

Import en export van burgerlijk recht

BW-krant jaarboek 13

Redactie

M.E. Franke

J.P. Jordaans

L. Reurich

M.H. Wissink



Gouda Quint — Deventer

1997

Aanbevolen citeerwijze: (naam auteur), (titel bijdrage), BWKJ 13 (1997), blz.

ISBN 90-387-0592-1
NUGI 692

© 1997 Prof. mr. E.H. Hondius, Prof. mr. W.G. Huijgen, Mr. P. Neleman, Mr. G.R.B. van Peursem, Mr. H.D. Ploeger, Mr. J.M. Smits, Mr. W.A. Timmermans, Prof. mr. W.J. Zwalve.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Voorwoord

Het voor u liggende jaarboek heeft een nieuw gezicht gekregen. De omslag is enigszins veranderd, de jaargangen zijn genummerd en er wordt een verkorte citeertitel geïntroduceerd: BWKJ. Dit valt samen met het feit, dat 25 jaar geleden de BW-krant door Ewoud Hondius is opgericht.

Het thema van BWKJ 13 (1997) is 'import en export van burgerlijk recht'. Import en export kan langs verschillende wegen gestalte krijgen. De invloed van het recht van andere landen op ons recht, mede op grond van rechtsvergelijkende argumenten, kan met horizontale import worden aangeduid. Verticale import ziet dan op de invloed van supranationale rechtsbronnen. In de bijdrage van Neleman worden beide vormen van import in kaart gebracht. Dat import van rechtsfiguren niet onproblematisch hoeft te verlopen, toont Zwolve aan in zijn bijdrage over de import van het *fiducia*-verbod. Van Peurseem bespreekt vervolgens de vraag of bij de rechtsvinding door de Nederlandse rechter een hiërarchie bestaat tussen normen van binnen- en buitenlandse origine.

Van export van recht is sprake als een buitenlands rechtstelsel door het Nederlandse recht wordt beïnvloed. De horizontale export komt in een drietal bijdragen aan de orde. Ploeger bespreekt de export van het BW van 1838 naar de Oost en de West, Huijgen en Timmermans wijden hun bijdrage aan de export van het huidige BW naar respectievelijk China en Rusland (GOS). De bijdrage van Hondius is gewijd aan de invloed van het Westers recht, met name de Unidroit, op Litouwen. Tot slot bespreekt Smits een geval van verticale export: de invloed van Nederlands recht op de vorming van het internationale contractenrecht.

Leiden, augustus 1997

De redactie

Inhoud

Import en export van recht <i>P. Neleman</i>	9
Import van 'Lease' en 'Sale & Lease Back' <i>W.J. Zwolve</i>	19
Wisselwerking bij rechtsvinding door de burgerlijke rechter tussen normen van nationale en EG oorsprong; normenhiërarchie? <i>G.R.B. van Peurse</i>	39
Het BW 1838 naar de Oost en de West <i>H.D. Ploeger</i>	57
Export van ons nieuwe BW naar het land der mandarijnen <i>W.G. Huijgen</i>	83
Nederlandse invloed op het nieuwe Russische BW <i>W.A. Timmermans</i>	95
Export van Westers recht naar Oost-Europa: het voorbeeld van Litouwen <i>E.H. Hondius</i>	113
Nederlandse invloed op het internationaal (contracten)recht <i>J.M. Smits</i>	127

Import en export van recht

ENKELE ALGEMENE OPMERKINGEN

*P. Neleman**

1. Het ligt voor de hand dat de termen import en export in de titel van het jaarboek in andere zin moeten worden verstaan dan daaraan gewoonlijk wordt toegekend. Bij import en export pleegt men immers in de eerste plaats te denken aan de invoer en uitvoer van bijvoorbeeld handelswaar ingevolge een contract tussen in verschillende landen gevestigde partijen. Hier gaat het om iets anders, te weten om de grensoverschrijding van het — objectieve — recht. Deze grensoverschrijding doet zich in een aantal vormen voor, waarvan ik een aantal wat nader onder ogen zal zien. Ik zal mij daarbij in beginsel beperken tot het burgerlijk recht.

Geheel in het algemeen kan men zeggen dat het niet opzienbarend is dat het recht niet bij nationale grenzen halt houdt. Weliswaar vormt, in ieder geval sinds de grote codificaties, nationaal recht een onderdeel van de nationale identiteit, maar in landen met een vergelijkbare maatschappelijke, economische en culturele situatie zullen zich vaak vergelijkbare problemen voordoen, waarvoor het recht een oplossing beoogt te bieden. Ziet men zich voor zo'n probleem gesteld, dan is het in het algemeen een vruchtbaar procédé voor de oplossing daarvan niet alleen te onderzoeken wat het nationale recht inhoudt, maar mede te rade te gaan bij buitenlands recht. Gezegd zou kunnen worden dat een werkelijk diepgravend en innovatief onderzoek het niet zonder rechtsvergelijking kan stellen, maar een verplichting daartoe in eigenlijke zin bestaat natuurlijk niet. Het gaat hier dus om een weliswaar wenselijke, maar niet formeel verplichte activiteit, die kan leiden tot import van vreemd recht in het eigen rechtstelsel.

* Mr. P. Neleman is raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden.

2. Dit is overigens niet een uitsluitend moderne benadering. Men denke bijvoorbeeld aan de receptie in West-Europa van het Romeinse recht, dat daarmee niet alleen het territoire maar ook het tijdperk van zijn formele gelding heeft overschreden. Zonder rechtsvergelijkende bestudering van de behouden gebleven bronnen zou de receptie niet mogelijk zijn geweest. Wat het Romeinse recht voor de ontwikkeling van het West-Europese privaatrecht heeft betekend, kan nauwelijks worden overschat. Opmerkelijk is in dit verband nog dat het gerecipieerde Romeinse recht, als Rooms-Hollands recht, zijn weg weer heeft gevonden naar verre landen als — thans — Sri Lanka en Zuid-Afrika.

3.1 In vele gevallen is het de juridische literatuur die het rechtsvergelijkende voortouw neemt. Wordt daarin een aan buitenlands recht ontleende rechtsfiguur of theorie verdedigd, die later in de rechtspraak of in de wetgeving wordt aanvaard, dan zou men erover kunnen twisten of sprake is van import van vreemd recht, zoals in deze bijdrage aan de orde is. Zo heeft bijvoorbeeld Scholten voor het burgerlijk recht in 1902 de in Duitsland ontwikkelde leer van de adequate veroorzaking in Nederland naar voren gebracht, welke leer in 1927 door de Hoge Raad is aanvaard en door hem tot ongeveer 1970 is toegepast.¹ Men zou kunnen denken dat het antwoord op deze vraag niet van heel groot belang is: is er geen sprake van import in eigenlijke zin, dan is er in elk geval import over de band. Het is evenwel hoe dan ook van belang zich te realiseren dat een bepaalde rechtsfiguur een buitenlandse herkomst heeft en bijvoorbeeld voor ogen te houden welk toepassingsgebied hij in zijn land van herkomst heeft, waarmee overigens niet gezegd wil zijn dat de Nederlandse rechtsontwikkeling niet kan meebrengen dat de grenzen van het toepassingsgebied in de loop der tijd gaan verschuiven.

3.2 Ook in de hedendaagse rechtspraak zelf is de rechtsvergelijking niet meer weg te denken. Het klassieke voorbeeld is het arrest Van Kreuningen/Bessem,² waarin de Hoge Raad voor het eerst een expliciete rechtsvergelijkende motivering heeft gebruikt door met betrekking tot de op grond van art. 1407 (oud) BW te vergoeden schade

1. Zie Asser-Hartkamp 4-1, nr. 427 e.v.

2. HR 21 mei 1943, NJ 1943, 455.

onder meer te overwegen ‘dat in overeenstemming met hetgeen van oudsher in ons land gegolden had en *met hetgeen thans volgens wet of rechtspraak in de naburige landen geldt*, het toekennen van vergoeding voor ideële schade, geleden tengevolge van voormelde daden, als redelijk en billijk valt te beschouwen’ (cursivering toegevoegd). Hij deed zulks op het voetspoor van de conclusie van de P-G Berger, waaruit ook duidelijk wordt welke ‘naburige landen’ de Hoge Raad op het oog had. Opmerking verdient wellicht nog dat het rechtsvergelijkende argument hier zijn overtuigende kracht er vooral aan ontleent dat het niet om één land, maar om verscheidene landen gaat, waar deze vorm van schadevergoeding is aanvaard. Het is overigens onnodig te zeggen dat de import van dit stukje buitenlands recht inmiddels is voltooid in art. 6:106 BW.

Een recent voorbeeld, waarin het overigens niet zozeer gaat om import van buitenlands recht, maar waarin wel de rechtsvergelijking een rol speelt in de motivering, is het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 1997³ inzake *wrongful birth*. De Hoge Raad vermeldt dat (ook) ‘in andere landen’ bezwaren naar voren zijn gebracht tegen het toekennen van schadevergoeding bestaande in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind, maar overweegt vervolgens dat en waarom deze bewaren hem ‘niet overtuigend’ voorkomen. Een uitvoerige bespreking van deze bezwaren is, naast andere rechtsvergelijkende beschouwingen, te vinden in de fraaie conclusie van de A-G Vranken, die uiteindelijk tot een ander oordeel kwam dan de Hoge Raad.

In dit verband vermeld ik ten slotte nog, maar uitsluitend om aan te geven hoe normaal en vanzelfsprekend de rechtsvergelijking in de rechtspraak eigenlijk is geworden, een betrekkelijk willekeurig voorbeeld uit de laatste aflevering van de Nederlandse Jurisprudentie: de conclusie van de A-G Hartkamp voor HR 24 januari 1997, NJ 1997, 399 (zie p. 2190, l.k.).

Van een geheel andere orde is intussen het geval waarin de Nederlandse rechter ingevolge regels van internationaal privaatrecht buitenlands recht toepast. De toegepaste regels van buitenlands recht zijn dan in zoverre wel onderdeel van de Nederlandse rechtsorde geworden, maar uitsluitend in de beslissing in de betrokken zaak: zij

3. RvdW 1997, 54; AA 1997, p. 431. Zie ook de verschillend getinte beschouwingen in NJB 1997, p. 475 e.v.

zijn daarmee uiteraard nog niet gaan behoren tot het Nederlandse recht. Van import van recht is dan ook in dit geval geen sprake.

3.3 Ook de wetgeving laat zich in ruime mate inspireren door de rechtsvergelijking, en in zoverre is dan sprake van rechtstreekse import, al dan niet in aangepaste vorm, van onderdelen van buitenlands recht. Vooral het nieuwe vermogensrecht, en dan in het bijzonder Boek 6 BW, biedt daarvan goede voorbeelden: men zie de voetnoten in het Groene Boek, waarin talloze verwijzingen voorkomen naar wetgeving, rechtspraak en literatuur van een zeer groot aantal landen.⁴ Ter illustratie wijs ik op enkele willekeurige voorbeelden, die nog met vele andere zouden kunnen worden aangevuld.

Art. 6:80, dat in de onderdelen *b* en *c* van lid 1 verwantschap vertoont met de Engelse leer van de anticipatory breach.⁵

Bij de totstandkoming van de regeling van de Algemene voorwaarden (afd. 6.5.3) heeft niet alleen de dissertatie van Hondius⁶ een prominente rol gespeeld, maar is blijkens de memorie van toelichting ook gelet op Duitse, Engelse, Franse en Oostenrijkse wetgeving, alsmede op een resolutie van de Raad van Europa.⁷

In de toelichting-Meijers vindt men als motivering voor de nieuwe regeling van de dwaling (art. 6:228) onder meer een uitvoerige beschouwing over het Engelse leerstuk van de misrepresentation.⁸

De noten bij de toelichting-Meijers op art. 6:258 (onvoorziene omstandigheden) bevatten, naast verwijzingen naar Duitse literatuur en Engelse rechtspraak, verwijzingen naar wetgeving van Duitsland, Egypte, Griekenland, Italië en Polen.⁹

3.4 De hier gegeven voorbeelden doen zien dat nationale grenzen ook thans in feite geen belemmering vormen voor import van recht. De Nederlandse rechtstoepasser die zich met een probleem geconfronteerd ziet, kan vrijelijk te rade gaan bij buitenlandse wetgeving,

4. Een indrukwekkende literatuurlijst is als bijlage opgenomen in het Groene Boek; zij is ook afgedrukt in de Parl. Gesch. Boek 6, p. 1051 e.v.

5. Parl. Gesch. Boek 6, p. 277.

6. Standaardvoorwaarden, Rechtsvergelijkende beschouwingen over standaardisering van kontraktsbedingen en overheidstoezicht daarop (diss. Leiden 1978).

7. Parl. Gesch. Boek 6 Inv.wet, p. 1455.

8. Parl. Gesch. Boek 6, p. 902.

9. Parl. Gesch. Boek 6, p. 968 e.v.

rechtspraak en literatuur en daaruit overnemen hetgeen hem goed dunkt, en aldus een stukje recht importeren.

Of dit in een concreet geval mogelijk is, zal evenwel van een aantal factoren afhangen. Nog afgezien van de vraag of de betrokken rechtstoepasser voldoende belangstelling voor en bedrevenheid in rechtsvergelijking heeft, zullen vooreerst in de landen die in de vergelijking worden betrokken tot op zekere hoogte vergelijkbare maatschappelijke, economische en sociale verhoudingen moeten bestaan. Is dit niet het geval dan is het minder aannemelijk dat zich soortgelijke problemen voordoen en dat daarvoor geschikte oplossingen voorhanden zijn: zo zal het voor de Nederlandse rechtsvergelijker vermoedelijk vruchtbaarder zijn te kijken naar het recht van West-Europese landen dan naar het recht van bijvoorbeeld Tibet. Maar ook als een zekere maatschappelijke gelijkheid bestaat, is nog niet gezegd dat rechtsvergelijking tot aanvaardbare resultaten leidt. Zo zal het in het algemeen niet voldoende zijn alleen buitenlandse wetgeving te raadplegen, maar zal men zich ook moeten verdiepen in rechtspraak en literatuur. Bovendien zal men bedacht moeten zijn op terminologische valkuilen en, mede daarom, vanuit een zo concreet mogelijke vraagstelling moeten denken, dus — met een aan Sauveplanne, Rechtsstelsels in vogelvlucht, ontleend voorbeeld — niet alleen: kent het Engelse recht de rechtsfiguur van de stichting, maar ook: kent het Engelse recht een rechtsfiguur die ertoe strekt met een afgezonderd vermogen een bepaald doel te bereiken?

Het zojuist gegeven voorbeeld van Tibetaans recht wijst tevens op een andere noodzakelijke factor, namelijk dat het vreemde recht is vervat of vertaald in een toegankelijke taal. Wat dit laatste betreft neemt het Nederlandse recht een wat ongunstige positie in, zodat er eerder van import van vreemde rechtsfiguren in Nederland dan van export uit Nederland sprake zal zijn, ook al is voor wat het (nieuwe) BW de toegankelijkheid aanzienlijk verbeterd door vertalingen in het Frans, Engels, Duits, Spaans en Russisch, hetgeen de belangstelling voor het nieuwe Nederlandse recht in aanzienlijke mate heeft bevorderd.

4.1 De bronnen waaruit bij de import van buitenlands recht door middel van rechtsvergelijking wordt geput — wetgeving, rechtspraak en literatuur — zijn uit het voorgaande voor het belangrijkste deel al gebleken. Er zijn er echter nog enkele, die een wat bijzondere plaats

innemen en daarom afzonderlijke vermelding behoeven.

4.2 In de eerste plaats noem ik de internationale (handels)praktijk. Deze heeft een aantal rechtsfiguren opgeleverd als bijvoorbeeld factoring, franchising en leasing (alle aan het Angelsaksische recht ontleend), die dankzij het beginsel van contractsvrijheid ook in Nederland vaste voet hebben kunnen krijgen.¹⁰ Daarnaast valt te wijzen op internationale standaardcontracten op bijvoorbeeld het gebied van de zeescheepvaart, zoals cognossementen en charterpartijen: daarin voorkomende bedingen — die veelal naar Engels recht moeten worden uitgelegd — zijn mede tot het Nederlandse recht gaan behoren.

4.3 Voorts valt te wijzen op het verdragsrecht, dat op verschillende manieren tot import in het Nederlandse rechtstelsel kan leiden.

Eenvormige Beneluxwetten, zoals die op het gebied van het merkenrecht en het modellenrecht, zijn nationaal recht in elk van de Beneluxlanden. Zij vertonen een bijzonder aspect in die zin dat de uitlegging daarvan door middel van een prejudicieel stelsel is opgedragen aan een bijzonder college, te weten het Benelux-Gerechtshof. De Hoge Raad is, evenals de hoogste rechter in de andere Beneluxlanden, verplicht vragen van uitleg te stellen, behalve wanneer sprake is van een *acte clair* of een *acte éclairé*, dat wil zeggen wanneer over het antwoord redelijkerwijs geen twijfel (meer) kan bestaan. De gerechten in feitelijke aanleg zijn niet verplicht, maar wel bevoegd vragen te stellen. Dit stelsel brengt mee dat, wanneer het Benelux-Gerechtshof eenmaal uitspraak heeft gedaan, er voor de Hoge Raad geen taak meer bestaat met betrekking tot de interpretatie van de betrokken Beneluxwet, hetgeen meebrengt dat de eindarresten van de Hoge Raad met betrekking tot de rechtsvraag heel kort plegen te zijn.¹¹ In het verband van deze bijdrage kan dit stelsel aldus worden gekarakteriseerd dat de uitleg van het Benelux-Gerechtshof rechtstreeks in het Nederlandse recht wordt geïmporteerd.

Het EG-recht kent een vergelijkbaar systeem van prejudiciële vragen, die in dit geval moeten worden gesteld aan het Hof van

10. Zie voor de 'aanpassingsproblemen' waartoe de leasing in verband met art. 3:84 lid 3 heeft geleid, HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119; AA 1995, p. 872 (Sogelease).

11. Zie bijvoorbeeld HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 282, r.o. 2.2.

Justitie van de Europese Gemeenschappen te Luxemburg. Ook op dit gebied is derhalve sprake van rechtstreekse import in het Nederlandse recht van de door het Hof gegeven uitleg.

Min of meer bij wege van zijspoor verdient vermelding dat de Hoge Raad in een geval waarin de interpretatie van zowel het Beneluxrecht als van het EG-recht aan de orde was — het betrof de Benelux Merkenwet die is aangepast aan de eerste Europese Richtlijn inzake het Merkenrecht (89/104/EEG) — aanleiding heeft gevonden zowel aan het Benelux-Gerechtshof als aan het Hof van Justitie EG vragen te stellen.¹² Een van de aan het Hof van Justitie EG voorgelegde vragen was of de Hoge Raad dan wel het Benelux-Gerechtshof op grond van art. 177 lid 3 EG-Verdrag gehouden is zich tot het Hof van Justitie EG te wenden. Het Hof van Justitie heeft op het moment van inleveren van deze bijdrage nog geen arrest gewezen. Wel heeft inmiddels de A-G Jacobs op 29 april 1997 conclusie genomen. In zijn antwoord op voormelde vraag heeft hij volstaan met de opmerking, kort samengevat, dat ingeval door de hoogste nationale rechter aan het Benelux-Gerechtshof prejudiciële vragen (moeten) worden gesteld, aan art. 177 lid 3 is voldaan, indien het Hof van Justitie gelegenheid heeft te antwoorden op de hem voorgelegde prejudiciële vragen, voordat de nationale rechter einduitspraak doet. Strikt genomen is daarmee de gestelde vraag nog niet beantwoord, maar wel is een praktische aanwijzing gegeven voor de verdere procedure; uiteraard moet echter worden afgewacht of het Hof de conclusie van zijn A-G zal volgen.

Ten slotte vestig ik in dit verband nog kort de aandacht op het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Ook hier is sprake van import van internationaal recht in het Nederlandse recht. De in dat Verdrag neergelegde regels doorbreken immers zoals bekend het nationale recht, in die zin dat de nationale rechter gehouden is regels van nationaal recht die strijdig zijn met regels van het EVRM, zoals uitgelegd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg, buiten toepassing moet laten. Hierop bestaat in zekere zin een uitzondering ingeval het vaststellen van de gevolgen van de onverenigbaarheid van het nationale recht met het EVRM de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan.¹³

12. HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 682, inzake Dior/Evora.

13. Zie bijvoorbeeld HR 24 februari 1995, NJ 1995, 468.

De hier besproken gevallen van import van internationaal recht hebben gemeen dat, anders dan in de eerder besproken gevallen waarin sprake was van op rechtsvergelijking gebaseerde import, in beginsel van een verplichting tot importeren kan worden gesproken.

5.1 Tegenover import staat uiteraard export. Van export van Nederlands recht is sprake wanneer in het buitenland op grond van rechtsvergelijkende argumenten onderdelen van Nederlands recht worden geïmporteerd. Ik laat dit verder buiten beschouwing: *mutatis mutandis* geldt hier hetzelfde als wat hiervoor over de import in Nederland is gezegd. Slechts op twee, wat bijzondere gevallen wil ik nog in het kort de aandacht vestigen.

5.2 In de eerste plaats vermeld ik, ofschoon het hier niet om export in strikte zin gaat omdat het zich binnen het Koninkrijk afspeelt, de invoering ingevolge het zg. concordantiebeginsel (art. 39 Statuut) van het nieuwe vermogensrecht op de Nederlandse Antillen en op Aruba. De voorbereidingen zijn al ver gevorderd, en hopelijk zal de invoering op niet al te lange termijn haar beslag krijgen. Dit is van belang, omdat de Hoge Raad ook cassatierechter is in Antilliaanse en Arubaanse zaken en in deze zaken dus nog het recht moet toepassen, zoals dat in Nederland tot 1 januari 1992 heeft gegolden. Daaraan is een belangrijk bezwaar verbonden, te weten dat dit recht zich, behalve dan in de Antilliaanse en Arubaanse rechtspraak en literatuur, niet meer ontwikkelt, ook al lijkt anticiperende interpretatie op het nieuwe vermogensrecht ook hier in voorkomend geval niet uitgesloten.¹⁴

5.3 Ten slotte valt in dit verband nog kort te wijzen op de totstandbrenging van een nieuw Burgerlijk Wetboek in Rusland (en andere GOS-staten). Ik kan hier kort over zijn, omdat ik voor wat betreft opzet en werkwijze van dit project kan verwijzen naar het daaraan gewijde artikel van Feldbrugge.¹⁵ Mijn eigen ervaringen in Wit-Rusland stemmen ook grotendeels overeen met hetgeen Feldbrugge over Rusland heeft geschreven. Ik zou in dit verband nog slechts een wel eens gehoord misverstand uit de weg willen ruimen, te weten dat het

14. Zie met betrekking tot deze kwestie de conclusie van de A-G Hartkamp voor HR 21 februari 1992, NJ 1992, 336.

15. Het nieuwe Burgerlijk Wetboek van de Russische Federatie, RMThemis 1997, p. 43 e.v.

Nederlandse nieuwe BW zonder meer is overgenomen in of model heeft gestaan voor het Russische; dit is niet juist, het gaat steeds om eigen ontwerpen, die ook, zowel wat opzet als inhoud betreft, afwijken van het Nederlandse BW. Wel heeft het nieuwe Nederlandse vermogensrecht invloed uitgeoefend, doordat van Nederlandse zijde commentaar op de ontwerpen is geleverd, waarbij in voorkomend geval uiteraard ook is uiteengezet hoe de overeenkomstige regeling in Nederland luidt. De al gememoreerde vertaling in het Russisch heeft hier ongetwijfeld een belangrijke rol gespeeld.

Import van 'Lease' en 'Sale & Lease Back'

*W.J. Zwolve**

1. INLEIDENDE OPMERKING

Op 19 mei 1995 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen dat veel opschudding heeft veroorzaakt.¹ Het ligt niet in mijn bedoeling dit reeds veel besproken arrest ('Sogelease') op deze plaats van nog meer commentaar te voorzien dan al door anderen is gedaan: de lezer zij verwezen naar een recent artikel van Reehuis,² bij wiens bevindingen ik mij zou willen aansluiten. Gelet op het karakter van deze aflevering van het Jaarboek, dat de import en export van civielrechtelijke rechtsfiguren tot onderwerp heeft, leek het mij verstandiger de aandacht te vestigen op de 'sale & lease back'-constructie zelf en in het bijzonder op het gebruik daarvan in de landen van herkomst dier constructie, te weten Engeland en de Verenigde Staten. Zoals wel vaker in onze recente rechtsgeschiedenis is gebeurd (men denke aan het door Paul Scholten uit Duitsland geïmporteerde, maar in ons recht (anders dan in het Duitse) praktisch onbruikbare begrip 'zakelijke overeenkomst'),³ dreigt namelijk een rechtsfiguur vanuit het buitenland in ons recht te worden geïntroduceerd die men niet, of niet voldoende, heeft begrepen. Sommigen daarentegen hebben die constructie wel degelijk begrepen en varen wel bij het onbegrip van de anderen. Het onderstaande moge enige helderheid verschaffen.

* Prof. mr. W.J. Zwolve is als hoogleraar historische ontwikkeling van het recht verbonden aan de Rijksuniversiteit Leiden.

1. NJ 1996, 118 (Keereweer/Sogelease).

2. W.H.M. Reehuis, 'Roerende zaken als zekerheid' in *Groninger Opmerkingen & Mededelingen XIV* (1997) p. 30 e.v.

3. Zie daarover recentelijk W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming* (Ars Notariatus LXXX), p. 6 e.v.

2. ZEKERHEIDSRECHTEN OP ROERENDE ZAKEN IN HET ANGLO-AMERIKAANSE RECHT

A. *Engels recht*

De oude Engelse ‘common law’ kende oorspronkelijk, dat wil zeggen in de middeleeuwen, slechts één zekerheidsrecht op roerende zaken, te weten het recht van vuistpand, ‘pledge’ of ‘pawn’ genaamd. Sinds de zestiende eeuw kwam daarnaast een ‘bezitloos’ zekerheidsrecht⁴ te staan, de zogenaamde ‘chattel mortgage’. Ik zal mij in het onderstaande beperken tot de ‘bezitloze zekerheidsrechten’ op roerende zaken en het recht van vuistpand verder onbehandeld laten. De ‘chattel mortgage’ dan is, in essentie, een overeenkomst van ‘sale & lease back’. De zekerheidsgever, de ‘mortgagor’, verkoopt en draagt in eigendom over aan de zekerheidsnemer, de ‘mortgagee’, die de aan hem in eigendom overgedragen zaken weer in gebruik afstaat aan de zekerheidsgever, zijn kredietnemer en dus nu de ‘lessee’ van de door hem tot zekerheid overgedragen zaken.⁵ Wij zouden zeggen dat zo een ‘chattel mortgage’ een ‘fiduciaire eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid door middel van *constitutum possessorium*’ behelst. Het Engelse recht heeft deze constructie altijd met enige reserve behandeld. Zo werd in de eerste Engelse faillissementswetgeving, die van Elizabeth I, bepaald dat een ‘koper’, die aan hem ‘verkochte’ goederen in het feitelijk bezit liet van de verkoper, de schijn tegen zich had. Hij werd verondersteld dat te hebben gedaan teneinde de overige crediteuren van de ‘verkoper’ te benadelen, tenzij aannemelijk kon worden gemaakt dat hij te goeder trouw was.⁶ In een andere faillissementswet, de bekende ‘Bankruptcy Act’ van haar opvolger James I uit 1623, werd zelfs bepaald dat tot de failliete boedel die ten

4. Wat vreemd is het toch eigenlijk dat, bij alle (nagenoeg zinloze) semantische scherpstijperij over de begrippen ‘goed’ en ‘zaak’ in het nieuwe vermogensrecht, niemand valt over een term als ‘bezitloos’ zekerheidsrecht. Die term is een monstrum — veel beter is de aanduiding ‘hypotheek op roerende zaken’ — maar ik zal hem desondanks in het onderstaande verder gebruiken omdat ik bang ben mis te worden verstaan door een lezerspubliek dat gewend is geraakt aan ondoordacht juridisch taalgebruik.
5. Zie daarover en met nadruk op de verschillen met de romeinsrechtelijke hypotheek op roerende zaken zeer expliciet *Ryall v. Rolle*, (1749) 1 Atk. 165; 26 ER 107.
6. Zie *Twynne’s case*, (1602) 3 Co.Rep. 80b, 76 ER 809 en zie nog *Pennel v. Dawson*, (1856) 18 CB 355; 139 ER 1407.

behoefte van de crediteuren te gelde moest worden gemaakt *ook* dienden te worden gerekend de roerende zaken die zich bevonden ‘in the possession, order, and disposition of the bankrupt, by the consent of the true owner.’⁷ Dit is de beroemde (en beruchte) ‘reputed ownership clause’ die tot 1986 een steeds terugkerend onderdeel heeft uitgemaakt van iedere Engelse faillissementswetgeving. Er valt veel over te vertellen, maar dat zal ik hier niet doen. Voldoende zij vast te stellen dat zij getuigenis aflegt van een reserve ten opzichte van de preferente positie van de crediteur met een ‘bezitloos’ zekerheidsrecht op roerende zaken die het continentale recht, ondanks allerlei tamelijk vruchteloze pogingen van de diverse wetgevers, wezensvreemd is gebleven. Daar komt nog bij dat in de negentiende eeuw — ongetwijfeld ook mede ingegeven door de beperkte werkingssfeer van de ‘reputed ownership clause’⁸ — een aantal wetten is uitgevaardigd (de zogenaamde ‘Bills of Sale Acts’) waarin de mogelijkheid tot vestiging van een ‘bezitloos’ zekerheidsrecht werd onderworpen aan een fiks aantal vormvoorschriften. Die wetgeving werd zo genoemd omdat de eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid placht te worden gegoten in de vorm van een overeenkomst van koop en verkoop met het recht van wederinkoop. Ten bewijze van die overeenkomst (en — dit voor de kenners — om te voldoen aan de Statute of Frauds) werd een document opgemaakt dat een ‘bill of sale’ werd en wordt genoemd. Het doel van die wetgeving werd als volgt onder woorden gebracht door Lord Halsbury:

‘(to) prevent false credit being given to people who had been allowed to remain in possession of goods which apparently were theirs, the ownership however of which they had parted with’.⁹

Het belangrijkste voorschrift van de verschillende ‘Bills of Sale Acts’ betreft de verplichte registratie van ‘bezitloze zekerheidsrechten’ op roerende zaken in een voor het publiek toegankelijk openbaar regis-

7. 21 James I c. 19 § 11.

8. De ‘reputed ownership clause’ was slechts van toepassing in het faillissement van ‘traders’ en niet bij insolventie van individuele privé-personen. Daar komt nog bij dat de ‘clause’ ook niet van toepassing was in het faillissement van ‘companies’. Zie voor het laatste *Re Crumlin Viaduct Co.* (1879) 11 Ch. 755. Zie over de werking van de ‘clause’ laatstelijk Williams & Muir Hunter, *The Law and Practice in Bankruptcy*, 19th ed., London 1979, p. 294 e.v.

9. *Charlesworth v. Mills* [1892] AC 231 op p. 235.

ter. Men kan zo weten aan wie men eenvoudig op krediet kan leveren en aan wie men slechts onder een eigendomsvoorbehoud kan leveren. Ondertussen was de ‘chattel mortgage’, in het bijzonder door de vormvoorschriften die bij de ‘Bills of Sale Acts’ waren gesteld, ver verwijderd geraakt van de oorspronkelijk daaraan ten grondslag liggende gedachte: die van een ‘sale & lease back’-constructie. Het was een ‘bezitloos’ zekerheidsrecht op roerende zaken geworden dat bij een publiek geregistreerde akte werd gevestigd. Dit is de reden waarom in Engeland (anders dan in de VS) de aanduiding ‘chattel mortgage’ voor deze vorm van zakelijke zekerheid in onbruik raakte en het begrip ‘bill of sale’ de staande uitdrukking werd voor dat zekerheidsrecht. Van een geldige ‘mortgage’ op roerende zaken kan in Engeland na de ‘Bills of Sale Acts’ nog slechts worden gesproken in de gevallen waarin naast de eigendom ook het bezit van de verzekerde zaken aan de ‘mortgagee’, de zekerheidsnemer, is overgedragen en wel feitelijk, niet door middel van *constitutum possessorium* (in het Engelse juridische jargon bekend staand als een ‘attornment clause’).¹⁰ Wanneer het laatste het geval is, dient te zijn voldaan aan de vormvoorschriften van de ‘Bills of Sale Acts’; indien het eerste is gebeurd, zijn de vormvoorschriften van die wetgeving niet van toepassing op zo’n door middel van feitelijke bezitsverschaffing tot stand gekomen ‘mortgage’.

In het laatste geval rijst de vraag waarin nu eigenlijk het verschil is gelegen tussen een op deze wijze gevestigde ‘mortgage’ en een recht van vuistpand (‘pledge’). Het onderscheid is niet zonder belang, want degene die een recht van vuistpand heeft gevestigd, blijft eigenaar, terwijl de ‘mortgagor’ zijn eigendom verliest. Men zal, zo luidt de oplossing, acht moeten slaan op hetgeen partijen zijn overeengekomen.¹¹

Uiteraard probeerde een deel van het bedrijfsleven de vormvoorschriften van de ‘Bills of Sale Acts’ te omzeilen door gebruik te maken van de oervorm van de ‘chattel mortgage’, de ‘sale & lease back’-constructie.

Het lijkt mij, zeker ook met het oog op een aantal reacties op het Nederlandse arrest Keereweer/Sogelease, niet onverstandig allereerst

10. *Green v. Marsh* [1892] 2 QB 330.

11. Zie voor de afgrenzingsproblematiek *Sewell v. Burdick*, (1884) 10 AC 74.

met enige nadruk op het volgende te wijzen. Het Engelse recht heeft na de invoering der zogenaamde 'Bills of Sale Acts' noch de constructie van 'sale & lease back' willen verbieden, noch zelfs die van de 'chattel mortgage'. Over het laatste is hierboven al even gesproken. Ten aanzien van het eerste zij nog dit opgemerkt: er is — ook na de 'Bills of Sale Acts' — niets tegen dat iemand een zaak die aan hem toebehoort, verkoopt en in eigendom overdraagt onder het beding die voor een zekere prijs terug te kunnen kopen, zelfs niet wanneer de eigendomsoverdracht wordt gevolgd door een overeenkomst krachtens dewelke de verkochte zaken ter dispositie van de verkoper blijven. Er is pas iets tegen wanneer van een 'sale & lease back'-constructie wordt gebruik gemaakt teneinde de dwingendrechtelijk voorgeschreven vormvoorschriften te omzeilen die zijn gesteld aan de vestiging van een 'bill of sale'.¹² In sommige gevallen waarin van een 'sale & lease back'-constructie wordt gebruik gemaakt is dus sprake van een (nietige) 'bill of sale', in andere niet. De vraag rijst dan nu waar precies de grens tussen beide ligt.

a. *'Maclure's Case'*

In *'Maclure's Case'* (*Yorkshire Railway Wagon Co. v. Maclure*)¹³ ging het om het volgende.

De Cornwall Minerals Railway Co. (verder de 'Railway Company' te noemen) had geld nodig om een aantal schulden af te betalen en klopte aan bij de Yorkshire Railway Wagon Co. (verder de 'Wagon Company') voor een lening op basis van een zekerheidsrecht op haar locomotieven en wagons. De beoogde kredietgever weigerde echter op die basis een voorschot te verstrekken aan de kredietzoekende en wel omdat zij statutair niet bevoegd was leningen te verstrekken. Er werd daarom een andere regeling getroffen. De 'Railway Co' verkocht 15 van haar locomotieven en 200 van haar wagons aan de 'Wagon Co' voor het bedrag van £ 30 000 en huurde dat materiaal voor een termijn van vijf jaar terug van de 'Wagon Co' voor een jaarlijkse huursom van £ 4 428. De 'Railway Co' diende het materiaal in een goede staat van onderhoud te houden en kon de locomotieven na afloop van de huurtermijn terugkopen voor de prijs van £ 1 per

12. Hetzelfde geldt, ondanks art. 3:84, lid 3 BW, voor het huidige Nederlandse recht: zie Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, p. 319 en, zeer expliciet, Parlementaire Geschiedenis, Boek 7 (Inv. 3,5 en 6) p. 15 *i.f.*

13. [1882] 21 Ch. 309.

stuk. Tevens was uitdrukkelijk overeengekomen dat de 'Wagon Co', wanneer de 'Railway Co' de jaarlijkse huursom niet tijdig zou betalen, het recht had zich in het bezit van het spoorwegaan materiaal te stellen. De 'Railway Co' gebruikte de koopsom om haar schulden af te betalen, maar raakte achterstallig met de betaling van de huursom. Tegen de vordering van de 'Wagon Co' beriep zij zich op het feit dat de met de 'Wagon Co' gesloten overeenkomst 'was an illegal transaction in the teeth of the Act of Parliament': het zou een 'mere mortgage' zijn die niet was gevestigd conform de voorschriften van de 'Bills of Sale Acts'. Dientengevolge zou de 'Railway Co' ook geen schadevergoeding verschuldigd zijn op grond van de beweerde wanprestatie; hooguit zou de 'Wagon Co' het door haar voorgeschoten bedrag op grond van onverschuldigde betaling van de 'Railway Co' kunnen terugvorderen.

In eerste aanleg besliste rechter Kay dat het in deze zaak in feite ging om een kredietovereenkomst met als onderpand het spoorwegaan materiaal van de 'Railway Co' en dat die transactie daarom werd getroffen door de dwingendrechtelijke voorschriften omtrent de vestiging van een geldige 'bill of sale'.

'I have gone through that correspondence minutely for the purpose of answering the question which I propose to ask myself — whether this was really a transaction of purchase and hire, and if not, what was the meaning of this transaction? And I have come to the conclusion that from the first and throughout it was on both sides treated as an advance of £ 30.000 on the security of the rolling stock ... In my opinion it was a loan and borrowing of £ 30.000, and that the mode in which it was carried out was merely an attempt to give a security for that loan upon the rolling stock, and that this was perfectly well known to both the contracting parties'.¹⁴

De 'Wagon Co.' ging tegen deze beslissing in hoger beroep bij de Court of Appeal die het vonnis van Kay, J. vernietigde. Alle rechters van de Court of Appeal waren het er, anders dan de rechter in eerste aanleg, over eens dat er in dit geval géén sprake was van een (nietige) 'bill of sale', maar van een geldige overeenkomst van 'sale & lease back'. Voor Lord Jessel, de 'Master of the Rolls' en één van de scherpste 'chancery lawyers' van zijn tijd, lag de zaak zo klaar als een klontje: 'One never heard of a man who sold his furniture to pay his debts represented as borrowing money to pay them'.¹⁵ Er was, zo

14. *Yorkshire Railway Wagon Co. v. Maclure*, [1879] 19 Ch 478, op p. 483.

15. [1882] 21 Ch. 309, op p. 316.

vond hij, geen reden om aan te nemen dat partijen iets anders hadden beoogd dan zij daadwerkelijk waren overeengekomen: een overeenkomst van koop & verkoop, gecombineerd met een overeenkomst van huur & verhuur, waarbij tevens een terugkoopoptie was bedongen. Géén van deze overeenkomsten is in strijd met enig wettelijk verbod en zij zijn dat ook in combinatie niet. Zijn collega Holker benadrukte dat de vraag of de door de 'Wagon Co.' betaalde geldsom diende te worden opgevat als een geldlening of een koopprijs een feitelijke is en hij kwam tot het inzicht dat die geldsom, op basis van de feiten, diende te worden opgevat als een koopsom ('*whatever might have been the original intention of the two companies*').¹⁶ Betekent dit nu dat de regeling in de 'Bills of Sale Acts' sinds 'Maclure's Case' op eenvoudige wijze kan worden omzeild door gebruik te maken van een 'sale & lease back'-constructie? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Engelse rechters plegen er zeer zorgvuldig op toe te zien dat dit niet gebeurt. Een goed voorbeeld is de zaak *In re Watson (Ex parte Official Receiver)*.¹⁷

b. *In re Watson*

In de zaak naar aanleiding van het faillissement van mevrouw Watson was het volgende aan de hand.

Mevrouw Watson wilde geld lenen met haar meubilair als onderpand. De heer Love was bereid haar £ 150 te lenen. De transactie tussen Watson en Love werd gegoten in de vorm van een overeenkomst van koop & verkoop, gevolgd door een overeenkomst waarbij Love de meubels weer verhuurde aan mevrouw Watson en waarvoor deze aan de heer Love een huur van £ 40 per kwartaal zou betalen totdat het bedrag van £ 200 zou zijn betaald, na afloop waarvan de meubels weer de eigendom van mevrouw Love zouden zijn. Aardig is dat uit het feitelijk relaas van de zaak blijkt dat tijdens de transactie, die zich ten huize van mevrouw Watson afspeelde, de laatste een meubeltje aan de heer Love ter hand stelde die het vervolgens weer aan haar teruggaf. Na afloop van dit ritueel legde de heer Love £ 148 op tafel; hij had £ 2 van de 'koopprijs' afgetrokken in verband met de kosten verbonden aan het opmaken van de inventarislijst en de schatting van de inboedel. De curator in het faillissement van me-

16. *Yorkshire Railway Wagon Co. v. Maclure*, [1882] 21 Ch. 309, op p. 319.

