

Een nieuw contractenrecht voor Frankrijk

Gepubliceerd in *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2015/11, afl. 3, p. 77-86.

C.M.D.S. Pavillon¹

[77]

Voor het eerst sinds 1804 wordt het Franse contractenrecht grondig hervormd. In deze bijdrage leest u hoe deze grootscheepse hervorming de uitstraling en aantrekkingskracht van de *Code civil* moet vergroten. Enerzijds dienen de aanpassingen het beeld van Frankrijk als een land waar het lastig handeldrijven is, te veranderen (*doing business*) en anderzijds moeten zij de contractuele rechtvaardigheid waarborgen (*social justice*). Aan de verenigbaarheid en haalbaarheid van de gestelde doelen kan worden getwijfeld. Auteur brengt de meest ingrijpende en voor beide doelen belangrijkste wijzigingen in kaart en spiegelt deze aan het Nederlandse contractenrecht dat ruim twintig jaar geleden een soortgelijke moderniseringsslag onderging.

1. De hervorming van het Franse contractenrecht: geschiedenis en doelstellingen

1. Op 27 november 2013 werd in Frankrijk tot ieders verbazing de langverwachte *loi d'habilitation* inzake de hervorming van het contractenrecht bij de Senaat ingediend.² In tijden van crisis rekende niemand erop dat de regering deze hervorming zou oppakken. De regering heeft evenwel haar zinnen gezet op een snelle invoering van de nieuwe regels. De machtigingswet is de eerste 'officiële' stap in het hervormingstraject. Het ingediende wetsvoorstel strekt tot het machtigen van de regering om de *Code civil* (Cc) door middel van een *ordonnance* te wijzigen (een procedure neergelegd in art. 38 van de Franse Grondwet). Dit houdt in dat de regering een regeling mag opstellen en afkondigen met kracht van wet op een terrein dat exclusief aan de wetgever is voorbehouden (zoals de aanpassing van de *Code civil*). Het wetgevingstraject wordt aldus aanzienlijk verkort opdat de wetswijziging voor de volgende (in 2017 geplande) Kamerverkiezingen kan plaatsvinden. Het electoraal belang bij een geslaagd hervormingsproject is groot.³ Een belangrijk nadeel van het gekozen traject is het ontbreken van een goed gedocumenteerde parlementaire geschiedenis die houvast kan geven aan de praktijk. Het wetsvoorstel geeft geen nadere informatie over de nieuwe en te wijzigen bepalingen.⁴ In januari 2014 lekte echter een werkdocument van het Ministerie van Justitie van 23 oktober 2013 uit – de *Avant-projet de réforme du droit des obligations*. Het werd online gepubliceerd op de website van *Les Echos*, het grootste financieel-economische dagblad in Frankrijk. In het werkdocument worden de (op dat moment⁵) beoogde aanpassingen en aanvullingen zichtbaar. Het document bevat 307 artikelen en beslaat ongeveer één vijfde van de *Code civil*. Behalve de inhoud wordt ook de structuur van Boek III herzien.⁶ De hervorming betreft de eerste grondige aanpassing van het betreffende onderdeel van de *Code civil* sinds 1804.

¹ Mw. mr. dr. drs. C.M.D.S. (Charlotte) Pavillon is als universitair docent verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.

² *Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures*, <http://www.senat.fr/leg/pjl13-175.html> (laatst geraadpleegd op 13 januari 2015).

³ Een bekend Frans biermerk adverteerde medio 2014 een nieuwe verpakking met de slogan "Enfin une réforme qui voit le jour".

⁴ De toelichting bij het voorstel en de *Étude d'impact sur le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, 26 november 2013 bevatten wel enkele aanwijzingen.

⁵ Een voorbehoud aan het begin van deze bijdrage is dat de hierin besproken artikelen nog gewijzigd kunnen worden.

⁶ De huidige Titels III (*Des conventions ou des obligations conventionnelles en général*), IV (*Des engagements qui se forment sans convention*) en IV bis (*De la responsabilité du fait des produits défectueux*) worden opgenomen in een nieuwe Titel III (*Des sources d'obligations*) die wordt onderverdeeld in drie delen die overeenkomen met de drie voornaamste bronnen van verbintenissen: de overeenkomst (Subtitel I), de onrechtmatige daad (Subtitel II) en de *quasi-contrat* (i.e. de overige verbintenissen uit de wet, Subtitel III). De nieuwe Titel IV (*Du régime général des obligations*) behelst het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht en Titel IVa ziet op het bewijsrecht (*La preuve de l'obligation*). Aan de inhoud van Subtitel II betreffende de onrechtmatige daad verandert er niets. Stoffel-Munck betreurt dat het aansprakelijkheidsrecht en vooral de bijzondere overeenkomsten niet worden meegenomen in deze hervormingsronde. Hij vreest voor de coherentie van het verbintenissenrecht: Interview met P. Stoffel-Munck, 16 januari 2014, www.dalloz-actualite.fr/interview/reforme-du-droit-des-obligations-force-obligatoire-du-contrat-en-danger#.U-5BH_mSwqQ (laatst geraadpleegd op 13 januari 2015, hierna Stoffel-Munck 2014a).

2. Het voorontwerp, dat als de *Projet de la Chancellerie* (het Franse Ministerie van Justitie) wordt aangeduid, was al lange tijd in de maak. Aan dit voorontwerp gingen in 2008 en 2011 reeds twee *avant-projets* van het ministerie vooraf, alsmede twee academische voorontwerpen: de aan Franse rechtstradities vasthoudende *travaux* van Pierre Catala⁷ (2005) en de door Europese instrumenten geïnspireerde voorstellen van François Terré⁸ (2008). De regering wilde de rechtsgeleerden echter niet al het werk laten doen en kwam met een eigen ontwerp van wet. De ontwerptekst combineert elementen uit beide academische voorontwerpen en uit het daarop geleverde commentaar. Op de keper beschouwd ontleent het ontwerp wat betreft de meest ingrijpende wijzigingen (zoals het schrappen van de ‘*cause*’, hierna § 2.1) vooral inspiratie aan het werk van Terré en (dus) aan Europese instrumenten.[78]

De modernisering van het contractenrecht is mede ‘getriggerd’ door ontwikkelingen op het Europese niveau – de totstandkoming van de PECL, de Unidroit-principes, het Gemeenschappelijk Referentiekader en het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht – waarbij het ‘verouderde’ Franse recht weinig gewicht in de schaal legde. Het week op belangrijke punten af van de op Europees niveau ingezette lijn, zoals op het punt van de ruimte voor de rechter om in te grijpen in de overeenkomst. Een *facelift* zou het Franse recht weer op de kaart moeten zetten en zijn invloed op het Europees privaatrecht moeten vergroten.⁹ Daarnaast wordt deze hervorming ingegeven door de slechte notering van Frankrijk in het *Doing Business*-classerment van de Wereldbank. Frankrijk scoort al jaren laag wat betreft zijn ondernemingsklimaat. Er is ook kritiek op de noodzaak van een hervorming van het contractenrecht. Het Franse Hof van Cassatie heeft de verdere ontwikkeling hiervan immers voor zijn rekening genomen en gevreesd wordt dat het contractenrecht door de wetsherziening zal verstarren.¹⁰

