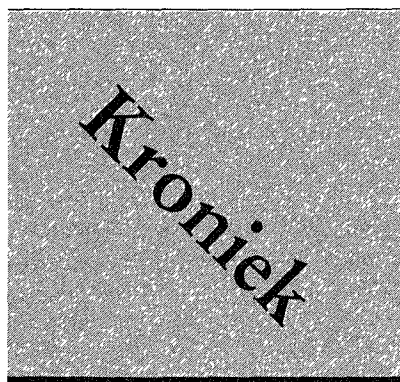
'A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental' (art. 9:301 PECL). De tekortkoming moet 'fundamental' zijn, wil zij ontbinding rechtvaardigen, en de tekortkoming is fundamental,

onder andere indien 'the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract' (art. 8:103 PECL). Dit laatste is een van de schaarse fundamentele bijdragen van de Common Law aan de formulering van de *Principles*.

De Vries besteedt uitvoerige aandacht aan deze breuk met het Nederlandse recht (art. 6:265; *iedere* tekortkoming etc.). Zijn betoog komt erop neer dat het met de breedte en diepte van die kloof wel meevalt. Veel is 'optical illusion'. Wellicht biedt dit troost aan Bakels en Hartlief, die de Hoge Raad niet wisten te winnen voor de door hen verdedigde ontbindingsregels naar Europese snit.

Tot slot een – ongevraagd – preadvies van mijn kant. Onderwijs in de rechtsgeleerdheid is slechts 'academisch' indien het 'vergelijkerwijs' geschiedt. Daag studenten uit argumenten te formuleren die een beredeneerde voorkeur voor, hetzij art. 9:301 PECL, hetzij art. 6:265 BW mogelijk maken. Geeft het academisch onderwijs deze ambitie prijs, dan is het rijp voor een vijandige, maar onvermijdelijke overname door ander hoger beroepsonderwijs. Vandaar: de *Principles of European Contract Law*, in de oorspronkelijke, Engelse versie, inclusief de *Comments* en *Notes*, dienen uitgangspunt te zijn bij ieder academisch onderwijs in het Nederlandse contractenrecht.

4 Comment G onder art. 2:301 PECL.



Kroniek Algemeen

1. Inleiding

Korter en frequenter. Dat is de boodschap die een mini-lezersonderzoek de kroniekschrijvers van dit blad meegeeft. In overeenstemming hiermee is dit de tweede kroniek Algemeen van bescheiden omvang in successie. *Secundum datur*: wederom besteed ik aandacht aan de diverse jubilea van Van Schilfgaarde. Bij gelegenheid daarvan verscheen een bundel verzamelde geschriften (nr. 2) en een themanummer van *WPNR* (nr. 3). Grondrechten en beginselen nemen in het Nederlandse privaatrecht geen overdreven belangrijke positie in.

Hebt u ooit van het beginsel van voorzorg (nr. 4) gehoord? Of zich druk maakt om de betekenis van grondrechten in het privaatrecht (nr. 5)? Een gebied waar deze doorwerking momenteel aan het licht komt is die van de gelijke behandeling (nr. 6). Verzekering een aansprakelijkheid zijn sinds H. Drion twee begrippen die welhaast een hendyadis vormen. Maar verzekering heeft nog meer juridisch draagvlak, zoals blijkt uit de Leidse bundel *Verzekering en maatschappij* (nr. 7). Twee inaugurele redes vragen onze aandacht: over het partij-begrip van Schrage (nr. 8) en schadeveroorzakend handelen in functie van Klaassen (nr. 9). Van onze voorgenomen wetgeving krijgt het voorstel tot wijziging van de Faillissementswet in de literatuur een dikke onvoldoende (nr. 10). Overschrijden we 's lands grenzen, dan is er in de eerste plaats een reeks feestbundels te signaleren (nr. 11). Oude dingen blijken een nieuw rechtsgebied (nr. 12). Een oud ding van onschatbare waarde is de *International Encyclopedia of Comparative Law* (nr. 13). En ten slotte is er de gebruikelijke aandacht voor Europees privaatrecht (nr. 14), elektronische

handel (nr. 15) en Nederlands recht in den vreemde (nr. 16).

2. Van Schilfgaarde: eigen werk

In 1959 publiceerde Van Schilfgaarde zijn eerste juridisch artikel, in *Ars Aequi*. In 2001 bracht *WPNR* een speciaal nummer uit, gewijd aan het symposium voor zijn dertigjarig hoogleraarschap (nr. 3 hieronder), met eveneens een bijdrage van zijn hand. In de tussenliggende 42 jaar verschenen – blijkens de publicatielijst opgenomen in zijn feestbundel *A-T-B* (kroniek Algemeen, *NTBR* 2001, p. 78) – tal van opstellen. Een door de auteur zelf gemaakte keuze daaruit is vorig jaar gebundeld en in druk verschenen. Onder de geselecteerde publicaties zijn tal van bekende werken, die vaak worden geciteerd. Zo is daar het *WPNR*-artikel over Vertegenwoordiging en de scherpe aanval op de Normatieve uitleg van Van Dunné (kort geleden verzacht in *WPNR* – niet opgenomen in de bundel). Heeft de samensteller een goede neus gehad voor wat beklijft? Een testcase is de zojuist genoemde feestbundel aangeboden aan Van Schilfgaarde.