17. (1890) 25 QB 27.

vrouw Watson stelde dat er hier sprake was van een 'sham', dat er in werkelijkheid sprake was van een geldlening op onderpand van de meubels van mevrouw Watson en dat die zekerheid nietig was vanwege het feit dat deze 'mortgage' niet op de in de 'Bills of Sale Acts' voorgeschreven wijze was geregistreerd.¹⁸

De rechter in eerste aanleg (Cave) was van mening dat er, gelet op de feiten van de zaak, weliswaar sprake was van een geldlening op onderpand van de meubels van mevrouw Watson, maar dat hij desalniettemin de stelling van de curator moest afwijzen en wel omdat hij meende gebonden te zijn aan uitspraken zoals die in 'MacLure's Case'. Hij verbond daaraan namelijk de conclusie dat het hem niet mogelijk was om een overeenkomst die zich afficheert als een 'sale & lease back' op grond van zijn feitelijke afweging aan te merken als een (nietige) 'bill of sale'. De zaak kwam in hoger beroep bij de Court of Appeal die de uitspraak van Cave vernietigde.

Alle rechters van de Court of Appeal waren van mening dat, indien feitelijk was vastgesteld dat een bepaalde transactie moest worden aangemerkt als een geldlening op onderpand van bepaalde roerende zaken, het de rechter vrijstaat 'to go through the document to get at the truth' en daaraan de gevolgtrekking te verbinden dat de zekerheid nietig is omdat niet is voldaan aan de vormvoorschriften van de 'Bills of Sale Acts'. De 'Master of the Rolls', Lord Esher, besteedt uitvoerig aandacht aan de betekenis van uitspraken als die in 'MacLure's Case' en wel omdat rechter Cave daardoor op het verkeerde been was gezet (net zoals veel Nederlandse juristen na de publicatie van het arrest Keereweer/Sogelease). Uiteraard, zo betoogde hij, heeft die uitspraak niet ten gevolge dat partijen, enkel door het kiezen voor de *vorm* van een 'sale & lease back' transactie, kunnen verhinderen dat hun transactie wordt getoetst aan de dwingendrechtelijke voorschriften van de 'Bills of Sale Acts'.

'It appears that, so far as this point was concerned, the Court came to the conclusion that there was a bona fide sale out and out in the first instance, followed by a hiring agreement. All that the case (MacLure's Case (Keereweer/Sogelease)) really decides is that, that being so, such a hiring agreement is not within the Bills of Sale Act (lees: de dwingendrechtelijke voorschriften van art. 3:237 BW). It does not decide that, because people put the thing in the form of a hiring agreement, when in truth there is no hiring, and the transaction is merely one of loan and security taken ... the Court

18. De 'reputed ownership clause' was op dit geval niet van toepassing en wel omdat mevrouw Watson haar meubeltjes niet onder zich had als een 'trader'.

cannot hold that the document is a bill of sale, though called a hiring agreement'.¹⁹

De conclusie is dus dat in iedere zaak nauwkeurig door de feitenrechter zal moeten worden vastgesteld of er in een transactie die zich afficheert als een 'sale & lease back'-overeenkomst wel sprake is van een serieus bedoelde overeenkomst van koop & verkoop met een daarop volgende serieus bedoelde eigendomsoverdracht die is voltooid voordat er een daaropvolgende huurovereenkomst wordt gesloten. Is dat zo, dan zijn de dwingendrechtelijke voorschriften voor de vestiging van een geldig 'bezitloos' zekerheidsrecht in de Bills of Sale Acts niet van toepassing; is dat niet zo, dan zijn zij wel van toepassing.²⁰ Lord Esher drukte het in een andere zaak nog eens als volgt uit:

'The court is to look through and behind the documents, and to get at the reality; and, if in reality the documents are only given as a security for money, then they are bills of sale'.²¹

c. *Polsky v. S & A Services*

Zo valt er dus een tweesnijding vast te stellen tussen 'sale & lease back'-contracten die wel en dezulke die niet door nietigheid worden getroffen. Een laatste voorbeeld van een 'sale & lease back'-contract dat werd gezien als een omzeiling van de voorschriften die van toepassing zijn op de vestiging van een geldige 'bill of sale' is de navolgende zaak uit 1951.

In *Polsky v. S&A Serv. Ltd.*²² had Polsky voor de prijs van £ 895 een automobiel gekocht en met een cheque betaald. Hij had daardoor meer geld uitgegeven dan hij zich kon veroorloven en had geld nodig teneinde zijn bankrekening te kunnen aanzuiveren. Polsky benaderde S&A Services voor een geldlening en tussen beiden werd de volgende regeling getroffen: Polsky verkocht zijn automobiel voor £ 400 aan S&A Services, die haar onder huurkoop-condities weer aan Polsky verkochten. Enige tijd nadien verkocht Polsky de wagen, maar bleef de huurkoop-termijnen nog enige tijd betalen. Na betaling van de zesde termijn, stopte hij daarmee. S&A Services kwamen er achter dat Polsky de wagen had verkocht en stelden een actie in tegen de

19. *In re Watson* (1890) 25 QB 27, op p. 34.

20. *In re Watson* (1890) 25 QB 27, op p. 37 (bij monde van Lord Esher).

21. *Madell v. Thomas & Co.*, [1891] QB 230, op p. 234.

22. *Polsky v. S & A Services* [1951] 1 All ER 185.

bezitter. Polsky, die in vrijwaring was opgeroepen, vroeg nu om een verklaring voor recht dat de wagen, ondanks de transactie tussen hem en S&A Services, zijn eigendom was gebleven omdat die transactie niets anders ten doel zou hebben gehad dan de verzekering van een geldlening, dat zij derhalve een 'bill of sale' was en dat die nietig was omdat zij niet voldeed aan de daaraan gestelde vereisten.

De High Court besliste dat de transactie tussen Polsky en S&A Services inderdaad de strekking had gehad de dwingende wettelijke bepalingen van de 'Bills of Sale Acts' te ontduiken, dat het eigenlijk ging om een 'bill of sale' en dat die nietig was omdat zij niet was gevestigd in overeenstemming met de daaraan gestelde vereisten.²³ Het hof wees daarom tevens de vordering af die S&A Services tegen de bezitter van de wagen hadden ingesteld. 'The question, indeed, is simply one of fact', merkte Lord Goddard op.

Van de zijde van S & A Services was met klem naar voren gebracht dat het gerecht de transactie tussen Polsky en S & A niet anders zou moeten uitleggen dan als een serieus bedoelde overeenkomst van koop & verkoop en wel voornamelijk omdat beide partijen zouden moeten worden opgevat als 'zakenlieden' die precies wisten wat ze deden. Lord Goddard wilde dat feit best onder ogen zien, maar, zei hij, 'I must equally bear in mind ... that the object of the Bills of Sale Acts is ... to protect borrowers against lenders as well as to protect other persons who might be creditors of borrowers'.²⁴

Tot zover het Engelse recht ten aanzien van het gebruik van 'sale & lease back'-constructies in de sfeer der zakelijke zekerheden op roerende zaken.

B. Amerikaans recht

Voor een goed begrip van hetgeen hieronder volgt, is het noodzakelijk er allereerst op te wijzen dat er niet zoiets bestaat als 'het privaatrecht' van de Verenigde Staten van Noord Amerika: iedere deelstaat heeft zijn eigen privaatrecht en soms, zoals in het geval van de deelstaat Louisiana, is dat zelfs in het geheel niet gebaseerd op de traditie van de Engelse 'common law', maar op die van het Romeinse recht, de 'civil law'. Dit neemt echter niet weg dat er sinds de vorige eeuw pogingen zijn ondernomen delen van het privaatrecht, in het

23. Zie ook *Maas v. Pepper*, [1905] AC 102.

24. *Polsky v. S & A Services* [1951] 1 All ER 185, op p. 188-189.

bijzonder voorzover dat voor de handel van belang is, te uniformeren. De nationale Amerikaanse juristenvereniging, 'the American Bar Association', heeft daarin het voortouw genomen door een aantal zogenaamde 'Uniform Laws' te laten ontwerpen door haar wetenschappelijk bureau, 'the American Law Institute'. De bekendste van die 'Uniform Laws' is de zogenaamde 'Uniform Commercial Code' ('UCC'), die geheel of gedeeltelijk van kracht is in nagenoeg alle Amerikaanse deelstaten (niet, natuurlijk, in Louisiana) krachtens speciaal daartoe strekkende wetgeving van de deelstatelijke parlementen. Een belangrijk onderdeel van de 'UCC' is haar 'Article Nine', wij zouden zeggen 'Boek Negen', dat betrekking heeft op de zakelijke zekerheidsrechten op roerende goederen.

a. Art. 9 *Security Interests*

In de 'UCC' is definitief en bewust gebroken met het oude, nog aan het Engelse recht ontleende systeem van zakelijke zekerheidsrechten op roerende goederen dat tot op dan ook bestond in de 'common law'-jurisdicties in de VS. Men dient namelijk te weten dat het anglo-amerikaanse recht van oudsher een vele malen groter aantal 'zakelijke' zekerheden in roerende goederen kende (en — in Engeland — kent) dan op het continent (waar men — in aansluiting aan het Romeinse recht — slechts het pandrecht en de hypotheek kent): men onderscheidt tussen 'pledges', 'chattel mortgages' (op hun beurt weer te onderscheiden in 'legal' en 'equitable mortgages'), 'bills of sale', 'charges' (te onderscheiden in 'fixed' en 'floating charges'), 'reservation of title clauses', 'liens' etc., alle beheerst door verschillende vormvoorschriften en gekenmerkt door verschillende rechtsgevolgen. De verwarring wordt nog groter wanneer men bedenkt dat sommige van deze zekerheidsrechten hun oorsprong vinden in de traditionele 'common law' en andere in het 'equity'-recht, die ieder voor zich verschillende soorten zakelijke zekerheden in het leven hebben geroepen. Het lag dus voor de hand daarin enig overzicht aan te brengen door middel van de introductie van een eenvoudige en uniforme regeling en dit is wat de 'UCC' in zijn 'Article Nine' biedt. Het doet dit door alle transacties die de *strekking* hebben om te dienen tot zekerheid van vorderingen, ongeacht de vorm of benaming, te onderwerpen aan het dwingendrechtelijk regime van 'Art. Nine' (UCC § 9-102).

Eenvoudig weergegeven, komt het systeem van de 'UCC' (dat

slechts betrekking heeft op roerende goederen ('personal property')) neer op het systeem van het Romeinse recht. Er bestaan twee soorten zekerheidsrechten op roerende goederen: vuistpand en hypotheek (het 'bezitloze zekerheidsrecht'). Voor de vestiging van een 'bezitloos' zekerheidsrecht ('non-possessory security interest') gelden in de regel (in onze ogen) vrij strenge vormvoorschriften, waarvan (in navolging van de Engelse 'Bills of Sale Acts') registratie ('filing'), uiteraard in openbare registers, het belangrijkste is. Teneinde nu aan de vormvoorschriften te ontkomen die 'Article Nine' in de regel²⁵ voor de vestiging van 'bezitloze zekerheidsrechten' op roerende zaken voorschrijft, is ook in de VS de 'sale & lease back'-constructie in gebruik. Amerikaanse rechters reageren daarop niet anders dan hun Engelse collegae. Er zijn 'sale & lease back'-constructies die wel vallen onder 'Article Nine' en er zijn er die niet daaronder vallen en dus niet worden opgevat als transacties die de strekking hebben een 'security interest' in het leven te roepen. Ik zal in het onderstaande drie voorbeelden geven²⁶ die ik heb gekozen teneinde nog een andere rechtsfiguur bij deze beschouwing te betrekken, namelijk die van een eenvoudige 'lease'. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat het Amerikaanse recht (anders dan het onze (en, zo moet ik daaraan helaas toevoegen, het Engelse)) reeds zover is voortgeschreden dat het het zogenaamde 'eigendomsvoorbehoud' behandelt voor wat het is, namelijk een beperkt zekerheidsrecht ter verzekering van de vordering tot betaling van de koopprijs. Wil dat recht effect sorteren in het faillissement van de tegenpartij, dan zal ook dat (behalve wanneer het consumptiegoederen betreft) dienen te zijn geregistreerd. Uiteraard wordt er geprobeerd zo een koop en verkoop onder eigendomsvoorbehoud ('conditional sale') te maskeren als een huurovereenkomst met een daaraan verbonden koopoptie zodat de vraag rijst welke transacties zijn aan te merken als zuivere huurovereenkomsten ('pure leases') met een daaraan verbonden koopoptie en transacties die in

25. Niet altijd: zie hieronder over het eigendomsvoorbehoud ten aanzien van consumptiegoederen.

26. Ik ontleende de navolgende voorbeelden aan James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code* (3^d edition), West 1988. Zie daarin uitvoerig over het hier aan de orde zijnde onderwerp p. 928 e.v. Met dank aan de heer Goldberg van de Groninger Juridische Faculteit en Reinout Vriesendorp, wier contacten mij in staat stelden op korte termijn kennis te nemen van de hieronder besproken uitspraken die zelfs via LEXIS niet beschikbaar bleken.

feite strekken tot zekerheid van een vordering tot betaling van een koopprijs.

b. *In re Vaillancourt*²⁷

In de zaak van het faillissement van de bietenboer Vaillancourt (wiens geval niet zou misstaan in een aardige cursus over het systeem van zekerheidsrechten op roerende zaken volgens de UCC) was sprake van een 'lease' die werd aangemerkt als een verkapt zekerheidsrecht en daarom had moeten voldoen aan de dwingendrechtelijke voorschriften van 'Article 9'.

Vaillancourt werd op 11 april 1969 failliet verklaard. 'MSI' had tractoren en ander landbouwmateriaal 'geleased' aan Vaillancourt tegen een bepaalde 'huursom' die, wanneer de termijnen bij elkaar werden opgeteld, overeenkwam met de reële koopsom van dat materiaal, vermeerderd met rente en nog wat onkosten. Er was overeengekomen dat Vaillancourt na afloop van de huurtermijn een optie had om de machines te kopen tegen de som van \$ 1. Deze clause bracht de transactie onder §1-201 (37)(b) UCC dat (tot voor kort) als volgt luidde:

'(post alia) Whether a lease is intended as security is to be determined by the facts of each case; however, (a) the inclusion of an option to purchase does not of itself make the lease one intended for security, and (b) an agreement that upon compliance with the terms of the lease the lessee shall become or has the option to become the owner of the property for no additional consideration or for a nominal consideration does make the lease one intended for security'.

Een prijs van \$ 1 is, zo vond de rechter, 'the most nominal of considerations'²⁸ en hij was daarom van oordeel dat de 'lease' diende te worden gekwalificeerd als een eigendomsvoorbehoud en aangezien dat niet voldeed aan de voor de vestiging van zo'n zekerheidsrecht gestelde eisen, werden de machines toegewezen aan de failliete boedel van Vaillancourt.

Het is, zo moge duidelijk zijn geworden, de bedoeling van de UCC in zijn 'Article 9' dat alle transacties die de *strekking* hebben om te dienen tot zekerheid van vorderingen onder de dwingendrechtelijke voorschriften van die titel vallen. Het is daarbij irrelevant welke bewoordingen partijen hebben gekozen in hun contract, of zelfs welke

27. 7 UCC 748 (Bankr., D. Me. 1970).

28. *In re Vaillancourt*, 7 UCC 748 (Bankr., D. Me. 1970), op p. 761.

naam zij daaraan hebben gegeven. Het is dus zeer goed mogelijk dat een bepaalde transactie *niet* wordt aangemerkt als strekkende tot zekerheid, ondanks het feit dat partijen die wel uitdrukkelijk zo hebben genoemd. De navolgende zaak vermag dit fraai te verduidelijken.

c. *In re Universal Medical Services, Inc.*²⁹

De 'Universal Medical Services, Inc.' (verder 'Universal' te noemen) dreef een geautomatiseerd biochemisch laboratorium. Hij had daarvoor hoogst gespecialiseerd laboratoriummateriaal nodig dat werd geleverd door de firma 'Technicon'; de aankoop daarvan werd gefinancierd door de 'National Industrial Services Corporation' (verder 'NISC' te noemen). 'NISC' kocht het materiaal van 'Technicon' en leverde het materiaal aan 'Universal' onder een overeenkomst van huur ('lease'). Tevens werd de transactie voor alle zekerheid geregistreerd, niet echter voor enige afzonderlijke onderdelen van het geleverde laboratoriummateriaal.³⁰ Op 20 oktober 1970 werd 'Universal' failliet verklaard. De curator in het faillissement stelde zich op het standpunt dat het laboratoriummateriaal dat niet als vallende onder de financieringsovereenkomst tussen 'Universal' en 'NISC' was geregistreerd tot de failliete boedel behoorde. 'NISC' bestreed deze stelling en vorderde dat materiaal als separatist uit de boedel. Rechter Goldhaber stelde zich op het standpunt dat hij feitelijk diende vast te stellen of de 'leases' die met betrekking tot het litigieuze laboratoriummateriaal waren overeengekomen moesten worden beschouwd als 'pure leases', dat wil zeggen 'echte huurovereenkomsten', of als transacties die tot zekerheid strekten. Van de zijde van de curator was naar voren gebracht dat 'NISC' die overeenkomsten oorspronkelijk *zelf had aangemerkt als 'security agreements granting security interests'* en eerst later, toen duidelijk was geworden dat zij had nagelaten die transacties op de voorgeschreven wijze te registreren, als 'pure leases'. Daarmede zou, zo stelde hij, duidelijk zijn geworden wat de 'ware strekking' van die transacties was geweest. Rechter Goldhaber was het hier niet mee eens:

'I do not agree. Just as calling an agreement 'a lease' does not make it a lease (...),

29. 8 UCC 614 (Bankr. E.D. Pa. 1970).

30. Ik heb, ter wille van de beknoptheid, enige details achterwege gelaten die naar mijn oordeel niet ter zake doen.

reference by counsel to a writing as 'security agreement granting security interests' does not make it such, either in fact or in law. 'Whether a lease is intended as security is to be determined by the facts of each case': § 1-201 (37) UCC'.³¹

Teneinde het rechtskarakter van de transactie te bepalen, dook de rechter in de voorwaarden van de 'lease'. Het bleek toen dat ieder apparaat was gehuurd voor de duur van vijf jaar; dat de aankoop prijs van iedere individuele machine was vastgelegd, de totale te betalen huur en dat tevens een bedrag was vastgesteld waarvoor 'Universal' het materiaal na afloop van de huurtermijn van 'NISC' kon overnemen. De curator had zijn pijlen met name op deze koopoptie gericht. Daardoor zou namelijk buiten twijfel zijn komen te staan dat het in feite om een zekerheidstransactie ging. Ook hierin ging de rechter niet met hem mee. Hij was van mening dat diende te worden vastgesteld of de bedongen prijzen waarvoor 'Universal' het materiaal van 'NISC' kon overnemen dienden te worden opgevat als 'reële' koop-prijzen, of slechts als nominale bedragen.

Ik geef één voorbeeld. Eén apparaat was door 'NISC' aangekocht voor de prijs van \$ 64 000; de huurprijs daarvan bedroeg voor de termijn van vijf jaren \$ 90 240 en 'Universal' had na afloop daarvan een aankoopoptie ten bedrage van \$ 6 400.

Rechter Goldhaber vond dat die koop prijs van \$ 6 400 een reële koop prijs was. Hij had zich daarbij laten leiden door het feit dat het om apparaten ging die aan sterke slijtage onderhevig waren, snel door de techniek werden ingehaald en bovendien dat de daarvoor uitgegeven patenten binnen de looptijd van de huurovereenkomst waren verlopen, zodat de economische waarde van de gepatenteerde machines daarna aanzienlijk zou dalen. Getuigen-deskundigen hadden, naar zijn oordeel op overtuigende wijze, weten aannemelijk te maken dat de gemiddelde levensduur van dit soort apparaten niet meer dan vijf à zes jaar was. De prijs waarvoor 'Universal' de apparatuur van 'NISC' kon overnemen (10% van de oorspronkelijke aankoop prijs) werd daarom aangemerkt als een 'fair market price' en de transactie tussen 'Universal' en 'NISC' kon dus worden gekwalificeerd als een 'pure lease' zodat 'NISC' slaagde in haar vordering, *zulks ondanks het feit dat zij die transactie ooit zelf had aangemerkt als strekkende tot zekerheid!*

31. *In re Universal Medical Services, Inc.*, 8 UCC 614 (Bankr. E.D. Pa. 1970), op p. 616.

d. *In re Washington Processing Co.*³²

In deze zaak ging het om een overeenkomst die gekwalificeerd kan worden als een 'huurkoopovereenkomst'. Ook bij dit soort overeenkomsten ('lease & sale') gaat bij Amerikaanse rechters een rode lamp branden, want men dient zich ook daarbij de vraag te stellen of er niet in feite sprake is van een overeenkomst van koop en verkoop, waarbij een eigendomsvoorbehoud is gemaakt tot de volledige betaling van de koopprijs ('conditional sale'). Is dit het geval, dan wordt de transactie uitgelegd als strekkende tot vestiging van een beperkt zekerheidsrecht dat op de in 'Article Nine' voorgeschreven wijze moet zijn gevestigd.

Pittock had een machine verkocht aan de 'Washington Processing Co.' onder 'huurkoop'-condities. De 'Processing Co.' huurde de machine voor de duur van 36 maanden voor de totale huursom van \$ 13,972.50. Bij de totstandkoming van de overeenkomst vond een aanbetaling plaats van \$ 2,328.90 en in de daaropvolgende 30 maanden was een huursom verschuldigd van \$ 388.12 per maand. Na afloop van de 36 maanden kreeg de 'huurder' de optie om de machine te kopen voor een bedrag van \$ 1,350.00. De machine werd vanuit Pennsylvania verscheept naar Californië, waar ze aan de 'Processing Co.' werd afgeleverd. Pittock had nagelaten de transactie in Californië als 'security agreement' te laten registreren en dat werd hem fataal. Enige tijd na de leverantie werd de 'Processing Co.' failliet verklaard en de curator in het faillissement stelde zich op het standpunt dat de machine tot zijn boedel behoorde en dat Pittock slechts een concurrent crediteur was. De vraag was nu of de overeenkomst tussen Pittock en de 'Processing Co.' viel aan te merken als een 'pure lease', of als een tot zekerheid strekkende transactie. Het laatste was het standpunt van de curator; het eerste dat van Pittock.

De zaak draaide in rechte geheel om de interpretatie van de koopoptie van de 'Processing Co.': viel de daarin overeengekomen prijs aan te merken als een 'reële koopprijs', of niet. Men paste, ter beantwoording van deze vraag, niet zozeer een juridisch, als wel een economisch criterium toe. Het ligt nogal voor de hand aan te nemen dat er sprake is van een tot vestiging van een zekerheidsrecht strekkende transactie wanneer tussen de verhuurder en de huurder (of, voor degenen die het gewone Nederlandse juridische taalgebruik

32. 3 UCC 475 (Bankr. S.D. Cal. 1966).

inmiddels zijn verleend, de ‘lessor’ en de ‘lessee’) is overeengekomen dat de huurder in juridische zin verplicht is gebruik te maken van zijn koopoptie. Dit gebeurt dan ook zelden; wel worden regelmatig clauses ingebouwd die de huurder in economische zin dwingen van zijn optie gebruik te maken. Zoiets kan het geval zijn wanneer er zo een overduidelijk verschil bestaat tussen de marktwaaarde van het gehuurde goed na afloop van de huurtermijn en de prijs waarvoor de huurder zijn optie kan uitoefenen dat hij er wel toe wordt genoopt daarvan gebruik te maken omdat hij anders een dief van zijn eigen portemonnaie zou zijn. In zulke gevallen neemt de Amerikaanse rechter aan dat er in werkelijkheid sprake is van een tot vestiging van een zekerheidsrecht strekkende transactie en wel omdat ‘the terms of the contract are such that the lessee’s only sensible course, at the end of the contract term, is to become the owner of the goods’.³³ Zo geschiedde ook hier: de ‘lease’ tussen Pittock en de ‘Processing Co.’ werd niet gekwalificeerd als een ‘pure lease’, maar als een ‘security agreement’, hetgeen ten gevolge had dat Pittock als concurrent crediteur werd aangemerkt omdat hij de overeenkomst tussen hem en de ‘Processing Co.’ niet als ‘security agreement’ had laten registreren.

In verband met rechtspraak als de bovenstaande is artikel §1-201(37) van de ‘UCC’, waarin het begrip ‘security interest’ wordt gedefinieerd, inmiddels gewijzigd teneinde op scherpere wijze dan in de oude tekst een grens te trekken tussen een ‘pure lease’ en een ‘security agreement’. Ik heb de tekst daarvan als Appendix toegevoegd; de in dit onderwerp geïnteresseerde lezer doet er goed aan daarvan kennis te nemen. Het is, ook vanuit een oogpunt van wetgevingstechniek, interessante lectuur.

3. ALGEMENE CONCLUSIE

Het verdient aanbeveling in het Nederlandse *juridische* ‘discours’ af te zien van het gebruik van Engelstalige terminologie en globale typeringen van rechtsfiguren door middel van Engelstalige aanduidingen, zoals ‘financial lease’ en ‘operational lease’. Er wordt geen enkele duidelijkheid door geschapen, te minder daar het merendeel

33. *In re Washington Processing Co., Inc.*, 3 UCC 475 (Bankr. S.D. Cal. 1966) op p. 478, citerend uit *In re Herold Radio & Electronics Corp.* (2nd Cir 1964) 327 F2d 564.

van de gebruikers dier terminologie geen, of nauwelijks enige heldere voorstelling heeft van hetgeen, anders dan in bedrijfseconomische zin, door middel van die terminologie wordt aangeduid, laat staan van de juridische strekking en betekenis van die begrippen in het Engelse en Amerikaanse recht. Zij spelen in het Engelse en Amerikaanse debat ook geen enkele rol van betekenis. Alles wat daarin juridisch van belang is, kan ook — en helderder — door middel van de gewone standaardterminologie van het Nederlandse privaatrecht tot uitdrukking worden gebracht. Waar het dan om gaat is — evenals in Engeland en de VS — uit te maken welke overeenkomsten van koop & verkoop met het recht van wederinkoop, gevolgd door een detentie-overeenkomst krachtens dewelke de verkoper het gebruik van de door hem verkochte zaken wordt gegund, *wel* en welke *niet* moeten worden beschouwd als zijnde in strijd met de dwingendrechtelijke voorschriften van art. 3:237 e.v. BW. Dat is geen juridische, maar een feitelijke vraag die van geval tot geval door de rechter zal moeten worden beantwoord en waarbij deze zich, *uiteraard*, niet alleen zal moeten laten leiden door de vorm waarin partijen hun transactie hebben gegoten of de naam die zij daaraan hebben gegeven. Het karakter van de optie die de huurder ('lessee') heeft zal bij die afweging een belangrijke rol moeten spelen. Is die in juridische of economische zin dwingend, dan zal ook naar Nederlands recht moeten worden gesproken van een tot vestiging van een zekerheidsrecht strekkende transactie die de beoogde rechtsgevolgen mist wanneer geen zekerheidsrecht is gevestigd op de in de artt. 3:237 e.v. voorgeschreven wijze.

Door de zaak aldus te stellen, heeft men de angel gehaald uit een debat dat ten onzent alle trekken begint te vertonen van een (per definitie onvruchtbare) twist omtrent geloofsartikelen, te weten 'de ware duiding' van art. 3:84, lid 3 BW. Afgezien van de vaststelling dat ons recht een gesloten stelsel van zakelijke rechten kent (een platitude), valt er eigenlijk met dat artikel weinig te doen; het is slechts van rechtshistorische betekenis. Het is daarom ook betreurenswaardig dat de Hoge Raad (ongetwijfeld ten gevolge van de dwang der cassatiemiddelen) in de zaak Keereweer/Sogelease het debat omtrent de al of niet toelaatbaarheid van 'sale & lease back'-constructies in die sleutel heeft moeten plaatsen.

APPENDIX

In het onderstaande vindt men een gedeelte van de nieuwe tekst van §1-210(37) UCC waarin een uitvoerige regeling is opgenomen ter afgrenzing van 'lease'- en 'sale & lease back'-constructies die wel en dezulke die niet zijn op te vatten als transacties waardoor een 'security interest' in het leven wordt geroepen.³⁴

§ 1-201. General Definitions

(37) (*post alia*) Whether a transaction creates a lease or security interest is determined by the facts of each case; however, a transaction creates a security interest if the consideration the lessee is to pay the lessor for the right to possession and use of the goods is an obligation for the term of the lease not subject to termination by the lessee, and

- (a) the original term of the lease is equal to or greater than the remaining economic life of the goods,
- (b) the lessee is bound to renew the lease for the remaining economic life of the goods or is bound to become the owner of the goods,
- (c) the lessee has an option to renew the lease for the remaining economic life of the goods for no additional consideration or nominal additional consideration upon compliance with the lease agreement, or
- (d) the lessee has an option to become the owner of the goods for no additional consideration or nominal additional consideration upon compliance with the lease agreement.

A transaction does not create a security interest merely because it provides that

- (a) the present value of the consideration the lessee is obligated to pay the lessor for the right to possession and use of the goods is substantially equal to or is greater than the fair market value of the goods at the time the lease is entered into,
- (b) the lessee assumes risk of loss of the goods, or agrees to pay taxes, insurance, filing, recording, or registration fees, or service or maintenance costs with respect to the goods,
- (c) the lessee has an option to renew the lease or to become the owner of the goods,
- (d) the lessee has an option to renew the lease for a fixed rent that is equal to or greater than the reasonably predictable fair market rent for the use of the goods for the term of the renewal at the time the option is to be performed, or
- (e) the lessee has an option to become the owner of the goods for a fixed price that is equal to or greater than the reasonably predictable fair market value of the goods at the time the option is to be performed.

34. De nieuwste tekst van de UCC valt, voor bezitters van geavanceerde telecommunicatieapparatuur, op eenvoudige wijze via Internet op te vragen bij het Legal Information Institute van Cornell ((URL) <http://www.law.cornell.edu/>).

For purposes of this subsection (37):

(x) Additional consideration is not nominal if (i) when the option to renew the lease is granted to the lessee the rent is stated to be the fair market rent for the use of the goods for the term of the renewal determined at the time the option is to be performed, or (ii) when the option to become the owner of the goods is granted to the lessee the price is stated to be the fair market value of the goods determined at the time the option is to be performed. Additional consideration is nominal if it is less than the lessee's reasonably predictable cost of performing under the lease agreement if the option is not exercised;

(y) 'Reasonably predictable' and 'remaining economic life of the goods' are to be determined with reference to the facts and circumstances at the time the transaction is entered into; and

(z) 'Present Value' means the amount as of a date certain of one or more sums payable in the future, discounted to the date certain. The discount is determined by the interest rate specified by the parties if the rate is not manifestly unreasonable at the time the transaction is entered into; otherwise, the discount is determined by a commercially reasonable rate that takes into account the facts and circumstances of each case at the time the transaction was entered into.

Wisselwerking bij rechtsvinding door de burgerlijke rechter tussen normen van nationale en EG oorsprong; normenhiërarchie?

*G.R.B. van Peursem**

1. INLEIDING¹

1. In de onderscheiden normenstelsels op nationaal en Europees niveau is constitutioneel gezien een hiërarchie te bespeuren. In Nederland zijn er de Grondwet en het Statuut voor het Koninkrijk, gevolgd door — voor de rechtsvinding door de burgerlijke rechter belangrijker — wetten in formele zin. Dit beeld is al incompleet doordat internationale normen op de Nederlandse rechtssfeer inwerken. Enerzijds zijn dat internationale normen in de zin van de artt. 93 en 94 Grondwet, anderzijds is dat de communautaire rechtsorde van de EG. Het normenstelsel van het EG-Verdrag is vanuit constitutioneel oogpunt minder doorzichtig dan het nationale stelsel. Naast de verdragsbepalingen zelf noemt art. 189 EG verordeningen, richtlijnen, beschikkingen en aanbevelingen of adviezen. Daarnaast bestaat een veelheid aan andere normen met wel twintig verschillende besluitvormingsprocessen.²

Ons beperkend tot de wet op nationaal niveau en op het Europese vlak tot richtlijnen (gericht tot Lid-Statens, op zichzelf niet rechtstreeks toepasselijk en alleen verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, in tegenstelling tot verordeningen die wel als zodanig rechtstreeks toepasselijk zijn en bovendien verbindend in al

* Mr. G.R.B. van Peursem is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Met dank aan mrs. M.H. Wissink en L. Reurich voor hun waardevolle opmerkingen.

2. Zie voor een overzicht van dit normenstelsel en de pogingen daar orde in te scheppen C.A.J.M. Kortmann, Het normenstelsel in het gemeenschapsrecht, SEW 4 (1996) pp. 116 e.v. en T. Koopmans, Regulations, directives, measures, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (eds.), Festschrift für Ulrich Everling, pp. 691-700, beide met verdere verwijzingen.

hun onderdelen) rijst de vraag hoe deze basisnormen door de rechter moeten worden toegepast en uitgelegd. Is dat op zichzelf binnen de nationale en Europese stelsels afzonderlijk al geen sinecure, bij beïnvloeding van het nationale stelsel door 'vreemde' elementen wordt dat nog complexer.

2. Indien de burgerlijke rechter bij zijn rechtsvinding normen van buiten de landsgrenzen betreft, deze 'importeert', kan dit op verticaal en horizontaal niveau gestalte krijgen. Bij horizontale import valt te denken aan externe rechtsvergelijking.³ Van grote invloed is verticale import van normen (afgeleid) uit het EG Verdrag.

Bij rechtsvinding door de burgerlijke rechter is de vraag wat de wisselwerking van deze normen met de nationale normen is en wat voor consequenties dit heeft voor de eventuele normenhiërarchie waar de rechtsvinder zich aan te houden heeft. Met hiërarchie wordt daarmee niet zozeer op 'hoger' en 'lager' recht gedoeld, maar meer op het belang dat aan regels in een bepaalde rechtsvindingscontext toekomt. Anders geformuleerd luidt de vraagstelling van deze bijdrage: gegeven de verschillende (verdragsrechtelijke, wettelijke, gewonterechtelijke of ongeschreven) normen die van toepassing (kunnen) zijn op een bepaald geval voor het forum van de nationale rechter, is daar een wisselwerking en hiërarchie in te ontdekken? Of iets concreter. Op deelgebieden is het civiele recht geharmoniseerd, zoals bij productaansprakelijkheid, bescherming van computerprogrammatuur, colportage, pakketreizen, time-sharing en agentuurovereenkomsten. Is nu denkbaar dat richtlijnconforme interpretatie van de betreffende harmonisatierichtlijnen een beroep voor de Nederlandse rechter op de artt. 6:2 lid 2 of 6:248 lid 2 BW onmogelijk maakt, omdat dit afbreuk zou doen aan het doel dat met de harmonisatierichtlijnen wordt beoogd?

3. Over deze materie is bij mijn weten weinig geschreven. Ik zou het zeker tot de 'moeilijke(r) gevallen' van H. Drion en Vranken willen rekenen.⁴ Het navolgende wil niet meer zijn dan een bescheiden

3. Het laatste stuk gereedschap uit Vrankens 'gereedschapstas van de rechter', zie Asser-Vranken, nrs. 198-216.

4. Vgl. Geschriften van H. Drion, 1982, p. 377 en Asser-Vranken, nrs. 88 e.v. In zijn kleine typologie moeilijke(r) gevallen bespreekt Vranken vijf typen; het onderhavige geval lijkt daar niet onder begrepen. In nr. 101 noemt hij wel als

poging tot terreinverkenning; volledigheid is niet nagestreefd en systematisch literatuur- en jurisprudentieonderzoek is niet verricht. Verwacht mag worden dat deze kwestie aan belang zal winnen naar mate de nationale rechtsorde meer invloed ondervindt van geharmoniseerd recht.

2. RECHTSVINDING OP NATIONAAL NIVEAU

4. Vranken beschrijft in zijn mooie Algemeen Deel het recht als een discursieve grootheid, door hem vertaald als 'het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging, zowel in abstracto als bij de beslissing in concreto.'⁵ Voortdurend in de weer met telkens andere instrumenten uit zijn gereedschapskist is Vrankens rechtsvinder doende de bij de betreffende 'stand van de techniek' en tijd passende oplossing te zoeken. Zijn kist is gevuld met de volgende instrumenten: systeem, rechtsbeginselen, wetsgeschiedenis, anticipatie, rechtspraak en literatuur, interne rechtsvergelijking en externe rechtsvergelijking.⁶ Een hiërarchie in de zin van een dwingende volg- of rangorde in de te hanteren instrumenten is er niet.⁷ Dat maakt dat niet zonder meer duidelijk is aan welke methode(n) doorslaggevende betekenis toekomt. Al naar gelang de aard van de klus wordt specifiek gereedschap ter hand genomen om maatwerk af te leveren. Wel is er een hiërarchie van normen op grond waarvan hogere regels voor lagere gaan, jongere voor oudere en bijzondere voor algemene. De zonodig ambtshalve door de rechter toe te passen hiërarchische verhouding waarbij lagere regels niet in strijd mogen komen met hogere normen wordt algemeen aanvaard.⁸ Bovendien is er meestal sprake van het hanteren van verschillende stukken gereed-

voorbeeld van de vijfde categorie moeilijke(r) gevallen het (zeldzame) verbod tot aanvulling van normen door de rechter bij ontbrekende normering, wanneer de betreffende materie beheerst wordt door verdragen die zo'n aanvullingsverbod behelzen. Een deel van de problematiek is wellicht te brengen onder de eerste categorie van Vranken, waarbij de toepasselijke norm in beginsel is gegeven, maar niet past in de omstandigheden van het geval.

5. Asser-Vranken, nr. 105.

6. Zie voor een overzicht van deels nog weer ander gereedschap J.J.H. Bruggink, *Op zoek naar het recht; rechtsvinding in rechtstheoretisch perspectief*, 1992, hoofdstuk 6 en G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 1988, hoofdstuk 12.

7. Zie Asser-Vranken, nr. 217 ('Zeker is er geen vaste rangorde') met verdere verwijzingen.

8. Asser-Vranken, nr. 77 en de daar in noot 18 geciteerden, alsmede nr. 118.

schap tegelijk, die afwisselend en door elkaar heen worden gebruikt. Zo zal bijvoorbeeld het (rechts)beginsel of de uit de systematiek af te leiden regel dat uitzonderingen op hoofdregels restrictief geïnterpreteerd moeten worden iedere keer bij het gebruiken van het 'rechtsverfijnende' instrument van de redelijkheid en billijkheid van invloed (behoren te) zijn. Zekerheid en voorspelbaarheid zijn in zo'n stelsel bij moeilijke gevallen en met name bij toepassing van vage normen minder belangrijk. Bij uitstek lijkt de inwerking van de artt. 6:2 en 248 BW op de rechtsvinding in het verbintenissenrecht de weerslag van deze visie op burgerlijke rechtsvinding.⁹ Een nationale rechtsworm en misschien zelfs wel de rechtsvinding in het verbintenissenrecht zelf, is zo beschouwd nooit af, altijd onderhevig aan correcties en mogelijkheden tot bijstelling, waarbij de invloed van redelijkheids- en billijkheidsnormen of gewoonte in het oog springt.

5. Toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is binnen dit systeem van rechtsvinding in het verbintenissenrecht weliswaar schering en inslag, maar kent grenzen. Vranken leidt uit de rechtspraak af dat geen ruimte bestaat voor deze beperkende werking in het gesloten stelsel van ontslaggronden, ziet weinig ruimte voor toepassing van dit leerstuk bij verkrijging en verlies van goederen en zekerheidsrechtelijke verhoudingen en een beperkte mogelijkheid in gevallen van boetebedingen en dwangsommen.¹⁰ Of dit valt door te trekken naar normen van hogere dan nationale orde komt verderop ter sprake.

3. RECHTSVINDING OP SUPRANATIONAAL NIVEAU

3.1 *Voorrang*

6. Rechtsvinding naar Gemeenschapsrecht lijkt anders te verlopen. Voorop staat daar dat de Lid-Staten bij het in het leven roepen van de Gemeenschap een communautaire rechtsorde hebben gecreëerd, die van een hogere orde is dan de nationale rechtsordes van de verschillende Lid-Staten. Rechtstreeks toepasselijke bepalingen van EG-recht hebben voorrang. Dit betekent onder meer dat de rechter aan justitiabelen toegekende communautaire rechten moet beschermen en daarmee strijdige nationale normen buiten toepassing moet laten. Zo

9. Vgl. Asser-Vranken, nr. 123.

10. Asser-Vranken, nr. 89 onder verwijzing naar rechtspraak.

bezien is voor Nederland een beroep op de artt. 93 en 94 Grondwet om deze voorrang te creëren niet nodig.¹¹ Op zichzelf spoort dit ook met de hiervoor weergegeven algemeen aanvaarde regel dat lagere regels niet in strijd mogen komen met hogere regels. Maar er is meer.