3. In deze bijdrage bespreek ik de geplande wetswijziging aan de hand van haar doelstellingen. Art. 3 van de *loi d’habilitation* bevat een gedetailleerd overzicht van de doelstellingen van de geplande hervorming. Kort samengevat beoogt zij de uitstraling (*le rayonnement*) en de invloed van het Franse recht in Europa en in de wereld te doen toenemen.¹¹ De opfrisbeurt moet behalve het economisch verkeer (*les échanges économiques*), ook het contractuele evenwicht (*la protection de la partie la plus faible*) bevorderen. Omwille van de handel worden de voorspelbaarheid en de hanteerbaarheid van het contractenrecht verbeterd: vaste rechtspraak wordt gecodificeerd (of juist doorbroken) en bestaande regels worden vereenvoudigd. Hierbij staat volgens de ontwerpers van de tekst de partijautonomie voorop. De geplande wetswijziging moet het ondernemingsklimaat verbeteren en het negatieve imago van Frankrijk als land om zaken (mee) te doen, bijstellen.¹² Een beter ondernemingsklimaat mag evenwel niet ten koste gaan van de positie van de zwakke contractspartij. Omwille van de bescherming van de afhankelijke of benadeelde contractspartij, besteedt het ontwerp veel aandacht aan de rechtvaardigheid en evenredigheid in de contractuele verhouding. Sommige bepalingen zijn dan ook duidelijk door de *social justice*-gedachte geïnspireerd.¹³

Een wijziging die kenmerkend is voor de getoonde ambities is de uitbreiding van de toepasselijkheid van de goede trouw tot alle fases van het contract. Het huidige art. 1134 lid 3 Cc ziet slechts op het gedrag van de partijen tijdens de uitvoeringsfase. Art. 3 past de formulering van deze bepaling zo aan dat partijen ook in de totstandkomingsfase te goeder trouw moeten zijn. Ook staat het nieuwe artikel aan het begin van de subtitel inzake de overeenkomst, waardoor de goede trouw tot een algemeen overkoepelend beginsel wordt gepromoveerd.¹⁴ Het *Cour de Cassation* had al invulling gegeven aan de precontractuele goede trouw in de vorm van informatieverplichtingen en een *principe de loyauté*.¹⁵

⁷ De *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*,

www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf (laatst geraadpleegd op 13 januari 2015).

⁸ De *Avant-projet de réforme du droit des contrats de l’Académie des Sciences morales et politiques* heeft geleid tot de publicatie bij Dalloz van een drietal boeken: *Pour une réforme du droit des contrats* (2009); *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* (2011); *Pour une réforme du régime général des obligations* (2013).

⁹ *Étude d’impact*, p. 72.

¹⁰ D. Mazeaud, ‘Droit des contrats: réforme à l’horizon!’, *Recueil Dalloz* 2014, p. 291, nr. 2 (hierna Mazeaud 2014a).

¹¹ Mazeaud 2014a, nr. 4.

¹² *Étude d’impact*, p. 74 met verwijzing naar *Doing business in 2004 – Understanding regulation*, p. 48.

¹³ R. Amaro, ‘Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d’une double filiation’, *Contrats Concurrence Consommation* 2014/8-9, étude 8, nr. 2.

¹⁴ Mazeaud 2014a, nr. 16.

¹⁵ Cass. civ. 1^o, 15 mars 2005, n 01-13018, Bull. civ. I, n 136.

Het gaat hier dus welbeschouwd om een codificatie die in het teken staat van de gewenste voorspelbaarheid van het contractenrecht en de wettelijke waarborging van het contractuele evenwicht. De behoefte aan codificatie van de jurisprudentie van het *Cour de Cassation* weerspiegelt de Franse hiërarchie van rechtsbronnen waarin de wet hoger staat aangeschreven dan rechtersrecht. Het gaat het bestek van dit artikel verre te buiten om alle beoogde wijzigingen de revue te laten passeren. Ik zal daarom inzoomen op de meest opmerkelijke veranderingen en beperk mij tot subtitel I van de nieuwe titel III (*De overeenkomst*). De uitgelichte wijzigingen zijn tekenend voor enerzijds de wil om een hogere notering in het *Doing Business*-classerement te behalen (§ 2) en anderzijds de aandacht voor de contractuele rechtvaardigheid (§ 3). De onderlinge coherentie van de twee pijlers van deze hervorming – *doing business* en *social justice* – kan ter discussie worden gesteld. De aandacht voor rechtvaardigheid zou de aantrekkingskracht van het Franse recht en het ondernemingsklimaat mogelijk niet ten goede komen.¹⁶ In een slotparagraaf maak ik de balans op (§ 4).

2. Doing business

2.1 Het afscheid van de verouderde en onzekerheid scheppende causa

4. De modernisering en vereenvoudiging van het Franse contractenrecht vraagt volgens de opstellers van het ontwerp om het schrappen van het causaveren. Dit is ook meteen de meest revolutionaire hervormingsmaatregel.¹⁷ Een geldige causa ofwel oorzaak is in de *Code civil* van oudsher een ontstaansvereiste voor een geldige obligatoire overeenkomst (art. 1108 Cc, art. 1131 Cc en art. 1133 Cc). Ontbreekt er een oorzaak of is de oorzaak ongeldig (ofwel ongeoorloofd) dan is de overeenkomst nietig. Met de causa-eis wordt naar Frans recht bewerkstelligd dat je niet ‘voor niets’ een overeenkomst aangaat.¹⁸ De *cause* heeft zowel een objectieve als een subjectieve betekenis. De objectieve oorzaak betreft de *hoofdverbintenis* van de tegenpartij (i.e. de tegenprestatie) en de subjectieve oorzaak de beslissende reden voor partijen om de *overeenkomst* te sluiten (i.e. de motivatie van partijen). De objectieve causa wordt aangeduid als de klassieke causaleer terwijl de subjectieve causa als moderne leer wordt aangemerkt. [79]

Dat de oorzaak geldig moet zijn en dus niet met de wet, de openbare orde of goede zeden mag strijden, ontmoet weinig kritiek. Hoe anders zit het met de eis dat een overeenkomst een oorzaak moet hebben. De afschaffing van de causa komt vooral voort uit een afkeer van de klassieke, objectieve leer.¹⁹ Het vereiste dat een overeenkomst niet slechts door partijen gewild, maar ook gerechtvaardigd moet zijn, interfereert met de partijautonomie door een buitenstaander – de rechter – over de *raison d'être* van een contract te laten beslissen. Of je ‘voor niets’ contracteert moet volgens de klassieke leer objectief worden vastgesteld.

Een doorn in het oog van veel critici is dat de klassieke leer door het *Cour de Cassation* hoog in het vaandel wordt gehouden en ook nog eens ruim wordt opgevat. Dit houdt in dat het al snel tot de conclusie komt dat er objectief gezien ‘voor niets’ wordt gecontracteerd. Hierbij wordt het bestaan van de *cause* niet slechts ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst getoetst maar ook tijdens de uitvoering hiervan. De klassieke causaleer wordt veelal gehanteerd ter voorkoming van een onredelijke benadeling van de zwakkere wederpartij in *business-to-business*(B2B)-contracten. In een zaak waarin een videotheek contractueel gebonden was aan, gezien de grootte van het dorp waar zij gevestigd was, onhaalbare targets, concludeerde de hoogste rechter tot een *absence de cause*.²⁰ Diezelfde conclusie bereikte hij bij de beoordeling van ruim geformuleerde exoneratiebedingen, die het risico scheppen van de *inexécution d'une obligation essentielle* (zoals in het bekende *Chronopost*-arrest²¹). Door de aansprakelijkheid voor het niet-presteren uit te sluiten, leiden dergelijke bedingen ertoe dat het contract wordt uitgehold en dat een objectieve oorzaak ontbreekt. Deze jurisprudentie zorgt voor onzekerheid ten aanzien van de bindende kracht van de overeenkomst en deze onzekerheid

¹⁶ Vgl. P. Stoffel-Munck, ‘Les clauses abusives: on attendait Grouchy’, *Droit et patrimoine*, oktober 2014, p. 56-59 (hierna Stoffel-Munck 2014b).

¹⁷ Hiermee neemt het ontwerp ook afstand van het voorontwerp van Catala (art. 1124-1126-1) dat aan de (subjectieve) ‘cause’ maar liefst 13 bepalingen wijdt.

