

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 zelve. 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 produkt aansprakelijkheid 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 weggevoerd 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, *Produkt aansprakelijkheid 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 uitlegbepaling 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 voorbeeldfunctie 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 geprofi-teerd van de kennis, neergelegd in het BW, is in algemene zin een-voudig 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 geïntendeerde 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 Drobniç, 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 BEGINSLEN

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 analogieredenering 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 zélf 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.