3.2 *Directe werking*

7. Toegespitst op de rechtsvindingsproblematiek gaat het bij dit voorrangsprincipe in de eerste plaats om rechtstreeks toepasselijke bepalingen van Gemeenschapsrecht. Dat kunnen Verdragsbepalingen zijn waaromtrent is uitgemaakt dat zij directe werking hebben. Die blijven hier verder beschouwing. Ook met betrekking tot secundair Gemeenschapsrecht, waaronder verordeningen en richtlijnen, is door het Europese Hof van Justitie een stelsel van rechtstreekse werking in het leven geroepen.¹² Zeer kort samengevat zijn de voorwaarden voor directe werking of rechtstreekse toepasselijkheid dat het moet gaan om duidelijke en onvoorwaardelijke verplichtingen voor de Lid-Staten, waarbij aan hen of de Gemeenschapsinstellingen geen discretionaire uitvoeringsvrijheid is gelaten. Dit laatste wordt ook wel de operationaliteit ('justiciability') van de bepaling genoemd en is de belangrijkste voorwaarde. Uit de Europese rechtspraak leidt men af dat deze voorwaarden ruim en niet-formalistisch worden toegepast.¹³

8. Problematisch is directe werking vooral bij richtlijnen. Verordeningen werken uit hun aard rechtstreeks, maar richtlijnen zijn in de eerste plaats een instrument om een bepaald doel te bereiken, waarbij de manier waarop dat doel bereikt wordt aan de nationale wetgever wordt overgelaten. De Lid-Staten worden daarbij wel aan een implementatietermijn gebonden.¹⁴ Directe werking van richtlijnen —

11. Zie over deze in de arresten Costa/ENEL, Simmenthal II (m.n. r.o. 17, 21, 23 en 24) en Internationale Handelsgesellschaft uitgemaakte leer Kapteyn-VerLoren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen na Maastricht, 1995, pp. 53 en 332 e.v. Zie ook L. van den Hende, Overzicht van rechtspraak, Europees Gemeenschapsrecht: Rechtsbescherming 1979-1994, TPR 1995, pp. 157 e.v., nrs. 8-16.

12. Zie voor een overzicht Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., pp. 318-327 en L. van den Hende, a.w., nrs. 17-37.

13. Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., pp. 319 e.v. en L. van den Hende, a.w., nr. 25.

14. Terzijde blijft hier dat het materiële onderscheid tussen verordeningen en

waarvoor dit juridische instrument dus eigenlijk niet geschikt is — komt alleen in het vizier bij niet tijdige of foutieve implementatie door Lid-Staten; bij tijdige en juiste implementatie is de richtlijn ‘omgezet’ in intern recht en komt alleen richtlijnconforme interpretatie als gereedschap voor de rechtsvinder in aanmerking, waarover hierna in paragraaf 3.3.

Het Hof van Justitie baseert de leer van de (verticale) directe werking van richtlijnen op twee principes. In de eerste plaats is dat het dwingende rechtskarakter van een richtlijn (vgl. art. 189 EG) en het kan volgens het Hof niet zo zijn dat een Lid-Staat dat dwingende karakter negeert en dit instrument zo van zijn nuttig effect ontdoet. Bovendien kan een Lid-Staat volgens het Hof het niet nakomen van een implementatieplicht niet aan rechtzoekenden tegenwerpen.

Volgens vaste jurisprudentie sinds het Marshall I arrest kan het alleen gaan om directe werking van richtlijnen in de relatie overheid-burger, waarbij onder overheid overigens veel meer wordt begrepen dan in het gangbare juridische spraakgebruik. Horizontale directe werking — dus in de verhouding tussen burgers onderling — wordt niet mogelijk geacht. Een richtlijn is immers gericht tot Lid-Staten, zodat een richtlijn op zichzelf geen verplichting aan burgers kan opleggen; evenmin kan een richtlijnbevestiging zelf tegenover burgers worden ingeroepen. Ook omgekeerde verticale directe werking (Lid-Staat beroept zich tegenover burger op niet (volkomen) geïmplementeerde richtlijn) is op grond van dezelfde gedachtengang niet mogelijk.¹⁵

De onmogelijkheid van horizontale directe werking dreigt zo bezien afbreuk te doen aan het nuttig effect van een richtlijn en een gat te slaan in de rechtsbescherming voor particulieren. Als vangnet is daarvoor richtlijnconforme interpretatie bedoeld.

richtlijnen vaak ver te zoeken is. Er bestaan verordeningen met alle kenmerken van richtlijnen en andersom, zie T. Koopmans, a.w. Voorwaarde voor directe werking blijft echter steeds het vereiste van operationaliteit van de bepaling, ongeacht de juridische vorm.

15. Zie over directe werking Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., pp. 322 e.v. en 329 e.v., Van den Hende, a.w., nrs. 29-37 en A. Prechal, *Directives in European Community Law; A Study on EC Directives and their Enforcement by National Courts*, 1995, Chapter 11.

3.3 Richtlijnconforme interpretatie

9. Voor voldoende duidelijke en onvoorwaardelijke richtlijnbepalingen, die op zichzelf door de nationale rechter toegepast zouden kunnen worden, ware het niet dat de aard van het instrument waarin zij zijn belichaamd (*sc.* richtlijn) dat niet toestaat, heeft het Hof de leer van de richtlijnconforme interpretatie ontwikkeld, die probeert het beginsel van voorrang van Gemeenschapsrecht zo veel mogelijk door te zetten. Dit heeft er nog niet toe geleid dat zulke richtlijnbepalingen tegen en tussen burgers in kunnen worden ingeroepen, zoals bij horizontale directe werking zou kunnen. In het *Marleasing* arrest is uitgemaakt dat een nationale rechter zijn nationale recht *zo veel mogelijk* uit moet leggen in het licht van het doel en de bewoordingen van een geldende richtlijn om zo te verzekeren dat het met de richtlijn beoogde doel wordt bereikt. Het gaat hierbij niet alleen om uitvoeringswetgeving die beoogt de richtlijn te implementeren, maar om het hele nationale recht, of dit nu anterieur of posterieur is aan de uitvaardiging van de richtlijn. Zo bezien reikt het belang van deze interpretatiemethode verder dan als surrogaat voor horizontale directe werking.

10. Aan deze conforme interpretatie zijn wel grenzen gesteld. *Zo mogelijk* moet richtlijnconform geïnterpreteerd worden. Daaruit wordt afgeleid dat een interpretatie *contra legem* is uitgesloten. Onduidelijk is hoe dit precies moet worden opgevat. Moet het gaan om een in een specifieke wetsbepaling geregelde kwestie, of is een algemene wetsbepaling (zoals art. 6:2 of art. 6:248 BW) aangevuld met rechtspraak een voldoende *lex* om van *contra legem* te kunnen spreken? Het Hof lijkt in eerstgenoemde zin te hebben beslist. Kan men op zichzelf weinig inbrengen tegen het met een dergelijke ‘harde interpretatie’ beoogde doel (waarborgen van het ‘effet utile’ van de richtlijn), daartegenover stelt Van den Hende terecht dat van het nationale recht uitmakende jurisprudentiële regels soms een zeer groot belang hebben en dat interpretatie tegen deze regels in evenzeer neerkomt op *contra legem* interpretatie.¹⁶ In paragraaf 5.1 wordt

16. Zie de door Van den Hende, a.w., nrs. 41-43 genoemde zaken, waarvan vooral C-106/89, HvJ 13 november 1990, *Marleasing*, Jur. 1990, p. I-4135 en C-177/88, HvJ 8 november 1990, Dekker, Jur. 1990, p. I-3941 en de naar aanleiding daarvan gevoerde discussie. Van den Hende verwijst naar een verzuchting van een Duitse nationale rechter die omtrent deze harde lijn overweegt dat op deze manier elke systematische en historische interpretatie plaats moet maken voor

bezien wat dit voor mogelijke consequenties heeft voor de beschreven wisselwerking. Daar zal ook het tegengeluid van het Hof aan de orde komen, op grond waarvan bij de beoordeling van nationale regels rekening moet worden gehouden met de daaraan door nationale rechters gegeven interpretatie.

Het gaat bij richtlijnconforme interpretatie verder nog steeds om richtlijnen die tot Lid-Staten zijn gericht, zodat de nadere beperking geldt dat deze uitleg er niet toe mag leiden dat aan burgers verplichtingen worden opgelegd. Dit werd hiervoor al gezien. In zoverre geldt dus eenzelfde bezwaar als bij (niet) erkenning van horizontale directe werking van richtlijnbepalingen en in het Marleasing arrest verwijst het Hof dan ook met zoveel woorden naar het Marshall I arrest in dit opzicht.¹⁷

Richtlijnconforme interpretatie wordt ook beperkt door algemene rechtsbeginselen die als zodanig deel uitmaken van de communautaire rechtsorde.¹⁸ Overigens werpt Prechal de mogelijkheid op dat hiermee nationale rechtsbeginselen bedoeld zouden kunnen zijn.¹⁹ In dit verband is niet alleen het geschreven subsidiariteitsbeginsel (art. 3B EG) van belang, maar ook ongeschreven administratiefrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur die doorwerken op Gemeenschaps-niveau. Vooral het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, de onmogelijkheid van terugwerkende kracht en het strafrechtelijke *nulla poena* beginsel zijn voor ons onderwerp belangrijke issues. Het communautaire rechtszekerheidsbeginsel kan bijvoorbeeld behelzen dat een nog niet in nationaal recht omgezette richtlijn zich verzet tegen richtlijnconforme interpretatie door de nationale rechter. Met name bij dan optredende terugwerkende kracht speelt dit, zo volgt uit het Kolpinghuis arrest.²⁰ Rechtsbeginselen van nationale oorsprong, met name

een uitleg die alleen rekening houdt met de wetstekst en de richtlijn; zie aldaar voor verdere verwijzingen. Zie verder Van den Hende, a.w., nr. 53. Prechal, a.w., pp. 227-228 plaatst de *contra legem* problematiek in de sleutel van de rechtszekerheid. Zij acht richtlijnconforme interpretatie *contra legem* in uitzonderlijke gevallen niet onmogelijk, maar zij werkt dit niet uit.

17. Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., p. 331 signaleert een luider wordende roep om horizontale werking van richtlijnen te aanvaarden. Zo ook Van den Ende, a.w., nrs. 54-65.

18. Zie A. Prechal, a.w., pp. 203 en 222 met vindplaatsen.

19. A.w., p. 223.

20. Zaak 80/86, HvJ 8 oktober 1987, Jur. 1987, p. 3969. Zie ook zaak 14/86, HvJ

het vertrouwensbeginsel en de billijkheid kunnen ook invloed hebben op communautair niveau. Dat komt in paragraaf 3.4. aan de orde. Analyse van de betekenis van rechtsbeginselen als grens aan richtlijnconforme interpretatie staat nog in de kinderschoenen; ook Prechal beperkt zich naar eigen zeggen tot 'some general remarks'. Dit is evenmin de plaats om daar uitvoerig op in te gaan.

Verder is heersende leer dat geen verplichting tot richtlijnconforme interpretatie bestaat voordat de implementatietermijn van de richtlijn is verstreken, althans voor zover het nationale regels betreft van voor de datum van de richtlijn die niet als uitvoeringsrecht van de richtlijn worden beschouwd; voor 'harde' interpretatie in de hierboven bedoelde zin lijkt ook dan geen plaats. Los daarvan staat de vraag naar richtlijnconforme interpretatie bij toepassing op casus van voor de richtlijn of de implementatietermijn, hetgeen afhankelijk is van de voorziene werking in de tijd van de richtlijn zelf. Op deze temporele aspecten kan in dit bestek niet nader worden ingegaan.²¹

11. Biedt richtlijnconforme interpretatie in voorkomend geval geen soelaas aan particulieren, dan bestaat voor hen sinds het Francovich arrest uit 1991 de mogelijkheid om de staat die in gebreke is gebleven bij de implementatie van de betreffende richtlijn aansprakelijk te stellen uit onrechtmatige daad.²²

3.4 Een zijspoor: Nationaal vertrouwensbeginsel en billijkheid versus communautair recht bij heffingen

12. Bij rechtsvinding door de nationale rechter op het gebied van geharmoniseerd privaatrecht is richtlijnconforme interpretatie een complicerende factor. In een heel andere context doet zich een andere vorm van wisselwerking voor tussen nationaal recht en Gemeenschapsrecht. Hier wordt kort bij stilgestaan, omdat het wellicht argumenten kan opleveren voor de in deze bijdrage onderzochte problematiek.

11 juni 1987, Pretore di Saló, Jur. 1987, p. 2545.

21. Zie over richtlijnconforme interpretatie nader Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., pp. 325-327, Van den Hende, a.w., nrs. 38-53 en Prechal, a.w., Chapter 10. Zie specifiek over de temporele aspecten nog Prechal, a.w., pp. 21-26 en 206-209.
22. Zie hierover M.H. Wissink, De Nederlandse rechter en overheidsaansprakelijkheid krachtens Francovich en Brasserie du Pêcheur, SEW 3 (1997), pp. 78-90.

13. Ook nationale rechtsbeginselen kunnen in bepaalde gevallen in stelling worden gebracht tegen Gemeenschapsrecht. Het vertrouwensbeginsel kan spelen bij op EG-recht gebaseerde terugvorderingen van teveel toegekende subsidies. Terugvordering van in strijd met het Europese recht gedane nationale of communautaire steun gebeurt in opdracht van de Commissie door de Lid-Staten en naar nationaal recht. Naar Nederlands recht kan tegen dergelijke vorderingen het bestuursrechtelijke vertrouwensbeginsel worden tegengeworpen. Principieel wordt zo'n tegenwerping niet in strijd met het Gemeenschapsrecht geacht. Positieve discriminatie van het Gemeenschapsrecht tegenover nationaal recht is op dit gebied niet toegestaan.²³ Uiteraard dient goed te worden gezien dat de vergelijking met geharmoniseerd privaatrecht volledig mank gaat, alleen al omdat de heffingen-rechtspraak speelt op het vlak van gemeenschappelijk beleid of staatssteun, de terugvordering via de nationale overheid verloopt en zich geen probleem voordoet van niet tegen particulieren in te roepen richtlijnen. Ik zou die vergelijking dan ook niet willen maken. Het gaat mij er in dit stadium om dat het beginsel van voorrang van Gemeenschapsrecht zich niet op alle terreinen doet gelden en dat meer belang kan toekomen aan beginselen van nationaal recht dan aan belangen ontleend aan communautair recht.

Een op nationale billijkheidsgronden gedaan verzoek om fiscale kwijtschelding van een heffing wegens overschrijding van melkquota is afgewezen.²⁴

4. TUSSENBALANS

14. De voor ons onderwerp belangrijkste regel van hiërarchie naar nationaal recht is dat lagere normen geen afbreuk mogen doen aan hogere normen. Overigens lijkt de rechtsvinding op nationaal gebied vrij binnen de 'grenzen' van de gereedschapskist van Vranken. Het relatieve belang van de te hanteren rechtsvindingsmethoden verschilt naar gelang de omstandigheden van het geval. Rechtsvinding levert zo bezien altijd een voorlopig resultaat op. De invloed van billijk-

23. Zaak 265/78, HvJ 5 maart 1980, Ferwerda, Jur. 1980, p. 617, waarover L. van den Hende, a.w., nr. 124; vgl. verder over heffingen en staatssteun a.w., nrs. 122-128.

24. Zaak C-209/91, HvJ 27 mei 1993, Johannes Peter, Jur. 1993, p. I-2981, waarover L. van den Ende, a.w., nr. 133.

heidsnormen op dat resultaat is in het verbintenissenrecht zeer groot, zij het dat op sommige terreinen volgens de Hoge Raad geen ruimte is voor dit correctief. 'Nationale' rechtsvinding is een on-af proces.

Volgens het EG-recht is de communautaire rechtsorde van hogere orde dan de nationale rechtsordes van de Lid-Staten en geniet EG-recht voorrang boven nationaal recht. De communautaire rechtsorde maakt als zodanig tevens deel uit van de nationale rechtsordes. Rechtsvinding op het vlak van geharmoniseerd privaatrecht is onder meer gecompliceerd omdat horizontale directe werking van richtlijnen naar Gemeenschapsrecht niet wordt erkend. Deze rechtsvinding lijkt ook meer gebonden dan rechtsvinding op puur nationaal vlak. Ingevolge het voorrangsprincipe kent deze rechtsvinding als Leitmotiv richtlijnconforme interpretatie. Aan die interpretatie zijn grenzen gesteld. De reikwijdte daarvan is niet volledig duidelijk. De invloed van het verbod van *contra legem* interpretatie en de begrenzing van conforme interpretatie in de communautairrechtelijke rechtsbeginselen zal in paragraaf 5 nader worden geanalyseerd. Gezien werd overigens dat op een heel ander vlak het beginsel van voorrang van Gemeenschapsrecht niet scherp doorzet, maar dat maakt de interim-conclusie niet anders: rechtsvinding op dit terrein maakt in vergelijking met zuiver nationale civielrechtelijke rechtsvinding een wat stilliger indruk vanwege het primaat van het voorrangsprincipe. De Europese norm streeft naar zoveel mogelijk gelding bij geharmoniseerd recht. Dat komt minder voorlopig over dan rechtsvinding op zuivere nationale gebied, waar het verfijnende billijkheidscorrectief de boventoon voert.

5. WISSELWERKING NADER BESCHOUWD

15. Binnen de door de rechtspraak getrokken grenzen van richtlijnconforme interpretatie van geharmoniseerd privaatrecht kan een rechtsvinder *grosso modo* twee kanten op indien naar nationaal recht ruimte zou zijn voor toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Voor ogen staat toepassing van art. 6:2 lid 2 BW bij productaansprakelijkheid en van art. 6:248 lid 2 BW bij verplichtingen van partijen uit hoofde van een agentuurovereenkomst. Dit zijn maar voorbeelden, het gaat hier niet om casuïstiek.

5.1 Primaat van de voorrang

16. Een eerste benadering stelt het beginsel van voorrang van Ge-

meenschapsrecht voorop. In die opvatting is geen plaats voor nationale maatregelen die afbreuk doen aan de volle beoogde werking van het Gemeenschapsrecht. Dat geldt ook voor doorwerking van richtlijnen tussen burgers via de band van de richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht. In die visie past geen wettelijke norm als de artt. 6:2 lid 2 of 6:248 lid 2 BW die immers een met het doel van de richtlijn tegengesteld resultaat lijkt op te leveren. De richtlijn bepaalt dat er in geval x voorzien moet worden in productaansprakelijkheid of in regime y in en bepaalde agentuurverhouding, zonder 'correctief' van redelijkheid en billijkheid, laat staan een derogierend correctief. De wettelijke derogerende norm staat intrinsiek op gespannen voet met de normen uit de richtlijn die via de richtlijnconforme interpretatie van het geharmoniseerde nationale recht streven naar zoveel mogelijk gelding. Bij de productaansprakelijkheidsrichtlijn lijkt bovendien uit het stelsel van de artt. 15, 16 en 21, mede gelet op de considerans onder 15-19, te volgen dat beoogd is uitputtend aan te geven hoe bij invoeringswetgeving van de richtlijn kan worden afgeweken. De agentuurharmonisatierichtlijn bevat nogal wat dwingend recht, hetgeen toepassing van de derogerende werking weliswaar aan zwaardere toetsing onderwerpt, maar niet onmogelijk maakt.

Iets anders is wellicht dat de nationale rechter ook in dit geval zijn gereedschapskist inspecteert en constateert dat daar het rechtsverfijnde instrument van het redelijkheids- en billijkheidscorrectief voor handen lijkt te zijn. Ook dan zal hij in deze visie dit gereedschap nu niet ter hand kunnen nemen, omdat daarmee op dezelfde wijze als via rechtstreekse toepassing van de wettelijke derogerende werking van de goede trouw afbreuk zou worden gedaan aan het nuttig effect van het Gemeenschapsrecht. Deze terughoudendheid is overigens op bepaalde terreinen van nationaal recht (gesloten stelsel van ontslaggronden, goederenrechtelijke verhoudingen, boetebedingen en dwangsommen) al een natuurlijke reflex voor hem.

Richtlijnconforme interpretatie die ruimte laat voor toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid past niet in deze visie, omdat daarmee de norm zelf uit de richtlijn juist ontkend wordt. Sterker nog: in het licht van de Marleasing en Dekker jurisprudentie wijst de zogenaamde 'harde' richtlijnconforme interpretatie in de richting van de juistheid van deze visie. Juist omdat de artt. 6:2 en 6:248 BW algemene wetbepalingen zijn met een zeer uitgebreide

jurisprudentiepraktijk en geen specifiek op de materie van respectievelijk productaansprakelijkheid en agentuur toegesneden speciale wetten, lijkt dat stelsel niet bestand tegen richtlijnconforme interpretatie. Dat hier ook anders over geoordeeld kan worden, komt in paragraaf 5.2 aan de orde.

17. Steunargumenten voor de juistheid van deze zienswijze zijn te halen uit het algemeen in de civielrechtelijke rechtsvinding aanvaarde beginsel dat een lagere regeling (en dat is een Nederlandse wet of de toepassing daarvan door de nationale rechter vanuit de optiek van het Gemeenschapsrecht) niet in strijd mag komen met een hogere regeling.

Verder geldt dit principe ook constitutioneel buiten EG-rechtelijke verhoudingen. De artikelen 93 en 94 van de Grondwet — die als gezegd geen toepassing vinden in de EG-context — bepalen onder meer dat besluiten van volkenrechtelijke organisaties die naar inhoud een ieder kunnen verbinden, verbindende kracht hebben na bekendmaking en dat geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing onverenigbaar is met zulke ieder verbindende bepalingen.²⁵ De Gemeenschap zou onder zo'n volkenrechtelijke organisatie begrepen zijn; normen uit richtlijnen zijn weliswaar geen een ieder verbindende bepalingen maar via de besproken doorwerkingsmechanismen komt dat een eind in de buurt en de terugtredingstechniek van daarmee strijdige nationale normen klinkt eveneens vertrouwd.

Een verder steunargument zou gevonden kunnen worden in de toenemende tendens in de Europeesrechtelijke literatuur om horizontale directe werking van richtlijnen te erkennen. Rechtstreekse toepasbaarheid van een normenstelsel uit harmonisatierichtlijnen zonder dat daar derogerende elementen in zitten, lijkt de twijfel zo bezien te vergroten of dan aan een derogerende nationale bepaling nog werking kan toekomen.

18. Ook langs de weg van richtlijnconforme interpretatie die begrensd wordt door rechtsbeginselen kan tot dit resultaat gekomen worden.

25. Zie voor een commentaar op deze artikelen P.W.C. Akkermans/A.K. Koekkoek, *De Grondwet; een artikelsgewijs commentaar*, 1992, pp. 863-887.

Prechal²⁶ vraagt zich af of de algemene rechtsbeginselen een nationale rechter kunnen verbieden om te komen tot een interpretatie 'which is still within the limits of their respective national legal systems and which they believe to be a consistent interpretation under Community law, but which, from a Community point of view, would not be acceptable. It is submitted that the answer to this question should be affirmative. The domestic courts are here operating within the context of Community law. For this very reason Community law, and especially Article 5 of the Treaty, may not only require them to do something positive but may also stop them if they should transcend the limits of what is considered as acceptable under Community law.' Teruggekoppeld op onze problematiek is het element 'which they believe to be consistent with Community law' een extra complicerende factor, want waar zou dat geloof uit moeten blijken? Overigens begrijp ik het resultaat dan zo: een nationale rechter kan - hoewel hij meent van wel - niet de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid aansnijden op grond van Gemeenschapsbeginselen die dat zouden verhinderen.

19. In de hier besproken visie is dus op het hele gebied van het geharmoniseerde privaatrecht geen ruimte voor toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ruimte voor uitzonderingen lijkt niet voor handen. Dat is toch een opmerkelijke consequentie voor het civielrechtelijke landschap.

Ook indien een harmonisatierichtlijn voorziet in enige vorm van onverbindendheid van maatregelen, zoals het niet voor afstand vatbare recht op een billijke vergoeding van de filmauteursrechthebbende terzake van verhuur,²⁷ zou deze visie betekenen dat een overeenkomst waarbij hiervan wel afstand wordt gedaan nietig is en niet vernietigbaar. Ook dat is een voor een doorsnee civilist onverwachte consequentie, gelet op art. 3:40 lid 2 BW.

5.2 Een andere visie; grenzen van de richtlijnconforme interpretatie

20. Een tegenovergestelde benadering zoekt de grenzen van de richtlijnconforme interpretatie op. Uitgangspunt is daar niet primair het

26. A.w., p. 229.

27. Zie art. 4 van Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, Pb. 1992 L 346/61.

EG-rechtelijke voorrangsprincipe, maar analyse van de aangewezen interpretatiemethode. Richtlijnconforme interpretatie moet *mogelijk* zijn is een van de vereisten en mag niet resulteren in een *contra legem* uitleg.

21. Een mogelijke redenering is dan dat deze vorm van interpretatie hier niet mogelijk is, omdat daarmee een wettelijke norm als de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt afgesneden. Betoogd kan immers worden dat zo'n uitleg er een *contra legem* is, nu de wet met nogal wat gewicht deze mogelijkheid schept. Bovendien doet het in stand laten van de algemene mogelijkheid van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid op zichzelf beschouwd geen afbreuk aan het nuttig effect van de harmonisatiemaatregelen; er is voorzien in productaansprakelijkheid en een agentuurregeling. Alleen in aantal concrete gevallen komt men daar niet aan toe op grond van een in het algemene nationale recht ingebakken correctief.

Problematisch is in dit verband het Dekker-arrest. Daar was in tegenstelling tot de richtlijn in de uitvoeringswet voorzien in een commune onrechtmatige daadsactie ter redressering van schade wegens het niet naleven van de betreffende richtlijn. De wederpartij van Dekker beriep zich op een rechtvaardigingsgrond voor de Nederlandse rechter ten betoge dat hij niet aansprakelijk was uit onrechtmatige daad. Het Hof besliste in de prejudiciële procedure vervolgens dat de uitvoeringswet op deze manier een element van schuld introduceerde, hetgeen in strijd was met het door de richtlijn beoogde effectieve sanctie. Deze 'harde' interpretatie lijkt in de in deze bijdrage centraal staande casus een moeilijk te omzeilen klip. De stap van het geïntroduceerde schuldbegrip in Dekker, waarbij de richtlijn-norm 'effectieve sanctie' was vertaald met 'algemene onrechtmatige daad' naar de ingevoerde specifieke wetgeving in de boeken 6 en 7 voor productaansprakelijkheid en agentuur, waarbij de niet in de richtlijn voorkomende derogerende norm van de goede trouw uit het algemene nationale vermogensrecht op de loer ligt, is er wel een, maar dat lijkt geen grote. In de literatuur klinkt twijfel door of deze vergaande consequenties wel door het Hof zijn beoogd.²⁸ Daar moet de aanhanger van de hier besproken opvatting zich dan maar bij

28. Zie Van den Hende, a.w., nr. 43 en de daar genoemden.

aansluiten. Maar ook hier doemen nadere lichtpunten op.

22. Een verdere grens voor richtlijnconforme interpretatie wordt gevormd door de algemene communautaire rechtsbeginselen. Denkend aan het subsidiariteitsbeginsel,²⁹ dat sinds ‘Maastricht’ in het Verdrag is opgenomen, lijkt een betoog dat een nationale derogerende norm uit subsidiariteitsoverwegingen moet worden doorgezet niet erg zinvol. Behalve voor de in paragraaf 3.3 behandelde Kolpinghuis-gevallen, zie ik ook geen ruimte voor het communautaire rechtszekerheidsbeginsel in dit verband. Ook verder lijkt deze grens ons niet veel verder te brengen.

23. Een toon die in de rechtspraak van het Hof sinds het Colson arrest tot aan Marleasing heeft doorgeklonken is dat de nationale rechter bij het toepassen van geharmoniseerd recht en de richtlijnconforme interpretatie daarvan ten volle moet kunnen blijven gebruik maken van de hem door zijn nationale recht toegediende beoordelingsvrijheid. Prechal ziet dit in Marleasing vervangen door het element ‘zoveel mogelijk’ richtlijnconform interpreteren.³⁰ Zie ik het goed, dan kan ook hier niet iets anders uit afgeleid worden dan dat de rechter niet mag worden gedwongen tot een *contra legem* interpretatie. De problemen die daarmee samenhangen zijn al aan de orde geweest. Met name zie ik op grond van Marleasing geen ruimte voor een betoog dat het toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid moet worden gezien als een aan de nationale rechter voorbehouden interpretatietechniek, een ‘rule of construction’, die plaatsheeft in de nationale rechtssfeer en waar de communautaire rechtsorde buiten blijft.³¹

6. SLOT

24. Uit de poging tot terreinverkenning valt af te leiden dat twee visies mogelijk zijn op de wisselwerking en hiërarchie die optreedt bij

29. Volgens V.d. Pot-Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, 1995, p. 587 behelst dat de plicht om aangelegenheden slechts op een hoger bestuursniveau te behartigen, indien het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze op het lagere niveau kan worden behartigd.

30. A.w., pp. 220 e.v.

31. Dit in navolging van de hoofdstroom van de literatuur genoemd bij A. Prechal, a.w., p. 221, noot 99.

rechtsvinding van geharmoniseerd recht door de nationale rechter. Een keuze is moeilijk te maken, al lijkt de 'voorrangvisie' gelet op de onderzochte literatuur en rechtspraak sterke papieren te hebben. Dat zou onder meer als consequentie hebben dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid uit ons verbintenissenrecht niet meer kan worden toegepast op onder invloed van harmonisatierichtlijnen richtlijnconform te interpreteren privaatrecht. In de tegenovergestelde visie zou zo'n gevolg moeten stuiten op de aan deze interpretatiemethode gestelde grenzen, met name het niet mogen verlangen van interpretatie *contra legem* en algemene rechtsbeginselen. Vooral over de spankracht van dat laatste aspect bestaat nog onvoldoende duidelijkheid.

Het BW 1838 naar de Oost en de West

*H.D. Ploeger**

1. MET DE PASSAAT MEE

De belangrijkste uitvoer van Nederlands privaatrecht in de afgelopen twee eeuwen is zonder twijfel de export van het Burgerlijk Wetboek van 1838 naar de koloniën. Het belang berust overigens niet zozeer op de kwantiteit, dat wil zeggen het aantal personen waarvoor de wetgeving is gaan gelden (een punt waarop ik nog terug zal komen), maar op de kwaliteit. Het gaat immers om de invoering van volledige codificaties die het Nederlandse voorbeeld op ondergeschikte punten na nauwkeurig volgen. Overigens beperkte deze export zich niet tot het (materiële) burgerlijk recht. Ook de codificaties op het gebied van het procesrecht, strafrecht en handelsrecht vonden hun weg naar de tropen. Het is echter de uitvoer van het BW 1838 die hier centraal staat.

De invoering van de Nederlandse wetgeving in de koloniën is logisch gevolg van het aangehangen concordantiebeginsel, zoals we dat heden lezen in art. 39 lid 1 van het Statuut voor het Koninkrijk:

‘Het burgerlijk en handelsrecht, de burgerlijke rechtsvordering, het strafrecht, de strafvordering, het auteursrecht, de industriële eigendom, het notarisambt, zomede bepalingen omtrent maten en gewichten worden in Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze geregeld’.

Het concordantiebeginsel dateert zelf niet uit de codificatieperiode, maar van ver daarvoor. Het waren immers reeds de schepen van de Vereenigde Oost-Indische Compagnie (VOC) en de West-Indische Compagnie (WIC) die, de passaatwinden in de zeilen, het recht zoals

* Mr. H.D. Ploeger is als universitair docent verbonden aan de Vakgroep notariële vakken van de Rijksuniversiteit Leiden.

dat in de Nederlanden gold met zich meevoerden. Het bekende gevolg was dat Rooms-Hollands recht werd gesproken in de Kaap (Zuid-Afrika), Ceylon (Sri Lanka), de Indische archipel, de diverse volksplantingen en steunpunten in Zuid-Amerika en de Antillen.¹

De concordantie tussen Nederland en de koloniën werd tijdelijk verbroken in de Franse tijd. De invoering van het 'Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland' in 1809 en de Franse Code in 1811 (dit laatste gevolg van de annexatie van het koninkrijkje van Lodewijk Napoleon door zijn grote broer, die zich in dit verband liever bediende van de term 'réunion', hereniging) is aan de Oost en de West voorbijgegaan. Geen gevolg van een bewuste keuze of onwil, maar eenvoudig van het feit dat de overzeese bezittingen inmiddels door Engelse troepen in hun strijd tegen Frankrijk en zijn bondgenoten waren veroverd.

Op de Kaap, Ceylon, Essequibo, Demerary en Berbice na wordt in 1815-1816 het Nederlands gezag in de koloniën hersteld. Invoering van de op dat moment in Nederland nog altijd geldende Code Napoleon is niet aan de orde. Het nieuwbakken koninkrijk van Willem I (welk rijk in 1815 ook de voormalige Oostenrijkse Nederlanden gaat omvatten) is volgens haar vorst toe aan een eigen nationale codificatie aangepast aan de zeden, behoeften en belangen van het eigen volk. Het ziet er op dat moment dan ook naar uit dat de Franse wetboeken, resultaat van die duistere periode waarin de Nederlanders hun onafhankelijkheid verloren, 'een overblijfsel van hare slavernij, niets anders dan de vrucht eener schandelijke en trouwelooze overheersing', aldus de Leidse hoogleraar Kemper,² spoedig worden vervangen door produkten van eigen bodem.

Juist dit beoogd 'Hollands' karakter van de wetboeken in combinatie met de vereniging met de Zuidelijke Nederlanden brengt roet in het eten. Het Ontwerp 1816 van de 'voortreffelijke Kemper'³ wordt door de Belgische juristen, warme voorstanders van het behouden van de Code Napoleon, afgebroken. Een herzien ontwerp kan evenmin

1. Voor de Oost volgt de concordantie uit de instructie van 1621 van de 'Heeren XVII' aan Gouverneur-Generaal Jan Pieterz. Coen. Voor de West berust dit op de 'Orde van Regieringe, soo in Policie als Justitie in de Plaetsen veroverd en te veroveren in West-Indië' uit 1629.
2. J.C. Voorduyn, *Geschiedenis der Nederlandsche Wetboeken*, deel I, Utrecht 1838, p. 179.
3. Aldus Van Asch van Wijk in zijn voorrede (p. XII) bij het werk van Voorduyn.

genade vinden en wordt door de Kamer verworpen. Uiteindelijk komt een compromis uit de kast. Tot invoering van dit tweetalig 'BW 1830' zal het echter nooit komen door de Belgische Opstand. Na de definitieve afscheiding van de het rijk van 'Koning Kaaskop' behouden de Zuidelijke Nederlanden de Franse wetboeken. Verlost van de Belgische 'last' wordt in het noorden de codificatiearbeid weer opgepakt, met als bekend resultaat het BW 1838. Het is eindelijk dit wetboek dat in de vorm van zijn tropische nakomelingen over de wereldbol gaat.

De geschiedenis van de export van ons BW naar de Oost en de West: een onderwerp met vele aspecten, maar nog nooit het voorwerp van een alomvattende studie geweest. Deze bijdrage heeft noodzakelijk het karakter van een inleiding. Een inleiding tot dit fascinerende deel van de geschiedenis van het Nederlands (privaat)recht.⁴

2. DE OOST

Aangenomen wordt dat met de brief van 4 maart 1621 van de 'Heeren XVII', het hoogste bestuurscollege in de VOC, aan Gouverneur-Generaal Jan Pieterz. Coen te Batavia, met de instructie

'Rechten ende wetten sal U.E. aldaer doen observeren, die hier in Hollandt geobserveert werden (...) ende daer deselve ordonnantien ende placcaten niet in disponneren, sult gebruycken ende volgen de gemeene civile rechten, sooals die hier te landen worden gepractiseert, waerna de rechters haer sullen preciselijk te reguleren'.

in Oost-Indië — voor de aanwezige Europeanen althans — het (Rooms-)Hollands recht zijn intrede deed.⁵ Uit noodzaak van kenbaarheid van het recht (met de inmiddels ontstane plaatselijke afwij-

4. Het overzicht is voor een belangrijk deel gebaseerd op de volgende literatuur: de bijdragen van Jb. Zeijlemaker Jnz. en B. de Gaay Fortman in Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938, Zwolle 1938; C.C. van Helsdingen, *Geschiedenis der Nederlandsch-Indische codificatie*, Weltevreden 1923; J. van Kan, *Uit de geschiedenis onzer codificatie*, Batavia 1927; *Honderd jaar codificatie in de Nederlandse Antillen*, Arnhem 1969; *Een eeuw Surinaamse codificatie*, uitgave van de Surinaamse Juristen-Vereniging, Paramaribo 1969; J.A. Zevenbergen, *De Surinaamse Huwelijkswetgeving*, diss. Leiden 1980. Een algemeen overzicht geeft J.T. de Smidt, *Recht overzee*, Gandaius-Thorbecke colleges, Brussel/Zwolle 1990. De auteur dankt hierbij het personeel van de bibliotheek van het Van Vollenhoven Instituut te Leiden, in het bijzonder bibliothecaris Albert Dekker, voor alle hulp en gastvrijheid.
5. Zie Wouter de Vos, *Regsgeschiedenis*, Kaapstad, etc, 1992, p. 226 e.v.

kingen) werd reeds in 1642 een min of meer systematische bundeling gemaakt van de geldende regelingen en verordeningen. Deze 'Statuten van Batavia' werden in 1650 bekrachtigd door de VOC. Natuurlijk waren de 'statuten' een eeuw later verouderd. Een nieuwe optekening, bekend als de 'nieuwe Bataviasche statuten' kwam gereed in 1766. Deze zijn bekrachtigd, noch afgekondigd.

Al direct na het herstel van het Nederlands gezag in de Oost na de Napoleontische oorlogen blijkt van de wens van het koloniaal bestuur om het recht in moderne wetboeken vast te leggen; een wens die neerkomt op het volgen van de wetgeving in het moederland. Helaas blijkt de codificatie daar minder voorspoedig te verlopen dan verwacht. In 1819 volgt dan ook het besluit van de Commissarissen-Generaal om de codificatie van het Nederlands-Indisch (burgerlijk) recht op te schorten tot de wetgeving in Nederland is ingevoerd. Zoals gezegd, dat moment lijkt aan het begin van de jaren '30 te komen. Het Burgerlijk Wetboek voor het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden is vastgesteld en invoering is voorzien op 1 februari 1831. In juli 1830 wordt G.C. Hageman, raadsheer in het Haagse Hoog Gerechtshof en in de periode 1814-1816 lid van de Nederlandse wetgevingscommissie, door koning Willem I benoemd tot president van het Hoog Gerechtshof in Nederlands-Indië. Zijn hoofdtak is daar de invoering van nieuwe wetgeving naar Nederlands voorbeeld voor te bereiden.

De missie van Hageman loopt echter op niets uit. Enkele weken voor zijn vertrek naar Batavia breekt in Brussel de opstand uit. De invoering van het BW loopt door de ontwikkelingen in België vast. Voor Hageman voldoende aanleiding om in Batavia geheel stil te blijven zitten. Als Hageman in 1835 bij het naderen van het einde van zijn diensttijdperk door de regering in Den Haag wordt verzocht mede te delen tot welke resultaten zijn werk heeft geleid, moet hij erkennen dat 'tot op den huidigen dag aan het travail weinig is gedaan'.⁶ Dit is nog zachtjes uitgedrukt. Er is geheel niets ondernomen op het pad van een codificatie van het burgerlijk recht in de Oost.

Hageman wordt in 1836 op eigen verzoek ontslag verleend. Hierdoor dreigt het stil te blijven op het wetgevingsfront. Het is de verdienste van de opvolger van Hageman, Cristiaan Jacob Scholten

6. Van Kan, Uit de geschiedenis onzer codificatie, p. 6.

van Oud-Haarlem om het wetgevingsvraagstuk onder de aandacht te houden. Hoewel Scholten in tegenstelling tot zijn voorganger op dit gebied geen bijzondere opdracht uit Holland heeft meegekregen, geniet de codificatie in de Oost zijn warme belangstelling. Reeds in 1837 deelt hij de Gouverneur-Generaal zijn klacht mede: in Nederland ligt het nieuwe BW voor invoering gereed, terwijl in Indië aan de voorbereiding van de invoering van deze wetgeving nog niets is gedaan ondanks de 'staat van verwarring, waaronder de wetgeving in Indië zucht'. Op Scholtens voorstel wordt inderdaad een commissie benoemd om deze taak op zich te nemen. Hij zal hierbij vanzelfsprekend als voorzitter optreden.

Men zet zich het eerst aan een wetsontwerp op het gebied van het handelsrecht. Hier ligt ook de prioriteit: regelingen op het gebied van het handelsrecht ontbreken in de Oost geheel. Helaas is dit ontwerp ook het enige resultaat van de wetgevingscommissie. De tropen blijken van Scholten te veel gevergd te hebben. Reeds in 1838 keert hij met een verzwakte gezondheid naar het moederland terug. Het gevolg is dat ook de activiteiten van de Indische wetgevingscommissie abrupt eindigen.

Scholten zelf weet echter van geen opgeven. Eenmaal teruggekeerd in Nederland wordt op zijn voorstel een nieuwe commissie gevormd, wederom met hem als voorzitter, met als taak:

'het daarstellen der vereischte ontwerpen om de nieuwe Nederlandsche wetgeving voor Nederlandsch-Indië toepasselijk te maken'.⁷

Hieruit blijkt het aanhangen van het eerder genoemde concordantiebeginsel. De commissie vat de ruimte voor afwijking zeer beperkt op. De Nederlandse wetgeving wordt door voorzitter Scholten dan ook omschreven als de 'grondzuil, waarop het gansche nieuwe gebouw zou rusten'.⁸ Men voelt zich niet geroepen, laat staan bevoegd om de innerlijke waarde van de Nederlandse bepalingen te beoordelen. Afwijking zal slechts plaatsvinden bij die enkele artikelen in het BW 1838

'welke hoezeer voor Nederland bij uitnemendheid geschikt, in Indië evenwel of volstrekt onuitvoerlijk of onbestaanbaar zijn, of wel aldaar in de toepassing zwaarighe-

7. Koninklijk Besluit van 15 augustus 1839.

8. Nota van 12 juli 1844, aangehaald bij Van Kan, a.w., p. 56.

den zouden kunnen ontmoeten'.⁹

Tegen deze enge opvatting van het concordantiebeginsel komt verzet van de minister van Justitie, De Jonge van Campens Nieuwland. Hem komt het slaafs navolgen van de Nederlandse wetgeving als onwenselijk voor. Slechte artikelen uit het Nederlands BW dient men zeker niet te handhaven in de Oost-Indische codificatie, alleen omdat zij in het moederland zelf (nog) niet aangepast zijn. Hij geeft in overweging bepaalde artikelen uit het BW 1838 die in de praktijk 'ondoelmatig' zijn gebleken, in het Indisch BW aan te passen.