¹⁸ A.G. Castermans, ‘Hoe Frans is het nieuwe Franse contractenrecht’, *Cleveringalezing*, Parijs, 26 november 2014.

¹⁹ L. Aynès, ‘La cause, inutile et dangereuse’, *Droit & Patrimoine*, oktober 2014, nr. 240, p. 40-41.

²⁰ Aynès 2014, p. 40-41 met verwijzing naar Cass. civ. 1^e, 3 februari 1996, n 94-14800, Bull. civ. I, n 286.

²¹ Cass. com. 22 oktober 1996, n 93-18632, Bull. civ. IV, n 261, p. 223 (*Chronopost*).

zou ten koste gaan van het Franse handelspositie.²² De tegenstanders van de klassieke, objectieve causaleer benadrukken dat het vereiste overbodig is omdat voor de geldigheid van de overeenkomst naar Frans recht ook een geldig *object* wordt vereist.

5. Een vergelijking met het Nederlandse recht dringt zich op.²³ De parallel met het schrappen van het vereiste van ‘eene geoorloofde oorzaak’ uit art. 1356 onder 4 BW (oud) in het NBW is snel gelegd.²⁴ Over het objectieve dan wel subjectieve karakter van de oorzaak bestond naar Nederlands recht onenigheid en net als in Frankrijk werd de objectieve oorzaak, gedefinieerd als de redelijke, economisch-maatschappelijke grond voor een overeenkomst, als een onwenselijke en overbodige toets gezien, die de partijautonomie en de bindende kracht van de overeenkomst zou aantasten.²⁵ De keuze om het oorzaakvereiste te schrappen vloeyde destijds grotendeels voort uit deze kritiek. Het verdwijnen van de wetbepaling heeft er echter niet toe geleid dat de functies van de causa verloren zijn gegaan.²⁶ Het ontbreken van een oorzaak wordt thans door noties als de niet-nakoming, dwaling, onredelijkbezwaardtoets etc... tegengegaan. Deze toets ligt ook besloten in de wilsovereenstemmingleer.²⁷ Dat de oorzaak *geoorloofd* moet zijn, wordt thans gewaarborgd door art. 3:40 BW.

6. Zullen de verschillende functies van de causa in het Franse recht ook blijven bestaan? Uit de toelichting bij art. 3 van de machtigingswet blijkt dat hoewel het oorzaakvereiste verdwijnt, de regulerende en corrigerende functies die hier in de rechtspraak aan worden toegedicht, zo veel mogelijk behouden blijven.²⁸ De ten opzichte van het Nederlandse recht veel ruimere functies van de *cause*²⁹ zullen worden overgenomen door bestaande (*l’erreur*) en nieuwe, speciaal daartoe in het leven geroepen, bepalingen.

Art. 75 en art. 76 van het ontwerp waarborgen het bestaan van een oorzaak. Een illusoire of onbeduidende tegenprestatie (*une contrepartie illusoire ou dérisoire*³⁰) leidt tot nietigheid van de gesloten overeenkomst en een beding dat de hoofdverbintenis uitholt is nietig. Art. 76 van het ontwerp vormt de codificatie van het *Chronopost*-arrest (hiervoor nr. 4). Art. 69 ziet op het geoorloofde karakter van de inhoud of strekking van de overeenkomst (vrij vertaald ‘een overeenkomst mag niet in strijd komen met de openbare orde, noch door haar inhoud, noch door haar strekking, ongeacht of partijen met deze strekking bekend zijn’³¹). Ook andere, hierna te bespreken bepalingen (de oneerlijkheidstoets uit art. 77 van het ontwerp en het leerstuk van de *abus de faiblesse* uit art. 50 van het ontwerp) zullen de door het verdwijnen van de causa ontstane leemte moeten vullen. Van een grondige hervorming is dus geen sprake en het schrappen van de onbeminde *causa* heeft veel weg van een cosmetische ingreep die de aantrekkingskracht van het Franse recht ten goede moet komen.³² De oorzaak komt als vereiste niet voor in Europese instrumenten en is verdwenen uit recente (her)codificaties. De vraag is evenwel of het zin heeft om een bepaling te schrappen waarvan de functies [80] behouden moeten blijven. De open norm verdwijnt omwille van een grotere voorspelbaarheid, maar de aan haar functies inherente rechtsonzekerheid blijft bestaan (vgl. art. 75 en art. 76 van het ontwerp).

7. Toch lijkt het schrappen van de *cause* meer dan alleen een cosmetische ingreep. Er zal voor de slechts licht toegenomen rechtszekerheid wellicht een prijs moeten worden betaald in termen van rechtvaardigheid. Het is niet duidelijk of de vele functies van de flexibele *causa*-eis één op één kunnen

²² Mazeaud 2014a, nr. 9.

²³ Zie hierover M.W. Scheltema, ‘Het causa-beginsel’, in: *Beginselen van vermogensrecht* BWKJ 9, Gouda Quint: Arnhem 1993, p. 154-157.

²⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/299.

²⁵ *TM Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 898; GS Verbintenissenrecht, artikel 6:217 BW, aant. 3.6.1.

²⁶ *TM Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 897-898; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/299 en 300.

²⁷ *TM Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 898; GS Verbintenissenrecht, artikel 6:217 BW, aant. 3.6.1.

²⁸ www.senat.fr/leg/pjl13-175.html (laatst geraadpleegd op 13 januari 2015).

²⁹ Het oorzaakvereiste kent in het Franse recht een bredere toepassing dan destijds in het Nederlandse recht, mede omdat in het Nederlandse recht een ruimere toepassing aan de (geobjectieerde) goede trouw werd gegeven. De causa was vooral van betekenis voor overeenkomsten die de strekking hadden voort te bouwen op een tussen partijen bestaande rechtsverhouding, die achteraf niet bleek te bestaan: *TM Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 913. Voor deze gevallen is art. 6:229 BW in het leven geroepen: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/300.

³⁰ Vgl. art. 1125 van het voorontwerp Catala.

³¹ Dit laatste zinsdeel vormt een codificatie van Cass. civ. 1^e, 7 oktober 1998, n° 96-14359, Bull. civ. I, n° 285.

³² D. Mazeaud, ‘Pour que survive la cause, en dépit de la réforme!’, *Droit & Patrimoine*, oktober 2014, nr. 240, p. 39.

worden vervuld door genoemde (nieuwe) leerstukken.³³ Mazeaud betwijfelt of de meest recente toepassingen van de *cause* nog wel mogelijk zullen zijn: hij noemt onder meer de zoektocht naar een tegenprestatie in een andere overeenkomst in een groep van overeenkomsten.³⁴ Hij stelt dat bij gebrek aan een vangnetnorm het moeilijk(er) zal worden om nog niet eerder vertoonde verstoringen van het contractuele evenwicht aan te pakken.³⁵ Problematisch in dit opzicht is lid 2 van art. 77 van het ontwerp, dat een vergaand onderzoek naar het contractuele evenwicht (inclusief de gelijkwaardigheid tussen de prestaties) *niet* toestaat (hierna nr. 12).³⁶ De Franse oorzaak leer heeft een ruim bereik en de Franse rechter heeft bij gebrek aan een open norm als de redelijkheid en billijkheid geen goed alternatief voor het flexibele oorzaakbegrip.

Opmerkelijk is voorts dat de verwijzing naar de goede zeden in art. 69 van het ontwerp is weggefallen (vgl. het 'oude' art. 1133 Cc). Dit past bij de in de jurisprudentie geziene tendens om de openbare orde steeds breder op te vatten ten koste van de goede zeden.³⁷ De rol van de goede zeden is echter nog niet volledig uitgespeeld (met name op het terrein van de seksuele moraal) en hun verdwijning uit de wet leidt hypothetisch ook tot de verdwijning van het hieraan gekoppelde *nemo auditur*-beginsel.³⁸ Dit beginsel, dat de ongedaanmaking van prestaties op grond van bepaalde nietige overeenkomsten uitsluit, wordt naar Frans recht niet in verband gebracht met een 'enkele' schending van de openbare orde.³⁹ Een met art. 6:211 BW vergelijkbaar artikel ontbreekt in het ontwerp.

2.2 Duidelijke en eenvoudige spelregels in iedere fase van het contract

2.2.1 De onderhandelingen en de contractsluiting

8. De vaste rechtspraak van het *Cour de Cassation* met betrekking tot de precontractuele fase en de totstandkoming van de overeenkomst wordt grotendeels gecodificeerd. Dit leidt tot een zeer gedetailleerde en vrij complexe regeling, getuige de vele bepalingen inzake aanbod en aanvaarding,⁴⁰ de precontractuele informatieverplichting (art. 37 van het ontwerp) en een fikse uitbreiding van de huidige wilsgebrekenregeling (waarin de verschillende in de jurisprudentie erkende vormen van dwaling en bedrog in talrijke artikelen worden uitgewerkt). Een moderner contractenrecht impliceert ook de opname van regels inzake het elektronisch contracteren (art. 31-art. 34 van het ontwerp). Al deze bepalingen hebben als doel de contractspartijen zekerheid en duidelijkheid te verschaffen. Art. 24 van het ontwerp maakt een (abrupt) einde aan de jurisprudentie waarin het herroepen van een verbindende eenzijdige belofte⁴¹ werd toegestaan.⁴² Verwacht wordt echter dat deze bepaling, die de bindende kracht van de overeenkomst moet versterken, zal leiden tot de opname van herroepingsbedingen in overeenkomsten (ervan uitgaand dat art. 24 van regelen recht is).⁴³ De gedrevenheid waarmee de wetgever alles in strakke definities tracht te gieten, stuit op kritiek: de rechtszekerheid mag niet ten koste gaan van de flexibiliteit waar de snel evoluerende contractspraktijk om vraagt.⁴⁴ De regels moeten bij die praktijk (blijven) aansluiten.

2.2.2 Het afdwingen van het recht op nakoming

9. Bedingen die naar verwachting juist minder vaak zullen voorkomen zijn bedingen inzake de *exécution forcée*. Uit art. 129 van het ontwerp, dat eveneens de bindende kracht van de overeenkomst en de rechtszekerheid moet vergroten, volgt dat het recht op nakoming prevaleert. Dit artikel luidt (vrij

³³ Vgl. de uitgebreide geëxpliciteerde causaregeling van het voorontwerp Catala dat uit maar liefst 13 artikelen bestaat.

³⁴ Cass. civ. 1^e, 13 juni 2006, n° 04-15456, D. 2006. 1819, obs. J. Daleau. Zie voor meer voorbeelden: Mazeaud 2014a, nr. 8.

³⁵ Mazeaud 2014a, nr. 9.

³⁶ Aramo 2014, nr. 12 met verwijzing naar Mazeaud 2014a, nr. 9.

³⁷ D. Fenouillet, 'Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!', *Mélanges en l'honneur de P. Catala*, Litec: 2001, p. 487-528.

³⁸ Cass. req. 1 oktober 1940, *Gaz. Pal.* 1940.2.146; Cass. com., 6 november 1990, n° 88-15927, Bull. civ. V, n° 259; Cass. civ. 3^e, 8 juni 1994, n° 92-10086; Cass. civ. 2^e, 8 juli 2010, n° 09-67899.

³⁹ Fenouillet 2001, p. 526-528 pleit in het licht van de groeiende betekenis van de openbare orde voor een uitbreiding van de toepassing van het beginsel tot schendingen van de openbare orde die de waardigheid van de mens aantasten.

⁴⁰ Waaronder zelfs een artikel dat expliciet bepaalt dat zwijgen geen aanvaarding vormt, tenzij dit volgt uit de wet, de gewoonte, de professionele relatie of de bijzondere omstandigheden (art. 21 van het ontwerp).

⁴¹ C. Cauffman, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, nr. 461 e.v. De verbindende eenzijdige belofte is in zoverre sterker dan 'ons' onherroepelijk aanbod dat zij niet hoeft te worden aanvaard om verbindend te zijn.

⁴² Cass. civ. 3^e, 15 december 1993, n° 91-14999 (*Cruz/Godard*).

⁴³ D. Mainguy, 'Promesse unilatérale et pacte de préférence: des définitions inopérantes', *Droit & Patrimoine*, oktober 2014, nr. 240, p. 44-46.

⁴⁴ B. Fages, 'La promesse unilatérale et le pacte de préférence dans le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations', *Droit & Patrimoine*, oktober 2014, nr. 240, p. 42-43.

vertaald): ‘de schuldeiser mag, na ingebrekestelling, zijn recht op nakoming afdwingen tenzij nakoming onmogelijk is of de kosten ervan kennelijk onredelijk zijn’. Het vervangt art. 1142 Cc dat bepaalt dat ‘iedere verbintenis om iets te doen of niet te doen wordt opgelost in schadevergoeding, ingeval de schuldenaar de verbintenis niet nakomt’ (in tegenstelling tot een verbintenis tot een geven, waarvan de nakoming wel kan worden afgedwongen).⁴⁵ De nieuwe bepaling creëert de mogelijkheid voor de rechter om de vordering tot nakoming af te wijzen als nakoming onmogelijk is, of de kosten hiervan kennelijk onevenredig zijn.

Het beoordelen van het buitensporige karakter van de kosten van nakoming druist in tegen de geest van het Franse contractenrecht, waarin, ik citeer Mazeaud, ‘la parole con- [81] actuellement donnée a une valeur telle qu’elle n’a pas de prix, en ce sens qu’elle n’est pas exclusivement de nature économique et qu’elle est porteuse d’autres valeurs, morale et sociale, telles qu’elle échappe à l’emprise de celui qui l’a émise’.⁴⁶ Ook kritisch is Genicon die van mening is dat het recht op nakoming, dat in de praktijk ondanks de tekst van art. 1142 Cc regelmatig wordt toegewezen,⁴⁷ door deze evenredigheidstoets wordt verzwakt.⁴⁸ Mainguy stelt daarentegen dat art. 129 van het ontwerp dit recht juist waarborgt door de rechter eenduidige criteria te geven, iets waar momenteel een gebrek aan is.⁴⁹ Hij verwacht dat de rechter de uitzonderingen (onmogelijkheid en kennelijke onevenredigheid) strikt zal toepassen en het recht op nakoming in lijn met de huidige rechtspraak zal blijven handhaven.⁵⁰

10. De zienswijze van Mainguy vindt steun in de Nederlandse praktijk van na het schrappen van het aan art. 1142 Cc gelijkkluidende art. 1275 (oud) BW. Net als in Frankrijk, werd de nakomingsactie voor de wetwijziging reeds aanvaard.⁵¹ Met de invoering van art. 3:296 BW is de mogelijkheid om het recht op nakoming in rechte af te dwingen ook wettelijk vastgelegd. In 2001 heeft de Hoge Raad het recht op nakoming in het *Multi-Vastgoed/Nethou*-arrest begrensd door een norm te stellen die gelijkenis vertoont met art. 129 van het ontwerp.⁵² De crediteur is niet geheel vrij in zijn keuze tussen nakoming (voor zover mogelijk) en schadevergoeding, maar is ‘daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen’. Ondanks deze ruim geformuleerde, door de rechter naar eigen inzicht in te vullen begrenzing, wordt een vordering tot nakoming in de praktijk slechts in bijzondere gevallen afgewezen.⁵³ De zorgen van Genicon lijken dus ongegrond. Dat de Nederlandse rechter over een zekere beoordelingsruimte beschikt bij de inkleuring van de eisen van redelijkheid en billijkheid,⁵⁴ doet niet af aan de ruime handhaving van het recht op nakoming.