Op het ministerie van Koloniën daarentegen wenst men een wetgeving die zoveel mogelijk aansluit bij het Nederlandse BW. Slechts die bepalingen die wegens de bijzondere omstandigheden in de Oost niet gehandhaafd kunnen worden, mogen gewijzigd worden ten opzichte van het Nederlandse voorbeeld. Minister Baud deelt in dit verband aan de Raad van State mede dat hij

'het onvoegzaam [acht], dat Nederlandsch-Indië eene volmaaktere wetgeving dan het moederland zou bezitten; dit laatste hoorde voor te gaan en Indië behoorde te volgen'.¹⁰

Ook de Raad van State spreekt zich uit voor de strikte opvatting van het concordantiebeginsel, zoals door de wetgevingscommissie aangehangen. Het uitgangspunt is en blijft 'de meest mogelijke eenvormigheid tusschen de beide wetgevingen'. Gesteld wordt dat

'het ook werkelijk van groot belang is voor de ingezetenen zoo van het moederland als van Nederlandsch-Indië, dat hetgeen hier recht is, zulks ook voor zooveel de eigenaardigheden van het land zulks gedoogen, daar ginds zij'.¹¹

Als de door de commissie afgeleverde wetsontwerpen¹² naar de Raad van State worden gezonden, blijkt het gebrek aan Indische ervaring daar. Als tijdelijk Staatsraad wordt daarom benoemd de Oost-Indisch ambtenaar J. van der Vinne. Van oorsprong officier der

9. Scholten van Oud-Haarlem in zijn nota van 12 juli 1844, aangehaald bij Van Kan, a.w., p. 57.

10. Aangehaald bij Van Kan, a.w., p. 59.

11. Advies Raad van State 5 mei 1845, aangehaald bij Van Kan, a.w., p. 61.

12. Naast het BW brengt de commissie tot stand de Algemene bepalingen, het Reglement RO, het Wetboek van Koophandel, het Reglement op de burgerlijke rechtsvordering en het Reglement op de strafvordering.

genie, was hij opgeklommen tot waarnemend directeur-generaal van financiën. Het is waarschijnlijk te danken aan zijn (korte) ervaring als procureur-generaal bij de Raad van Justitie te Batavia en zijn lidmaatschap van de commissie tot herziening van de rechterlijke instellingen, dat minister Baud in hem de benodigde specialist op het gebied van het Indische recht ziet.

Van Kan, de geschiedschrijver van de Oost-Indische codificatie is over de rol van Van der Vinne zeer negatief. 'Die voorlichting heeft het werk der commissie van wetgeving (...) aan de ondergang blootgesteld',¹³ zo oordeelt hij. De kritiek van Van der Vinne op het ontwerp BW ziet hoofdzakelijk op twee punten. Allereerst stelt hij dat de Nederlandse wetgeving volledig ongeschikt is

'voor een land bewoond door miljoenen mensen uit heidenen en onchristenen van allerlei godsdienst en verschillende zeden bestaande, die, wat de Mohammedaansche bevolking betreft, onwankelbaar gehecht is aan hare godsdienstinstellingen en eigen beschreven wetten en gewoonten'.¹⁴

Kennelijk heeft Van der Vinne begrepen dat nieuwe wetgeving bestemd is voor alle inwoners van de archipel. Dit was een misvatting. Nooit heeft de commissie een algemene toepassing van het BW voorgestaan. Men wil in eerste instantie slechts wetten geven voor de Europeanen in de Oost. In hoeverre deze ook toepasselijk wordt verklaard op de autochtone bevolking, de Chinezen en andere Aziaten, is een kwestie die nog beantwoord moet worden.

Daarnaast richt Van der Vinne zijn kritiek op de onmiddellijke invoering van de 'vreemde wetboeken' in de tropen. Het zou onverstandig zijn het bestaande, bruikbare recht, in één klap te vervangen door het onzekere, nieuwe recht. Hij bepleit een 'trapsgewijze toenadering tot de Nederlandsche wetgeving'.¹⁵

De Raad van State trekt zich weinig of niets aan van de opmerkingen van de deskundige. Slechts een aantal aanpassingen van artikelen — voor een deel louter van redactionele aard — wordt voorgesteld.

De Indische regering is nooit in de wetgevende arbeid betrokken. Het advies van de Raad van State aan koning Willen II om voor afkondiging advies van de Gouverneur-Generaal in te winnen en de

13. Van Kan, a.w., p. 33.

14. Nota van 28 december 1844, aangehaald bij Van Kan, a.w., p. 37.

15. Van Kan, a.w., p. 37.

Indische regering te horen, doet Scholten vrezen dat invoering van 'zijn' wetboek op de lange baan zal raken. Zijn verzet heeft succes. De vorst houdt op basis van de Grondwet waarin hem het 'opperbestuur' — de regeringsmacht, inclusief alle wetgeving — over de koloniën wordt verleend en het Regeringsreglement voor Nederlands-Indië de invoering van de wetgeving inderdaad in eigen hand. De civielrechtelijke codificatie wordt bij KB van 30 april 1847 afgekondigd. Scholten van Oud-Haarlem zal de invoering op 1 mei 1848 niet meer actief meemaken. Hij is als gevolg van zijn door Indië gebroken gezondheid reeds in december 1845 eervol ontslagen als lid van de wetgevingscommissie. Hij zal een jaar na de invoering van 'zijn' wetboek op 55-jarige leeftijd overlijden in zijn geboorteplaats 's-Gravenhage.

3. DE WEST

Het Regeringsreglement van 1815 handhaafde het bestaande recht in de West 'voorlopig'. Het was pas na het gereedkomen van de Oost-Indische codificatie dat het wetgevingsvraagstuk aandacht kreeg. In 1848 maakt J. Schröder, referendaris op het departement van Justitie, in opdracht van minister Baud van Koloniën een ontwerp-BW voor Suriname. Hoewel Schröder als voorbeeld het Oost-Indische BW neemt, acht de om advies gevraagde Raad van State, het meer gepast dat het Nederlands BW zelf als uitgangspunt wordt genomen.

De minister verzoekt daarop oud-president van het Gerechtshof in Suriname, P. Fiers Smeding, commentaar te leveren op het ontwerp. Hij heeft het een en ander aan te merken op het ontwerp van Schröder. Zo meent hij dat het ontwerp de zakenrechtelijke positie van de plantageslaven miskent. Uiteindelijk verkrijgt hij van minister Baud de opdracht tot het ontwerpen van een BW voor de West-Indische Koloniën (dus Suriname en de Antillen). Eén wetboek voor de gehele West is een opmerkelijke beslissing van de verantwoordelijk bewindsman. Inderdaad waren in 1828 de Nederlandse Antillen (toen aangeduid als de 'kolonie Curaçao') met Suriname samengevoegd onder het gezag van één Gouverneur in Paramaribo, maar deze constructie was weinig efficiënt gebleken, zodat na een feitelijke scheiding in 1832, beide koloniën in 1845 ook formeel weer gescheiden zijn. Zo zou civielrechtelijk een eenheid worden gesmeed die staatsrechtelijk juist is opgeheven.

In 1852, het ontwerp-Fiers Smeding is inmiddels gereed gekomen,

wordt een Staatscommissie in het leven geroepen om invoering van de civielrechtelijke codificatie in de West verder te begeleiden. Opvallend is dat deze commissie niet zozeer samengesteld lijkt te zijn op grond van ervaring met het West-Indische recht, als wel de kennis van het Nederlandse recht. Slechts één lid heeft ervaring met de rechtspraktijk in Suriname: de reeds genoemde Fiers Smeding.

De taak van de commissie 1852 is het aan een nieuw onderzoek onderwerpen van de ontwerpen van Schröder en Fiers Smeding en deze zoveel mogelijk met het Nederlands BW in overeenstemming brengen. Ondanks deze opdracht heeft de commissie gemeend zelf een ontwerp BW voor de West-Indische koloniën te moeten produceren. Dit ontwerp wordt op 29 september 1855 aan de minister van Koloniën aangeboden. Het is een wetboek van 1988 artikelen dat het Nederlandse voorbeeld op de voet volgt. De grootste wijzigingen betreffen de aanwijzing van de bevoegde autoriteiten. Naast enkele kleine aanpassingen in de redactie zijn ook de artikelen weggelaten die in de West niet van toepassing zouden kunnen zijn, zoals art. 650 Ned. BW over de eigendomsverkrijging en -verlies door overstuiving door duinzand, en art. 1654 Ned. BW over het bekleemrecht.

Over de meer interessante situatie der slaven zwijgt het Ontwerp 1855 in alle talen. Weliswaar had Nederland de slavenhandel in het begin van de negentiende eeuw afgeschaft, het instituut slavernij zelf bestond nog. De winsten uit de West-Indische plantages waren immers in belangrijke mate afhankelijk van deze goedkope arbeidskrachten. Enerzijds ontbreekt in het ontwerp BW een regeling voor de bestaande situatie. Opzettelijk wordt gezwegen over slaven als voorwerp van eigendom, met de mogelijkheid van bezit en zakelijke zekerheid. Anderzijds houdt het ook geen rekening met de op handen zijnde emancipatie. Integendeel: een met art. 2 Ned. BW concluderend artikel waarin de vrijheid van de burger en het genieten van burgerlijke rechten wordt verzekerd, ontbreekt.

Hierna blijft het enige tijd stil. Pas in 1860, nadat door het parlement is aangedrongen op een spoedige invoering van het West-Indische BW, wordt L. Metman, Haags advocaat, lid van de Tweede Kamerlid én lid van de commissie van 1852, naar de West gestuurd om de invoering voor te bereiden. Nauwelijks vijf maanden na aankomst in Paramaribo zal hij echter overlijden. Zijn werk wordt overgenomen door zijn secretaris, H.M. van Andel. De dood van Metman lijkt met name in Suriname weinig betreurd te worden. Hij was met

een verstrekkende volmacht naar de West gekomen en liet duidelijk blijken dat het zijn taak was om een wet in te voeren die zoveel als mogelijk in overeenstemming is met het BW in het moederland. Volgens de Surinaamse procureur-generaal, J.W. Gefken, waren de ontwerpen die Metman met zich mee had genomen echter volkomen onbruikbaar. Enkele jaren later zal hij zelfs schrijven:

‘Door den dood van Mr. L. Metman op 5 October 1860 werd op treurige wijs een groot onheil van Suriname afgewend’.¹⁶

De ontwerpen zouden worden beoordeeld door een Surinaamse en een Antilliaanse commissie. De samenwerking tussen beide commissies verloopt niet geheel volgens plan. Het is de bedoeling dat eerst de Surinaamse commissie een oordeel geeft, waarna de Antillianen kunnen reageren, zodat de resultaten van het volledige onderzoek in één keer aan de minister van Koloniën zouden worden meegedeeld. Uiteindelijk wordt het aan de Antilliaanse commissie toegestaan het ontwerp aan een zelfstandig onderzoek te onderwerpen. Het verslag uit Paramaribo laat namelijk lang op zich wachten.

In 1862 zijn de adviezen uiteindelijk in Nederland. Met name uit Suriname komt er de kritiek dat de ontwerpen te weinig rekening hielden met de bestaande, typisch Surinaamse verhoudingen. De invoering van de burgerlijke wetgeving raakt hierna weer op dood spoor. Twee andere wetgevingsoperaties trekken de aandacht: de afschaffing van de slavernij en de invoering van de Regeringsreglementen. Het eerste lijkt een voorwaarde voor de invoering van het BW, in het tweede is voor de wetgeving het concordantiebeginsel relevant. In vrijwel dezelfde bewoordingen als het huidige art. 39 Statuut wordt door art. 117 Regeringsreglement bepaald:

‘Het burgerlijk regt (...) [wordt] zooveel mogelijk overeenkomstig met de in Nederland bestaande wetten door koloniale verordeningen geregeld’.

Volgens art. 168 kunnen de in art. 117 genoemde onderwerpen voor de eerste maal bij Koninklijk Besluit worden geregeld, zodat invoering van de wetgeving, evenals was gebeurd in de Oost, buiten het parlement om kan geschieden.¹⁷

16. Schrijven van 31 juli 1866 aan de Gouverneur van Suriname, aangehaald bij B. de Gaay Fortman, Gedenkboek BW, p. 755.

17. Het exclusieve opperbestuur over de koloniën dat de Grondwet vanaf 1815 aan

Op 1 juli 1863 is een struikelblok voor de invoering van een civielrechtelijke codificatie, althans een heet hangijzer voor de ontwerpers, uit de weg geruimd: de slavernij wordt afgeschaft. In Suriname (waar het gaat om 33.621 personen), geldt nog een tienjarige periode van staatstoezicht op de geëmancipeerden, waarin de 18 tot 30-jarigen verplicht zijn om arbeidscontracten te sluiten. Pas na deze periode is men volwaardig burger.¹⁸

Voor de invoering van de wetboeken in de Antillen en Suriname staat eindelijk het sein op groen. Van Andel, die na het overlijden van Metman in 1860 diens werk had voortgezet, wordt belast met het fabriceren van de uiteindelijke teksten. Het is ook de hoogste tijd. In de Tweede Kamer wordt geconstateerd dat de hervorming van het burgerlijk recht echt geen uitstel meer kan dulden:

‘Het oud-Hollands regt is daar steeds geldig, niet zooals het oorspronkelijk bestond, maar bedorven en tot een bron van regtsverkrachting en chicane verlaagd. Zoo spoedig mogelijk moet Suriname aan de invloed dier slechte wetgeving, die op het welzijn der kolonien zoo noodlottig heeft teruggewerkt, onttrokken worden’.¹⁹

Intussen heeft zich een belangrijke verandering voorgedaan ten opzichte van de plannen ten tijde van Metman. Er is geen sprake meer van één wetboek voor geheel West-Indië, maar Suriname en de Antillen krijgen ieder een eigen, aan de plaatselijke noden aangepast, wetboek. Veel behoeft men zich bij deze aanpassingen weer niet voor te stellen. Ondanks alle kritiek wordt, evenals in het produkt van de commissie van 1852, het grote voorbeeld nauwlettend gevolgd; in sommige opzichten zelfs meer dan vroeger:

‘Wat ingevoerd werd was Nederlands recht in zekere mate aangepast aan de eigen verhoudingen van Suriname en Curaçao, maar niet meer dan in zekere mate’.²⁰

De inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving is bepaald op het

de Koning toebedeelt, is bij de grondwetswijziging van 1848 in die zin ingeperkt dat de Staten-Generaal de bevoegdheid krijgt aan de wetgeving deel te nemen.

18. A.J.M. Kunst, *Recht, commercie en kolonialisme in West-Indië*, Zutphen 1981, p. 169-170. Deze overgangsperiode gold niet in de Antillen. Een gelijklopende regeling was uit het betreffende wetsontwerp gehaald.

19. Voorlopig Verslag ontwerp-Regeringsreglement (1864), aangehaald bij A.J.A. Quintus Bosz in *Een eeuw Surinaamse codificatie*, p. 9.

20. W.F. de Gaay Fortman, in *Honderd jaar codificatie in de Nederlandse Antillen*, p. 54.

middernachtelijk uur tussen 30 april en 1 mei 1869. Dit moment wordt voor de Antillen gemarkeerd met een kanonschot vanaf fort Nassau. In Suriname viert men het feit meer uitbundig. Alle openbare gebouwen vlaggen en het fort Zeelandia lost 21 schoten. Zo was eindelijk een einde gemaakt aan — in de woorden van een toenmalig lid van de Tweede Kamer — ‘een ware poel van ongerechtigheid’.²¹

4. EENHEID VAN RECHT?

‘Het moeilijk toegankelijke, verschillende en verwarde recht werd dus vervangen door eenvormig in wetboeken neergelegd recht’, zo schrijft De Gaay Fortman.²² Dit is ook het standaardbeeld dat verbonden is aan het tijdperk van de grote Europese codificaties. Codificatie brengt unificatie, rechtseenheid binnen een land. Dit geldt niet altijd voor de Nederlandse koloniën.

Nederlands-Indië: adatrecht en intergentiel recht

De inwoners van de Oost worden door de koloniale overheid onderscheiden in drie categorieën: ‘Europeanen’, ‘inlanders’ (de Indoneziërs) en de ‘vreemde oosterlingen’, waarbij het predikaat ‘vreemd’ ziet op de uitheemse oorsprong (Chinezen, Arabieren en Brits-Indiërs). Om een indruk te geven van de verhoudingen: het gaat in het begin van de twintigste eeuw om 80.000 Europeanen, 600.000 vreemde oosterlingen, en 34 miljoen Inlanders.

Hiervoor is al beschreven dat het in 1848 niet de bedoeling was dat er zonder meer een Burgerlijk Wetboek zou komen voor alle inwoners van Indië. Voor de Europeanen geldt vanzelfsprekend het Indisch BW. De vreemde oosterlingen zijn in beginsel onderworpen aan hun gewoonterecht. Binnen deze categorie genieten de Chinezen een bijzondere positie. Voor hen geldt, behoudens een enkele uitzondering (de burgerlijke stand, arbeidsovereenkomst en adoptierecht) het Europese privaatrecht. Voor de autochtone bevolking tenslotte blijft, uitzonderingen daargelaten, het bestaande recht gelden. Het zogenaamde adatrecht, door Van Vollenhoven omschreven als

‘dat samenstel van voor inlanders en vreemde oosterlingen geldende gedragsregels,

21. E. Wintgens, bij de behandeling van de Regeringsreglementen voor Suriname en Curaçao op 13 mei 1865, aangehaald bij J.A. Schiltkamp in *Honderd jaar codificatie in de Nederlandse Antillen*, p. 180.

22. *Honderd jaar codificatie in de Nederlandse Antillen*, p. 53.

die eenzijdig sanctie hebben (daarom 'recht') en anderzijds in ongecodeerde staat verkeren (daarom 'adat')'.²³

en waar de wetgever in art. 75 van het Oost-Indisch Regeringsreglement naar verwijst als 'de godsdienstige wetten, instellingen en gebruiken der inlanders', welke toegepast worden door de (inlandse) rechter 'voor zover die niet in strijd zijn met de algemeen erkende beginselen van billijkheid en rechtvaardigheid'.

Er passen twee waarschuwingen. De term adatrecht zelf is een uitvinding van Europese wetenschappers. Het woord 'adat', het van oorsprong Arabische woord voor 'gewoonte', heeft in de Indonesische talen zeker niet de technische betekenis van gewoonterecht tegenover niet-bindende gewoonteregels. Verder kan men niet spreken over 'het' adat-recht. Het gaat immers om naar plaats en groep bepaald gewoonterecht. Zo onderscheidt Van Vollenhoven binnen de Indische archipel negentien, naar territorium bepaalde, kringen van adatrecht.²⁴ Het zijn dus westerse onderzoekers die dit recht optekenen en pogen te systematiseren.

Zoals gezegd, was het niet de opdracht van de ontwerpers van het Indisch BW van 1848 om een algemeen geldend wetboek tot stand te brengen, maar reeds bij in art. 7 van het KB van 1847 waarin de nieuwe wetgeving wordt afgekondigd, wordt de Gouverneur-Generaal bevoegd verklaard

'om te gelegener tijd, zoodanige bepalingen van het burgerlijk wetboek en van het wetboek van koophandel, als daarvoor vatbaar zijn, onveranderd of gewijzigd, toepasselijk te verklaren op de Inlandsche bevolking of op een gedeelte derzelve'.

Ondanks deze bepaling is gedurende 'tempo doeloe' sprake gebleven van in beginsel gescheiden rechtssferen, hoewel langzamerhand inbreuken op deze scheiding werden gemaakt door bijvoorbeeld de toepasselijkverklaring van delen van het BW op niet-Europeanen. Zo geldt vanaf 1855 voor de vreemde oosterlingen het vermogensrecht en het testamentair erfrecht volgens het BW²⁵ en worden in 1879 op de inlanders de bepalingen van huur en verhuur van dienstboden (art.

23. C. van Vollenhoven, *Het adatrecht van Nederlandsch-Indië*, deel I, Leiden 1918, p. 14.

24. Van Vollenhoven, a.w., p. 135.

25. Aanvankelijk alleen voor de vreemde oosterlingen op Java en Madura, later uitgebreid tot andere delen van de archipel.

1601-1603 Ind. BW, gelijk aan 1637-1639 Ned. BW) van toepassing verklaard. Een niet minder belangrijke inbreuk op de scheiding in rechtssferen wordt gevormd door de mogelijkheid van (gedeeltelijke of gehele) vrijwillige onderwerping van de inlanders aan het Europees privaatrecht op grond van art. 11 van de Algemene bepalingen. Een onderwerping aan de regels van het BW is overigens in vele gevallen bittere noodzaak is voor inlanders om zaken te kunnen doen met Europeanen, omdat deze laatsten nu eenmaal de nodige zekerheid verlangen omtrent de wederzijdse rechten en plichten.²⁶

Dit brengt ons op de regels van intergientiël recht. Er kunnen binnen een land formeel gescheiden rechtskringen bestaan, maar niet iedereen zal binnen zijn eigen 'hokje' blijven. Men kan denken aan gemengde huwelijken en zaken als de koop van levensmiddelen door de inlander in een Chinese toko. Voor deze gemengde rechtsverhoudingen moet de vraag opgelost worden welk recht daarop van toepassing is. Deze regels vormen het intergientiël recht. Regels die soms door de wetgever zijn vastgesteld, in andere gevallen door de rechter gevonden worden. Het is hier niet de plaats om hier diep op in te gaan. Een overzicht vindt men in een artikel van Kollewijn uit 1939, waaruit ik hier een aantal zaken put.²⁷

Wat betreft het huwelijksrecht gold aanvankelijk de regel dat de niet-Europese man bij een huwelijk met een Europese vrouw zich aan haar recht had te onderwerpen.²⁸ Volgens Kollewijn was het doel van de wetgever gemengde huwelijken zoveel mogelijk te voorkomen, als zijnde een gevaar 'voor het zedelijk overwicht van de Europeanen over de Inlanders'.²⁹ Men is later hierop teruggekomen en sinds 1896 bepaalt art. 2 van de Regeling op de gemengde huwelijken:

'De vrouw, die een gemengd huwelijk aangaat, volgt staande huwelijk, publiek- en

26. Art. 11 AB werd nader uitgewerkt in de 'Regeling nopens de vrijwillige onderwerping aan het Europeesch privaatrecht'. Er werden drie vormen onderscheiden: a) de algehele, onherroepelijke onderwerping, b) de gedeeltelijke, onherroepelijke onderwerping en c) de onderwerping voor een bepaalde rechtshandeling.

27. R.D. Kollewijn, Intergientiël recht in Nederlands-Indië, zowel verschenen in *Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg* 1939, p. 169 e.v. als het Indisch Tijdschrift van het Recht 151 (1940), p. 551 e.v.

28. Voor het omgekeerde geval gold de regel dat de niet-Europese vrouw door haar huwelijk de 'status' van haar man verkreeg.

29. Kollewijn, Indisch Tijdschrift van het Recht 151 (1940), p. 554-555.

privaatrechtelijk, den staat van haren man'.

Wat betreft de rechten op onroerende zaken blijft de grond onderworpen aan het recht waaronder het in het verleden is uitgegeven, ongeacht het statuut van de eigenaar of gebruiker. Deze regel gold reeds van oudsher. Reeds de grond die door de VOC in eigendom werd overgedragen aan inlanders bleef onderworpen aan het Hollandse recht. Alleen aan de overheid staat het vrij om (domein)grond onder een ander statuut dan het oorspronkelijke uit te geven.

Voor overeenkomsten is soms een regeling getroffen door de wetgever. Zo geldt dat voor een grondhuurovereenkomst tussen een inlander en een niet-inlander op Java het Indisch BW van toepassing is. Bij de niet-wettelijk geregelde intergentiële contracten berust de conflictenregel op jurisprudentie. Hierbij zoekt de rechter naar de bedoeling van partijen (blijkt van een rechtskeuze?) of worden aanknopingspunten gevonden in omstandigheden als het milieu waarin de transactie zich afspeelt of het eventuele bestaan van een 'voornaamste partij'. Als een inlander zich in een Europees milieu vestigt en van een Europeaan een huis huurt, kan op de stoffering van zijn woning die eigendom is van een Chinese vennootschap door de verhuurder krachtens Europees recht beslag worden gelegd voor de achterstallige huurpenningen. Bij de winkelkoop geldt de tokohouder als de voornaamste partij. Hij doet met het uitstallen van zijn waren een openbaar aanbod onder de voorwaarden van het voor hem geldende recht, onverschillig tot welke bevolkingsgroep de aspirant-koper behoort.

Bij de onrechtmatige daad tenslotte, geldt in beginsel het recht van de dader. Bijzondere omstandigheden kunnen een uitzondering op deze hoofdregel met zich meebrengen.

De behoefte aan intergentiel recht bestaat natuurlijk niet als voor de gehele bevolking van Indië één recht zou gelden. Inderdaad is een serieuze poging ondernomen tot unificatie van het burgerlijk recht. Aan dit algemeen geldend BW, het zogenaamde Ontwerp-Cowan, met 2220 artikelen is gewerkt van 1907 tot 1920. Het ontwerp is zwaar bekritiseerd door adat-kenner Van Vollenhoven,³⁰ een kritiek die niet los staat van zijn liefde voor het adatrecht. Zo spreekt hij over het ontwerp als 'de sluipmoord op het adatrecht'. Maar los van de

30. C. van Vollenhoven, Juridisch confectiewerk (eenheidsprivaatrecht voor Indië), Koloniale studiën 1925, p. 292 e.v.

vraag of unificatie van het recht wenselijk is, kan men sterke twijfels hebben of het ontwerp wel praktisch bruikbaar is. Er is in schijn sprake van een uniform privaatrecht, maar de diversiteit van de Indonesische samenleving wordt er niet door uitgebannen. Zo staan de artikelen vol met uitzonderingen en mogelijke uitzonderingen op de algemene toepasselijkheid van de wettelijke regels en verkrijgt men bepalingen als art. 29 lid 3 (in de titel ‘Van het huwelijk’):

‘Op niet-Christen Inlanders en niet-Christen Vreemde Oosterlingen andere dan Chinezen, zijn van dezen titel alleen toepasselijk de artikelen 32, 33, 34, 85, 87, 89 tot en met 92, 95 tot en met 100 zoomede de geheele zevende afdeling, — wat de artikelen 92 en 95 betreft enkel voor zoover zij betrekking hebben op de nietigheid des huwelijks voortvloeiende uit artikel 34; voor het overige geldt ten aanzien van het huwelijksrecht dezer bevolkingsgroepen voor zoover dit onderwerp niet in eenige algemeene verordening te hunnen opzichte geregeld is, hun adatrecht’.

En wat te denken van art. 351 lid 5 (betreffende de voogdij):

‘De Gouverneur-Generaal is bevoegd van de toepassing (...) die bepaaldelijk door hem aan te wijzen gedeelten der niet-Christen Inlandsche bevolking uit te sonderen, onder welke als gevolg van de bijzondere kracht van het familieverband, geen bepaalde macht van ouders over hunnen minderjarige kinderen is aan te wijzen; ten aanzien dezer groepen blijft alsdan het adatrecht geheel gelden’.

Tot grote vreugde van Van Vollenhoven is het ontwerp papier gebleven.

Suriname: de binnenlanden en de aziatische huwelijksbesluiten

In Suriname is de algemene toepasselijkheid van de privaatrechtelijke codificatie in twee opzichten beperkt. Allereerst moet men een scheiding constateren tussen de kuststrook en de binnenlanden. Hoewel formeel geen uitzondering is gemaakt op de algemene gelding van het BW staan in de praktijk de bewoners van het binnenland buiten het toepassingsbereik daarvan.

Deze groepen zijn de Indianen, de oorspronkelijke bewoners van Guyana, en de bosnegers, ook wel aangeduid als de ‘marrons’, de nakomelingen van de slaven die er in waren geslaagd om de plantages te ontvluchten. De gezagsdragers in Paramaribo sloten in de achttiende en negentiende eeuw vredesverdragen met de diverse door de marrons gevormde stammen. In deze verdragen verkregen de stammen het recht in de binnenlanden dorpen te stichten, voor eigen gebruik hout te kappen en ‘kostgronden’ aan te leggen. Anderzijds

moesten de bosnegers zich verre houden van de plantages. Voor het voeren van handel werden wel bezoeken aan Paramaribo en omstreken toegelaten, mits men was voorzien van een pasje. De overheidsbemoeienis met het binnenland is tot op heden beperkt gebleven. Rechtspraak en bestuur is in beginsel overgelaten aan de eigen 'organen' van de bewoners.³¹ Het BW speelt daarbij geen enkele rol. Aldus kwam niet formeel, maar toch praktisch binnen Suriname een territoriale scheiding in rechtssferen tot stand.

Een tweede, meer beperkte, inbreuk op de rechtseenheid ontstaat in 1941. Dit is een (vrij laat) gevolg van de invoer van contractarbeiders die de (voormalige) negerslaven als arbeidskrachten op de plantages vervangen. In de jaren '50 van de negentiende eeuw werd reeds 'geëxperimenteerd' met Portugezen en Chinezen. De import van goedkope arbeid werd pas echt actueel met het einde van de tienjarige periode van overheidstoezicht op de geëmancipeerde slaven na de afschaffing van de slavernij. Deze werden aanvankelijk in India geworven en in 1873 arriveerde het zeilschip met de fraaie naam 'Lalla Rookh' met de eerste contractarbeiders in Paramaribo. Vanaf 1890 kwamen ook Javaanse arbeiders naar Suriname. Hoewel de contracten werden gesloten voor vijf jaar, met recht op vrije terugkeer zou uiteindelijk een belangrijk deel in Suriname blijven.³²

Deze nieuwkomers hebben als geloof het Hindoeïsme en de Islam. Dit leidt, vooral bij het huwelijksrecht, tot een discrepantie tussen het recht in de boeken (het BW), en de praktijk. Adhin schrijft:

'Binnen hun religieus en cultureel kader gingen zij echtverbintenissen aan, die volgens hun rechtsovertuiging volkomen geldig waren, ook al werden deze huwelijken niet door het positieve Surinaamse recht erkend. In de officiële jaarverslagen (vanaf 1915) werd telkenmale bij de opgave van het aantal buiten echt geboren kinderen de mededeling gedaan, dat een bepaald aantal daarvan was geboren uit Hindostaanse en Javaanse vrouwen, "niet gehuwd volgens de Surinaamse wetgeving". In het oog moet worden gehouden, dat hier geen sprake was van vluchtige verbintenissen, maar van normale, geldige huwelijken met een duurzaam karakter, die in het sociale leven van de immigranten met alle achting werden beschouwd, omdat ze volledig in overeenstemming met de bij hen levende normen en regels waren gesloten. Vanuit bestuursstandpunt was het onbevredigende van deze toestand, dat haast alle

31. Zie Hermes R.M. Libretto, Het gezags- en bestuurssysteem in het binnenland van Suriname, Paramaribo 1990.

32. In totaal arriveerden in Suriname 34.304 Indiërs (1873-1916) en ca 33.000 Javanen (1890-1939). Hiervan keerden 12.000, resp. 8000 weer terug naar het land van herkomst.

huwelijken van immigranten officieel niet werden erkend en dat bijna alle uit Hindostaanse en Javaanse vrouwen geboren kinderen onwettig waren. Deze omstandigheid veroorzaakte ook grote moeilijkheden op erfrechtelijk gebied (vooral ten aanzien van onroerende goederen); dit klemde te meer, omdat de rechtsinstellingen, die hier als een correctief hadden kunnen werken (namelijk de erkenning en het testament) bij de immigranten onbekend althans ongebruikelijk waren. Te laat en tot hun grote schrik bemerkten de kinderen, dat zij geen erfgenaam waren van het perceel van hun overleden ouder(s), dat wegens het ontbreken van een rechtsbetrekking of van een testament aan den Lande was vervallen!³³

Er ontstaat een discussie rond de wenselijkheid (en mogelijkheid) van afzonderlijk recht voor afzonderlijke bevolkingsgroepen. Een groot voorstander van rechtsdifferentiatie is J.C. Kielstra, Gouverneur van Suriname tussen 1933 en 1944.³⁴ Kielstra, met zijn ervaring als ambtenaar in Oost-Indië, beoogt een 'verindisching' van Suriname en het bestuursapparaat. Een element hiervan is de vorming van cultureel homogene en min of meer autonome dorpsgemeenschappen, bestuurd door dorpschoude.³⁵

Op staatsrechtelijk gebied doet hij, geïnspireerd door de Indische Staatsregeling, een voorstel tot aanpassing van het Regeringsreglement in die zin dat art. 116 'Er wordt in de kolonie regt gesproken in naam des Konings' aangevuld wordt met de woorden 'voor zover niet de stammen der Bosnegers en Indianen zijn gelaten in het genot harer eigen rechtspleging'. Ook art. 117 (het concordantieartikel) zou in vergelijkbare zin moeten worden aangepast. Een behoefte voor een pluraal privaatrecht in de kuststrook van Suriname ziet Kielstra met name in het personenrecht, en hij heeft plannen om de rechtspraak in civiele zaken, voor zover deze verband houdt met de godsdienst en gewoonten, over te laten aan een eigen godsdienstige rechter.

Deze dreigende rechtsdifferentiatie ondervindt echter zware tegenstand van de creoolse (christelijke) middenklasse, die wil vasthouden aan de rechtseenheid en de daarbij behorende assimilatiepolitiek.³⁶ Voorstellen van Kielstra voor afzonderlijke huwelijksverorde-

33. Adhin, in Een eeuw Surinaamse codificatie, p. 98-99.

34. Zie over deze man en zijn ideeën uitvoerig Hans Ramsoedh, Suriname 1933-1944, Koloniale politiek en beleid onder Gouverneur Kielstra, diss. Utrecht 1990.

35. Inderdaad is een twintigtal van dergelijke (hoofdzakelijk Javaanse) gemeenschappen gesticht. De afzonderlijke besturen werden in 1980 afgeschaft.

36. Zie J.H. Adhin, in Een eeuw Surinaamse codificatie, p. 95 e.v. Kielstra had met deze groep weinig op. 'Hij sprak van het "geestelooze" en in sommige gevallen van het "bijna maniakale negativisme van de Creoolse half-intellectueelen".'

ningen voor de Indiërs en Javanen worden in 1937 en 1938 door de Koloniale Staten verworpen. De Gouverneur grijpt echter zijn kans met het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog. Met een beroep op het 'noodrechtsartikel' in de Surinaamse Staatsregeling³⁷ stelt hij de Staten buiten spel om onder deze 'dringende omstandigheden' de zogenaamde Aziatische huwelijkswetgeving per 1 januari 1941 in te voeren.³⁸

De belangrijkste afwijkingen van de regels in het BW door het Huwelijksbesluit Mohammedanen en Huwelijksbesluit Hindoes zijn de mogelijkheid van het sluiten van het huwelijk voor een 'huwelijks-beambte' — in de regel de pandit (hindoe-priester) of voorganger in de moskee — in plaats van de ambtenaar van de burgerlijke stand, het verlagen van de minimum leeftijd voor het huwelijk en invoering van de verstoting ('talik') als wijze van ontbinding van het moslimhuwelijk. Polygamie wordt echter niet toegestaan. De Kielstra-wetgeving blijkt in een behoefte te voorzien. Werden in 1942 onder (afstammelingen van) Indiërs en Javanen in totaal 373 officieel erkende huwelijken gesloten, in 1949 zijn dit 143 'BW-huwelijken' en maar liefst 1678 'Kielstra-huwelijken'.³⁹

Nederlandse Antillen

Op de Antillen spelen dergelijke zaken niet. De oorspronkelijke bewoners waren vermoord of opgegaan in de nieuwe bevolking, terwijl het feit dat het (relatief kleine) eilanden betreft een territoriale scheiding in rechtssferen niet bevordert. Toch bestaat er een zekere scheiding tussen de bovenwindse en de benedenwindse eilanden, die verband houdt met de voertaal. Is op Aruba, Bonaire en Curaçao het Nederlands de voertaal, in elk geval de taal van de officiële instanties, Saba, St. Maarten en St. Eustatius zijn engelstalig.

Al neemt men aan dat een wetboek niet primair is bestemd voor de burgers die daaronder moeten leven, maar voor de juristen die daarmee moeten werken, dan nog vormt de invoering van een nederlandstalig wetboek een ernstig probleem op een engelstalig eiland als er geen recht wordt gesproken door (in Nederland opgeleide) be-

aldus Ramssoedh, a.w., p. 162.

37. De Staatsregeling verving in 1937 het Regeringsreglement van 1865.

38. De betreffende besluiten zijn in 1945 bij Koninklijk Besluit bekrachtigd en gelden nog tot op de dag van vandaag.

39. Zevenbergen, De Surinaamse huwelijkswetgeving, p. 83.

roepsrechters, maar door leken. In de negentiende eeuw vindt vrijwel de gehele Antilliaanse rechtspraak plaats door lekenrechters. Slechts voor de voorzitter en de twee leden van het — tegelijk met de invoering van het BW in 1869 ingestelde — Hof van Justitie (het hoogste rechtscollege)⁴⁰ is een academische opleiding vereist.

De eerste beslissing van de Raad van Justitie ('Court of Justice') op St. Maarten is dan ook het handhaven van het Engels als gerechtstaal:

'Whereupon, the Court considering that the President, as well as the members are unacquainted with the Dutch language, and accordingly could not be responsible for minutes or sentences made and written therein; that the sentences could not according the law be pronounced by the President, if they are written in a language which he does not understand; Heard the Officer of Justice stating in his conclusion on the subject, that he entirely agrees with the above considerations.

Has unanimously resolved:

That the Proces-Verbaux of the meetings of this Court of Justice, and the sentences to be given must of necessity be written in the English language'.⁴¹

Een praktijk die eerst in 1872 gewettigd wordt als de koloniale wetgever aan de Raad van Justitie op St. Maarten en de bovenwindse kantonrechters — met terugwerkende kracht — de bevoegdheid verleent zich te bedienen van het Engels.

De rechters zijn dus door de taalbarrière niet in staat om kennis te nemen van de geldende wetten. In 1875 verschijnt wel een officieuze vertaling van het BW in het Engels voor het gebruik op de bovenwinden,⁴² maar onduidelijk is welke invloed deze in de praktijk heeft gehad. Waarschijnlijk weinig, als men de klachten over de kwaliteit van het gemiddelde vonnis van de bovenwinden leest.⁴³ Overigens

40. Voorheen was men — ook na de splitsing van de kolonie in 1848 — voor hoger beroep aangewezen op het Gerechtshof te Paramaribo. Een weinig gunstige situatie, zodat het geen verbazing wekt dat slechts zeer zelden (in de periode 1848-1857 bijv. drie maal) appel werd ingesteld tegen een Antilliaans vonnis.

41. Raad van Justitie, proces-verbaal van de vergadering van 17 juni 1869, aangehaald bij F.C. Fliet, in *Honderd jaar codificatie in de Nederlandse Antillen*, p. 19.

42. De Gaay Fortman noemt deze 'Civil code for the colony of Curaçao', van de hand van officier van justitie J.H.R. Beaujon in het Gedenkboek BW (p. 758). Voor zover kon worden nagegaan bevindt zich hiervan geen enkel exemplaar in Nederlandse bibliotheken. Of op de Antillen nog exemplaren te vinden zijn, is op moment van schrijven (juli 1997) niet duidelijk.

43. Zie B. de Gaay Fortman, *De rechtsbedeeling op onze bovenwindsche eilanden*,

behoeft men zich ook over de kwantiteit van de (civiele) rechtspraak op de bovenwinden niet te veel illusies te maken. In de periode van 1910-1917 doet het kantongerecht op St. Maarten gemiddeld 4,5 uitspraken per jaar (minimum 1, maximum 9), heeft de rechter op St. Eustatius het nog rustiger met 1,5 vonnis per jaar terwijl Saba de kroon spant met een gemiddelde van 0,25 (in totaal twee zaken in acht jaar!).⁴⁴ Beroep bij het Hof van Justitie op Curaçao wordt zelden ingesteld. Hierbij zal meespelen dat voor zo'n beroep een — op kosten van de appellant te vervaardigen — officiële Nederlandse vertaling van het vonnis noodzakelijk is.

Aan deze toestanden komt pas in 1919 een einde door de reorganisatie van de rechterlijke macht op de Antillen.⁴⁵ In dat jaar wordt de lekenrechtspraak op de Antillen afgeschaft door de instelling van twee kantongerechten (op Curaçao en St. Maarten), elk bemand door een lid van het Hof van Justitie en de invoering van het instituut van de 'ommeegaande rechter' (aanvankelijk per schip, nu als 'flying judge') voor de overige eilanden. We moeten dus vrezen dat het Antilliaanse BW de eerste vijftig jaar op de bovenwindse eilanden niet meer dan een papieren bestaan heeft geleid.