2.2.3 Buitengerechtelijke ontbinding en eenzijdige opzegging

11. De vereenvoudiging van het contractenrecht ten behoeve van een vlotter economisch verkeer gaat voorts via de wettelijke verankering van de door de jurisprudentie toegestane *buitengerechtelijke* ontbinding (art. 134 van het ontwerp). In Nederland is deze wijze van ontbinding in het NBW gecodificeerd. Anders dan naar Nederlands recht is – behalve in geval van onmogelijkheid – een ingebrekestelling altijd vereist. Een met art. 6:83 BW vergelijkbaar artikel ontbreekt. Verder is de schuldeiser verplicht om de reden(en) voor de ontbinding in zijn schriftelijke verklaring te motiveren,

⁴⁵ Dit neemt niet weg dat andere bepalingen het recht op nakoming (reeds) vooropstelden, althans als keuze presenteerden: art. 1184 lid 2 Cc, art. 1143 Cc en art. 1228 Cc.

⁴⁶ Mazeaud 2014a, nr. 7.

⁴⁷ De soep wordt niet zo heet gegeten als zij is opgediend: M. van Kogelenberg, *Motive matters!* (diss. Rotterdam) Cambridge: Intersentia 2012, p. 31. Zie bijv. Cass. com., 16 juni 1963, Bull. civ. III, n° 316. Cass. com., 3 december 1985, Bull. civ. IV, n° 286 en Cass. civ. 1^e, 16 januari 2007, n° 06-13983.

⁴⁸ T. Genicon, ‘Contre l’introduction du ‘côté manifestement déraisonnable’ comme exception à l’exécution forcée en nature’, *Droit & Patrimoine*, oktober 2014, nr. 240, p. 63-66.

⁴⁹ D. Mainguy, ‘Du ‘côté manifestement déraisonnable’ à la reconnaissance d’un ‘droit d’option’’, *Droit & Patrimoine*, oktober 2014, nr. 240, p. 60-62 (hierna Mainguy 2014a).

⁵⁰ Mainguy 2014a, p. 62.

⁵¹ HR 23 juni 1899, W 7302 (*Van der Kraan/Van der Spiegel*).

⁵² HR 5 januari 2001, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), r.o. 3.5. Vgl. ook art. 7:21 lid 4 BW en art. 7:759 lid 2 BW.

⁵³ M. Kogelenberg, ‘Het glas is halfvol... of halfleeg? Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth [1996] AC 3441’, *NTBR* 2009/13, p. 100-106.

⁵⁴ De invulling van de eisen van redelijkheid en billijkheid biedt bijvoorbeeld ruimte voor het geval waarin de schuldeiser naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep op nakoming toekomt of het geval waarin de belangen van de wederpartij worden geschonden: D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2009, p. 137.

kennelijk met het oog op een eventuele rechterlijke toetsing. Onduidelijk is of de schuldeiser deze verklaring later nog kan aanvullen.⁵⁵

Art. 120 van het ontwerp staat de eenzijdige opzegging toe van duurovereenkomsten die voor een onbepaalde duur zijn afgesloten op de enkele voorwaarde dat de wederpartij een redelijke termijn wordt gelaten om een alternatief te vinden. Deze opzegging is anders dan in Nederland weinig geclausuleerd (hoewel de ‘goede trouw’ in art. 3 van het ontwerp een overkoepelende bepaling wordt) en geeft slechts aanleiding tot schadevergoeding in geval van misbruik. Volgens de Hoge Raad kan uit de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval voortvloeien dat een duurovereenkomst voor eenzijdige opzegging vatbaar is. Dit kan met zich brengen dat opzegging slechts tot beëindiging van de overeenkomst leidt indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat.⁵⁶ De eenzijdige opzegging overeenkomstig art. 120 van het ontwerp wordt in vergelijking met het Nederlandse recht laagdrempelig en grotendeels aan de partijen overgelaten. Dat de nieuwe regels een eenzijdige ingreep in het contract vaker toestaan, blijkt tot slot uit art. 131 van het ontwerp, waarin de mogelijkheid van een unilaterale prijsvermindering wordt gecreëerd: een dergelijke gedeeltelijke ontbinding was eerst voorbehouden aan de consumentenkoop (en internationale handelsovereenkomsten).⁵⁷

3. Social justice⁵⁸

3.1 Het bestrijden van onredelijke bedingen

3.1.1 De opname van de oneerlijkheidstoets in de Code Civil

12. Veel van de voorgestelde wijzigingen zijn gebaseerd op de constatering dat een van de pijlers van de *Code civil* – de *égalité* tussen contractspartijen – een *leurre* (waanidee) is.⁵⁹ [82] Een eerste in de literatuur veelbesproken noviteit omwille van meer contractuele rechtvaardigheid is de opname van de oneerlijkheidstoets in het gemene recht. Art. 77 van het ontwerp bestaat uit twee leden. Het eerste lid bepaalt dat de contractspartij ten nadele waarvan het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen door een beding aanzienlijk wordt verstoord, de verwijdering van dit beding kan vorderen. Het hiervoor (nr. 7) reeds aangehaalde tweede lid sluit kernbedingen uit van het toepassingsbereik van deze toets en benadrukt dat hij geen ruimte laat voor een onderzoek naar de gelijkwaardigheid van de prestaties (*iustum pretium*). De toets van is evenwel niet beperkt tot niet-onderhandelde of voor meervoudig gebruik opgestelde bedingen. Art. 77 van het ontwerp kent dus een zeer breed toepassingsbereik wat betreft de te toetsen bedingen. Opmerkelijk is voorts dat de formulering van lid 1 de ambtshalve toepassing van de toets uitsluit⁶⁰ en de rechter veel vrijheid geeft bij het bepalen van de sanctie.⁶¹ Bedingen in *business to consumer* (B2C)-overeenkomsten zullen met het oog op de *lex specialis*-regel niet aan het nieuwe art. 77, maar aan de reeds in de *Code de la consommation* (art. L. 132-1) opgenomen oneerlijkheidsnorm uit de Richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG) worden getoetst. Deze toets dient wel ambtshalve te worden toegepast (art. L. 141-4 *Code de la consommation*).

13. Art. 77 van het ontwerp toont wat betreft het gehanteerde toetsingscriterium gelijkenis met art. L. 132-1 *Code de la consommation* en met het in 2008 ingevoerde art. L. 442-6, I, 2° *Code de commerce* dat betrekking heeft op B2B-overeenkomst waarin sprake is van een afhankelijkheidsrelatie, zoals de distributieovereenkomst. De eerste vraag is dus hoeveel behoefte er nog is aan een toets die van toepassing is op de niet door deze artikelen bestreken overeenkomsten. De tweede vraag houdt verband met de openheid van de norm en betreft de invloed van de bestaande toetsen op de nieuwe

⁵⁵ P. Stoffel-Munck, ‘La résolution par notification: questions en suspens’, *Droit & Patrimoine*, oktober 2014, nr. 240, p. 69.

⁵⁶ Voorts kan uit voornoemde eisen in combinatie met de omstandigheden van het geval voortvloeien dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of een schadevergoeding moet worden betaald: HR 18 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*De Ronde Venen/Stedin*); HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverlaap*).

⁵⁷ Mazeaud 2014a, nr. 15.

⁵⁸ Mazeaud 2014a, nr. 18 heeft het ten aanzien van deze pijler van de hervorming over ‘de *gauchisation*’ du code civil’.

⁵⁹ Mazeaud 2014a, nr. 2.

⁶⁰ Vgl. Amaro 2014, nr. 15.

⁶¹ N. Dissaux, ‘Clauses abusives: Pour une extension du domaine de la lutte’, *Droit & Patrimoine*, oktober 2014, nr. 240, p. 55.

toets.⁶² Zal bij de toepassing van art. 77 van het ontwerp aansluiting worden gezocht bij genoemde bepalingen, en zo ja bij welke?