5. EINDE VAN EEN TIJDPERK

De uitdrukkingen 'de Oost' en 'de West' vormen slechts herinneringen aan het verloren koloniale rijk. De betrekkingen tussen Nederland en zijn (voormalige) koloniën zijn na de Tweede Wereldoorlog ingrijpend gewijzigd. Gevolg van deze ontwikkelingen is wel dat het aantal nakomelingen van het Nederlands BW 1838 met één is gestegen. Met de verkrijging van de 'Status Aparte', de status van een zelfstandig land binnen het Koninkrijk, door Aruba op 1 januari 1986 krijgt dit eiland een eigen BW, een wetboek dat echter niets anders is dan het reeds geldende Antilliaanse BW van 1869. We zouden dus

De West-Indische Gids 1919, p. 91-94. De lekenrechtspraak leverde ook op andere punten problemen op. Zo gaat het verhaal dat een kantonrechter, tevens gezaghebber op een van de bovenwindse eilanden, zelf gedagvaard in een civiele zaak, eenvoudig de zitting sloot met de uitspraak 'no judge — no case'.

44. De Gaay Fortman, *De West-Indische Gids* 1919, p. 88.

45. Hierover De Gaay Fortman, *De West-Indische Gids* 1919, p. 85 e.v. en F.G. Schalkwijk, *De reorganisatie van de rechterlijke macht en van de rechtspleging der kolonie Curaçao in de praktijk*, *De West-Indische Gids* 1924/1925, p. 609 e.v.

van een 'kleinkind' van het Nederlands BW kunnen spreken.

Hoe is het de tropische nakomelingen van het BW 1838 nu verlopen bij het einde van het koloniale tijdperk?

Indonesië

Voor Indonesië verlaat ik mij op de schets van Pompe van een aantal jaren geleden. Hij spreekt voor het Nederlandse recht in de Oost in het algemeen over 'een stervend lichaam en een levende geest'.⁴⁶

Hij onderscheidt een drietal perioden in de ontwikkeling van 'het lichaam van het recht' na de soevereiniteitsoverdracht. De eerste periode loopt van 1949 tot 1959. Dit tijdvak wordt gekenmerkt door continuïteit van de Nederlandse invloed. Het bestaande Nederlands-Indisch recht wordt door de *Republik Indonesia* vrijwel volledig overgenomen. Dit is goed verklaarbaar. Men bevindt zich in een overgangsfase en stabiliteit in het recht is een groot goed. Voorts zijn alle Indonesische juristen nog gevormd onder het koloniale recht. Opmerkelijk is dat het BW door de rechter ook toegepast gaat worden op rechtsverhoudingen tussen Indonesiërs, geschillen die onder het koloniale regime onder het adatrecht vielen.

De tweede periode, van 1959 tot 1966 typeert zich door een sterke tegenstroom. In deze periode verliest het BW zijn kracht van wet. Bij gebreke aan alternatieven blijft de praktijk zich toch naar het BW richten, wat mogelijk is omdat het voormalige wetboek de status verkrijgt van 'rechtsboek'.⁴⁷ Een echte breuk met het oude recht vindt dan ook niet plaats, maar er ontstaan wel onduidelijkheden. Pompe geeft het volgende voorbeeld. Na 1960 zouden bestaande eigendomsrechten volgens het Nederlands-Indisch BW omgezet worden naar het nieuwe Indonesische 'hak milik'. Dit vond echter niet altijd plaats, zodat twee soorten eigendom van onroerende zaken naast elkaar blijven bestaan met dien verstande dat de Europese vorm niet meer wettelijk geregeld wordt en (erger) de openbare registers niet meer bijgehouden worden.⁴⁸

De derde periode, vanaf 1966, ziet Pompe als 'het verval van het

46. S. Pompe, De doorwerking van het Nederlandse recht in Indonesië, Over een stervend lichaam en een levende geest', lezing voor het Oosters genootschap in Nederland 1991 (Leiden, 1994).

47. Zie ook J.T. de Smidt, Recht overzee, p. 20.

48. Zie hierover Pompe, a.w., p. 11 e.v.

Nederlandse recht'.⁴⁹ De nog bestaande koloniale wetgeving wordt langzaam maar zeker vervangen. Hoewel Pompe in dit verband spreekt over 'de schemering van het leven van het Nederlands-Indische recht',⁵⁰ en constateert dat het 'lichaam' van het Nederlandse recht gestorven is, stelt hij vast dat de geest nog leeft. Nederlands recht blijkt een inspiratiebron te zijn voor de Indonesische wetgever, ook waar geen onmiddellijke koloniale voorganger is aan te wijzen. Een voorbeeld noemt het Indonesische arbeidsrecht uit de jaren '50, welke een kopie lijkt van de Nederlandse wetgeving. Pompe stelt:

'Als er wordt gekeken naar de individuele stukken wetgeving, zijn er derhalve sterke aanwijzingen dat de geest van het Nederlandse recht in het hedendaagse Indonesië leeft. Het ziet ernaar uit dat dit recht wortel heeft geschoten, niet slechts in de ordening van de maatschappij, maar ook in het denken van de mensen'.⁵¹

Tot slot een opmerking over het adatrecht. In Indonesië wordt het streven naar rechtseenheid hoger gewaardeerd dan het handhaven van de door Van Vollenhoven zo gekoesterde rechtspluriformiteit. De belangstelling voor het adatrecht is bij de moderne Indonesische jurist afwezig (sinds de jaren '50 is op dit punt nauwelijks onderzoek meer gedaan), zodat de 'sluipmoord op het adatrecht' die Van Vollenhoven zag in het hiervoor genoemde ontwerp uniform BW zich in Indonesië alsnog lijkt te hebben voltrokken.

Nederlandse Antillen en Aruba: geen concordantie, maar receptie?
De huidige situatie is als volgt:⁵²

1. Het geldende Arubaanse vermogensrecht is gelijk aan het geldende Nederland-Antilliaanse vermogensrecht, tenzij uitdrukkelijk het tegendeel blijkt uit afwijkende bepalingen in het BW, landsverordeningen, landsbesluiten of jurisprudentie.
2. Het geldende Nederlands-Antilliaanse vermogensrecht is gelijk aan het Nederlandse vermogensrecht zoals in het Nederland gold op 31 december 1991, tenzij uitdrukkelijk het tegendeel blijkt, door het afwijken van bepalingen in de respectievelijke BW's, afwijkende

49. Pompe, a.w., p. 8-9.

50. Pompe, a.w., p. 18.

51. Pompe, a.w., p. 20.

52. M. Tratnik, *De jurist in Aruba en de Nederlandse Antillen en het NBW*, TAR-Justicia 1992, p. 137.

andere wetten en uitspraken van de Hoge Raad in Arubaanse of Antilliaanse zaken waaruit blijkt van een eigen van het Nederlandse recht afwijkende (ongeschreven) norm.⁵³

Hierbij blijkt van een nauwe samenhang tussen het Antilliaanse en Arubaanse privaatrecht enerzijds en het Nederlandse privaatrecht anderzijds. Het Nederlands recht zoals in dit schema weergegeven, is echter bevroren recht. De invoering van het Nieuw BW in Nederland betekende langzamerhand de opheffing van de concordantie op civielrechtelijk gebied. Reeds voor het personen- en familierecht heeft dit zich voltrokken in 1970 (invoering van Boek 1 NBW), in 1976 volgt het rechtspersonenrecht (Boek 2). Met de invoering van de nieuwe vermogensrecht in 1992 is de breuk met het moederland zeer ernstig geworden. Het in de toekomst uit elkaar groeien van de drie rechtsstelsels lijkt het logisch gevolg, hoewel het functioneren van de Hoge Raad als cassatierechter voor de West bij zo'n voorspelling een complexe factor is.⁵⁴

Het min of meer klakkeloos overnemen van het BW 1992 op grond van het concordantiebeginsel zoals het Statuut nog altijd verkondigt, is door de feitelijke en maatschappelijke ontwikkelingen vanaf het einde van de jaren '60 — met het zenden van Nederlandse mariniers naar Willemstad in verband met de staking van mei 1969 als merkpunt — achterhaald, zo stelt men. Daarentegen zou aansluiting bij de Nederlandse hercodificatie louter op grond van praktische argumenten goed denkbaar zijn. Het ontbreken van enige concordantie leidt immers tot tal van bezwaren.⁵⁵ De aanpassing van de Antilliaanse wetgeving door 'receptie'⁵⁶ van het nieuwe Nederlandse vermogensrecht lijkt zo de weg die gevolgd zal worden. In 1983 werd met de instelling van een commissie van advies een proces in werking gesteld dat tot aanpassing van het vermogensrecht op de Antillen moet leiden. Hoewel inderdaad een begin is gemaakt met de voorbe-

53. Tratnik noemt in dit verband HR 13 maart 1981, NJ 1982, 57 (Stewart/Williams) en HR 7 september 1990, NJ 1991, 266 (Catoochi).

54. Tratnik, a.w., p. 144, ziet hierin bijv. een positieve rol nu het grootste deel van het BW 1992 een hercodificatie is van het reeds ook in de west geldende ongeschreven recht, door een 'NBW-conforme uitleg' van het BW van Aruba en Antillen de verschillen beperkt blijven.

55. F.B.M. Kunneman, De herziening van het vermogensrecht op de Nederlandse Antillen, TAR-Justicia 1990 (lustrumnummer), p. 27 e.v.

56. Kunneman, a.w., p. 29.

reiding van een aantal onderdelen van het nieuwe vermogensrecht, moeten de uiteindelijke resultaten hiervan nog blijken.

Suriname

Voor Suriname tenslotte zijn de banden met Nederland sinds 1975 natuurlijk van geheel andere aard geworden. Feit is dat het juridische onderwijs zich nog altijd richt op het Nederlandse recht, dat wil zeggen in de vorm van de commentaren op het BW 1838. In hoeverre de Nederlandse ontwikkelingen na 1975 in de Surinaamse rechtspraktijk hun invloed doen gelden is niet duidelijk. Een klein jurisprudentieonderzoek leverde in elk geval twee uitspraken op waarin het Hof van Justitie met zoveel woorden verwijst wordt naar Nederlandse literatuur van na 1975.⁵⁷

Op één punt heeft de Surinaamse wetgever het Nederlands BW gevolgd. Tot 1981 verkeerde Suriname in de situatie van Nederland van voor de Lex Van Oven (1957), dat wil zeggen de gehuwde vrouw was handelingsonbekwaam en het bestuur van haar goederen en die van de gemeenschap berustte bij haar man. In 1981 verandert dit met het Decreet C-11 'betreffende de opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw en aanpassing van het huwelijksvermogensrecht'. De art. 156-203 van het eerste boek van het Surinaamse BW komen sindsdien voor het grootste deel letterlijk overeen met de titels 6,7 en 8 van Boek 1 van ons BW.⁵⁸

5. TOT BESLUIT

Zo is een beeld geschetst van een periode van bijna veertig jaar (1830-1869) wetgevingsarbeid aan de tropische versies van ons vertrouwde BW 1838; een periode waarin veel werd gediscussieerd over detailzaken, maar in feite het concordantiebeginsel strikt is gehandhaafd. Aandacht werd besteed aan de (al dan niet algemene) toepasbaarheid van het Nederlands burgerlijk recht op de inwoners van de overzeese gebieden. Als besluit werd een snelle blik geworpen op de lotgevallen van de wetboeken in het post-koloniale tijdperk.

57. Hof van Justitie 15 februari 1991, SJ 1991, 192 (ontslag werknemer, verwijzing naar noot PAS onder NJ 1979, 478) en 19 juli 1991, SJ 1991, 197 (processuele functie van het bezit, met o.a. verwijzing naar NJ 1978, 212).

58. Zie R. Gharbaran en H.D. Ploeger, Surinaams huwelijksvermogensrecht: een alternatief?, FJR 1992, p. 218 e.v. Ik teken hierbij voor alle volledigheid aan dat in de Nederlandse artikelen sindsdien weer enige wijzigingen zijn aangebracht.

Wat brengt de toekomst? Hoe lang zullen Indonesische rechters en rechtsgeleerden zich nog met het ‘Nederlandsch-Indisch BW’ (moeten) bezighouden? Hoe gaat Suriname met de Nederlandse erfenis om, voltrekt zich aldaar een ‘Surinamisering’ van het in oorsprong toch Nederlandse civiele recht? Komt er voor de Antillen en Aruba een op het Nederlands Nieuw BW geschoeide hercodificatie tot stand? De ontwikkeling van ‘ons’ burgerlijk recht onder de tropen vormt boeiende stof voor de Nederlandse rechtswetenschapper van de 21e eeuw.

Export van ons nieuwe BW naar het land der mandarijnen?

*W.G. Huijgen**

1. INLEIDING¹

's-Lands wijs, 's-lands eer. Met dit spreekwoord wordt aangegeven dat een buitenstaander in een ander land zich dient te gedragen naar de zeden van dat land.² Met die andere gewoonten moet een buitenstaander heel voorzichtig omgaan, opdat hij de ander niet krenkt in zijn gevoelens. Er zit ook de connotatie in dat men de wijze van leven en van maatschappelijke organisatie aan de inwoners van een bepaald land zelf moet overlaten, omdat de 'stijl' van een land tot het meest eigene van dat land behoort. Met andere woorden: wie zich als buitenstaander met de manier van leven en maatschappelijke organisatie van een land gaat bemoeien, loopt het gevaar als eigenwijze bemoeial de laan uitgestuurd te worden, omdat de levenswijze van een volk zich niet snel leent voor aanpassing van buitenaf.

Het vorenstaande wordt bewaarheid wanneer men de krant op slaat of de televisie dan wel de radio aanzet. Hoe vaak hoort men dan niet dat bijvoorbeeld buitenlandse politici of journalisten door de autoriteiten van een land te verstaan is gegeven dat ze zich niet met de 'binnenlandse aangelegenheden' van het land moeten bemoeien. Veelal betreft het in dit soort gevallen situaties waarin vanuit het westen kritiek wordt geleverd op de mensenrechtensituatie in een land.³ Over deze problematiek gaat het nu echter niet. Thans is aan

* Prof. mr. W.G. Huijgen is als hoogleraar notarieel recht verbonden aan de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Het hierna volgende artikel is mede gebaseerd op ervaringen opgedaan tijdens een verblijf aan de Renmin Universiteit te Beijing (China) in april 1996. De auteur functioneerde daar als gastdocent.
2. Zie: Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse taal, 11e druk, p. 1519.
3. Zie recent weer de weigering van China om minister Wijers van economische

de orde de vraag of West-Europese, meer in het bijzonder Nederlandse, civielrechtelijke begrippen en regels zich ertoe lenen om naar een Oosters, 'voormalig' communistisch land te worden geëxporteerd.⁴ Met andere woorden: kan een land als China wat van ons civielrechtelijk systeem leren en zo ja, wat zijn belangrijke problemen die daarbij eventueel overwonnen moeten worden?

2. HET CIVIELRECHTELIJK SYSTEEM IN HET HUIDIGE CHINA

Alvorens toe te komen aan een mogelijke Nederlandse bijdrage ten behoeve van de verdere opbouw van het civiele recht in China, moet iets gezegd worden over hoe de vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen de burgers van dat land thans geregeld zijn. China kent niet een burgerlijk wetboek in dezelfde zin zoals de continentaal-Europese landen dat kennen. Eén uitgewerkte codificatie die de regels van het burgerlijk recht bevat, kent men er niet. Daarentegen bestaat er een wettelijke regeling onder de — in het Engels vertaalde — naam: 'General principles of the civil law of the people's republic of China' (hierna ook te noemen: General Principles) die de voornaamste regels van het huidige Chinese burgerlijk recht bevat. Deze wettelijke regeling kent negen hoofdstukken en niet meer dan 156 artikelen. Dit laatste laat direct zien dat men hier niet te doen heeft met een uitgewerkt burgerlijk wetboek, doch slechts met een aantal hoofdregels van burgerlijk recht die in een wettelijke regeling zijn samengevat.

Achtereenvolgens vindt men in de General Principles zes hoofdstukken opgenomen inzake: hoofdbeginselen, natuurlijke personen, rechtspersonen, rechtshandelingen, eigendom en bepaalde andere rechten zoals de rechten van intellectuele eigendom en tenslotte een hoofdstuk inzake het aansprakelijkheidsrecht. Daarnaast kent deze wettelijke regeling nog drie hoofdstukken die achtereenvolgens betreffen: verjaring, toepasselijkheid van de wet op civielrechtelijke rechtsbetrekkingen met buitenlanders en enkele aanvullende restbepalingen.

zaken met zijn gevolg uit het bedrijfsleven te ontvangen, omdat Nederland zich kritisch over de mensenrechtensituatie in China had uitgelaten; vgl. Volkskrant 16 april 1997.

4. China is formeel nog steeds een communistische volksrepubliek doch materieel thans een centraal geleid land dat zich in een overgangsfase bevindt van een geleide economie naar een vrije markt economie.

In deze opbouw van de General Principles valt de basissystematiek van de westerse codificaties te ontdekken. Zulks is niet zo vreemd wanneer men de historische achtergrond van deze General Principles kent. Na de machtsovername door de communisten in China in 1949 is men er medio jaren vijftig gestart met het ontwerp van een burgerlijk wetboek. Ook in die tijd bestond er echter binnen de communistische gelederen al discussie over de vraag naar de wenselijkheid van een civielrechtelijke codificatie, hetgeen tot de nodige vertraging leidde. Het werk kwam echter geheel stil te liggen toen vanaf 1964 na het uitbreken van de culturele revolutie tien jaren van interne chaos volgden. Eerst tegen het einde van de jaren zeventig werd het werken aan een nationale codificatie van het burgerlijk recht weer gestart en volgden er in de loop der jaren vier verschillende ontwerpen. In de loop van de jaren tachtig was het leven in China, zowel vanuit politiek als economisch oogpunt, in een stroomversnelling geraakt. De economische hervormingen volgden elkaar in hoog tempo op, waardoor ook het maatschappelijk leven werd beïnvloed. Aan deze periode is eigenlijk nog steeds geen einde gekomen. Wat hier verder van zij, het was niet het goede tijdstip om een codificatie vast te stellen die voor langere tijd zou gelden, aangezien het land zelf in een continu veranderingsproces verkeerde. Derhalve heeft men in de tweede helft van de jaren tachtig besloten de hoofdlijnen van het civiele recht, zonder welke een — modern — land niet kan bestaan, te codificeren in de vorm van de General Principles. Deze General Principles zijn vanaf 1 januari 1987 van kracht en bevatten — zoals gezegd — de fundamentele regels van het personen-, overeenkomsten- en goederenrecht alsmede het aansprakelijkheidsrecht. Deze regels zijn gebaseerd op een ontwerp voor een meer uitgewerkte civielrechtelijke codificatie voor China uit 1982.

Naast de voormelde General Principles of Civil Law kent China nog tal van bijzondere civielrechtelijke wetten voor verschillende deelgebieden. Ik wijs in dit verband bijvoorbeeld op een faillissementswet, een auteurswet en een wet inzake de eigendom en het gebruik van grond. Daarnaast bestaat er ook nog een apart Wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

Alvorens de vraag te stellen of een zinvolle bijdrage vanuit Nederland valt te leveren aan de ontwikkeling van het Chinese civiele recht, moet nog op een belangrijk aspect van dat recht gewezen worden. Zulks betreft het feit dat waar het Nederlandse civiele recht

van huis uit veelal werkt met één begrip vennootschap,⁵ overeenkomst en eigendom, het Chinese recht direct verschillende varianten van die respectieve kernbegrippen van het burgerlijk recht onderscheidt. Zo kent men verschillende soorten vennootschappen al naar gelang ze eigendom zijn van de staat of van een collectief dan wel een joint-venture zijn waarin buitenlandse ondernemingen participeren dan wel voor de situatie dat een buitenlandse onderneming een vestiging heeft in China. Eveneens kent men verschillende vormen van contractenrecht al naar gelang de bij de overeenkomst betrokken partijen. Zo is er een verschillend wettelijk regime voor bijvoorbeeld overeenkomsten tussen rechtspersonen dan wel tussen natuurlijke personen of voor het geval van overeenkomsten met buitenlandse ondernemingen. Tenslotte wordt naar ons idee zelfs het eigendomsrecht onderscheiden al naar gelang de zaken die het tot object heeft. Het verschilt met name wat betreft roerende respectievelijk onroerende zaken. Zo kan grond slechts eigendom zijn van de staat of een collectiviteit, doch kunnen roerende zaken privé-eigendom zijn van de burger.

3. EEN NEDERLANDSE BIJDRAGE AAN HET CHINESE CIVIELE RECHT?

A. Contractenrecht

Zoals reeds naar voren kwam bevindt China zich nog steeds in een overgangsfase, met name in economisch opzicht. Hoewel het land nog talloze kenmerken heeft van een geleide economie merkt men daarvan in het dagelijkse leven niet veel. Overal bloeit de straathandel en inmiddels zijn er ook tal van grote(re) ondernemingen die niet door de overheid geleid worden. Kortom, er heeft zich in de praktijk een belangrijke vrije markteconomie gevormd. Wat is nu de rol die het civiele recht hierbij speelt?

Het zal duidelijk zijn dat in een vrije markteconomie de rol van het contractenrecht cruciaal is. Immers, de vrije markt leeft bij de gratie van handelstransacties, d.w.z. het in grote aantallen sluiten van allerlei soorten overeenkomsten zoals koopovereenkomsten, lastge-

5. Eerst ten gevolge van de eerste richtlijn op het gebied van het vennootschapsrecht is in Nederland in 1971 een tweede vennootschapsvorm, te weten de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ingevoerd die overigens sterk lijkt op de naamloze vennootschap.

vingen en arbeidsovereenkomsten. Het beginsel van de contractsvrijheid speelt daarbij een grote rol. Immers, dit beginsel in het overeenkomstenrecht zorgt er bij uitstek voor dat de burger tot maximale zelfontplooiing in staat is.

Een eerste probleem in dit verband is natuurlijk dat de contractsvrijheid in China beperkt is. Zo kan niet vrijelijk over de eigendom van grond worden gecontracteerd, omdat deze slechts eigendom van de staat kan zijn dan wel van een collectief. Afgezien van deze problematiek die sterk politiek is bepaald en slechts door principiële politieke keuzes kan worden opgelost, bestaat in China het probleem van de verschillende vormen van contractenrecht al naar gelang de partijen — bijvoorbeeld rechtspersonen dan wel natuurlijke personen — die daarbij betrokken zijn. Men is er nu dan ook druk bezig om tot een uniformering van het contractenrecht te komen.

Bij deze hercodificatie van het overeenkomstenrecht die van groot belang is voor de economische ontwikkeling zou Nederland een zekere voorbeeldfunctie kunnen vervullen. Wij kennen immers één uniform rechtshandelingen-/overeenkomstenrecht, dat echter op een aantal punten sedert 1992 expliciet rekening houdt met de mogelijkerwijs verschillende hoedanigheden van partijen. Zo valt bijvoorbeeld te wijzen op de algemene voorwaardenregeling in afdeling 6.5.3 BW, met name in de artikelen 6:236 en 6:237, de regeling van de consumentenkoop in titel 7.1 BW en de verschillende behandeling van huurders voor de regeling van het huurbeding in art. 3:264 BW al naar gelang het huurders van woon- dan wel bedrijfsruimte betreft. Nu in onze nieuwe codificatie rekening wordt gehouden met de verschillende hoedanigheden van partijen, terwijl toch van één rechtshandelingenrecht c.q. overeenkomstenrecht sprake is, kan dit mogelijkerwijs een voorbeeldfunctie voor China vervullen.

Wat betreft het aspect dat een overeenkomst niet in strijd mag zijn met dwingende regels van geschreven en ongeschreven recht,⁶ op straffe van ongeldigheid van de overeenkomst, zal Nederland mijns inziens nauwelijks enige inbreng kunnen hebben. De grenzen die langs deze weg aan het beginsel van de contractsvrijheid worden gesteld zijn sterk nationaal bepaald. Dit geldt temeer voor een land als China dat een vergelegen land is met een — in ieder geval in naam — communistisch regime wortelend in een geheel eigen oosterse cultuur.

6. Zie art. 3:40 BW.

Een ander aspect van het Chinese contractenrecht is gelegen in het feit dat men er op sommige punten naar ons idee nogal eens starre opvattingen heeft. Zo blijkt het adagium dat een overeenkomst uitsluitend geldt tussen de twee betrokken partijen in China nog volop van kracht te zijn.⁷ Een verschijnsel zoals derdenwerking van contractuele bepalingen roept dan ook regelrechte emoties op en wordt met kracht van de hand gewezen.

Een laatste punt dat in dit verband de aandacht vraagt is de uitvoeringsfase van de overeenkomst. Afgezien van het feit dat ook dit deel van het Chinese contractenrecht dient te worden geüniformeerd en gesystematiseerd en de Nederlandse regeling op dit gebied een zekere voorbeeldfunctie kan vervullen, lijkt in China het probleem te bestaan dat een gesloten overeenkomst uiteindelijk — naar onze begrippen — tot zeer magere rechtsgevolgen kan leiden. In de eerste plaats blijkt dat het vragen van nakoming dan wel vervangende schadevergoeding bij de rechter niet goed van de grond komt, omdat de rechterlijke instanties niet zo functioneren als zou moeten. Daarmee doel ik niet zozeer op mogelijke corruptie of andere van dergelijke tekortkomingen in de rechterlijke macht, als wel op het feit dat China geen lange traditie heeft op het gebied van de rechtspleging op het gebied van het civiele recht en de kennis van het continu in staat van verandering verkerende veelvormige contractenrecht vaak tekortschiet. Daarnaast kent men in China vanouds niet de cultuur dat civiele rechtsvorderingen via een gang naar de rechter worden afgedwongen. In de Chinese cultuur is het eerder gebruikelijk andere wegen te volgen dan een gang naar de rechter. Een klein voorbeeld moge dit verduidelijken. Wanneer iemand aan een ander iets schuldig is in China en hij betaalt niet, is het niet ongebruikelijk dat die ander zich tot de chef van zijn wederpartij wendt en aldus langs indirecte weg tracht te verkrijgen wat hem rechtens toekomt.

Men ziet mijns inziens ook iets van deze problematiek terug in de alsmaar wijzigende opzet van de Chinese faillissementswet. Immers, contractuele vorderingen tot nakoming casu quo schadevergoeding zullen juist in een faillissementssituatie moeten tonen wat ze waard

7. Men vergelijkte in dit verband de tekst van art. 1376 lid 1 BW (oud) luidende: Overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen. Overigens is ook onder het oude recht reeds de mogelijkheid van zogenaamde derdenwerking van contractuele bedingen door de Hoge Raad aanvaard. Zie bijv. HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 (Gegaste uien).

zijn. Dat dit in ons systeem als concurrente vordering doorgaans niet veel om het lijf heeft, laat onverlet dat de juridische status van de vordering en haar — lage — rang helder zijn afgebakend. In China daarentegen blijkt nu juist in een faillissementssituatie dat de juridische dogmatiek van het civiele recht alsmede van het contractenrecht nog onvolgroeid is. Veelal is de positie van individuele crediteuren onduidelijk en bovendien laat het huidige Chinese systeem, waarbij met name bij grote bedrijven de overheidsinvloed nog heel groot is, faillissementen de facto nauwelijks toe. In een dergelijke situatie heeft men als crediteur weliswaar een vorderingsrecht, doch nakoming of schadevergoeding kan men er in feite niet of nauwelijks mee verkrijgen, terwijl aan de faillissementssituatie ook geen duidelijk einde verbonden is.

B. Goederenrecht

De leek op het gebied van het Chinese recht kan zich waarschijnlijk nauwelijks iets voorstellen bij het Chinese goederenrecht. China is immers een volksrepubliek gebaseerd op de marxistisch-socialistische beginselen waarbij het eigendomsrecht niet erkend wordt, omdat 'alles van allen' zou zijn. Deze opvatting blijkt op een misverstand te berusten. Privé-eigendom wordt in China wel degelijk erkend. Hoofdstuk V van de General Principles definieert het eigendomsrecht als het recht om: een goed rechtmatig te bezitten, te gebruiken, de vruchten er van te trekken en er over te beschikken. Vervolgens worden in de General Principles drie vormen van eigendom onderscheiden. In de eerste plaats kent men goederen die eigendom zijn van het gehele volk, met andere woorden: staatseigendom.⁸ In de tweede plaats bestaat er zogenaamd collectieve eigendom, d.w.z. goederen die toebehoren aan de collectieve organisaties van de werkende klasse.⁹ Tenslotte kent men er persoonlijke eigendom van de burger.¹⁰

Grond en delfstoffen zijn steeds staatseigendom dan wel collectief eigendom. Daarentegen zijn roerende zaken zoals inboedelgoederen, voorwerpen van kunst en boeken maar ook andere zaken zoals bomen en huizen in beginsel privé eigendom. Dit laatste brengt ons bij een

8. Zie art. 73 van de General Principles.

9. Zie art. 74 van de General Principles.

10. Zie art. 75 van de General Principles.

belangrijk verschil tussen het Chinese en Nederlandse goederenrecht, te weten het ontbreken in China van de regel: *superficies solo cedit*. Mitsdien worden gebouwen en beplantingen niet nagetrokken door de grond. Er geldt een regel van horizontale splitsing die meebrengt dat een burger eigendom kan hebben van gebouwen en beplantingen, terwijl de grond zelf steeds staatseigendom is dan wel collectief eigendom. Dit is niet zo vreemd in een stelsel dat er principieel voor gekozen heeft de grond zelf in overheidshanden te houden, doch tegelijkertijd een voorspoedige economische ontwikkeling nastreeft. Zo kan de ondernemende burger immers letterlijk en figuurlijk de vruchten plukken van door hem gedane investeringen in behuizingen en beplantingen.

Een tweede opmerkelijk punt in het Chinese goederenrecht betreft de overdracht van goederen. In dit belangrijke deelonderwerp speelt in China de discussie over de wenselijkheid van een abstract of causaal stelsel van overdracht. Vooralsnog heeft men er voor een causaal stelsel gekozen. Op dit punt bestaat er mitsdien overeenstemming met het Nederlandse goederenrechtelijk regime. Zeer verbaasd is men er echter over het feit dat Nederland daarnaast de zakelijke of goederenrechtelijke overeenkomst kent. In China wordt dit element van onze levering niet begrepen. Immers, een goederenrechtelijke overeenkomst heeft men nodig om aan al te onrechtvaardige consequenties van het abstracte stelsel te ontkomen. In een abstract stelsel is nu eenmaal de levering van de onderliggende rechtsverhouding, ofwel de titel, geabstraheerd. Kortom een wilsgebrek in de titel, bijvoorbeeld dwaling, of een rechtsgrond die op andere gronden nietig dan wel vernietigbaar is, beïnvloedt de geldigheid van de levering dan niet. Op die wijze zal ondanks een ongeldige titel toch de eigendom kunnen worden overgedragen. Om aan deze veelal onrechtvaardige consequentie te ontkomen heeft men de levering zelf als meerzijdige rechtshandeling — ‘de zakelijke overeenkomst’ — geconstrueerd, opdat ook deze rechtshandeling dan op dezelfde gronden als de titel nietig of vernietigbaar zal zijn en daarmee de overdracht ongeldig zal zijn. In een causaal stelsel van overdracht speelt deze problematiek echter niet, omdat een gebrekkige titel rechtstreeks de geldigheid van de levering raakt en daarmee tevens de overdracht ongeldig doet zijn. Een figuur zoals de goederenrechtelij-

ke overeenkomst heeft men in een causaal stelsel dan ook niet nodig.¹¹

Tenslotte is een opmerkelijk punt op de grens van het Chinese goederen- en rechtspersonenrecht de scheiding tussen eigendom en bestuur in het rechtspersonenrecht. De grote ondernemingen zijn eigendom van de staat doch het bestuur van de onderneming kan los daarvan staan. Deze regeling is ontworpen om de grotere ondernemingen meer autonomie te verlenen. De leiding van de onderneming is dan min of meer onafhankelijk van de overheid die eigenaar is van de productiemiddelen. Aldus zou de leiding flexibeler moeten worden en meer op grond van economische overwegingen dienen te opereren dan op grond van ambtelijke aanwijzingen afkomstig van de overheidsdepartementen. In de praktijk blijkt een en ander echter nogal wat problemen te geven. Een verdere aanpassing van de rechtsregels op dit grensgebied van goederenrecht en rechtspersonenrecht in China ligt dan ook in het verschiet.

C. Notariaat

Hoewel China voor en direct na de oorlog naar het schijnt een bescheiden notariaat heeft gekend dat na de keizertijd vorm had gekregen,¹² moest het notariaat na de culturele revolutie aan het eind van de jaren zeventig min of meer opnieuw vorm krijgen. Voor een land met meer dan één miljard inwoners is dit een enorme opgave. En hoewel China thans 10.000 à 15.000 notarissen kent, is het notariaat niet overal in het land vertegenwoordigd. Ook in China ziet men dat het notariaat de hoofdkenmerken heeft van het zogenaamde Latijnse notariaat. Dit wil zeggen dat de notaris een onafhankelijke functionaris is die een ambt uitoefent en dat aan zijn akten bijzondere bewijskracht (authenticiteit) toekomt. Er zijn echter ook forse verschillen met het Europese notariaat te onderkennen. Twee van die verschillen zijn bijvoorbeeld dat het notariaat in China in sterke mate onder toezicht staat van het Ministerie van Justitie en voorts dat de Chinese notaris het origineel van akten uitgeeft aan partijen, terwijl hij zelf een afschrift van de akte bewaart. Elders in de landen van het Latijnse notariaat (bijvoorbeeld in Nederland) is dat laatste andersom. De

11. Zie veel uitvoeriger over deze problematiek: W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming*, Oratie Leiden 1997, met name blz. 6 e.v.

12. Zie Du Xichuan en Zhang Lingyan, *China's legal system, a general survey*, Beijing China 1996, blz. 170 e.v.

notaris houdt het origineel van de akte onder zich en geeft daarvan een afschrift uit aan partijen. Ook de rechtsgebieden waarop de notaris actief is laten verschillen zien met Nederland. Zo geeft de notaris authentieke documenten af van geboorte, huwelijk en overlijden, omdat gemeentelijke registers veelal ontbreken. Daarnaast zijn er weinig rechtshandelingen vast te leggen ten aanzien van onroerende zaken, omdat deze steeds staatseigendom zijn. In sommige regio's komt echter vruchtgebruik of erfpacht voor. Evenals in Nederland maakt de Chinese notaris testamenten op en sommige (economische) contracten. Het rechtspersonenrecht is daarentegen grotendeels het werkterrein van advocaten.

De opleiding van de Chinese notarissen laat nogal eens te wensen over. Derhalve worden er in het land op een aantal plaatsen aanvullende cursussen op tal van deelgebieden van het recht gegeven. In dit verband heeft ook de Chinese notaris baat bij een helder en goed gestructureerd verbintenissen- en goederenrecht en zou bijvoorbeeld een uniformering van het contractenrecht zonder meer gewenst zijn. Daarnaast lijkt in de toekomst nadere regelgeving op het gebied van het notarisambt zelf noodzakelijk.

China is geïnteresseerd in een aansluiting bij de Union Internationale du Notariat Latin. Om die aansluiting te verkrijgen en te voldoen aan internationale standaardnormen die binnen de Union gelden voor notariële akten is een verdere regulering van het notariaat in China noodzakelijk. Ook in China onderkent men dat een goed functionerend notariaat van groot belang is voor de economische ontwikkeling van het land. Een deskundig notariaat dat voor de nodige rechtszekerheid kan zorgen is uiterst belangrijk bij het aantrekken van internationale investeringen. Men denke in dit verband aan de rol die het notariaat speelt bij het opzetten van openbare registers die gevoerd worden met notariële akten zoals erfpachtsakten of hypotheekakten. Dat er in dit verband nog veel te doen is in 'het rijk van het midden' moge duidelijk zijn.

4. BELANG VAN EEN BIJDRAGE

Gezien het thema van deze bundel, zou men de vraag kunnen stellen naar het belang van de 'export van civiel recht' naar China. Alvorens die vraag te beantwoorden dient er hier op te worden gewezen dat er op dit moment geen sprake is van zoiets als export van ons nieuwe Burgerlijk Wetboek naar China. Anders dan in enige Oost-Europese

landen is men thans niet bezig met het opzetten van een nieuw Burgerlijk Wetboek naar westers model. Men beperkt zich voornamelijk tot het vernieuwen van een bepaald gedeelte van de civielrechtelijke regelgeving, bijvoorbeeld op het gebied van het contractenrecht. Een min of meer volledig burgerlijk wetboek dat een systematische behandeling van het gehele civiele recht bevat, kent men er niet behoudens de summierere regeling van de General Principles. Naast het feit dat China niet op korte termijn streeft naar één integrale codificatie van het burgerlijk recht, verschilt de situatie ook in die zin van Oost-Europa dat China nog steeds een niet-democratische volksrepubliek is en in cultureel opzicht veel verder van ons afstaat. Dit alles brengt met zich mee dat de zin van een Nederlandse inbreng bij het verder ontwikkelen van een behoorlijk civielrechtelijk systeem in China anders is dan deze bijvoorbeeld in Rusland geweest is.¹³ Het gaat in China niet zozeer om de hulp bij het redigeren van een nieuw wetboek als wel om in meer algemene zin te laten zien hoe een hoogontwikkeld civielrechtelijk systeem er uit kan zien en tevens aan te tonen dat, afhankelijk van de concrete situatie in een land, daarbij bepaalde keuzes moet worden gemaakt met alle gevolgen van dien. Ik noem in dit verband bijvoorbeeld de principiële keuze van China voor staatseigendom dan wel collectief eigendom van de grond, hetgeen impliceert dat men geen superficiesregel kent in het zakenrecht. Dit laatste leidt er wat betreft het hypotheekrecht toe dat dit slechts op gebouwen — zo men wil: 'opstalrechten' — kan rusten.

Het belang van zo'n Nederlandse bijdrage aan de civielrechtelijke rechtsontwikkeling in China is tenminste tweërlei. In de eerste plaats levert men aldus door het bevorderen van de rechtszekerheid en de redelijkheid van rechtsverhoudingen tussen partijen een bijdrage aan de stabiliteit in het land en daarmee aan haar economische ontwikkeling. Het belang hiervan kan in een land met meer dan een miljard mensen dat de laatste eeuw een duizelingwekkend ontwikkelings tempo heeft gekend met tal van gevaarlijke dieptepunten daarbij zoals de periode van de culturele revolutie, nauwelijks worden onderschat. In de tweede plaats komt er aldus een uitwisseling tot stand tussen twee landen met een heel verschillende culturele en historische achtergrond en daarmee samenhangende rechtsontwikkeling. Deze uitwisseling

13. Zie over dit laatste: F.J.M. Feldbrugge, Het nieuwe Burgerlijk Wetboek van de Russische Federatie, R.M. Themis 1997, p. 43 e.v. en met name p. 50 e.v.

kan voor beide partijen vruchtbaar zijn in die zin dat men meer begrip kan kweken voor elkaars standpunten. Voorts zal men door met een ander civielrechtelijk rechtssysteem kennis te maken, het eigen rechtssysteem met een meer kritische en onbevangen blik kunnen benaderen. Kortom, zo'n rechtsvergelijkende benadering zal — zoals vaker het geval is — haar bevrijdende werking kunnen doen gelden.

5. BESLUIT

De invloed van ons nieuwe Burgerlijk Wetboek op het Chinese burgerlijk recht moet zeker niet worden overschat. Ons land kan echter een van de mogelijke inspiratiebronnen vormen voor de Chinezen om hun civielrechtelijke systeem verder uit te bouwen en te systematiseren. Anders dan in de Oost-Europese landen ligt een codificatie van min of meer het gehele burgerlijk recht in één wetboek in China de komende tijd niet in het verschiet. Het zal vooralsnog blijven bij aanpassingen van regelgeving op bepaalde civielrechtelijke deelgebieden zoals het contractenrecht. Het feit dat China voorts in cultureel opzicht ver van ons afstaat alsmede het feit dat het land een niet-democratische volksrepubliek is, zal er mijns inziens toe leiden dat de invloed van het Europese civiele recht er waarschijnlijk geringer zal zijn dan in de Oost-Europese landen.

Nederlandse invloed op het nieuwe Russische BW

W.A. Timmermans*

INLEIDING

De titel die mij werd gesuggereerd door de redactie van het BW-krant jaarboek, 'Export van het nieuwe BW naar Rusland' leek mij niet geheel op zijn plaats, aangezien niet goed is vol te houden dat het nieuwe Russische BW¹ een Nederlands exportartikel zou zijn, in de zin dat het Nederlandse BW integraal zou zijn overgenomen. Vandaar dat ik de titel heb gewijzigd in 'Nederlandse invloed op het nieuwe Russische BW', aangezien van Nederlandse invloed op het nieuwe Russische BW zeer zeker sprake is. Anderzijds bevat het nieuwe Russische BW zoveel idiosyncratische elementen, dat toch van een typisch Russisch product gesproken moet worden.

Onderstaand zal onderzocht worden hoe de Nederlandse invloed tot stand is gekomen en op welke concrete punten deze invloed zich manifesteert. Vooraf zal aandacht besteed worden aan de geschiedenis van het Russische burgerlijk recht, met inbegrip van de codificatiegeschiedenis van het nieuwe BW; de structuur van het nieuwe Russische BW. Tenslotte zullen enkele conclusies worden getrokken.