Er bestaan verschillen tussen art. L. 132-1 *Code de la consommation* en art. L. 442-6, I, 2° *Code de commerce*. Kort samengevat, de consumentenrechtelijke toets beschermt de *onwetende* consument tegen algemene (niet onderhandelde) voorwaarden, terwijl de handelsrechtelijke toets erop gericht is om de *afhankelijke* professionele wederpartij te beschermen tegen machtsmisbruik door de leverancier. In het kader van deze laatste toets bestaat bijvoorbeeld wel ruimte voor de toetsing van de gelijkwaardigheid tussen de prestaties (*iustum pretium*). Volgens Amaro zal dit verschil in strekking uitlegverschillen teweeg kunnen brengen en, in combinatie met het schrappen van het oorzaakvereiste (vgl. hiervoor nr. 7), ertoe kunnen leiden dat voorbij wordt gegaan aan het tweede lid van art. 77 van het ontwerp.⁶³ Dit tweede lid wijst er echter op dat het artikel vooral op ‘en bloc’ aanvaarde algemene voorwaarden en dus op eerdergenoemde onwetendheid is toegespitst. Art. 77 van het ontwerp ligt dus dichter tegen de consumentenrechtelijke toets uit de richtlijn aan dan tegen de handelsrechtelijke toets.

14. Het toepassingsbereik van de oneerlijkheidstoets is op het eerste gezicht uitgebreid tot *alle* B2B-overeenkomsten. De toets zal naar verwachting vooral worden toegepast op de B2B-overeenkomsten die niet onder art. L. 442-6, I, 2° *Code de commerce* vallen (en, voor zover deze meer dan alleen kernbedingen bevat, de C2C-overeenkomst⁶⁴). Niet slechts de kleine, maar ook de ‘grote’ professionele wederpartij kan zich beroepen op art. 77 van het ontwerp.⁶⁵ Het enkele feit dat dit beroep voor dergelijke partijen openstaat, zal de aantrekkingskracht van het Franse recht allicht geen goed doen.⁶⁶ In welke mate de partijautonomie en contractsvrijheid inderdaad worden ingeperkt, hangt evenwel af van de vraag hoe snel de rechter in deze verhouding een beroep op art. 77 van het ontwerp zal toewijzen (en eventueel zelfs aan lid 2 voorbij zal gaan door aansluiting te zoeken bij de *Code de commerce*). De bescherming ex art. L. 442-6, I, 2° *Code de commerce* wordt in de praktijk alleen toegekend als sprake is van een zwakkere, afhankelijke wederverkoper.⁶⁷ Het ziet er dus niet naar uit dat de rechter snel bereid zal zijn om niet-kwetsbare professionele partijen als onwetend te beschouwen en te beschermen tegen oneerlijke bedingen.⁶⁸

15. Grote professionele partijen (met meer dan 50 werknemers, art. 6:235 lid 1 onderdeel b BW) hebben naar Nederlands recht ‘slechts’ de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid voorhanden om de toepassing van een contractsbeding in een bepaalde situatie uit te sluiten. De Nederlandse rechter is, net als de Franse rechter bij de toepassing van de toets uit de *Code de commerce*, bovendien terughoudend met het buiten toepassing laten van bedingen op grond van art. 6:248 lid 2 BW. Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is in veel gevallen gedoemd om te mislukken.⁶⁹ Een dergelijke toepassing van art. 1134 lid 3 Cc kent het Franse recht overigens niet.⁷⁰ [83]

Daar staat tegenover dat de toepassing van de inhoudstoets uit art. 6:233 onderdeel a BW op een overeenkomst tussen ‘kleinere’ bedrijven, anders dan wat naar Frans recht mogelijk het geval zal zijn, niet afhankelijk is van de zwakte van de wederpartij. Bij de echt zwakke professionele wederpartij kan sprake zijn van reflexwerking van de consumentenlijsten, met name als zij buiten haar competentiegebied contracteert. De professionele partij die een contract sluit dat geen *rechtstreeks verband* houdt met haar expertisegebied wordt naar Frans recht overigens als consument aangemerkt

⁶² C. Capdevielle, *Rapport relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures: Rapp. n° 1808, févr. 2014*, p. 76. Uit het rapport blijkt dat bij de totstandkoming van het voorstel beide toetsen als inspiratiebron hebben gefungeerd.

⁶³ Amaro 2014, nr. 4.

⁶⁴ Te denken valt aan de verkoop van een huis.

⁶⁵ *Étude d'impact*, p. 74-76.

⁶⁶ Vgl. Stoffel-Munck 2014b, p. 56-59.

⁶⁷ Amaro 2014, nr. 9. Dit gaat zelfs zo ver dat een beroep door een professionele partij vrijwel altijd wordt afgewezen: het feit dat hij een beroep kan doen op de bepaling pleit tegen zijn zwakte. Eigenlijk heeft slechts een door de toezichthouder gedaan beroep op deze bepaling kans van slagen.

⁶⁸ Mazeaud 2014a, nr. 18.

⁶⁹ Bijv. bij overeenkomsten tussen bedrijven uit bedrijfstakken die regelmatig met elkaar te doen hebben en waarin exoneratie gebruikelijk is: HR 31 december 1993, *NJ 1993/389*, m.nt. C.J.H. Brunner (*Matatag/De Schelde*).

⁷⁰ C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 221.

en heeft (in theorie) rechtstreeks toegang tot de in de *Code de la consommation* opgenomen toets en lijsten. Dat er geen direct verband bestaat, wordt evenwel niet snel aangenomen⁷¹

16. Hoewel een strikte toepassing van art. 77 van het ontwerp voor de hand ligt (nr. 14), vormt het grote toepassingsbereik van de nieuwe toets een bron van onzekerheid: de rechter krijgt alle ruimte om hier een brede invulling aan te geven, net als wat zich bij de ‘*cause*’ heeft voorgedaan.⁷² Als gezegd heeft het *Cour de Cassation* het oorzaakvereiste ruim geïnterpreteerd en onder meer aangewend om exoneratiebedingen uit B2B-overeenkomsten te weren (nr. 4). Deze toepassing van de *cause* kan worden voortgezet omdat de betreffende rechtsregel is gecodificeerd in art. 76 van het ontwerp. Dat andersoortige, het contractsevenwicht verstorende, bedingen in B2B-overeenkomsten op grote schaal zullen worden aangepakt met behulp van art. 77 van het ontwerp, kan niet worden uitgesloten.

3.1.2 De unilaterale prijsbepaling aan banden gelegd

17. Art. 71 van het ontwerp geeft de rechter uitdrukkelijk toestemming om de prijs te herzien ingeval een contract een unilaterale prijsbepaling bevat. Een dergelijk eenzijdig prijsbeding wordt al twee decennia door het *Cour de Cassation* toegestaan.⁷³ Art. 71 van het ontwerp legt deze rechtspraak aan banden om te voorkomen dat dit type beding het contractsevenwicht verstoort.⁷⁴ Een vergelijkbare bepaling ontbreekt in het Nederlandse recht. Net als art. 24 van het ontwerp toont deze bepaling aan dat de nieuwe regels niet alleen vaste rechtspraak codificeren, maar soms ook een einde maken aan wat in het licht van de nagestreefde doelen als een ongewenste trend wordt gezien.

3.2 Specifieke bescherming van de benadeelde partij: de ‘*imprévision*’

18. Art. 104 van het ontwerp geeft een door onvoorziene omstandigheden benadeelde contractspartij de mogelijkheid om haar wederpartij te verzoeken opnieuw over het contract te onderhandelen. Voorwaarde is dat zij het risico dat met deze omstandigheden gepaard gaat, niet heeft aanvaard en dat deze omstandigheden de uitvoering van haar verbintenis uiterst bezwarend (*excessivement onéreuse*) maken. Weigert de wederpartij om opnieuw in onderhandeling te treden of mislukken de onderhandelingen, dan kunnen partijen *samen* de rechter verzoeken om het contract aan te passen. Hiermee stelt deze bepaling omwille van het ondernemingsklimaat (§ 2) de partijautonomie voorop en laat zij relatief weinig ruimte voor een rechterlijke *aanpassing* van de overeenkomst. Blijft een gezamenlijk verzoek tot aanpassing door de ontstane onenigheid uit, dan kan een partij de rechter vragen om de overeenkomst te *beëindigen* op een door hem vast te stellen tijdstip en onder door hem te bepalen voorwaarden. Deze rechterlijke bevoegdheid zal naar verwachting van de ontwerpers een afschrikwekkend effect hebben en partijen aansporen om te heronderhandelen.⁷⁵

19. Het is opmerkelijk dat het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden rechtsingang heeft gevonden in het ontwerp. De Franse wet laat van oudsher geen ruimte voor een aanpassing van de overeenkomst door de rechter op grond van de zogenaamde *imprévision*. Het *Cour de Cassation* heeft altijd vastgehouden aan het in art. 1134 lid 1 Cc neergelegde principe van de bindende kracht van de overeenkomst en heeft de aanpassing van de overeenkomst wegens onvoorziene (i.e. niet in de overeenkomst verdisconteerde) omstandigheden steeds geweigerd.⁷⁶ Deze met het bekende *Canal de Craponne*-arrest⁷⁷ ingezette lijn is in de laatste decennia echter minder strak gespannen. De hoogste Franse rechter bleek steeds vaker bereid om de plicht van partijen om de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden te heronderhandelen, te onderschrijven (en hen tot heronderhandelingen uit te nodigen).⁷⁸ Deze plicht baseert hij op het goetrouwbeginsel uit art. 1134 lid 3 Cc.

⁷¹ Pavillon 2011, nr. 207.

⁷² E. Gicquiaud, ‘Le contrat à l’épreuve du déséquilibre significatif’, *RTD Com.* 2014 p. 267, nr. 24 e.v. De vraag is ook of uit de lijsten uit de *Code de la consommation* reflexwerking zal uitgaan.

⁷³ Ass. Plén. 1 december 1995, n° 91-15578. Bull. AP, n° 7.

⁷⁴ Mazeaud 2014a, nr. 13.

⁷⁵ *Étude d’impact*, p. 27.

⁷⁶ In het Franse bestuursrecht is het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden al lang erkend. D. Philippe, ‘France and Belgium’ in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Foreseen and unforeseen circumstances*, BWKJ 27, Deventer: Kluwer 2012, p. 159 met verwijzing naar Conseil d’état, 30 maart 1916 (*Gaz de Bordeaux*).

⁷⁷ Cass. civ., 6 maart 1876, *D* 1876, I, 193, m.nt. A. Giboulot (*Commune de Pélissanne c./marquis de Galliffet*).

⁷⁸ Philippe 2012, p. 160 met verwijzing naar Cass. com. 3 november 1992, n° 90-18547, Bull. civ. IV, n° 338 (*Huard*) waarin de weigering om te heronderhandelen als strijdig met de goede trouw werd bevonden en Cass. com. 29 juni 2010, n° 09-67369.

Er is echter kritiek geuit op de met art. 104 van het ontwerp beoogde codificatie van genoemde jurisprudentie, omdat deze jurisprudentie niet eenduidig zou zijn.⁷⁹ Van een nieuwe bestendige lijn is in de rechtspraak van het *Cour de Cassation* inzake de onvoorziene omstandigheden vooralsnog geen sprake.⁸⁰ Bovendien sluit art. 104 van het ontwerp niet goed aan bij de manier waarop in de rechtspraak ruimte voor de *imprévision* is gemaakt. Anders dan in de aangehaalde jurisprudentie (en art. 1135 lid 2 van het voorontwerp Catala) wordt een benadeelde contractspartij in het [84] ontwerp niet in staat gesteld om de rechter te verzoeken de wederpartij uit te nodigen om opnieuw aan de onderhandelingstafel plaats te nemen.

20. Gevreesd wordt dat de toegenomen rechterlijke vrijheid om in te grijpen in het contract voor onzekerheid zal zorgen. De Nederlandse ervaring leert evenwel dat het zo'n vaart niet hoeft te lopen. De Nederlandse wetgever en de Hoge Raad benadrukken dat de lagere rechter bij de toepassing van dit leerstuk terughoudendheid moet betrachten.⁸¹ En daar geeft de lagere rechter ruim gehoor aan.⁸² Een wezenlijk verschil tussen art. 6:258 BW⁸³ en het beoogde art. 104 is dat naar Frans recht een wijzigingsverzoek slechts *gezamenlijk* door beide partijen kan worden ingediend. Daarbij gaat het kennelijk om gevallen waarin partijen het wel eens zijn *dat* het contract moet worden aangepast, maar geen overeenstemming kunnen bereiken over *hoe* het moet worden aangepast. De Franse rechter zal dus – naar ik aanneem – minder vaak het verzoek en dus de gelegenheid krijgen om de overeenkomst aan te passen. Hij zal echter des te vaker het verzoek krijgen om het contract te beëindigen, wat een grotere ingreep vormt en voor de wederpartij veelal nadeliger is dan een aanpassing. Naar Nederlands recht geldt dat als onvoorzien aangemerkte omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening kunnen komen van de partij die zich hierop beroept. Een dergelijke ruime toerekening ontbreekt in de Franse bepaling en of het *Cour de Cassation* een voorzichtige toepassing van art. 104 van het ontwerp zal voorstaan, moet nog blijken. Of de beoogde regel, eenmaal ingevoerd, vaak tot rechterlijke wijzigingen of beëindigingen van overeenkomsten zal leiden, hangt af van wat de rechter als onvoorziene omstandigheid zal bestempelen en of hij de uitvoering van de verbintenis in die omstandigheden uiterst bezwarend acht voor de benadeelde partij. Dit alles neemt niet weg dat het voorhanden zijn van een *imprévision*-bepaling, het gebruik hiervan wel vergemakkelijkt⁸⁴ en tot veelvuldig beroep hierop kan leiden.⁸⁵

3.3 Specifieke bescherming van de afhankelijke wederpartij: de 'abus de faiblesse'

21. Een voorbeeld van een bepaling die meer specifiek de afhankelijke wederpartij tegemoetkomt is art. 50 van het ontwerp inzake de *abus de faiblesse*: (vrij vertaald) 'er is ook sprake van bedreiging wanneer een partij misbruik maakt van de behoeftige of afhankelijke staat van de tegenpartij om van haar een verbintenis te verkrijgen, die zij niet zou zijn aangegaan zou zij niet in deze staat verkeren'. Deze bepaling is bedoeld als variant op het wilsgebrek bedreiging. De *abus de faiblesse* toont op het eerste gezicht gelijkens met het in 1992 geïntroduceerde Nederlandse wilsgebrek 'misbruik van omstandigheden'.⁸⁶ In beide bepalingen staat niet het verband tussen het misbruik van de omstandigheden en het sluiten van de overeenkomst, maar dat tussen de omstandigheden waarin de partij zich bevindt en het sluiten van de overeenkomst centraal. Maar schijn bedriegt hier. De Franse

⁷⁹ C. François, 'La réforme du droit des obligations n'est pas enterrée, et se fera par ordonnance', 6 december 2013, www.clementfrancois.fr/reforme-droit-obligations-se-fera-par-ordonnance (blog entry, laatst geraadpleegd op 13 januari 2015).

⁸⁰ Zie bijv. Cass. civ. 3^e, 18 maart 2009, n^o 07-21260, Bull. civ. III, n^o 63 waarin juist stevig aan het *pacta sunt servanda*-beginsel wordt vastgehouden.