GESCHIEDENIS VAN HET RUSSISCHE BURGERLIJK RECHT

In de eerste helft van de 19e eeuw vond een systematische codificatie van het gehele Russische positieve recht plaats. Het werk dat uiteindelijk resulteerde in de opstelling van de *Svod zakonov Rossijskoj Imperii*² (Verzameling wetten van het Russische Keizerrijk) stond

* Mr. W.A. Timmermans is als universitair docent verbonden aan de Vakgroep Oosteuropese recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Zie voor een Engelse vertaling van deel I van het nieuwe Russische BW: Review of Central and East European Law Vol. 21 (1995), Nos. 3-4.
2. De transcriptie die hier gebruikt wordt is een aangepaste Nederlandse transcrip-

onder leiding van de vooraanstaande Russische jurist Michail M. Speranskij. De codificatie werd afgerond in 1832 en werd van kracht in 1835. De *Svod zakonov* besloeg 15 omvangrijke delen, waarvan deel 10 aan het burgerlijk recht was gewijd en verschillende regelingen op het gebied van het burgerlijk recht bevatte.

Vanaf 1882 werd gewerkt aan de opstelling van een ontwerp Burgerlijk Wetboek. In 1899 werd een eerste ontwerp van boek V, Verbintenissenrecht, gepubliceerd. Het gehele ontwerp werd gepubliceerd in 1905. De voornaamste Russische rechtsbronnen van dit ontwerp zijn deel 10 van de *Svod zakonov* en de Russische jurisprudentie. De belangrijkste buitenlandse rechtsbronnen zijn het Duitse *Bürgerliches Gezetzbuch* van 1900, alsmede de BW's van Oostenrijk, Zwitserland, Polen, Saksen, Frankrijk, Pruisen, en de Baltische staten.³ In 1915 werd het ontwerp voorgelegd aan het Russische parlement, de Doema, maar als gevolg van de Oktoberrevolutie van 1917 heeft het ontwerp nimmer de status van wet gekregen.

Het eerste Russische BW was dat van 1922. Dit wetboek poogde vrije marktbeginselen te combineren met socialistische principes. In het kader van de Russische nieuwe economische politiek (NEP) werd het particulier ondernemerschap weer voorzichtig toegelaten en daarvoor was uiteraard een wettelijke grondslag noodzakelijk. Naast deze bepalingen werden echter eveneens bepalingen ingevoerd die staatseigendom een grotere mate van protectie boden dan privé-eigendom, alsmede bepalingen die de sanctie van nietigheid verbonden aan rechtshandelingen verricht in strijd met hun sociaal-economische doeleinden. Het Russische BW diende tevens als model voor de BW's van de andere republieken die tezamen de Sovjetunie vormden.

In 1961 werden de Grondslagen van burgerlijke wetgeving van de USSR aangenomen, op basis waarvan in 1964 de 15 Unierepublieken een eigen BW aannamen. Deze afzonderlijke BW's vertoonden onderling weinig verschillen. Het socialistische karakter van deze BW's was veel pregnanter dan dat van hun voorganger uit 1922. Socialistische eigendom (staats- en collectieve eigendom) kreeg een

9
tie, waarbij met het oog op de leesbaarheid de Russische 'e' door een 'e' wordt weergegeven in plaats van 'je'.

3. De uitgave van het ontwerp van 1910 onder redactie van I.M. Tjoetrioemov is voorzien van aantekeningen van de redactiecommissie; deze aantekeningen geven de bron aan van iedere bepaling.

allesoverheersende status. Privé-eigendom werd teruggedrongen tot de sfeer van zaken bestemd voor louter persoonlijk gebruik. Voorts waren nieuwe categorieën overeenkomsten opgenomen in het bijzonder deel die uitsluitend van toepassing waren tussen organisaties. Contractsvrijheid werd ondergeschikt gemaakt aan het economisch plan. Het plan schreef voor welke partijen op welke voorwaarden een overeenkomst dienden te sluiten.

Na het aantreden van Gorbatsjov in 1985 werden voorzichtige economische hervormingen (*perestrojka*) ingezet, die voor het eerst in 1987 vorm kregen in de mogelijkheid voor buitenlandse ondernemingen joint ventures aan te gaan met Sovjetstaatsondernemingen. Weliswaar aanvankelijk met een meerderheidsaandeel voor Sovjetzijde, maar later werd zelfs volledig buitenlandse deelneming toegestaan. Andere uitingen van economische liberalisering waren de mogelijkheden individuele dan wel coöperatieve arbeidsactiviteit te ontplooiën (Wet op het eenmansbedrijf van 1987; wet op de coöperaties van 1988). Ook werden de huurmogelijkheden (leasing — *arenda*) verruimd. De autonomie van de staatsondernemingen werd vergroot (Wet op de staatsonderneming van 1987). In 1990 werden twee nieuwe wetten aanvaard die een verdere verruiming van de privé-eigendom mogelijk maakten: de wet op de eigendom en de wet op de ondernemingen. Tenslotte werd in 1991 privatisering van staatsondernemingen geregeld.

In 1991 waren inmiddels nieuwe Grondslagen van burgerlijke wetgeving van de USSR opgesteld en aanvaard door de Opperste Sovjet. Deze nieuwe Grondslagen incorporeerden de hervormingswetten van de *perestrojka* periode zonder evenwel het socialistische karakter van het burgerlijk recht aan te tasten. De Grondslagen, die als basis zouden dienen voor de nieuw op te stellen BW's van de 15 Unierepublieken, zouden op 1 januari 1992 van kracht worden. In december 1991 viel — mede als gevolg van de mislukte coup van augustus 1991 — de USSR uiteen. Dit was in zoverre een compliceerende factor voor de ontwikkeling van het Russische burgerlijk recht dat het Verdrag van Minsk, waarbij de USSR werd opgeheven en het GOS opgericht, onder meer bepaalde dat op het grondgebied van de aangesloten staten⁴ het recht van de USSR niet langer van toepassing

4. Aanvankelijk alleen Rusland, Wit-Rusland en Oekraïne; later uitgebreid met alle overige ex-USSR republieken met uitzondering van de drie Baltische staten Estland, Letland en Litouwen.

zou zijn. Bij afzonderlijk decreet van de Russische Opperste Sovjet van 3 maart 1993 is evenwel bepaald dat tot de invoering van een nieuw Russisch BW naast het oude RSFSR BW van 1964 eveneens de USSR Grondslagen van 1991 van toepassing zouden zijn.

STRUCTUUR VAN DE RUSSISCHE C.Q. SOVJET BW'S

Zowel het ontwerp van 1905, alsmede de BW's van 1922 en 1964 en ook het nieuwe BW zijn volgens het pandectensysteem gestructureerd:

BW 1905	BW 1922	BW 1964	USSR Beginselen 1991	RF BW 1995
Boek I: Algemene bepalingen	Algemeen deel	Deel I: Algemene beginselen	Deel I: Algemene bepalingen	Deel I: Algemene bepalingen
Boek II: Familierecht	Zakenrecht	Deel II: Vermogensrecht	Deel II: Zakenrecht	Deel II: Eigendomsrecht en andere zake-lijke rechten
Boek III: Vermogensrecht	Verbintenissenrecht	Deel III: Verbintenissenrecht	Deel III: Verbintenissenrecht	Deel III: Algemeen deel verbintenissenrecht
Boek IV: Erfrecht	Erfrecht	Deel IV: Auteursrecht	Deel IV: Auteursrecht	Deel IV: Afzonderlijke soorten verbintenissen
Boek V: Verbintenissenrecht		Deel V: Recht op ontdekkingen	Deel V: Recht op uitvindingen en andere resultaten van creativiteit aangewend in productie	Deel V: Erfrecht (nog niet aangenomen)
		Deel VI: Uitvindingen	Deel VI: Erfrecht	Deel VI: Intellectuele eigendom (nog niet aangenomen)
		Deel VII: Erfrecht	Deel VII: IPR	Deel VII: IPR (nog niet aangenomen)
		Deel VIII: IPR		

CODIFICATIE VAN HET NIEUWE RUSSISCHE BW

In tegenstelling tot wat in Midden-Europa is geschied, heeft men in Rusland en de overige GOS-landen gekozen voor de opstelling van een geheel nieuw BW. Reden daarvoor is dat men in Hongarije, Tsjechoë en Polen minder lang onder het communisme heeft gezocht dan de Russen. Daardoor bestond er nog binding met het pre-socialistische rechtssysteem. Bovendien waren niet alle reminiscenties aan vooroorlogse systeem verdwenen. Er was nog een generatie juristen beschikbaar die opgeleid was tijdens het interbellum. Daardoor heeft men in Centraal Europa er vooralsnog voor gekozen het bestaande burgerlijk recht aan te passen vooruitlopend op een nieuwe codificatie op langere termijn. In Polen overigens is begin 1997 een commissie geïnstalleerd die belast is met de opstelling van een nieuw BW. Bovendien speelt bij deze landen de toekomstige toetreding tot de Europese Unie een belangrijke rol. Consequentie daarvan is immers dat hun wetgeving aangepast dient te worden aan EU-regelgeving met betrekking tot de gemeenschappelijke markt.

Ten aanzien van de Baltische republieken geldt dat men ofwel een nieuw BW heeft ingevoerd (Estland, gebaseerd op het ontwerp van 1940 en naar Duits model aangepast), dan wel het oude BW opnieuw heeft ingevoerd (Letland — BW uit 1937), of het bestaande (Sovjet BW uit 1964) heeft aangepast (Litouwen, ofschoon Litouwen inmiddels een ontwerp nieuw BW heeft gepubliceerd).

In Rusland heeft men zoals duidelijke moge zijn geopteerd voor de opstelling van een geheel nieuw BW om aldus alle banden met het socialistische karakter van zijn voorgangers te verbreken. Overigens bevat het nieuwe BW nog verschillende socialistische relictten, zoals bijvoorbeeld het concept van de ‘unitaire staatsonderneming’ met het daarbij behorende ‘economische bestuur’ en de organisatie met het daarbij behorende concept van ‘operationeel bestuur’.

In 1991 werd een eerste ontwerp voor een nieuw Russisch BW gepubliceerd dat uitging van de USSR Grondslagen van burgerlijke wetgeving van 1991. Na het uiteenvallen van de USSR en de expliciete omarming van de beginselen van een markteconomie begon het team dat het eerste ontwerp had geschreven⁵ direct aan een grondige

5. Overigens was het wetgevingsteam ook verantwoordelijk voor de USSR Wet op de eigendom (1990); de RSFSR Wet op de eigendom in de RSFSR (1990); en andere economische wetten; zie O.Iu. Sjilochvost, ‘Razrabotka I prinjatije tsjasti

herziening van voornoemd ontwerp.⁶ In juni 1993 heeft een eerste consultatie met Nederlandse specialisten plaatsgevonden in Moskou over een eventuele samenwerking tussen Russische en Nederlandse specialisten. In augustus van datzelfde jaar vond een conferentie plaats in Leiden over het onderwerp 'The Revival of Private Law in Central and Eastern Europe'.⁷ Russische civilisten, onder wie zich leden van het wetgevingsteam voor het nieuwe BW bevonden, vormden een belangrijke buitenlandse delegatie. Met hen werden afspraken voor verdere samenwerking gemaakt die resulteerden in een eerste gezamenlijke sessie te Leiden in oktober 1993. Vele sessies zijn daarna nog gevolgd in verschillende samenstelling afhankelijk van het onderwerp. In oktober 1994 is deel I van het nieuwe Russische BW aanvaard door de Staatsdoema (te vergelijken met onze Tweede Kamer) en daarmee na presidentiële ondertekening⁸ tot wet geworden. Per 1 januari 1995 is deel I van het nieuwe Russische BW van kracht geworden.

De gezamenlijke sessies werden inmiddels van Russisch-Nederlands samenstelling verbreed tot soortgelijke sessies met Duitse en Amerikaanse juristen. De aanpak van de Nederlandse juristen verschilde evenwel aanmerkelijk met die van hun Amerikaanse en Duitse collega's. Waar de laatsten vooral poogden hun eigen wettelijke oplossingen aan de Russen op te leggen, zijn Nederlandse juristen immer uitgegaan van de Russische behoeften. Voor concrete vragen werd in de meeste gevallen een overzicht gegeven van mogelijke oplossingen die in de verschillende Europese BW's worden gegeven. De keuze voor een uiteindelijke variant werd alsdan aan de Russen

второй гражданский кодекс», *Гражданский Кодекс Российской Федерации. Тщательная работа*. Москва 1996, 604.

6. Zie voor een uitvoerige beschrijving van het codificatieproces van het nieuwe Russische BW: F.J.M. Feldbrugge, 'Het nieuwe Burgerlijk Wetboek van de Russische Federatie', *RM Themis* 1997 No. 2, 43-53.
7. De papers van deze conferentie zijn gepubliceerd in een bundel onder dezelfde titel: *Essays in Honor of F.J.M. Feldbrugge*, George Ginsburgs, ed., *Law in Eastern Europe* No. 46, The Hague/London/Boston 1996.
8. De normale procedure schrijft ook aanvaarding door de Federatieraad (1e Kamer) voor binnen een termijn van veertien dagen nadat het aanvaarde wetsontwerp is ingediend bij de Federatieraad (dit moet binnen vijf dagen na goedkeuring door de Staatsdoema geschieden). Indien de Federatieraad deze termijn van twee weken laat verstrijken, wordt het wetsontwerp geacht te zijn aanvaard (zie Russische Grw art. 105, lid 4).

overgelaten. Op sommige punten heeft dat geleid tot een keuze voor de Nederlandse oplossing, op andere punten weer niet. De rol van de juristen van het Instituut voor Oost-Europees recht van de Leidse faculteit der rechtsgeleerdheid bestond hierin dat men de functie van *trait-d'union* vervulde tussen de Russische juristen enerzijds en hun Nederlandse collegae anderzijds om de vertaalslag te maken tussen beide rechtssystemen.

De werkwijze voor de gezamenlijke sessies verliep doorgaans als volgt: wanneer het Russische BW team weer een deel van het ontwerp afgerond had, werd dit toegezonden aan het Instituut voor Oost-Europees recht dat voor een vertaling in het Nederlands zorgde. Tevens stelden de Russen een lijst op met onderwerpen of specifieke vragen met betrekking tot kwesties waarvoor zij graag nadere explicatie wilden. Deze onderwerpen en/of vragen werden toebedeeld aan verschillende experts die ingeschakeld werden in het kader van de consultaties. Een voorbeeld van een dergelijke lijst zijn de onderstaande onderwerpen en/of vragen met betrekking tot een aantal bijzondere overeenkomsten:

1. Kan een veiling gerangschikt worden onder het begrip koopovereenkomst?
2. Bijzonderheden van een koopovereenkomst (koopovereenkomsten; koop van ondernemingen en instellingen).
3. Hoe moet civielrechtelijke aansprakelijkheid van de verkoper voor gebreken in de verkochte zaak worden vastgesteld?
4. Wat is de ratio van de afzondering van de levering uit het algemene begrip koop-verkoop?
5. Waaruit bestaan de bijzondere gevallen van ontbinding van een koopovereenkomst?
6. Waaruit bestaat het recht op revindicatie?
7. Volgens welke kenmerken kan contractering afgezonderd worden van de koop?
8. Is het noodzakelijk om in het BW bijzonderheden op te nemen met betrekking tot de koop op goederenbeurzen?
9. Begrippen en voorwerpen van het risico van een onderaannemer.
10. Worden in het Nederlandse BW de rechtsverhoudingen met betrekking tot factoring geregeld? In welk deel?
11. De franchising overeenkomst en haar plaats in het BW.
12. Welke is de verhouding tussen de normen van het BW ten

aanzien van de aannemingsovereenkomst en bijzondere regels ten aanzien van verschillende soorten aannemingsovereenkomsten?

13. Bewaargeving:

a) Welke systeem van bewaargeving van uniforme zaken is te preferen: vervangbare zaken moeten bewaard worden afgezonderd van soortgelijke zaken of mogen zij tezamen bewaard worden; wie blijft de eigenaar van vervangbare uniforme zaken die in bewaring zijn gegeven?

b) Is bij de overgang van het recht van eigendom op de bewaarner met betrekking tot vervangbare uniforme zaken de toepassing toelaatbaar van normen die de leenovereenkomst regelen?

c) Aan welk systeem valt gezien vanuit het goederenverkeer de voorkeur te geven: het systeem van een tweevoudig document (een bewaarnemingscertificaat en een warrant) of alleen een bewaarnemingscertificaat?

14. Lease

a) Bevat het Nederlandse BW beperkingen met betrekking tot de termijn van de lease-overeenkomst?

b) Hoe wordt in het Nederlandse BW de leasing-overeenkomst geregeld? Wordt ook financial leasing geregeld in het BW?

c) Bestaat in het BW ook een wettelijke basis voor voortijdige ontbinding van de lease-overeenkomst; zo ja, hoe luidt deze?

Uit bovenstaande voorbeelden moge duidelijk zijn dat Nederlandse invloed soms in het geheel onmogelijk is, gelet op het feit dat de rechtsfiguren met betrekking tot welke uitleg wordt gevraagd niet zijn geregeld in het Nederlandse BW (factoring, franchising, leasing). Andere vragen zijn dermate vanuit de Russische context gesteld dat beantwoording ook om die reden moeilijk is (zie bijvoorbeeld vraag 1). Een andere sectie van dezelfde vragenlijst bevatte bijvoorbeeld vragen met betrekking tot de lease van ondernemingen. Deze mogelijkheid werd in het kader van de economische hervormingen van Gorbatsjov geïntroduceerd als een vorm van privatisering. Werknemers kregen onder bepaalde omstandigheden het recht de staatsonderneming waarbij zij werkzaam waren te leasen. Het is duidelijk dat ook op dit gebied het Nederlands BW geen hulp kon bieden. Niettemin hebben Nederlandse experts een uiteenzetting gegeven over de onderscheiden vormen van leasing (operational en financial).

BRONNEN VAN HET NIEUWE RUSSISCHE BW

Uit het voorgaande — met name de paragraaf over de geschiedenis van het Russische BW — blijkt dat het Russische wetgevingsteam vooral geput heeft uit de rijke Russische traditie. Deze staat uiteraard niet los van haar continentaalrechtelijke context. Voor de totstandkoming van het nieuwe BW hebben uitvoerige consultaties plaatsgevonden met vele buitenlandse civilisten, waaronder Amerikanen, Duitsers, Fransen, Italianen, alsmede Nederlandse civilisten. De Nederlandse inbreng is door haar intensiteit, frequentie, en vooral door haar onverplichtend karakter — de Russen werd niets opgedrongen — het belangrijkste geweest voor de Russen, zo hebben de Russische civilisten meermalen verzekerd. Naast het Nederlandse BW als inspiratiebron — het Nederlandse BW is door juristen van het Instituut voor Oost-Europees recht in het Russisch vertaald⁹ — hebben de Russen zich eveneens laten leiden door het Duitse BGB, de Franse Code civil, de Italiaanse Codice civile, de US Uniform Commercial Code, en de nieuwe Code civil van Québec. Maar ook het internationale recht is belangrijke inspiratiebron geweest voor de Russen.¹⁰ Zo hebben de Russen geput uit diverse UNCITRAL documenten (Weense Koopverdrag van 1980; 1988 Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works), de Unidroit conventies met betrekking tot financial leasing en factoring, de Incoterms van de ICC, alsmede verschillende conventies op het gebied van het goederenvervoer.¹¹

9. Grazjdanskij Kodeks Niderlandov, Institut vostotsjno-evropejskogo prava i rossievedenija Lejdenskogo universiteta, Nederlandy 1996.
10. Zie S.A. Chochlov, 'Kontseptual'naja osnova tsjasti vtoroj grazjdanskogo kodeksa', *Grazjdanskij Kodeks Rossijskoj Federatsii. Tsjast' vtoraja. Tekst. Kommentarij. Alfavitno-predmetnyj ukazatel*, Moskva 1996, 224.
11. Het nieuwe Russische BW heeft slechts 17 artikelen met betrekking tot vervoer (784-800); het vervoer over de weg wordt nog door USSR regelgeving beheerst; hetzelfde geldt voor het zeevervoer dat geregeld wordt door het USSR Wetboek op de koopvaardij van 1968. Overigens wordt wel aan een nieuw wetboek gewerkt; ten aanzien van het vervoer door de lucht is sinds kort een nieuw Luchtvaartwetboek van kracht.

Raam-BW

Ten einde te voldoen aan de wens op korte termijn een nieuw BW in te voeren heeft het wetgevingsteam gekozen voor een soort raamwerk BW, die de meest noodzakelijke beginselen neerlegt met betrekking tot de belangrijkste rechtsfiguren. Aldus is nog veel implementatiewetgeving vereist. De eerste vier boeken noemen zo'n dertig implementatiewetten, die in de meeste gevallen nog moeten worden opgesteld. Voorbeelden van de belangrijkste wetten genoemd in de eerste drie boeken zijn (zonder volledigheid na te streven):

- art. 25: faillissement van een individuele ondernemer (faillissementswet; de huidige faillissementswet voorziet niet in het faillissement van een individuele ondernemer; er wordt evenwel aan de herziening gewerkt);¹²
- art. 47: wet op de akten van de burgerlijke stand;
- art. 51: wet op de staatsregistratie van rechtspersonen;
- art. 87: wet op de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid;
- art. 96: wet op de aandelenvennootschappen (is per 1 januari 1996 van kracht geworden);
- art. 107: wet op de productiecoöperaties;
- art. 113: wet op de staats- en gemeentelijke unitaire ondernemingen;
- art. 116: wet op de consumentencoöperaties;
- art. 117: wet op de maatschappelijke en religieuze organisaties;
- art. 118: wet op de stichtingen;
- art. 127: wet op de staatsimmunititeit en -eigendom;
- art. 131: wet op de registratie van rechten op onroerende zaken en rechtshandelingen met betrekking daartoe;
- art. 261: wet op de bodemschatten; wet op het gebruik van het luchtruim;
- art. 291: wet op de maatschappen van eigenaren van woonruimte;
- art. 334: wet op de hypotheek.¹³

12. In het kader van de parlementaire assemblee van het GOS (Gemenebest van Onafhankelijke Staten — de zeer losse statenbond waarbij de meeste ex-USSR republieken zijn aangesloten) wordt thans gewerkt aan de opstelling van een GOS-modelwet op het faillissement.

13. Ook dit onderwerp is object van modelwetgeving in het kader van de parlemen-

Eenheid van het burgerlijk recht

Bij de totstandkoming van het nieuwe Russische BW is uitvoerig gediscussieerd over de vraag of naast een nieuw BW een afzonderlijk economisch wetboek moest komen dan wel of het gehele burgerlijk recht in één wetboek zou moeten worden neergelegd. Deze discussie werd in feite gevoed door een richtingenstrijd die reeds onder het socialisme was ingezet. Rusland (i.c. de USSR) had een lange traditie van één BW, het heeft nimmer een wetboek van koophandel of een economisch wetboek gehad.¹⁴ In de jaren dertig ontstond de gedachte dat gelet op de ontwikkelingen met betrekking tot de planeconomie de invoering van een afzonderlijk economisch wetboek wenselijk zou zijn. Niettemin is het daarvan nooit gekomen.¹⁵ In 1993 heeft een concurrerende groep juristen werkzaam bij de juridische afdeling van het kabinet van de president met Amerikaanse steun pogingen in het werk gesteld een apart Handelswetboek op te stellen naar het voorbeeld van de US UCC, maar deze pogingen zijn gestuit op hardnekkig verzet van de wetgevingsjuristen van het Onderzoekscentrum voor Privaatrecht, dat belast was met de opstelling van het nieuwe BW.¹⁶ Een Moskouse advocaat van het Centre for Legal Expertise, Petr Barenboim, heeft in 1992-1993 een eigen ontwerp voor een Handelswetboek opgesteld en dat weten te slijten aan de president van de autonome republiek Kalmukkië (gelegen aan de noordzijde van de Kaspische Zee). Deze president, de autocratische Kirsan N. Iljoemzjinov, multi-miljonair en president van de FIDE, de internationale schaakfederatie, heeft het ontwerp doen invoeren in zijn republiek Kalmukkië. Het is onbekend of dit wetboek nog altijd van kracht is, aangezien volgens de Russische Grondwet van december 1993 burgerlijke wetgeving tot de exclusieve bevoegdheid van de federatie

taire assemblee van het GOS.

14. Andere socialistische landen met uitzondering van Tsjechoslowakije (CSSR) hadden overigens evenmin een Economisch Wetboek (vgl. CSSR Wet No. 109/1964); de CSSR had zelfs ook een afzonderlijk wetboek op de internationale handel (1963).
15. Zie voor een beschrijving van de discussie en de daarin gebruikte argumenten: M.I. Braginskii, 'The General Part of Civil Codification in Russia', *The Revival of Private Law in Central and Eastern Europe. Essays in Honor of F.J.M. Feldbrugge*, George Ginsburgs, ed., *Law in Eastern Europe* No. 46, The Hague/London/Boston 1996.
16. Zie F.J.M. Feldbrugge, *art. cit.*, 47.

behoort.¹⁷ Aldus zou uniformiteit — althans voor wat het burgerlijk recht betreft — op het gehele grondgebied van de Russische Federatie gewaarborgd moeten zijn.

Reikwijdte van het nieuwe BW

Waar het oude BW zich richtte op het regelen van de vermogensrechtelijke betrekkingen tussen staats-, coöperatieve en publieke organisaties onderling, tussen burgers en genoemde organisaties, alsmede tussen burgers onderling, heeft het nieuwe BW een veel ruimer toepassingsgebied:

‘Burgerlijke wetgeving bepaalt de rechtspositie van de deelnemers aan het burgerlijk verkeer, de grondslagen voor het ontstaan en de wijze van verwezenlijking van het recht van eigendom en andere zakelijke rechten, exclusieve rechten op de resultaten van intellectuele activiteit (intellectuele eigendom), zij [burgerlijke wetgeving] regelt contractuele en andere verbintenissen, alsmede andere vermogens en daarmee verbonden persoonlijke niet-vermogensverhoudingen, gebaseerd op gelijkheid, wilsautonomie en vermogensrechtelijke zelfstandigheid van de deelnemers daaraan’.¹⁸

Met name die hoofdstukken van het BW van 1964 die de socialistische geest ademen hebben het veld moeten ruimen (bijvoorbeeld de hoofdstukken die de staats- en collectieve eigendom regelden; de hoofdstukken, die bijzondere overeenkomsten als de ‘staatsaankoop van agrarische producten van staats- en collectieve boerderijen’ of ‘staatsverzekering’ regelden).

De keuze voor de inhoud van een nieuw BW was niet eenvoudig. Men opteerde in ieder geval voor voortzetting van de Russische traditie om familie- en arbeidsrecht als afzonderlijke rechtsgebieden te beschouwen en die in aparte wetboeken te regelen. Voorts komt het marktconforme karakter van het nieuwe BW vooral tot uitdrukking in de verschillende vormen van rechtspersonen,¹⁹ de vele soorten bijzondere overeenkomsten.²⁰ Hiervoor is gekozen met het oog op de rela-

17. Zie art. 71 sub o) van de Grondwet van de Russische Federatie van 12 december 1993.

18. Artikel 2, lid 1, Russisch BW.

19. Commerciële organisaties als maatschap; fiduciaire maatschap; vennootschap met beperkte aansprakelijkheid; vennootschap met aanvullende aansprakelijkheid; aandelenvennootschap; productiecoöperatie; staats- en gemeentelijke unitaire ondernemingen; niet-commerciële organisaties als consumentencoöperatie; vereniging; stichting; instelling; verenigingen en unies van rechtspersonen.

20. Bijvoorbeeld lease (pacht), alsmede financial leasing (hfst. 34); uitvoeren van

tieve onbekendheid van veel concepten, waarvan de toepassing niettemin als vitaal voor de ontwikkeling van de Russisch economie wordt beschouwd.

Grondslagen van het nieuwe Russische BW

Het oude BW miste ten enenmale zulke concepten als contractsvrijheid, bescherming van de eigendom, gelijkheid van alle deelnemers aan het civiele verkeer. De allesoverheersende positie van de staat en de staatseigendom liet geen ruimte daarvoor. Zo bepaalde artikel 1 van het RSFSR BW van 1964 dat 'de basis van vermogensrechtelijke betrekkingen in de Sovjetmaatschappij de socialistische economische orde [is] en de socialistische eigendom van de productiewerktuigen en middelen.' En ook: 'Het economische leven van de RSFSR wordt geregeld en geleid door het staats nationale economische plan.'

Het nieuwe BW heeft in reactie op het totaal ontbreken van marktconforme rechtsconcepten in eerdere BW's ervoor gekozen dergelijke grondslagen expliciet op te nemen. Aldus vervult het BW — naar het voorbeeld van de Russische Grondwet waarin de principes van de rechtsstaat zijn neergelegd — mede de functie van een economische grondwet, waarin de voornaamste rechten en vrijheden van de markteconomie zijn vastgelegd.²¹ Artikel 1 geeft de volgende opsomming:

- gelijkheid van deelnemers aan de door burgerlijke wetgeving geregelde betrekkingen;
- onaantastbaarheid van de eigendom;
- contractsvrijheid;
- ontoelaatbaarheid van willekeurige inmenging door wie dan ook in privé-aangelegenheden;
- noodzaak van een ongehinderde verwezenlijking van civiele rechten;
- herstel van geschonden rechten;
- gerechtelijke bescherming van geschonden rechten.

Bovenstaande principes vinden in sommige gevallen een nadere

wetenschappelijke onderzoeks-, constructie- en technologische werken (hfst. 38); expeditie (hfst. 41); fiducair bewind van vermogen (hfst. 53); commerciële concessies (hfst. 54); openbare aanbesteding (hfst. 57).

21. Vgl. ook S.S. Alekseev, die het privaatrecht 'de basis van een moderne geciviliseerde markt' noemt: 'Kodeks tsivilizovannogo rynka', *Grazhdanskij Kodeks Rossijskoj Federatsii. Tsjust'vtoraja. Tekst. Kommentarij. Alfavitno-predmetnyj ukazatel*, Moskva 1996, 218.

uitwerking in afzonderlijke artikelen, zoals bijvoorbeeld artikel 421 dat nog eens uitdrukkelijk bepaalt dat contractsdwang niet is toegestaan, tenzij het BW daarin voorziet of indien vrijwillig de verplichting daartoe is aangegaan. Ook ten aanzien van de inhoud van een contract zijn partijen in principe vrij, tenzij de wet imperatief bepaalde voorwaarden voorschrijft.

ENKELE CONCRETE VOORBEELDEN VAN NEDERLANDSE INVLOED

Zolang een vreemde wet niet een letterlijke vertaling is van een zelfde wet van een bepaald land, is het moeilijk uitspraken te doen over een al dan niet existente overname van zo'n wet. In het bovenstaande hoop ik voldoende te hebben aangetoond dat het Russische BW geen letterlijke kopie is van het Nederlandse BW en zelfs niet van de structuur of van bepaalde hoofdstukken. Wel is het tijdens de sessies voorgekomen dat de Russen ervan blijk gaven gecharmeerd te zijn van de Nederlandse oplossing van bepaalde kwesties, waarop men in sommige gevallen de formulering van het Nederlandse BW heeft overgenomen. Aangezien er van de sessies geen officiële verslagen zijn gemaakt — alleen het Russische delegatielid Makovskij zat dikwijls aantekeningen te maken in zijn notitieboekje — zou het nogal tijdrovend zijn precies te achterhalen op welke punten de Russen Nederlandse formuleringen hebben gebruikt. In het kader van dit artikel heb ik een dergelijke consciëntieuze vergelijking van beide wetboeken nagelaten. Niettemin heeft een vergelijking 'in vogelvlucht' de volgende resultaten opgeleverd.

Eenheid van het burgerlijk recht

Zoals reeds uiteengezet hebben de schrijvers van het nieuwe BW ervoor gekozen het burgerlijk recht vast te leggen in één BW en niet zoals veel buitenlandse systemen zulks gewoon zijn naast een BW een afzonderlijk Handelswetboek te handhaven. Dat neemt niet weg dat er in Rusland veel voorstanders waren van invoering van een afzonderlijk handels- of economisch wetboek. Desondanks past het hebben van slechts één BW in de Russische traditie. Rusland heeft nooit beschikt over een handelswetboek. In het monisme van het burgerlijk recht zou men dus Nederlandse invloed kunnen zien. Naar mijn oordeel gaat zo'n conclusie echter te ver. Het is wel zo dat het Nederlandse voorbeeld als argument is gebruikt voor het feit dat een modern BW het gehele burgerlijk recht omvat en ook zijn de Nederlandse argumenten

daarvoor ingebracht, maar Russische argumenten zijn evenzeer gebruikt. Immers het ontwerp van 1905 was ook al op de monistische gedachte gebaseerd. I.M. Tjoetrjoemov, de voorzitter van de redactie-commissie van het ontwerp BW schreef in zijn voorwoord:²²

‘Toen de Commissie toekwam aan de indeling van het ontwerp BW, moest zij allereerst algemene vragen beoordelen en beslissen, aan het hoofd waarvan zich uiteraard de voor de inhoud van het toekomstige BW essentiële vraag bevond of het mede bepalingen moest omvatten die betrekking hebben op het handels-privaatrecht. De Commissie is tot de conclusie gekomen dat de schepping bij ons van een afzonderlijk handelswetboek niet gerechtvaardigd zou zijn noch op historische gronden, noch door de inhoud van de geldende bepalingen op commerciële rechtshandelingen, waarom het ook aan een toekomstig burgerlijk wetboek slechts rest om, naar het oordeel van de Commissie, de bij ons historisch gevormde eenheid van het burgerlijk recht te behouden, te meer daar het ook vanuit theoretisch gezichtspunt onmogelijk blijkt om hoe dan ook op juiste en consequente wijze het gebied van het burgerlijk en het handelsrecht te scheiden. Naar die inzichten, alsook in verband met praktische bezwaren veroorzaakt door de instelling van een zelfstandig handelswetboek naast een burgerlijk wetboek, heeft de Redactie Commissie het noodzakelijk geacht de bepalingen op de commerciële rechtshandelingen op te nemen in het burgerlijk wetboek’.²³

Redelijkheid en billijkheid

Een duidelijk Nederlands geïnspireerd concept dat zijn entree in het nieuwe Russische BW heeft gemaakt, wordt weergegeven door de term ‘*razumnost i spravedlivost*’, ofwel redelijkheid en billijkheid. Artikel 6, 2e lid van het Russische BW dat de toepassing van burgerlijke wetgeving *per analogiam* regelt, bepaalt dat, indien het niet mogelijk is de rechten en plichten van partijen *per analogiam legis* vast te stellen, deze rechten en plichten alsdan bepaald worden, ‘uitgaande van de algemene beginselen en betekenis van de burgerlijke wetgeving (*analogia iuris*) en de eisen van de goede trouw, redelijkheid en billijkheid.’ Ofwel anders gezegd, waar in het Nederlandse recht de redelijkheid en billijkheid ook derogerende werking heeft, kent het Russische recht dit begrip slechts aanvullende werking toe. De Russische wetgever heeft gekozen voor rechtszekerheid boven rechtvaardigheid. De redenen hiervoor liggen voor de hand: toepassing van het rechtvaardigheidsbeginsel zou de rechter te veel discretionaire be-

22. Grazjdanskoe Ulozjenie. Proekt, T. pervyj, S. Peterburg 1910, III-IV.

23. Deze passage is met veel instemming geciteerd door S.A. Chochlov, *art. cit.*, 225.

voegdheid geven. Daar is Rusland nog niet aan toe. De rechterlijke macht is nog volop in ontwikkeling. Opleiding van rechters geniet hoge prioriteit, maar de gebrekkige kwaliteit van rechters gedurende de jaren van het Sovjetbewind is niet op korte termijn verholpen. Het ambt van rechter en jurist in het algemeen stond tijdens de Sovjetjaren niet in hoog aanzien. Rechters waren doorgaans gemakkelijk te manipuleren en stonden bloot aan politieke druk. Derhalve achtte de Russische wetgever het vooralsnog niet opportuun Russische rechters inhoud te doen geven aan het begrip redelijkheid en billijkheid. Niettemin wordt naar het oordeel van een aantal commentatoren²⁴ de rechter een aanzienlijk grote vrijheid gelaten bij de beslechting van geschillen, gelet op het gebruik van begrippen en criteria als 'wezenlijke schending van de overeenkomst', 'redelijke termijn', 'onevenredige boete', 'noodzakelijke uitgaven', e.d.

Aansprakelijkheid van bestuurders bij faillissement

De aansprakelijkheid van bestuurders bij faillissement van artikel 138, boek 2 van het Nederlandse BW heeft als voorbeeld gediend voor een soortgelijke regeling in het nieuwe Russische BW. Artikel 56 bepaalt dat 'de oprichter(s), deelnemers c.q. eigenaar(s) van een rechtspersoon dan wel andere personen die gerechtigd zijn de rechtspersoon bindende aanwijzingen te geven dan wel anderszins de mogelijkheid hebben haar handelen te bepalen subsidiair aansprakelijk zijn voor schulden van de rechtspersoon ingeval van een tekort van haar vermogen.' Een soortgelijke subsidiaire aansprakelijkheid draagt een moedermaatschappij voor haar dochter in het geval van het faillissement van de laatste veroorzaakt door de schuld van de moeder (artikel 105, 2e lid).

Gefaseerde invoering

De gefaseerde invoering van het Nederlandse BW heeft navolging gevonden bij de invoering van het Russische BW, en wel op twee wijzen:

(1) Tot nu toe zijn twee delen van het Russische BW ingevoerd, respectievelijk per 1 januari 1995 en per 1 april 1996. Deel 3 met de boeken 6 (erfrecht), 7 (intellectuele eigendom) en 8 (internationaal privaatrecht) zullen naar verwachting later dit jaar worden aangenomen

24. Grazjdanskoe zakonodatel'stvo Rossii. Vvodnyj kommentarij. S.S. Aleksejev e.a. Moskva 1996, 16-17.

en wellicht per 1 januari 1998 worden ingevoerd.

(2) Zoals hierboven reeds uiteengezet fungeert het nieuwe Russische BW als een soort kaderwet, waarvan delen bij nadere wetgeving geïmplementeerd worden. Voorbeelden hiervan zijn de inmiddels van kracht geworden wet op de aandelenvennootschappen, alsmede de wet op de niet-commerciële organisaties, waaronder stichtingen. Andere wetten dienen nog aangenomen te worden. Uiteraard is deze laatste vorm van fasering niet aan het Nederlandse BW ontleend.

Ook andere concepten in het Russische BW zijn geïnspireerd door het Nederlandse BW. Jammer genoeg is dit evenwel niet systematisch bijgehouden bij de discussies tussen de Russische en Nederlandse experts. Soms werd met betrekking tot een specifiek probleem staande de sessies van Nederlandse zijde een suggestie gedaan ontleend aan het Nederlandse BW, welke suggestie soms wel en soms niet werd overgenomen. Een systematische vergelijking van beide BW's op dit punt, alsmede interviews met alle betrokkenen teneinde duidelijkheid te krijgen op welke punten Nederlandse invloed concreet vorm heeft gekregen in het Russische BW, gaat het kader van dit artikel te buiten.

Een concreet voorbeeld van Nederlandse inspiratie betreft de vooronderstelling van de goede trouw: Waar artikel 11, boek 3 Nederlands BW impliciet goede trouw vooronderstelt, maakt artikel 10, 3e lid van het Russische BW vooronderstelling van de goede trouw expliciet: 'In gevallen waarin de wet de bescherming van burgerlijke rechten ervan afhankelijk maakt of deze rechten in redelijkheid en te goeder trouw werden uitgeoefend, worden de redelijkheid van de handelingen en de goede trouw van de deelnemers aan de burgerrechtelijke relaties voorondersteld.'

CONCLUSIES

Uit het bovenstaande moge duidelijk zijn geworden dat van een directe overname door de Russen van het Nederlandse BW allerminst sprake is. Naar mijn oordeel is dat een juiste beslissing geweest van de kant van de Russen. Wetten worden binnen een bepaalde cultuur opgesteld met het doel binnen die cultuur te functioneren. De Nederlandse rechtscultuur is zoveel meer gebaseerd op vertrouwen dan de Russische; hierdoor alleen al zou een directe transplantatie van het Nederlandse in het Russische rechtssysteem gedoemd zijn te mislukken. Bovendien verkeert het Russische rechtstelsel in een transitiefase: oude rechtsinstituten zijn verdwenen en nieuwe functioneren nog niet

optimaal. Het Nederlandse BW zou te ‘sophisticated’ zijn voor het huidige Russische rechtssysteem. De Russische rechterlijke macht is langzaamaan begonnen het nieuwe BW toe te passen, waarbij het opvalt dat interpretatie van rechtsregels nog niet zozeer aan de orde is maar veeleer het vinden van de toepasselijke rechtsregel. Dit alles leidt tot de conclusie dat het Nederlandse BW een belangrijke rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van het nieuwe Russische BW, niet de rol van voorbeeld of model maar die van referentiekader. Bij de hulp en assistentie die door Nederlandse civilisten is geboden aan het Russische wetgevingsteam fungeerde het Nederlandse BW als baken bij de discussies hoe bepaalde problemen die door de Russen waren gesignaleerd konden worden opgelost.

Export van Westers recht naar Oost-Europa: het voorbeeld van Litouwen

E.H. Hondius*

1. INLEIDING

Deze bijdrage gaat over de export van Westers recht naar de landen van Centraal en Oost-Europa. Na een veertig- à zeventigjarig socialistisch bewind, is er aldaar alom behoefte aan wetboeken van Westerse snit. West-Europa en Noord-Amerika zijn met veel elan op deze markt gesprongen. De Verenigde Staten hebben wellicht de meeste wervingskracht: zijn zij niet het eerste, enige, echte kapitalistische land? Bij gelegenheid van het laatste congres van de *Académie Internationale de Droit Comparé* te Athene in 1994, werd dan ook een receptie van Amerikaans recht voorspeld.¹ Dat lijkt wat voorbarig. West-Europa heeft ook sterke troeven. Met name is dat de wens van nagenoeg alle Centraal- en Oosteuropese landen om aansluiting te zoeken bij de Europese Unie.² En daarvoor is toch echt de overname van het *acquis communautaire* noodzakelijk.³

Bij overname van Westers recht wordt gewoonlijk gedacht aan het Duitse *BGB*, het Nederlandse *BW*, de Amerikaanse *Uniform Commercial Code* en andere vormen van nationaal recht. In deze bijdrage wil ik onderzoeken of een dergelijke nationale concurrentie wel nodig is. Zijn er geen internationale regelingen die voor overname door de

* Prof. mr. E.H. Hondius is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Utrecht.

1. A. Watson, Continuity and Discontinuity of Law in Times of Social Revolution, in: *Rapports généraux/General Reports*, Athens/The Hague 1996, blz. 3.
2. Zie het overzicht van de associatie-akkoorden bij Th. Bourgoignie, The Approximation Process of Consumer Laws of Central and Eastern European Countries to EU Legislation: A Favourable Context but an Urgent Need for Clarification, in: H.W. Micklitz (red.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?*, Baden-Baden 1996, blz. 91, 108-109.
3. Roger Coebel wees daar in de discussie in Athene reeds op — *Rapports généraux/General Reports*, blz. 5.

landen van Centraal- en Oost-Europa in aanmerking komen? Litouwen is hiervoor een goed voorbeeld. Daar wordt, met name op het gebied van het verbintenissenrecht, receptie van internationaal burgerlijk recht overwogen.

Ik zal nu eerst aan de hand van een — waar gebeurde — anecdoten de problemen van een exercitie als de onderhavige aangeven (nr. 2). Dan schets ik de moderne codificatiegeschiedenis van Litouwen in enkele hoofdlijnen (nr. 3). Vervolgens geef ik aan de hand van de globale inhoud van het Litouwse verbintenissenrecht aan welke bepalingen daarin van internationale Westerse snit zijn (nr. 4). De overname van de Unidroit *Principles* heeft naast voordelen ook enige nadelen (nr. 5). Ik rond af met een conclusie (nr. 6).

2. EEN ANECDOTE

Het voorval geschiedde bij gelegenheid van een Oost-Europa congres.⁴ Aan tafel zat ik naast een Duitse jurist,⁵ die vertelde dat hij werkte voor een door de Duitse regering gesteunde stichting,⁶ welke de Oost-Europeanen bijstand verleende bij het maken van nieuwe codificaties. Toen ik hem vertelde dat ook het Nederlandse Ministerie van Justitie bij mijn weten dergelijke hulp verschaft,⁷ keek hij mij ongelovig aan. Dat hadden de Russen en andere naties hem nimmer verteld. Enige tijd later vertelde ik van het gebeurde aan een bevriende Fransman⁸ en Italiaan.⁹ Er viel een pijnlijke stilte. Beiden bleken door *hun* regering te zijn afgevaardigd om de Russen codificatiehulp te verschaffen. Ook zij gingen er van uit dat zij de enige adviseur waren.

Dit voorval illustreert dat bij de moderne codificatiebeweging in Centraal en Oost-Europa van een open situatie niet steeds sprake is.

4. Ik kan niet meer achterhalen of dit het zilveren ambtsjubileum was van F.J.M. Feldbrugge (Conference on Civil and Commercial Law in Central and Eastern Europe: Developments and Prospects, Leiden, 4-6 augustus 1993) dan wel het van 23-24 juni 1994 te Potsdam gehouden congres Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?/Rolle und Funktion des Verbraucherrechts in der EG und den MOE-Staaten,.
5. M. Glöckner (Bonn).
6. Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V.
7. Zie F.J.M. Feldbrugge, 'Het nieuwe Burgerlijk Wetboek van de Russische Federatie', RM Themis 1997, blz. 43-53.
8. D. Tallon (Paris II).
9. M.J. Bonell (Roma La Sapienza).

Duidelijke beïnvloeding van buitenaf wordt in de literatuur niet vermeld. Russische schrijvers zwijgen de Nederlandse invloed zelfs helemaal dood.¹⁰ Over de drijfveren hiertoe kan men slechts gissen. Wellicht is het onbekendheid met de Westerse traditie om steeds de bronnen te vermelden. Denkbaar is ook een zeker gêne om al te duidelijk voor de beïnvloeding door één land uit te komen.

3. EEN CASE-STUDY: LITOUWEN

Estland, Letland en Litouwen. Drie Baltische staten, maar met welk een verschillen. Economische ontwikkeling, levensovertuiging, taal, homogeniteit van de bevolking — het lijkt niet op de Benelux. Ook wat betreft het civiele recht is er verschil. Na de omwenteling voerde Letland zijn Burgerlijk Wetboek van 1937 weer in en Estland overwoog hetzelfde.¹¹ Litouwen volgde een andere weg. Dat moest ook wel, want vóór de opnemings in de Sowjet-Unie in 1940 lag over het land een codificatorische lappendeken: in sommige delen gold het Russische recht van 1840, in andere het *BGB*, in weer andere de *Code civil*.¹² Vanaf de omwenteling in 1990 wordt er hard gewerkt aan het totstandbrengen van eigen nationale wetgeving. Aanvankelijk liep dat helemaal niet goed. Ieder departement had zijn eigen codificatieprogramma en aan coördinatie ontbrak het geheel.¹³ Thans zijn niet minder dan drie commissies met de codificatie van het privaatrecht belast. Er is in de eerste plaats een commissie voor een Burgerlijk Wetboek. Conform de Oosteuropese traditie blijft het familierecht in een afzonderlijke wet geregeld en ook daarvoor is een commissie aan de gang. Ten slotte zal ook het handelsrecht geen plaats krijgen in het BW; ook daarvoor is een afzonderlijke codificatiecommissie ingesteld.

Het verst gevorderd is momenteel de commissie die een Burgerlijk Wetboek ontwerpt. Er ligt een Ontwerp voor met de volgende indeling: Boek 1 bevat Algemene bepalingen, zoals de suprematie van het Burgerlijk Wetboek boven andere wetten, regels van redelijkheid en

10. Zie bijv. Victor B. Kozlov, *The New Russian Civil Code of 1994*, Rome 1996 en O. Sadikov, 'Das neue Zivilgesetzbuch Rußlands', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1996, blz. 259-272.

11. A. Watson, *ibidem*.

12. Valentinas Mikelenas, *Recodification of civil law in The Republic of Lithuania during 1990-1994*, *Svensk Jurist Tidning* 1995, blz. 538.

13. Mikelenas, o.c., blz. 540.

billijkheid, rechtshandelingen en internationaal privaatrecht. Boek 2 ziet op natuurlijke personen (privacy, naamrecht, eer en goede naam), rechtspersonen en vertegenwoordiging. Boek 3 ziet op het erfrecht. Boek 4 handelt over zakelijke rechten. Boek 5 gaat over het verbintenissenrecht, Boek 6 over industriële eigendom en een eventueel Boek 7 zal over het vervoerrecht gaan.

Opmerkelijk is de invloed van internationale regelingen op het codificatieproces. Zo is in de regeling van het internationaal privaatrecht, het Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO) integraal overgenomen.¹⁴

Een goed voorbeeld van de invloed van internationale regelgeving op het Litouwse ontwerp Burgerlijk Wetboek is te vinden in Boek 5 over verbintenissenrecht. Het ontwerp hiervoor is eind 1996 voltooid en zou in de loop van dit jaar aan het Parlement worden aangeboden.

Boek vijf telt 230 artikelen, welke zijn verdeeld over een Algemeen deel en een deel inzake Contractenrecht. Wat (nog?) ontbreekt is een deel gewijd aan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en een deel inzake bijzondere overeenkomsten. Het deel Contractenrecht (art. 569-642) is (nog?) niet opgedeeld in hoofdstukken. Het Algemeen deel is dat wel (de nummering van de hoofdstukken is, evenals die van de artikelen, doorlopend vanaf hoofdstuk 1 en artikel 1 in Boek 1, dus anders dan het Nederlandse BW).

De indeling van het Algemeen deel is: hoofdstuk 24 Begrip verbintenis; bronnen van verbintenissen (art. 413-416), hoofdstuk 25 Soorten verbintenis, A. Hoofdelijke verbintenissen (art. 417-437), B. Alternatieve verbintenissen (art. 438-441), C. Voorwaardelijke verbintenissen (art. 442-444), D. Verbintenissen onder tijdsbepaling (art. 445-447), E. Verbintenissen tot betaling van een som gelds (art. 448-449), hoofdstuk 26 Nakoming van verbintenissen (art. 450-473), hoofdstuk 27 Zekerheden (art. 474-534), (1) Boetebedingen (art. 475-479), (2) Pand (art. 480-509), (3) Borgtocht (art. 510-523), (4) Garantie (art. 524-531), (5) Handgeld (art. 532-534), hoofdstuk 28 Cessie, schuldoverneming (art. 535-552) en hoofdstuk 29 Tenietgaan van verbintenissen (art. 553-568).

Er bestaat een officieuze Engelse vertaling van de tekst van het ontwerp boek 5.¹⁵ Van de bepalingen van het Algemeen deel zijn

14. Mikelenas, o.c., blz. 540.

15. Vertaling: Dalia Mikeleniene.

verscheidene ontleend aan de *Convention européenne relative aux obligations en monnaie étrangère* (1968), de *Convention européenne relative au lieu de paiement des obligations monétaires* (1972)¹⁶ en de Resolutie van de Raad van Europa inzake boetebedingen (1978). Maar het is tot het deel gewijd aan het Overeenkomstenrecht, dat ik nu de blik zal wenden.

4. EEN NADERE BLIK OP HET VERBINTENISSENRECHT: DE INVLOED VAN INTERNATIONALE ORGANISATIES

Een eerste bestudering van boek 5 deel II levert het verrassende beeld op dat een belangrijk aantal artikelen geïnspireerd lijkt door internationale voorbeelden. De meeste eer is weggelegd voor de *Principles of International Commercial Contracts* van het *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT).¹⁷ Wellicht hebben

16. Gezamenlijk tevens bron van de art. 6:115/118 Nederlands BW.

17. Zie hierover onder meer J.P. Béraudo, *Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international*, JCP 1995, Doctrine 3842; Klaus Peter Berger, 'Die Unidroit-Prinzipien für Internationale Handelsverträge/Indiz für ein autonomes Weltwirtschaftsrecht?' in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 1995, blz. 217-236; M.J. Bonell, *Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*, 40 *American Journal of Comparative Law* 617-633 (1992); M.J. Bonell, 'Die UNIDROIT-Prinzipien der internationalen Handelsverträge: Eine neue Lex Mercatoria?', *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1996, blz. 152-157; C. Castronovo, I 'Principi di diritto europeo dei contratti' e l'idea di codice, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 1995, blz. 1-38; Franco Ferrari, *Le champ d'application des 'Principes pour les contrats commerciaux internationaux' élaborés par Unidroit*, *Revue internationale de droit comparé* 1995, blz. 985-993; A.S. Hartkamp, *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code*, in: CJHB/Brunner-Bundel, Deventer 1994, blz. 127-137; A.S. Hartkamp, *The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in: *Comparability and Evaluation/Kokkini-bundel*, Dordrecht 1994, blz. 85-98; Cathérine Kessedjian, *Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par l'Unidroit*, *Revue critique de droit international privé* 1995, blz. 641-670; H. Van Houtte, *De 'Unidroit Principles of International Commercial Contracts' en de Belgische rechtspraktijk*, *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 1995, blz. 348-368; B. Wessels, *Enkele opmerkingen over de betekenis van de 'UNIDROIT Principles for international commercial contracts' en de 'Principles of European contract law' in de adviespraktijk*, *NTBR* 1996, blz. 75-77.

ook de *Principles for European Contract Law* van de Commissie-Lando een rol gespeeld. Het verschil tussen beide Principles is niet zo groot;¹⁸ wel is het zo dat de Lando Commissie pas de helft van haar werk heeft gepubliceerd.¹⁹ Voorts is de richtlijn oneerlijke contractsbedingen keurig overgenomen. Ik zal deze invloed aan de hand van enige voorbeelden illustreren.

Een basisbepaling van het Litouwse ontwerp ziet op de redelijkheid en billijkheid:

Article 573 (Good faith and fair dealing)

1 Each party of contract must act in accordance with good faith dealing in contractual relationships.

2 The parties may not change or exclude this duty by their agreement.

Deze bepaling is duidelijk afkomstig van de Unidroit *Principles*. Beide *Principles* zijn doorspekt met verwijzingen naar redelijkheid en billijkheid.²⁰ De meest algemene bepaling in de Unidroit *Principles* luidt:

Article 1.7 (Good faith and fair dealing)

(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

(2) The parties may not exclude or limit this duty.

Ook de regels inzake totstandkoming van overeenkomsten zijn overgenomen. De Litouwse bepaling luidt:

Article 577 (Formation of a contract)

1 A contract is concluded either by the proposal (offer) and the assent (acceptance) or by other conduct of the parties that is sufficient to show agreement.

2 (...)

18. M.J. Bonell, 'The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?', *Uniform Law Review* 1996, blz. 229-246; M.J. Hoekstra, *De UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law: een vergelijking*, in: *Europees privaatrecht 1996*, Lelystad 1996, blz. 3-43.

19. O. Lando, H. Beale (red.), *Principles of European Contract Law*, I. Performance, Non-performance and Remedies, Dordrecht 1995.

20. M.W. Hesselink, *De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst in het Franse recht, de Unidroit Principles en de Principles of European Contract Law*, in: *Europees privaatrecht*, Molengrafica 1995, blz. 47-95.

De Unidroit *Principles* bepalen:

Article 2.1 (Manner of formation)

A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.

Voor de algemene voorwaarden geldt hetzelfde. Ik geef twee voorbeelden: eerst de uitlegregel dat individuele bedingen prevaleren boven algemene voorwaarden. Het Litouwse ontwerp bepaalt:

Article 599 (Conflict between standard terms and non-standard terms)

1 In case of conflict between a standard term and a term which is not a standard term the preference is given to the latter, i.e. to that which has been individually negotiated and agreed by the parties.

De Unidroit *Principles* stellen:

Article 2.21 (Conflict between standard terms and non-standard terms)

In case of conflict between a standard term and a term which is not a standard term the latter prevails.

Beroemd is het probleem van de partijen die beide hun eigen algemene inkoop- respectievelijk verkoopvoorwaarden op de transactie van toepassing verklaren. Wiens voorwaarden — *if any* — zijn van toepassing? Het Litouwse ontwerp bepaalt hieromtrent:

Article 600 (Battle of forms)

1 Where both parties use standard terms a contract is considered to be concluded on the basis of the agreed terms which are common in substance to both of them, unless one party clearly indicates in advance that he does not assent to the standard terms proposed by the other party or without delay informs of this the other party after the standard terms are received by him.

En de Unidroit *Principles*:

Article 2.22 (Battle of forms)

Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any other standard terms which are common in substance, unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.

Van Rome (Unidroit) wijken we even uit naar Brussel (EU), namelijk waar het gaat om onredelijk bezwarende bedingen. Art. 601 Litouws ontwerp is duidelijk ontleend aan art. 3 en de Annex van de richtlijn

oneerlijke contractsbedingen,²¹ zoals blijkt uit twee korte citaten:

Article 601 (Peculiarities of terms in consumer contracts)

(...)

2 Terms of a consumer contract which have not been individually negotiated are regarded as unfair if they cause a significant imbalance in the parties' rights and obligations to the detriment of the consumer's rights and interests, such as:

(1) excluding or limiting the civil liability of the other party for damage caused by the death of a consumer or personal injury to the latter;

(...)

En de richtlijn:

Article 3

(1) A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

Annex

(...)

(a) excluding or limiting the legal liability of a seller or supplier in the event of the death of a consumer or personal injury to the latter resulting from an act or omission of that seller or supplier;

(...)

Ten aanzien van taalkundige verschillen tussen twee versies van een in twee talen opgemaakt contract bepaalt het ontwerp:

Article 608 (Linguistic discrepancies)

1 Where a contract is drawn up in two or more languages and all the language versions are of the equal legal power, in case of discrepancy between the language versions, the preference is given for a version which was the first to be drawn up.

De Unidroit *Principles* luiden op dit punt:

Article 4.7 (Linguistic discrepancies)

Where a contract is drawn up in two or more language versions which are equally authoritative there is, in case of discrepancy between the versions, a preference for the interpretation according to a version in which the contract was originally drawn up.

Over leemten schrijft het ontwerp voor:

Article 609 (Supplying gaps in a contract)

21. Publikatieblad EG 1993, L 95/29.

1 Where the parties have not agreed with respect to certain terms, such gaps in the contract are supplied by a court or arbitration by application of a term which is appropriate. In determining what is an appropriate term regard must be had to non-mandatory legal norms, the intention of the parties, the essence and purpose of the contract, the requirements of the principles of good faith, reasonableness and justice.

De Unidroit *Principles* doen hetzelfde:

Article 4.8 (Supplying an omitted term)

(1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied.

(2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among others, to

- (a) the intention of the parties;
- (b) the nature and purpose of the contract;
- (c) good faith and fair dealing;
- (d) reasonableness.

Een *terme de grâce* is nog mogelijk volgens het Litouwse ontwerp:

Article 623 (Additional period for performance of a contract)

1 In case of non-performance the disadvantaged party may by a written notice to the other party establish an additional period of time for performance.

Zo ook de Unidroit *Principles*:

Article 7.1.5 (Additional period for performance)

(1) In a case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance.
(...)

Verandering van omstandigheden valt in de *Principles* onder twee groepen artikelen.²² De twee bepalingen vinden we terug in het Litouwse wetboek; één luidt:

Article 618 (Performance of contractual obligations in the circumstances that have changed)

1. Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties this party is bound to perform the contract according to the order established in the following Parts of this Article.

2. (...)

22. E.E. Rippen, Verandering van omstandigheden in het Engelse contractenrecht/Een vergelijking met de UNIDROIT-Principles en de Principles of European Contract Law, in: Molengrafica 1995, blz. 3-45.

3. In case of hardship the disadvantaged party has the right to make a request to the other party for renegotiation of the contractual obligations. The grounds on which such request is based must be indicated in it and the request must be made after the occurrence of hardship and without delay. The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party with the right to suspend performance of the contract. Where within a reasonable time the parties fail to reach an agreement on renegotiation of the contractual obligations each of them may bring an action into a court or arbitration. The court or arbitration may:

- 1) terminate a contract at a date and on terms established by the court or arbitration themselves;
- 2) modify terms of the contract with a view to restoring balance of the contractual obligations of the parties.

Deze bepalingen zijn afkomstig uit de artikelen 6.2.1/3 Unidroit:

Article 6.2.1 (Contract to be observed)

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

Article 6.2.3 (Effects of hardship)

- (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
- (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
- (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
 - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or
 - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

Ten slotte citeer ik de vergelijkbare bepalingen inzake *gross disparity*,²³ eerst weer het Litouwse ontwerp:

Article 642. Gross disparity of parties

1 A party may claim for invalidity of the contract or a separate term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or its term gives the other party the excessive benefit or other advantages unjustifiably. In such cases among other circumstances, regard must be given to the fact that one party takes unfair advantage of the other's dependence or of the other party's economic difficulties or urgent needs or of the latter's inadvertence, lack of information or inexperience in carrying on

23. O.A. Haazen, The principle of gross disparity en misbruik van omstandigheden, in: BW-krant Jaarboek 1995, blz. 13-38.

negotiations. Regard is to be taken also to the nature and purpose of the contract.
2 Upon the request of the party entitled to claim for the invalidity of a contract or a separate term thereof on the grounds established by the preceding Part of this Article, a court may revise the contract or its term and adapt them respectively in order to make the contract or its separate term meet the requirements of the reasonable standards of fair dealing.

En vervolgens de *Principles*:

Article 3.10 (Gross disparity)

- (1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to
- (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill; and
 - (b) the nature and purpose of the contract.
- (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing.

Men heeft het kunnen zien: de overeenkomsten zijn frappant. De gekozen voorbeelden zouden met ettelijke andere kunnen worden aangevuld. De taalkundige verschillen zijn wellicht te verklaren uit de dubbele vertaling: eerst van het Engels in het Litouws en vervolgens terug.

5. VAN OPEN NORMEN EN HET GEBREK AAN GEPUBLICEERDE RECHTSPRAAK

Kan nu worden gesteld dat het Litouwse contractenrecht voortaan op Westerse leest zal zijn geschoeid? Hier past enige scepsis. De *law in action* zou wel eens kunnen afwijken van de *law in the books*. Voor die scepsis zijn de volgende gronden aan te voeren. De zojuist geschetste regels geven zelf geen blauwdruk voor het gedrag van contractspartijen. Veelal zijn het open normen, die het moeten hebben van de vorming van jurisprudentie. En daar zit het zwakke punt in de Oosteuropese landen. Een traditie van rechtsvorming door rechtspraak is nauwelijks aanwezig. Dat verklaart ook de afwezigheid van uitgebreide jurisprudentieverzamelingen. En daardoor zullen ook studenten in hun schriftelijk werk rechtspraak niet citeren en deze later in hun beroepspraktijk niet als rechtsbron beschouwen. Om dezelfde reden

zal ook de invoering van een groepsactie het moeilijk hebben.²⁴

Gelukkig zijn er enige mogelijkheden om aan het geschetste bezwaar tegemoet te komen. In de eerste plaats geven met name de *Principles* niet slechts regels; zie bieden ook aanwijzingen voor de toepassing in de vorm van de *Comments*. In het geval van de Lando *Principles* zijn er zelfs *Notes*, waarin staat aangegeven in hoeverre de nationale rechtsstelsels van de lid-staten de geformuleerde regel volgen. Voorts is er een vrucht commentaren en periodieken welke de praktijkjurist *up to date* houden. Natuurlijk, deze zijn kostbaar en het is de vraag of een Oosteupees land zich abonnementen op alle tijdschriften kan veroorloven. Voorts is het de vraag of elke Litouwer voldoende Engels — of Duits of Frans — beheerst om deze tijdschriften te kunnen lezen.

Twee ontwikkelingen dragen eraan bij dat ik op dit punt niet helemaal somber ben. In de eerste plaats zijn er goedkope tijdschriften die juist met het oog op de zojuist geschetste situatie zijn opgericht. Een voorbeeld is het in het Tsjechisch geredigeerde blad *Evropské a mezinárodní právo*, dat vanaf 1992 onder Nederlandse hoofdredactie²⁵ verschijnt. Het blad bevat Tsjechische vertalingen van oorspronkelijk in een Westeuropese taal geschreven bijdragen en daarnaast meer en meer oorspronkelijke Tsjechische artikelen. De prijs — 500 Tsjechische kronen voor een gewoon abonnement — is aangepast aan de markt. In de tweede plaats biedt Internet mogelijkheden tot democratisering van het Europese juridische gedachtengoed. Wederom één voorbeeld. De Europese Commissie heeft zich de laatste jaren toegelegd op het samenstellen van een catalogus van uitspraken inzake onredelijk bezwarende contractsbedingen (lees: algemene voorwaarden). In plaats van deze catalogus weg te stoppen in het grijze circuit van COM-nummers of in het onredelijk bezwarend dure commerciële circuit, heeft men haar toegankelijk gemaakt via Internet.²⁶ Dit medium zal ook in de Balkan-staten meer en meer toegankelijk worden.

Dit alles neemt niet weg dat Oosteuropese landen die een Westers georiënteerd recht willen opbouwen, het niet kunnen laten bij de overname van wetbepalingen. Een uitbreiding van de verslaglegging

24. Anne Morin, Ewoud Hondius, Claire Tixador, *Law Reform in Central Europe/Towards collective action in the consumer interest*, Paris 1996, 2 vols.

25. M.A.M.C. Koning (Utrecht).

26. <http://europa.eu.int/en/comm/dg24/spc.html>.

van rechtspraak, bij voorkeur ook geannoteerd, is hiertoe minstens evenzeer noodzakelijk.

6. CONCLUSIE

Toen in Rusland het communistische regime nauwelijks ten einde was, pakte een Amerikaans collega — op dat moment in Nederland — meteen zijn koffers om Moskou van de zegeningen van het Amerikaanse recht te overtuigen. Of Rusland inderdaad is overgegaan op het jurystelsel is mij niet bekend. Het verhaal illustreert echter de kolonisatiedrift van Westerse juristen aan deze zijde van de Oder-Neisse grens. Oosteuropese regimes lijken met deze nationale aandacht niet steeds goed overweg te kunnen. Een mogelijkheid om van het westen te leren zonder daarbij op één land terug te vallen, is het overnemen van internationale regelingen. Litouwen is daarvan een goed voorbeeld. Uit de verschillende verdragen van de Raad van Europa en richtlijnen van de Europese Unie heeft men ruimschoots geput bij het ontwerpen van een nieuw Burgerlijk Wetboek. Het tweede deel van Boek 5 van dit ontwerp is sterk geïnspireerd door de *Principles of International Commercial Contracts* van UNIDROIT. Mogelijk hebben ook de *Principles for European Contract Law* van de Commissie-Lando een rol gespeeld. Ten slotte heeft ook de EG richtlijn oneerlijke contractsbedingen als voorbeeld gediend.

Overname van regelgeving volstaat echter niet. De overgenomen regels staan bol van de redelijkheid en billijkheid. Deze behoeft inkleuring door de rechtspraak. En rechtspraak heeft nu juist geen grote traditie in de Oosteuropese landen. De meest correcte aanpak is op lange termijn het ombuigen van deze non-traditie, door publikatie en verwerking van rechtspraak te bevorderen. Op korte termijn kunnen speciaal op de betrokken staat gerichte periodieken, alsmede het aanbod van Internet-voorzieningen enigszins in de nood voorzien.

Nederlandse invloed op het internationaal (contracten)recht

OVER HET BW, PRINCIPLES EN IUS COMMUNE

*J.M. Smits**

1. INTRODUCTIE

De Nederlandse invloed op het supranationaal recht — door de redactie dezer bundel treffend aangeduid als ‘verticale export’ — is een onderwerp waarvoor in de literatuur weinig belangstelling bestaat.¹ Dat verbaast niet: de praktische noodzaak ooit terug te grijpen op een inspiratiebron van een internationale regeling ontbreekt vrijwel geheel, komt wellicht zelfs in strijd met het karakter van die regeling wanneer deze althans beoogt om op een bepaald terrein uniformiteit te creëren. In dat geval moet de nationale invloed immers zoveel mogelijk worden uitgesloten: welke invloed ook is uitgegaan van een nationaal rechtsstelsel, als de internationale regeling er eenmaal is, is vrijwel niemand meer geïnteresseerd in haar nationale wortels.

Toch is een onderzoek naar de nationale invloed niet enkel van strikt wetenschappelijk belang en wel om twee redenen. Bij een werkelijk supranationale regeling — met als kenmerk dat ná de totstandkoming een specifiek land geen invloed meer kan uitoefenen op haar inhoud — zou het praktisch belang *in principe* inderdaad gering zijn. Maar zodra de regeling moet worden geïnterpreteerd door een nationale instantie, is deels onvermijdelijk dat daartoe wordt teruggegrepen op nationaal recht en kan het voor een beter begrip van de regel nuttig zijn om te weten uit welke nationale rechtsorde zij wellicht afkomstig is. Bovendien bestaan teksten van internationale oorsprong die niet als bindend recht maar als ‘soft law’ kunnen worden aangemerkt en waarbij de verhouding met het nationale recht

* Mr. J.M. Smits is als universitair hoofddocent verbonden aan de Vakgroep Privaatrecht van de Universiteit Maastricht.

1. Zie echter A.S. Hartkamp, Opmerkingen over de verhouding tussen internationale unificatie en nationale (her)codificatie, Kw.NBW 1989, p. 101 v.

veel subtieler is dan bij een bindend verdrag. Omdat twee van dergelijke teksten op het terrein van het contractenrecht onlangs zijn gepubliceerd, kan ik de verleiding niet weerstaan om hier met name aan deze aandacht te schenken.

Deze bijdrage valt daarmee uiteen in twee gedeelten. Eerst wordt kort onderzocht of en in hoeverre het Nederlands privaatrecht² invloed heeft gehad op het formuleren van regels van supranationaal dwingend recht. Vervolgens bestaat het *pièce de résistance* uit een beschouwing over de betekenis van het Nederlandse recht voor de contractenrechtelijke Principles als geformuleerd door Unidroit en de Lando-commissie. Zowel de totstandkoming als de toekomstige werking dezer regelingen komt aan de orde.

2. NEDERLANDS PRIVAATRECHT EN BINDEND VERDRAGENRECHT: EEN PROBLEEM

De invloed van nationaal recht op een verdragstekst is doorgaans slechts op speculatieve wijze vast te stellen. Bevatten verdrag en nationaal recht inhoudelijk dezelfde regels, dan is dat uiteraard geen bewijs voor invloed: ook een ander land kan dezelfde regels hebben en zelfs als dat niet zo is, zouden de ontwerpers van de internationale regeling toevalligerwijze tot deze regels hebben kunnen komen. Anderzijds betekent het feit dat de regels niet dezelfde zijn, nog niet dat er *geen* invloed is geweest: wellicht dat zonder raadpleging van het Nederlandse recht een oplossing was gekozen die daar nog verder vanaf lag. Dat door een Nederlander concepten voor de verdragstekst zijn geschreven, is evenmin positief bewijs. Natuurlijk kan het gezag van een Nederlander zo groot zijn dat deze invloed heeft op de inhoud van een verdrag, maar dat is dan toch een meestal te impliciete beïnvloeding om te worden aangetoond. De enige wijze waarop invloed kan worden gemeten, is door in de totstandkomingsgeschiedenis van een verdrag te duiken en te bezien of de tekst is geïnspireerd door het materiële Nederlandse recht. Maar zelfs dan is het vaak moeilijk om de *precieze* invloed te achterhalen. Om dit methodische

2. Ik beperk mij tot het privaatrecht. Voor een — gedateerd — kort overzicht op het terrein van het internationale recht, zie men M. Bos, *International Law in the Netherlands in the Period 1938-1970*, NILR XVII (1970) p. 5 v. en de bijdragen aan *The Moulding of International Law: Ten Dutch Proponents*, The Hague 1995.

probleem te verhelderen, volgt thans van zowel de persoonlijke als de materieelrechtelijke beïnvloeding een aantal voorbeelden.

De meest aansprekende wijzen van persoonlijke beïnvloeding door een Nederlander van een supranationale tekst, betreffen twee voor de hand liggende voorbeelden. In de eerste plaats de rol die T.M.C. Asser (1838-1913) heeft gespeeld bij de Haagse conferenties voor internationaal privaatrecht in de periode 1893-1904 en bij de Haagse Wisselconferenties van 1910-1912. Beide conferenties waren, mede dankzij de rol van Asser, zeer succesvol.³ In de tweede plaats op geografisch veel beperkter schaal de rol van E.M. Meijers (1880-1954) bij de eenmaking van recht binnen de Benelux. Hij ontwierp in 1947 een (nooit gepubliceerde) IPR-wet die de basis vormde voor besprekingen binnen de Benelux-studiecommissie tot eenmaking van het recht die in 1951 uitmondde in een Verdrag tot invoering van een Eenvormige Wet betreffende het Internationaal Privaatrecht. Hierin was het door Meijers voorgestane beginsel van de 'internationale aanvaardbaarheid' neergelegd en ook overigens geldt:⁴

'On peut sans grand risque d'erreur dire que le projet Benelux de loi uniforme relative au droit international privé de 1951 reflète pour l'essentiel les idées de Meijers'.

Na bezwaren vanuit het bedrijfsleven werd de Benelux IPR-wet niet ingevoerd, maar zij vormde wel het uitgangspunt bij de totstandkoming van het EG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO) uit 1980, waaraan sinds 1967 werd gewerkt,⁵ maar dat enkel de conflictregels voor het contractenrecht uniformeert. Meijers' werk speelde ook een rol bij de totstandkoming van andere verdragen.⁶

In elk dezer gevallen is het nu bijzonder moeilijk om na te gaan wat de precieze invloed van resp. Asser en Meijers op de regeling is geweest. Dat deze groot was, wordt algemeen aangenomen, maar in

3. Hoewel de tweede conferentie door het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog nooit heeft geleid tot ratificatie van een verdrag. In 1922 zette Jitta het werk voort, maar de 'Haagse Eenvormige Wisselwet' bleek toen voor de common law-landen niet aanvaardbaar. Zie G.J.W. Steenhoff, *De Wetenschap van het Internationaal Privaatrecht in Nederland tussen 1862 en 1962*, diss. Utrecht 1994, Zwolle 1994, p. 233.
4. Alfred E. von Overbeck, *L'influence de E.M. Meijers sur le droit international privé*, WPNR 5504 (1980) p. 79.
5. Het EVO is voor Nederland in 1991 in werking getreden.
6. Zie T.B. Smith, *The influence abroad of the modern Dutch movement for code revision*, WPNR 5504 (1980) p. 58.

welk opzicht, blijft gissen. Niet te gewaagd is om te veronderstellen dat zij juist dankzij het *niet* op de voorgrond plaatsen van eigen, wellicht aan het Nederlandse recht ontleende, opvattingen, in staat waren invloed uit te oefenen. Waar dat wel gebeurde — zoals bij de Benelux IPR-wet — kwam het niet tot invoering.

Dan de beïnvloeding door het materiële Nederlandse recht zelf. Door de totstandkomingsgeschiedenis van een verdrag te bezien, kan worden nagegaan of Nederlandse invloed daadwerkelijk aanwezig is. Zover ik kan zien, bestaan slechts weinig sprekende voorbeelden op het terrein van het privaatrecht. Het meest recente geval van beïnvloeding betreft het binnen de Raad van Europa totstandgekomen Verdrag inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade door milieugevaarlijke activiteiten.⁷ Dit verdrag is deels gebaseerd op het Nederlandse wetsontwerp 21.202 dat leidde tot de wet uit 1994 die de artt. 6:175-177 en afdelingen in Boek 8 inzake kwalitatieve aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en milieuverontreiniging in het BW introduceerde.⁸ De Nederlandse wet is echter — nl. voor de regeling in Boek 8 inzake de aansprakelijkheid ontstaan voor schade tijdens vervoer — weer gedeeltelijk gebaseerd op een ander verdrag, nl. het nog niet in werking getreden zg. CRTD-verdrag uit 1989,⁹ totstandgekomen onder auspiciën van de VN. Het eerder genoemde verdrag wijkt overigens op een aantal punten af van de regeling in het BW.¹⁰

Maar dat een Nederlandse wettelijke regeling uitdrukkelijk als uitgangspunt wordt genomen, is uitzondering. Meer representatief voor het methodische probleem hoe invloed te achterhalen, vormt een bespreking van dwingende verdragsteksten op het terrein van de internationale (handels)koop. Nadat al kort na de oprichting (in 1926) binnen Unidroit op initiatief van Ernst Rabel voorbereidend werk was verricht en een eerste ontwerp in 1935 werd gepresenteerd,¹¹ kwam

7. Trb. 1993, 149.

8. Wet van 30 november 1994. Zie nader R.J.J. van Acht en E. Bauw, Milieuprivaatrecht, 2de dr., Zwolle 1996, p. 19 v. en 68 v., alsmede dez., NTBR 1994, p. 47 v.

9. Convention sur la Responsabilité civile pour les dommages causés au court du Transport de marchandises Dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure.

10. Van Acht/Bauw, o.c., p. 20.

11. Het was overigens dankzij de Nederlander D. Josephus Jitta (toen voorzitter van de International Law Association) dat de unificatie van het kooprecht in de jaren '20 een politiek item is geworden.

het na diverse concepten op de Haagse diplomatieke conferentie van 1964 tot de vaststelling van de Eenvormige Wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (LUVI) en de Eenvormige Wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken (LUF). Beide verdragen zijn in Nederland in 1972 werking getreden doch waren weinig succesvol nu dit slechts in acht andere landen gebeurde, voornamelijk omdat het geüniformeerde recht tezeer was geënt op de Westeuropese stelsels.¹² Beide verdragen zijn thans vervangen door het Weens Koopverdrag (CISG) uit 1980, gemaakt onder auspiciën van UNCITRAL en in Nederland ingevoerd in 1992. Hoewel al 45 landen het CISG ratificeerden en het in dat opzicht succesvol is, wordt de inhoud van mindere kwaliteit geacht: juist opdat ook derde wereld-landen konden instemmen met de tekst, heeft deze het karakter van een compromis: er is minder in geregeld dan in de Haagse verdragen en sommige bepalingen zijn nogal vaag.¹³ Zo vindt men in art. 25 CISG een cryptische omschrijving van wanneer precies sprake is van 'fundamental breach', toch een essentieel concept in de regeling.

In hoeverre zijn deze regelingen nu beïnvloed door het Nederlandse recht? Persoonlijke anekdoten daargelaten,¹⁴ is het mogelijk om aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis¹⁵ vrij letterlijk de lotgevallen van de voorgestelde artikelen te volgen. Een klein onderzoek dat ik verrichtte naar de totstandkoming van het CISG leert dat de Nederlandse vertegenwoordigers diverse voorstellen voor artikelen

12. Zie voor een overzicht met uitgebreide literatuuropgave bijv. Franco Ferrari, *Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*, preadvies VBR 1995, Lelystad 1995, p. 81 v.

13. Zie M.J. Bonell, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG — Alternatives or Complementary Instruments?* Uniform LR NS 1 (1996) p. 27. Anderen menen dat de verschillen gering zijn: vgl. Ferrari, o.c., p. 92.

14. Tunc verhaalt over de ontwerpcommissie voor de LUVI '...nous assistions à des luttes de géants. Les discussions entre Meijers et Rabel, en particulier, pouvaient durer très longtemps...'. Zie F.J.A. van der Velden, *Het Weense Koopverdrag 1980 en zijn rechtsmiddelen*, diss. Utrecht 1988, p. 441.

15. *Conférence Diplomatique sur l'unification du droit en matière de la vente internationale 1964: Actes et Documents*, vol. I-II, Den Haag 1966 en John O. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Deventer 1989. Zie voor overige documenten de opgave bij Von Caemmerer/Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München 1990, p. xliii v.

en voor amendementen hebben gedaan, doch dat deze vrijwel allemaal zijn verworpen.¹⁶ Ook van andere landen kan men niet zeggen dat zij een uitgesproken invloed hadden op de inhoud van de regeling.

Op het terrein van de Europese Richtlijnen kan men enige Nederlandse invloed aanwijzen. Een kleine greep: in de richtlijn produktenaansprakelijkheid uit 1985¹⁷ staan de begrippen gebrek en veiligheid centraal, waartoe inspiratie werd geput uit art. 6.3.13 van het ontwerp-BW (dat overigens nog uitging van een schuldaansprakelijkheid).¹⁸ De richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten lijkt zeer op de Nederlandse regeling der algemene voorwaarden in afd. 6.5.3 BW, zowel qua systeem als qua afzonderlijke bepalingen.¹⁹ Stellen dat beide regelingen een uitgesproken invloed hebben ondergaan van het Nederlandse recht, zou echter overtrokken zijn. Voor zover dat al het geval is, lijkt deze invloed te zijn weggeïmmoneerd in de 'travaux préparatoires'. Ook in andere richtlijnen die ik summier bestudeerde, lijkt dit het geval.²⁰

Dit brengt mij op een kernpunt van mijn betoog. Mijns inziens is het in beginsel onmogelijk om bij internationale regelingen van dwingende 'supranationale' aard de invloed van één bepaald land op de inhoud aan te wijzen. Ware dit anders, de regeling zou contra-

16. Zo werd door vertegenwoordiger Fokkema een voorstel gedaan voor een nieuw artikel, in te voegen na (thans) art. 52 omtrent de acties van de koper in geval van samenloop van remedies onder de CISG o.g.v. non-conformiteit enerzijds en o.g.v. bijv. dwaling onder nationaal recht anderzijds (Honnold, o.c., p. 582 v.).

17. Dir. 85/374, zoals bekend geïntegreerd in het BW (artt. 6:185-193).

18. PG Boek 6, Deventer 1981, p. 782. Zie voor de wijze waarop deze invloed tot stand kwam — via twee andere ontwerpverdragen — A.J.O. van Wassenae van Catwijk, *Produktenaansprakelijkheid in Europees verband*, 2de dr., Zwolle 1991, p. 4.

19. Dir. 93/13. Zie E.H. Hondius, *Naar een Europees contractenrecht: de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten*, NTBR 1993, p. 108. Voor verschillen zie men R.H.C. Jongeneel, *Een richtlijn die weinig schade aanricht*, TvC 1993, p. 117 v.

20. Zie bijv. de in 1994 ingetrokken ontwerp-richtlijn aansprakelijkheid voor gebrekkige diensten, waarover J. Spier en C.H.W.M. Sterk, *Aansprakelijkheid voor gebrekkige diensten*, NJB 1990, p. 1517 v. en de richtlijn consumentencrediet (Dir. 87/102). De regeling van de agentuurovereenkomst (art. 7:428 v. BW) had wel invloed op de richtlijn 86/653. Zie voor de opvallende gelijkenissen tussen het Nederlandse ipr-vertegenwoordingsrecht en de Hague Convention on the Law Applicable to Agency 1978 H.L.E. Verhagen, *Agency in Private International Law*, diss. Nijmegen 1995, p. 197.

productief zijn.²¹ Het is immers in het volkenrechtelijk verkeer een eenvoudige psychologische wet dat zodra een bepaald land zijn mening wil doordrukken, andere soevereine landen niet bereid zijn om die mening te aanvaarden. Zelfs als invloed zou bestaan, zal het overheersende land dit trachten te verhullen om zo een mislukking van totstandkoming en ratificatie te voorkomen. Dit verklaart waarom bijv. in de Haagse Verdragen een zo neutraal mogelijk taalgebruik is gebezigd: nieuwe termen als aflevering en wezenlijke tekortkoming werden geïntroduceerd.²² En ondanks dat zijn deze Verdragen toch 'mislukt' omdat zij nog tezeer waren afgestemd op de Westeuropese rechtscultuur. De paradox is dus dat hoe meer invloed van een land op de bindende regeling bestaat, hoe minder bindend deze in de praktijk zal zijn omdat andere landen deze niet wensen te aanvaarden.

De uitweg uit deze impasse kan van tweeërlei aard zijn. In de eerste plaats kan men in de verdragstekst ruimte laten voor een grote interpretatievrijheid van de nationale rechter. Op die manier bestaat *in naam* een geüniformeerde regeling, maar is de praktijk dat in elk land op een eigen wijze wordt geïnterpreteerd.²³ De nationale invloed op de supranationale regeling is dan afkomstig van de rechter. In de tweede plaats is denkbaar dat men geheel en al afziet van een bindende regeling en een tekst vervaardigt die intrinsieke overtuigingskracht heeft. In dat laatste geval kan men daadwerkelijk één rechtsstelsel voortrekken boven een ander. Deze laatste techniek is toegepast bij de samenstelling van de Unidroit- en Lando Principles. Zij komen thans voor het voetlicht.

3. DE PRINCIPLES EN HET NEDERLANDSE RECHT

Aan de twee sets contractenrechtelijke beginselen die de afgelopen drie jaar het licht hebben gezien, is al veel aandacht besteed.²⁴ Ener-

21. Vgl. M.J. Bonell, *The Unidroit Principles*, o.c., p. 229 v.

22. Van der Velden, diss., p. 441.

23. Hoewel men dit zal trachten te voorkomen door in het verdrag een uitlegbeeping op te nemen die verplicht tot een verdragconforme interpretatie. Ik verwijs naar B.W.M. Trompenaars, *Pluriforme unificatie en uniforme interpretatie*, diss. Utrecht 1989, Deventer 1989, p. 101 v. en F.J.A. van der Velden, *Indications of the Interpretation by Dutch Courts of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980*, in: *Netherlands Reports to the 12th International Congress of Comparative Law 1986*, The Hague 1987, p. 21 v.

24. Voor een overzicht de bijdrage van Ewoud Hondius in: Hartkamp e.a. (eds.), *To-*

zijds zijn daar de Principles of International Commercial Contracts (PICC), samengesteld door Unidroit en verschenen in 1994,²⁵ anderzijds zijn er de Principles of European Contract Law (PECL), met financiële steun van de Europese Unie samengesteld door een commissie onder voorzitterschap van de Deen Lando.²⁶ Een eerste deel over met name nakoming en niet-nakoming is van die laatste in 1995 verschenen; deel 2 over totstandkoming en geldigheid van de overeenkomst staat thans gepland voor eind 1997. Verschillen in toepassingsbereik (zowel qua territorium als qua type contract) daargelaten, is voor mijn doel van belang dat beide regelingen geen bindend instrument zijn en hun gezag geheel en al moeten ontleen aan hun 'persuasive authority'.²⁷ Waar het CISG het *politiek* maximaal haalbare codificeert, daar kunnen deze beide sets van Principles worden beschouwd als de *juridisch* ideaal geachte beginselen; de PECL zijn zelfs aangeduid als 'European lex mercatoria'.²⁸ Men kon daartoe komen omdat de opstellers van beide regelingen niet een regeringsstandpunt behoeften in te nemen en politieke compromissen dus niet nodig waren. De opstellers van de Unidroit Principles waren zich er wel van bewust diverse juridische culturen te moeten over-

wards a European Civil Code, Nijmegen 1994, p. 1 v., in geactualiseerde versie als introductory paper voor het gelijknamige congres, Den Haag 1997.

25. Rome 1994. Zie bijv. A.S. Hartkamp, The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code, in: CJHB (Brunner-bundel), Deventer 1994, p. 127 v., dez., The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Comparability and Evaluation, Dordrecht 1994, p. 85 v., bijdragen aan AJCL 40 (1992). A.S. Hartkamp was Nederlands lid van de Working Group.
26. Lando/Beale (eds.), The Principles of European Contract Law Part I, Dordrecht 1995. Waarover Madeleine van Rossum review essay, MJ 3 (1996) p. 69 v., Reinhard Zimmermann, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, JZ 50 (1995) p. 477 v., Ole Lando, Is codification needed in Europe? ERPL 1 (1993) p. 157 v. Nederlanders betrokken bij de totstandkoming zijn A.S. Hartkamp, E.H. Hondius en F.J.A. van der Velden. Zij zijn geen van allen lid van de Drafting Group of Editing Group.
27. Vgl. Introduction, p. ix. Voor inhoudelijke verschillen M.J. Hoekstra, De Unidroit Principles of International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law: een vergelijking, in: Europees privaatrecht 1996, Lelystad 1996, p. 3 v., Arthur Hartkamp, The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, ERPL 2 (1994) p. 341 v.
28. Lando/Beale, o.c., p. xviii.

bruggen zodat bijv. én het beginsel van de bindende kracht én een vergaande aantasting daarvan zijn neergelegd in de PICC.²⁹ Het blijft de intrinsieke overtuigingskracht van de Principles die bepalend is, zoals ook blijkt ook uit hun doelstelling: o.a. het bieden van een oplossing waar partijen hun overeenkomst beheerst willen zien door extreem vage normen als de 'general principles of law' of de 'lex mercatoria' en helpen bij de interpretatie en aanvulling van al bestaande verdragen.³⁰ De PECL zouden bovendien een aanzet zijn voor een uniform Europees contractenrecht.

Hiermee zijn twee juridische teksten geschetst waarvan de verhouding tot het Nederlands privaatrecht, in het bijzonder het BW, een intrigerende is. Omdat geen sprake is van bindende teksten kan men verwachten dat een eventuele invloed van dat BW hier veel eerder valt te achterhalen. Dit is met name het geval omdat van het BW wel wordt gezegd dat het een 'modeltekst' is, een compilatie van het beste van diverse rechtsstelsels, die een belangrijke invloed kan uitoefenen op toekomstige codificaties elders én op internationale regelingen. Indien immers met gebruikmaking van zoveel rechtsvergelijkende gegevens als in het BW is geschied, voor- en nadelen van regelingen worden afgewogen, is het voor ontwerpers van een internationale regeling nuttig om het BW als inspiratiebron te gebruiken. Dit is precies waarop Meijers doelde toen hij aangaf dat het ontwerpen van een nieuw BW is 'waarin ook een klein volk groot kan zijn'.³¹ Waar Zweigert en Kötz het BW 'a style of its own, based on the *ius commune* of continental Europe' toekennen, zien ook zij een voorbeeld-functie weggelegd.³²

De beide sets van Principles zijn in wezen de vuurproef voor de

29. Zie voor die artt. 1.3 en 3.10 hieronder. Vgl. Alejandro M. Garro, *The Gap-Filling Role of the Unidroit Principles in International Sales Law*, Tulane LR 69 (1995) p. 1160.

30. PICC Preamble en p. 4.

31. Zie zijn Wijzigingen en aanvullingen van het Burgerlijk Wetboek na 1838, VPO I, Leiden 1954, p. 136.

32. Zweigert/Kötz/Weir, *Introduction to Comparative Law*, 2nd. ed., Oxford 1992, p. 105. Zie voorts G.R. de Groot, *Export van ons Nieuw BW*, NTBR 1992, p. 26 v. en A.S. Hartkamp, *Opmerkingen over de verhouding tussen internationale unificatie en nationale (her)codificatie*, o.c., p. 102. Zie voor een toepassing van de gedachte op het aansprakelijkheidsrecht recent Helmut Koziol, *Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadenersatzrecht*, ZEuP 1996, p. 587 v.

haalbaarheid van deze export: indien zij Nederlandse invloed hebben ondergaan, is dat wellicht een aanwijzing voor de mate waarin dat ook in nationale codificaties — met name in Oost-Europa — zal gebeuren.

Denkbaar is dat de Principles op twee manieren in verband staan met het Nederlandse recht. Het is allereerst de materieelrechtelijke inhoud der bepalingen die hier aan de orde komt. De gelijke doelstelling en deels opvallend gelijke inhoud van beide regelingen staat toe dat zij tezamen worden behandeld. Het is daarbij overigens moeilijker om directe verbanden te vinden tussen het Nederlandse recht en de PICC dan tussen het Nederlandse recht en de PECL: in het commentaar bij de PICC is principieel afgezien van verwijzingen naar nationaal recht die de oorsprong en de ratio van de regeling kunnen verduidelijken om aldus het internationale karakter te benadrukken.³³ Ik betwijfel of dit verstandig is bij 'soft law' als de Principles omdat kennis van de nationale herkomst van een regel juist kan helpen deze te begrijpen. Dat dit contraproductief zou zijn, juist omdat bij de totstandkoming het ene rechtstelsel belangrijker was dan het andere, zoals Bonell meent,³⁴ zie ik niet in: indien de ontwerpers bijv. menen dat art. 6:228 BW de mondiaal ideale dwalingsregeling bevat, kan dit beter worden aangegeven opdat ook de toepassingen van die regeling door de Nederlandse rechter als inspiratiebron kunnen dienen. Wat daarvan zij, het betekent dat in deze bijdrage de nadruk wordt gelegd op de PECL, waar een rechtsvergelijkend commentaar op de bepalingen wél aanwezig is.

In de tweede plaats wordt aangetoond hoe de wisselwerking van Principles en BW in de toekomst zal kunnen verlopen. Waar in paragraaf 4 de totstandkoming van de Principles in het verleden wordt besproken, komt in paragraaf 5 hun toepassing in de toekomst aan de orde.

4. DE INVLOED VAN HET NEDERLANDS BW OP DE TOTSTANDKOMING DER PRINCIPLES

Wie rechtsvinding ziet als het door de rechter maken van keuzes

33. PICC, p. viii.

34. The Unidroit Principles, o.c., p. 234. Een tipje van de sluier over de totstandkoming der PICC wordt wel opgelicht in de bijdragen over de PICC in AJCL 40 (1992) p. 541 v. Zie met name de zeer informatieve bijdrage van Denis Tallon, p. 675, die meldt dat de Engelse en Franse vertalingen van het (toen nog) ontwerp-BW 'most useful' waren.

binnen een beschikbare normeninventaris, een zg. arsenaal aan oplossingen, komt er als wetgever toe om zoveel mogelijk kwalitatief hoogwaardige regels neer te leggen in een codificatie. Dat deze *systematisch* innerlijk tegenstrijdig zijn en wellicht stammen uit diverse juridische tradities, is dan niet erg. Het is aan de rechter om een keuze te maken. Zo kan de Nederlandse rechter uit de voeten met een BW waarin wellicht het beste uit én de continentale én de Anglo-Amerikaanse traditie is neergelegd: de rechtshandeling, de volmacht en de algemene voorwaardenregeling uit Duitsland, de undue influence, misrepresentation en anticipatory breach uit Engeland en de imprévision uit Frankrijk.³⁵

De vraag of de samenstellers van de Principles hebben geprofiteerd van de kennis, neergelegd in het BW, is in algemene zin eenvoudig te beantwoorden. Voor de PICC heeft voorzitter van de Working Group Bonell gezegd dat inspiratie is geput uit niet alleen het BW, maar ook uit andere recente teksten als de Amerikaanse Uniform Commercial Code, het CISG en het (toen nog ontwerp) BW voor Québec 1994.³⁶ Blijkens uitspraken van Gorla en Schmitthoff speelden de ontwerpen van Meijers zelfs al een rol toen vanaf 1971 nog slechts een 'Steering Committee' een eerste onderzoek verrichtte naar de mogelijkheid van het samenstellen van mondiale contracten-rechtelijke beginselen.³⁷

Voor de PECL heeft Lando opgemerkt dat zijn commissie 'has benefitted greatly from the Dutch experiences and from the provisions of the NBW'.³⁸ Bij de samenstelling van de PECL is echter ook uitgebreid geput uit andere teksten dan het BW.

Omdat het commentaar op de PECL verwijzingen bevat naar de inspiratiebronnen, verrichtte ik ter nadere bepaling van de Nederlandse invloed een kwantitatief onderzoekje naar de verwijzingen — met instemming of afkeuring aangehaald door de Lando-commissie — naar het Nederlandse recht. Met het methodische voorbehoud dat

35. Vgl. B. Wessels, Civil Code Revision in the Netherlands: System, Contents and Future, NILR XLI (1994) p. 196 v. Vgl. ook de bijdragen van Hondius, Hartkamp en Vranken aan AcP 191 (1991) p. 377 v.

36. M.J. Bonell, Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles (...), AJCL 40 (1992) p. 622.

37. Zie de citaten bij Smith, o.c., p. 56 en 58.

38. Ole Lando, Is codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and the relationship to Dutch law, ERPL 1 (1993) p. 158.

cijfermatige gegevens niet zaligmakend zijn en dat enkel het eerste deel van de Principles kon worden gezien, kan men er wel een eerste indruk aan ontleen. Wat opvalt, is dat slechts verwijzingen naar het BW zijn opgenomen; Nederlandse rechtspraak ontbreekt geheel en naar Nederlandse literatuur wordt zeer sporadisch verwezen. Het totaal aantal verwijzingen naar kennelijke inspiratiebronnen voor de Lando-commissie bedraagt 1375. In overeenstemming met de door Lando toegelichte werkwijze dat aan het recht van alle lidstaten aandacht is besteed maar niet steeds in gelijke mate,³⁹ kunnen de verwijzingen in drie groepen worden ingedeeld.⁴⁰

De koppositie wordt ingenomen door de vier grote landen binnen de Europese Unie met een aandeel van elk meer dan 8% in het totaal aantal verwijzingen. Het aantal verwijzingen naar Duitse wetgeving, rechtspraak of literatuur blijkt het grootste (11,1%), gevolgd door verwijzingen naar Frans (9,6%), Engels (8,9%) en Italiaans (8,5%) recht. In een tweede groep treft men Griekenland (8,0%), België (7,9%), Denemarken (7,4%), Nederland (7,3%) en Portugal (6,5%) aan. Ten slotte zijn er bronnen met een aandeel van minder dan 5%, waarbij het CISG de koppositie heeft (4,7%), gevolgd door Schots en Spaans recht (elk 4,1%), Iers recht (3,3%), overige teksten⁴¹ (3,3%), Luxemburgs recht (3,1%), Amerikaans recht (1,9%) en Zwitsers recht (0,3%).

Dit resultaat acht ik voor het Nederlandse recht enigszins teleurstellend. De aantallen verwijzingen per land komen grofweg overeen met de plaats die dat land in de Europese Unie *qua grootte* inneemt. Dat het Nederlandse BW op grond van zijn intrinsieke overtuigingskracht een belangrijker inspiratiebron was dan de Franse Code Civil of het Deense recht, blijkt uit de cijfers niet. Onderzoekt men bij welke leerstukken het BW meer uitgebreid aan de orde komt en niet wordt volstaan met een enkele losse verwijzing, dan blijkt dit met

39. Is codification needed in Europe?, o.c., p. 168.

40. Geen betekenis werd toegekend aan een verwijzing naar 'civil law', 'common law' of 'nordic countries'. Een verwijzing naar 'UK' werd geteld als Engels recht. Het aantal verwijzingen naar Engels recht is vertekend omdat ter illustratie van de 'civil law'-benadering de commissie vele verwijzingen naar Europees-continente landen kon geven (en geeft) terwijl de 'common law'-benadering enkel aan de hand van Engels, Iers en soms Amerikaans recht kan worden geïllustreerd.

41. Zoals het EVO, EG-Richtlijnen en de Nordic Sales of Goods Act.

name te zijn op het terrein van de niet-nakoming (art. 3.103-105), de redelijkheid en billijkheid (art. 1.104, 1.106), de prijsbepaling (art. 2.101) en de anticipatory breach (art. 4.304). Op deze laatste drie terreinen lijkt het Nederlandse recht ook inhoudelijk te hebben bijgedragen aan de PECL want daar werden strijdvragen beslist in overeenstemming met en onder uitdrukkelijke verwijzing naar (o.a.) het Nederlandse recht. Hier komen achtereenvolgens de rol van de redelijkheid en billijkheid en andere open normen, de prijsbepaling en de dwaling aan de orde. De dwaling is interessant omdat — ondanks het nog ontbreken van commentaar van de Lando-commissie — het daaraan gewijde artikel in de PECL een wel zeer opvallende gelijkenis vertoont met art. 6:228 BW. De niet-nakoming komt kort aan de orde omdat daar expliciet een van het Nederlandse recht afwijkende lijn is gevolgd.

Het meest sprekend is de rol die in de Principles wordt toegekend aan de redelijkheid en billijkheid. Volgens art. 1.6 PECL dienen partijen bij het uitoefenen van hun rechten en het nakomen van hun verplichtingen te handelen in overeenstemming met ‘good faith and fair dealing’. Hiermee is een keuze gemaakt tussen twee stelsels: enerzijds het Duitse waar de redelijkheid en billijkheid in beginsel het gehele contractenrecht doortrekt, anderzijds het Engelse waar een algemeen beginsel van ‘good faith’ ontbreekt.⁴² Helaas wordt niet expliciet duidelijk gemaakt waar de PECL in deze staan, maar wel wordt opgemerkt dat het Nederlands recht nog verder gaat dan het Duitse nu de leden 2 van art. 6:2 en 6:248 BW de Nederlandse rechter in staat stellen een contractueel rechtsgevolg te vervangen door een uitkomst die hij rechtvaardiger acht.⁴³ Geheel begrijpelijk is dit niet nu de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ook naar Duits recht buiten twijfel staat; voor dit betoog relevant is dat kennelijk de vergaande betekenis die in Nederland wordt gehecht aan de redelijkheid en billijkheid mede ten voorbeeld strekte aan de PECL, waarbij blijkens Comment G bij art. 1.106 het conflict tussen ‘a legal rule and justice’ kan worden beslist ten gunste van de laatste, afhankelijk van de mate waarin rechtszekerheid en voorspelbaarheid in de

42. Vgl. note 1 bij art. 1.106 PECL. Zie i.h.a. M.W. Hesselink, De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst in het Franse recht, de Unidroit Principles en de Principles of European Contract Law, in: Europees Privaatrecht 1995, Lelystad 1995, p. 47 v. en Zimmermann, Konturen, o.c., p. 490.

43. Note 4 (b) bij art. 1.106 PECL.

contractuele relatie worden opgeofferd. Daarmee wordt kennelijk gekozen voor de Duitse variant (die dus qua aanvaarding van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in weinig lijkt te verschillen van de Nederlandse).

In hoeverre ook de PICC zijn geïnspireerd door de Nederlandse regeling van de redelijkheid en billijkheid, is met minder zekerheid vast te stellen doch onwaarschijnlijk is het niet. Ruim geformuleerd in art. 1.7, is duidelijk dat ook deze beperkend kan werken ten aanzien van de contractsinhoud.⁴⁴

Dit voert naar de wijze waarop zowel de PICC als de PECL zijn vormgegeven. Wat opvalt, is dat regels van zeer technische en gedetailleerde aard zijn gecombineerd met algemene beginselen en open normen. Zo vindt men in section 6.1 PICC⁴⁵ en in chapter 2 PECL een zeer gedetailleerde regeling van de nakoming naast een hele reeks contractenrechtelijke beginselen in chapter 1 PICC en in het nog in definitieve vorm te verschijnen chapter 1 PECL. Deze vormgeving is precies die van het Nederlandse BW en hoewel beide sets van Principles zwijgen over een eventuele invloed, weten wij dankzij een artikel van Lando dat de PECL in elk geval door deze wetgevingstechniek zijn beïnvloed.⁴⁶ Als voordeel van deze benadering ziet hij immers dat aldus zekerheid wordt geschapen voor *normale* gevallen, terwijl de open normen een rol vervullen indien toepassing van de gedetailleerde regels leidt tot een onrechtvaardige uitkomst in een *abnormale* situatie.⁴⁷

Deze benadering past mijns inziens bij de eerder verwoorde methode van rechtsvinding die juist bij bepalingen die het moeten hebben van hun intrinsieke overtuigingskracht de meest aangewezen is. Zo kunnen deels tegenstrijdige bepalingen naast elkaar bestaan omdat de rechtsvinder uiteindelijk bepaalt welke hij in het concrete geval wenst te gebruiken: die keuze maakt de opsteller van de tekst niet voor hem. Het bestaan van technische naast algemene regels is dus niet innerlijk tegenstrijdig.⁴⁸ Evenmin rampzalig is daarmee dat

44. Vgl. Hartkamp, CJHB, o.c., p. 129.

45. Volgens Hartkamp, CJHB, o.c., p. 133 voor wat de betaling van geldschulden aangaat geïnspireerd door afd. 6.1.11 BW.

46. Lando, *Is codification needed in Europe?*, o.c., p. 164 v.

47. Zie voor precies deze gedachte mijn *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Arnhem 1995, p. 71 v.

48. Vgl. Lando, o.c., p. 164: 'Is that not to take with one hand and give away with

in de PICC naast een neerlegging van het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst (art. 1.3) tevens een veel bekritiseerde vergaande aantasting daarvan mogelijk is in geval van 'gross disparity' tussen de wederzijdse prestaties (art. 3.10). Hyland noemt dit 'one astonishing equitable provision',⁴⁹ maar de gebruiker van de Principles is zo wel in staat om via een keuze voor hetzij het beginsel, hetzij de uitzondering daarop, tot een juist resultaat te komen. De Principles zouden een veel geringere impact hebben indien hier een keuze was gemaakt voor een meer Westers geörienteerde invulling van het contractenrecht. Aangetekend zij hierbij overigens dat voor toepassing van art. 3.10 in de visie van de ontwerpers het op onbillijke wijze voordeel trekken uit de afhankelijkheid, onervarenheid etc. van de wederpartij (par. 1 sub a) niet zozeer een gezichtspunt als wel een *eis* is. Kennelijk is gedacht aan contracten als die tussen een partij uit de Derde Wereld en uit een voormalig Oostblokland.⁵⁰ Maar dan is niet goed te begrijpen waarom dit niet is aangegeven in het artikel zelf.

Het bekende twistpunt of het ontbreken van een (bepaalbare) prijs in het contract, dit nietig maakt, is in zowel de PICC (art. 5.7) als de PECL (art. 2.101) in overeenstemming met het Nederlandse kooprecht (art. 7:4 BW) beslist: het contract is geldig. Enigszins speculatief mag in de PECL wel enige Nederlandse invloed aanwezig worden geacht want dat in dat geval 'a reasonable price' is verschuldigd, komt qua formulering precies overeen met art. 7:4 BW. Anderzijds: een 'reasonable price' is ook de formulering die in het Engelse recht wordt gebruikt.⁵¹ In de PICC lijkt Nederlandse invloed minder voor de hand liggend nu daar in eerste instantie de prijs 'generally charged' wordt aangehouden en pas in tweede instantie de redelijke prijs. Dat die laatste ook naar Nederlands kooprecht wordt vastgesteld aan de hand van de prijs die de verkoper gewoonlijk bedingt en er *praktisch* dus weinig verschil zal zijn, doet daar niet aan af.⁵²

the other?'

49. Richard Hyland, On Setting Forth the Law of Contract, AJCL 40 (1992) p. 546. Blijkens een eerste onderzoek naar de PICC in de praktijk bleek art. 3.10 de meest bekritiseerde bepaling. Zie The Use of the Unidroit Principles in Practice; Results of the first enquiry undertaken by the Secretariat of Unidroit.

50. Zie Uwe Drobnig, AJCL 40 (1992) p. 640 en Garro, o.c., p. 1161-1162.

51. Note 3 bij art. 2.101 PECL. Vgl. Zimmermann, Konturen, o.c., p. 488.

52. Asser-Schut-Hijma, Koop en ruil, 5de dr., Zwolle 1994, no. 216. De PICC

Ten slotte komt hier de dwaling aan de orde. De regeling van de dwaling in het concept-artikel 4.103 PECL is zowel inhoudelijk als qua formulering zeer gelijkend op art. 6:228 BW. Niet revolutionair is dat het vertrouwensbeginsel mee heeft gebracht dat niet het belang van de dwalende maar dat van diens wederpartij op de voorgrond treedt; dit is inmiddels Europees gemeengoed.⁵³ Wat vooral opvalt is dat in beide artikelen de dwaling, veroorzaakt door een inlichting van de wederpartij, door een ongeoorloofd zwijgen en de wederzijdse dwaling, achtereenvolgens worden genoemd. De herkomst van deze wetgevingstechniek, die in mindere mate is toegepast in art. 3.5 PICC,⁵⁴ is niet eenvoudig te achterhalen; te gemakkelijk is in elk geval de conclusie dat de ontwerpers zich geheel op het BW hebben gebaseerd. Het Gewijzigd Ontwerp voor het latere art. 6:228 was nl. ook weer geïnspireerd door het zg. Unidroit-ontwerp van 31 mei 1972 omtrent de geldigheid van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken,⁵⁵ waarin de drie gevallen reeds werden onderscheiden. De eisen, zoals thans neergelegd in art. 6:228 BW, vindt men in essentie ook reeds terug in het ontwerp. Bij verschijnen van het commentaar van de Lando-commissie op art. 4.103 zal wellicht blijken hoezeer de bepaling is beïnvloed door het Nederlands BW.

De thans gegeven voorbeelden zijn natuurlijk slechts enkele gevallen waarin de Nederlandse invloed op het internationale contractenrecht min of meer aan te tonen valt. Andere regels kunnen worden genoemd waarin de invloed ontbreekt. Met name op het terrein van de niet-nakoming, centraal onderdeel van het eerste deel der PECL en

volgen hiermee art. 55 CISG. Op dit punt is vrijwel niet gediscussieerd door de samenstellers: zie Marcel Fontaine, *Content and Performance*, AJCL 40 (1992) p. 647.

53. Vgl. Dietrich Maskow, *Substantive Validity*, AJCL 40 (1992) p. 639.

54. Dit artikel wijkt ook inhoudelijk af van het BW en de PECL waar het in één geval (par. 1 sub b) voor een succesvol dwalingsberoep eist dat de wederpartij van de dwalende nog niet in vertrouwen op het bestaan van een geldig contract heeft gehandeld. Maar deze eis wordt niet over de gehele linie gesteld: in par. 1 sub a vindt men de drie categorieën van art. 6:228 BW terug, waarmee het dwalingsberoep in de PICC in ruimere mate lijkt toegelaten dan in BW en PECL.

55. Overigens deels weer gebaseerd op het Ontwerp-Meijers voor het latere art. 6:228. Zie PG Boek 6, p. 909 v. (MvA) en J.G. Sauveplanne, *Geldigheidsvereisten voor internationale koopovereenkomsten*, in: Van Opstall-Bundel, Deventer 1972, p. 144.

het onderwerp waaraan in de PICC de meeste bepalingen zijn gewijd, lijkt bewust te zijn gekozen voor een afwijken van het Nederlandse recht wat het concept van de tekortkoming aangaat. Misschien zullen de praktische uitkomsten in hoofdzaak niet veel verschillen van die waartoe art. 6:74 e.v. BW leiden⁵⁶ en is het systematische uitgangspunt in zowel de Principles als het BW (anders dan in het Duitse recht) één centraal begrip tekortkoming ('non-performance'), zeker is dat zowel in art. 7.3.1 PICC als in art. 4:301 PECL voor de ontbinding het concept van de 'fundamental non-performance' wordt omarmd: de tekortkoming moet wezenlijk zijn om de inbreuk op het beginsel van de bindende kracht te kunnen rechtvaardigen.⁵⁷ Het Nederlandse BW (art. 6:265 BW) stelt een zodanige eis bewust niet.

Al met al lijkt de invloed die is uitgegaan van het BW op de beide sets van Principles niet zo groot als men op grond van zijn modelkarakter geneigd zou zijn te denken. Zowel de kwantitatieve als de (beknopte) inhoudelijke analyse bevestigen deze conclusie. Dit laat echter onverlet dat bij de toepassing van de Principles binnen én buiten Nederland het BW een belangrijke rol kan vervullen. Op welke wijze tracht ik in de volgende paragraaf te laten zien.

5. INTERPRETATIE EN AANVULLING NAAR ALGEMENE BEGINSELEN

Het geringe succes van de Haagse Koopverdragen uit 1964 wat betreft hun ratificatie enerzijds, en het geringe succes van het CISG 1980 wat betreft zijn inhoud anderzijds, lijkt te impliceren dat de keuze bij unificatie is: *hetzij* een kwalitatief hoogwaardige want compromisloze tekst die in weinig landen wordt ingevoerd, *hetzij* een gedeeltelijk inhoudsloze en fragmentarische tekst die op meer instemming rekenen mag. Men ontgaat dit dilemma door een tekst op te stellen die niet bindend is, zoals in het geval van de Principles. Deze tendens naar 'soft law' past goed in het rechtstheoretisch klimaat van de laatste decennia dat zich afkeert van positivisme en zich meer natuurrechtelijk oriënteert: waar de evidentie van bepaalde contractenrechtelijke beginselen zich opdringt, bestaat geen behoefte aan een bindend instrument.

Maar een unificatie op basis van 'persuasive authority' van beginselen, vergt méér dan enkel *het opstellen* van die beginselen.

56. Zie Hartkamp, CJHB, o.c., p. 134.

57. Vgl. Zimmermann, Konturen, o.c., p. 484 voor dit uit het Engelse recht afkomstig concept.

Tevens is een methode vereist waarmee de toepasser in staat is na te gaan welke oplossing in het concrete geval het beste past in het gewenste *ius commune*. Zeker de PICC bevatten immers deels tegenstrijdige bepalingen waaruit de rechtsvinder een keuze moet maken wanneer hij de Principles gebruikt. Bovendien is niet zelden de vraag hoe een bepaling van de Principles moet worden geïnterpreteerd en hoe de Principles in geval van een leemte dienen te worden aangevuld.

Art. 1.6 PICC en art. 1.104 PECL schrijven beide een autonome interpretatie voor, resp. in overeenstemming met hun ‘international character’ en ‘their purposes including the need to promote uniformity in their application’ (PICC) en in overeenstemming met ‘their purposes’ waarbij in het bijzonder rekening moet worden gehouden met ‘the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application’ (PECL).⁵⁸ Interpretatie geschiedt dus in de context van de Principles en niet in overeenstemming met een bepaald nationaal recht.

Indien een rechtsvraag wel binnen de reikwijdte van de Principles valt maar een antwoord niet expliciet wordt gegeven, moet deze in de PECL zoveel mogelijk worden beantwoord in overeenstemming met ‘the ideas underlying the Principles’; is dit niet mogelijk, dan wordt het recht dat overeenkomstig het ipr van toepassing is, toegepast.⁵⁹ Volgens de PICC geschiedt aanvulling van de Principles zoveel mogelijk in overeenstemming met ‘their underlying general principles’, nl. binnen hun ‘systeem’: daartoe moet eerst worden gezien of door middel van analogie met wél geregelde gevallen een oplossing kan worden bereikt. Pas als dat niet lukt, mogen de onderliggende beginselen worden aangesproken.⁶⁰ Als ultimum remedium geldt het krachtens het ipr toepasselijke recht.

Het belang dat de ontwerpers der Principles hechten aan een uniforme, internationale, interpretatie is hiermee wel aangetoond. Minder helder is hoe men zich deze in de praktijk moet voorstellen. Indien de Principles daadwerkelijk worden gebruikt bij het oplossen

58. Beide bepalingen zijn zonder twijfel geïnspireerd door art. 7 CISG.

59. Vgl. Comment G bij art. 1.104 PECL.

60. Comment 4 bij art. 1.6 PICC. Gesuggereerd lijkt te worden dat de analogiserende dan zonder toepassing van een algemeen beginsel plaatsvindt, maar dat is niet mogelijk: analogie impliceert extensie o.g.v. een beginsel.

van een concreet geschil in overeenstemming met de *lex mercatoria*⁶¹ en de oplossing is niet onmiddellijk uit de Principles af te leiden, dan is moeilijk voorstelbaar dat die snel kan worden gevonden door een onderzoek naar 'purposes' en 'systeem' van de Principles, zeker nu vooralsnog een uitgebreide casuïstiek van toepassing der afzonderlijke bepalingen ontbreekt.

Hoewel hierop geen enkele toespeling wordt gemaakt in het commentaar bij de interpretatiebepalingen van de Principles, zou mijns inziens de inspiratie voor uniforme uitleg en aanvulling daarom moeten worden ontleend aan *andere* teksten waarvan tevens kan worden aangenomen dat zij algemene beginselen van contractenrecht formuleren. Van de op die teksten gebaseerde rechtspraak kan men dan tevens profiteren. Bepalingen uit het Nederlands BW, maar ook sommige artikelen van het CISG, en de daarop gebaseerde rechtspraak, kunnen die rol vervullen. Welke bepalingen daarvoor in aanmerking komen, wordt natuurlijk wel bepaald door de inhoud van de Principles: is daarin een bepaalde regel als internationaal beginsel met uitsluiting van andere aanvaard, dan wordt met bepalingen van andere oorsprong slechts rekening gehouden voor zover deze daarmee overeenkomen.⁶² Zoals al eerder benadrukt, is juist daarom ook van groot belang dat de herkomst van een Principle wordt aangegeven door de ontwerpers.

Op deze manier zal het (in elk geval door de Lando-commissie) gewenste *ius commune* kunnen ontstaan in een wisselwerking van diverse nationale én internationale bronnen, niet van bovenaf opgelegd, maar in een proces van organische groei.⁶³ Zoals de Principles kunnen worden gebruikt bij de uitleg van onduidelijke bepalingen in bijv. het CISG, zo kunnen bij de uitleg en aanvulling van de Principles, weer andere bronnen een rol spelen. Hoe meer dit gebeurt, hoe

61. De Principles hebben natuurlijk ook andere functies, maar ik beperk mij hier tot het geval waarin partijen hebben aangegeven dat hun contract door deze of door de *lex mercatoria* wordt beheerst of het onmogelijk blijkt de toepasselijke nationale regel vast te stellen (Preamble bij PICC en art. 1.101 PECL).

62. Zie voor een vergelijking van CISG en PICC Hartkamp, *Comparability*, o.c., p. 85 v. en Garro, o.c., p. 1149 v., voor een vergelijking van BW en PICC Hartkamp, CJHB, o.c., p. 127 v. Zie voorts Ulrich Magnus, *Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht*, *RabelsZ* 59 (1995) p. 469 v.

63. Klaus Peter Berger, *Die UNIDROIT-Prinzipien für Internationale Handelsverträge*, *ZVglRWISS* 94 (1995) p. 234 spreekt van een 'systemimmanente einheitlichen Auslegung auf internationaler Basis'.

beter een gemeen contractenrecht zich kan ontwikkelen. Het BW, volgens Zweigert en Kötz immers gebaseerd op het *ius commune* van continentaal Europa, heeft daarin een belangrijke rol te vervullen. Twee voorbeelden — nu niet ontleend aan de eerder in paragraaf 4 besproken bepalingen omdat daar een Nederlandse invloed ook bij de toepassing nogal voor de hand ligt — kunnen dit verduidelijken.

In de eerste plaats wordt gewezen op de wijze van totstandkoming van de overeenkomst. Het systeem, neergelegd in artt. 2.2-2.14 PICC, gelijkt, behoudens detailverschillen, bijzonder op dat van de regeling in het CISG⁶⁴ en bovendien op de artt. 6:217-6:227 BW. In art. 2.2 PICC (en vergelijk art. 14 s. 1 CISG) wordt het aanbod omschreven als een voorstel om een overeenkomst te sluiten, mits dit: 'is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance'. Geheel duidelijk is evenwel niet wanneer aan deze eisen is voldaan. In het Unidroit-commentaar bij de eerste eis wordt bijv. opgemerkt dat het onmogelijk is in algemene termen aan te geven wanneer een voorstel voldoende bepaald is en dat zelfs het ontbreken van een prijs en plaats en tijd van nakoming in het aanbod nog niet automatisch betekent dat geen bindend aanbod bestaat. Alles komt aan op de bedoeling van partijen en de interpretatie van het voorstel.⁶⁵ Hieruit spreekt dezelfde geest als uit de Nederlandse regeling. Voorstelbaar is nu dat zich een, met toepassing van de PICC te beoordelen, geval voordoet waarin de vraag is of een advertentie waarin een zaak te koop wordt aangeboden kan worden opgevat als een bindend aanbod. In dat geval lijkt mij zeer wel denkbaar dat de algemene richtlijnen van de PICC worden ingevuld aan de hand van Nederlandse rechtspraak. Het arrest Hofland/Hennis⁶⁶ kan hier de weg wijzen.

In bovenstaand voorbeeld is het Nederlandse recht met name van groot belang bij de interpretatie van art. 2.2 omdat in weinig andere landen een zozeer op de PICC-regeling gelijkend systeem bestaat. Dat is anders in het tweede voorbeeld dat ik geef: in art. 2.105 PECL is getracht het gemeenrechtelijk beginsel inzake de kwaliteit van de door de debiteur te verrichten prestatie te verwoorden. Indien deze niet door partijen zelf is aangegeven, moet de prestatie van tenminste

64. Vgl. Garro, o.c., p. 1166 v.

65. Comment 1 bij art. 2.2 PICC.

66. HR 10 april 1981, NJ 1981, 532.

gemiddelde kwaliteit zijn. Art. 6:28 BW kent een soortgelijke regel voor de levering van soortzaken indien binnen de soort diverse kwaliteiten bestaan. In vele andere Europese landen bestaan regels van gelijke strekking.⁶⁷ Bepalend is wat soortgelijke partijen te goeder trouw als redelijk zouden beschouwen, waarbij de aard van de overeenkomst en eventuele gebruiken van belang zijn (art. 1:108 PECL). Hieruit spreekt wederom dezelfde geest als uit de Nederlandse regeling (zie nog art. 7:17 lid 2 BW). Moet nu in een concreet geval worden vastgesteld of een geleverde zaak naar het Europees *ius commune* van gemiddelde kwaliteit is, dan kan wederom worden teruggevallen op casuïstiek uit Nederland, alsmede uit andere landen met soortgelijke bepalingen. Door vergelijking van gevallen met elkaar, kan de toepasser der Principles dan vaststellen wat rechtens is.

Beide voorbeelden zijn uit te breiden met andere. Zo is m.i. aanvulling van in de Principles slechts rudimentair geregelde leerstukken aan de hand van het Nederlandse recht goed mogelijk. Aan de opschorting zijn in de PICC bijvoorbeeld slechts twee bepalingen gewijd (art. 7.1.3 en 7.3.4). De Nederlandse opschortingsregeling voorziet in veel meer aspecten en zou, waar de PICC het antwoord schuldig blijven, als inspiratiebron kunnen dienen. Het gaat mij er hier vooral om dat de invloed van het Nederlands BW op de vorming van een internationaal contractenrecht nog niet heeft afgedaan nu Principles zijn geformuleerd: het is pas *in hun toepassing* dat de eerste stappen naar werkelijke eenwording worden gezet en daarbij heeft het BW een niet te verwaarlozen rol te vervullen.

6. SLOT

Misschien dat de resultaten waartoe mijn bescheiden onderzoek naar de Nederlandse invloed op het internationaal contractenrecht heeft geleid, teleurstellend zijn voor de lezer. Meijers' ideaal dat het BW een gidsrol zou vervullen, óók bij de vorming van uniform recht, lijkt niet vervuld. Maar dat is een conclusie die vooral is gebaseerd op een onderzoek naar wat in de teksten van internationale oorsprong zelf valt aan te treffen over het Nederlandse recht. Noch de in paragraaf 2 in het algemeen besproken mogelijke Nederlandse invloed op het bindende verdragenrecht, noch de in paragraaf 4 en 5 voor het voetlicht gebrachte Principles laten op grond van harde feiten de

67. Zie voor een overzicht Note 1 bij art. 2:105 PECL.

conclusie toe dat Nederland gidsland was. Maar het zou goed kunnen dat de invloed er wel degelijk was, doch niet aan de hand van bronnen valt aan te tonen. Daarvoor pleit in het geval van de Principles in elk geval dat een groot aantal daarin opgenomen bepalingen materieelrechtelijk gelijk is aan het Nederlandse recht. In het voorafgaande is een methode van toepassing van de Principles geschetst waarmee het Nederlandse recht alsnog grote betekenis kan krijgen bij de vorming van een Europees of mondiaal contractenrecht. Of dit daadwerkelijk gebeurt, is onzeker, want afhankelijk van de gebruikers der Principles. Maar aan hen is ook of *überhaupt* een ius commune kan ontstaan. Buiten twijfel staat voor mij dat, *als* dit gebeurt, dat ius commune van grotere kwaliteit zal zijn naarmate de Nederlandse invloed er op groter is geweest.