⁸¹ Jac. Hijma, 'The role of the court and of the parties in adapting a contract to unforeseen circumstances', in: A.G. Castermans e.a. 2012, p. 19 met verwijzing naar HR 20 februari 1998, NJ 1998/493 (*Briljant Schreuders/ABP*); HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8296; E.H. Hondius, 'Changes of circumstances: the Trento-project', in: A.G. Castermans e.a. 2012, p. 119.

⁸² Zelfs in tijden van crisis: B.D.A. Zwart, 'De financiële en economische crisis: een onvoorziene omstandigheid bij projectontwikkeling? Een overzicht van (recente) jurisprudentie op het gebied van vastgoed', BR 2010/136, p. 711-719; J.M. van Dunné, 'Aanpassing van de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden: een kwestie van uitleg?', *Contracteren* 2011-4, p. 121; E.H. Hondius, 'Onvoorziene omstandigheden en het Nederlandse recht', *Contracteren* 2011-3, p. 87. Al lijkt art. 6:258 BW iets meer ruimte te krijgen (niet de crisis zelf, maar omstandigheden waartoe zij aanleiding geeft, zijn recent als onvoorzien gekwalificeerd: T. Hartlief, 'Crisis? What Crisis?', NJB 2013/1603, afl. 27; B.D.A. Zwart, 'De financiële en economische crisis toch een onvoorziene omstandigheid?', TBR 2014/143).

⁸³ In Nederland kan de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.

⁸⁴ Hondius 2012, p. 119.

⁸⁵ Hondius 2011, p. 88.

⁸⁶ Dat daarvoor onder het leerstuk van de ongeoorloofde oorzaak werd gebracht.

bepaling heeft een beperktere insteek dan de Nederlandse bepaling. Zij richt zich op de *economische bedreiging*⁸⁷ en strekt er primair toe om aan de behoefte (nécessité) en afhankelijkheid (*dépendance*) van de wederpartij te wijten verstoringen van het contractuele evenwicht tegen te gaan. Art. 3:44 BW wordt zelden aangewend om misbruik van een financiële noodsituatie of misbruik van economisch overwicht tegen te gaan. En als een beroep op dit type misbruik wordt gedaan, wordt dit niet snel toegewezen.⁸⁸ Art. 3:44 BW wordt vooral toegepast in situaties die naar Frans recht gedekt worden door de *abus de faiblesse* uit de *Code de la consommation* (art. L. 122-8 e.v.).⁸⁹ In dit wetboek vormt het leerstuk een onwettige handelspraktijk (*pratique commerciale illicite*) waarop behalve een civielrechtelijke sanctie (de nietigheid van de overeenkomst), ook een strafrechtelijke sanctie staat.

22. Franse rechters kunnen bij de toepassing van art. 50 van het ontwerp terugvallen op de jurisprudentie van het *Cour de Cassation*. Deze heeft de *violence économique* erkend en van (strikte) criteria voorzien die overigens niet allemaal in de wet zijn opgenomen.⁹⁰ De bepaling lijkt in het licht van de hiervoor genoemde oneerlijkheidstoets (nr. 12) enigszins dubbelop.⁹¹ Van art. 50 wordt net als bij art. 77 van het ontwerp gezegd dat het de teloorgang van de *cause* moet compenseren.⁹² Stoffel-Munck verwelkomt de nieuwe bepaling, [85] maar waarschuwt voor de mogelijke onvoorspelbaarheid waarmee haar toepassing gepaard kan gaan: hij mist een duidelijk criterium aan de hand waarvan de 'kwetsbare' toestand kan worden vastgesteld en acht gelet hierop de reikwijdte van de bepaling te ruim.⁹³ Gevreesd wordt dat het nieuwe leerstuk op iedere verstoring van het evenwicht tussen de economische posities of rechtskennis van de partijen zal worden losgelaten. Mazeaud gaat er echter van uit dat de bepaling net als de oneerlijkheidstoets slechts restrictief zal worden toegepast (vgl. nr. 14) en voor meer rechtszekerheid zal zorgen dan de *cause*.⁹⁴ Deze voorspelling zal in het licht van de huidige Franse rechtspraak met betrekking tot de *violence économique*⁹⁵ wel eens uit kunnen komen.

4. Conclusie: de verenigbaarheid en haalbaarheid van de doelstellingen kritisch bekeken

23. Het spiegelen van een aantal bepalingen uit het Franse ontwerp aan het Nederlandse recht levert een genuanceerd beeld op. Er zijn genoeg gelijkenissen: door de hervorming groeien de stelsels (weer) naar elkaar toe, bijvoorbeeld wat betreft de afschaffing van de *cause*, het recht op nakoming, de buitengerechtigde en gedeeltelijke ontbinding. Toch zijn er ook aanzienlijke verschillen.

Het Franse recht kent ten eerste geen redelijkheid en billijkheid die als rode draad door het wetboek loopt; naar verkeersopvattingen verwijst de *Code civil* evenmin. Waar wel een (strak omlinjnde) evenredigheidstoets is opgenomen (het recht op nakoming) en de rechter enige beoordelingsruimte krijgt (de *imprévision* en de vele bepalingen ter bevordering van het contractuele evenwicht), leidt dit tot forse kritiek. Het vertrouwen in de rechter is – zo blijkt uit het ontwerp – enigszins toegenomen, maar zal nog verder moeten groeien.

Ten tweede bevat het ontwerp in vergelijking met het Nederlandse recht meer specifieke bepalingen waar de professionele partij zich op kan beroepen in geval van een verstoring van het contractuele evenwicht.⁹⁶ Bepalingen met de strekking van art. 71 (verbod op unilaterale prijsbepaling), art. 75 en art. 76 (waardering van de tegenprestatie) van het ontwerp bestaan naar Nederlands recht niet.

Daarnaast heeft de benadeelde professionele partij in beginsel ongeacht haar grootte toegang tot de oneerlijkheidstoets en het wilsgebrek *abus de faiblesse* (economische bedreiging). De verwachting is

⁸⁷ Hierover bestaat kritiek: bij misbruik zou niet altijd sprake zijn van dreiging. J.-P. Chazal, 'Violence économique ou abus de faiblesse', *Droit et patrimoine*, oktober 2014, p. 47-49. Vgl. R.P.J.L. Tjittes, 'Economische bedreiging', *WPNR* 1993-6090/91 over de verhouding tussen bedreiging en misbruik van omstandigheden. Tussen beide leerstukken bestaat een fundamenteel verschil. Bij misbruik van omstandigheden worden omstandigheden misbruikt die de benadeelde reeds bedreigden. Het leerstuk van economische *bedreiging* is in Nederland onderontwikkeld.

⁸⁸ HR 1 juni 1990, *NJ* 1996/53 (*Donkelaar/Unigro*).

⁸⁹ Pavillon 2011, nr. 560-561, 563, 603, 609, 693, 702.

⁹⁰ Cass. civ. 1^e, 3 april 2002, n^o 00-12932, Bull. civ. I. n^o 108. Zo vereist deze jurisprudentie het bewijs van een daadwerkelijk uitgeoefende *rechtstreekse bedreiging* van de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.

⁹¹ H. Barbier, 'Le vice du consentement pour cause de violence économique', *Droit et patrimoine*, oktober 2014, p. 51.

⁹² Mazeaud 2014a, nr. 19.

⁹³ Stoffel-Munck 2014a. Zie ook Chazal 2014.

⁹⁴ Mazeaud 2014a, nr. 19.

⁹⁵ Chazal 2014, p. 47 met verwijzing naar Cass. civ. 1^e, 3 april 2002, n^o 00-12932, Bull. civ. I. n^o 108.

⁹⁶ Omdat de naar Frans recht ruim gedefinieerde B2C-overeenkomsten onder de *Code de la consommation* vallen, zijn deze bepalingen zonder meer op de B2B-verhouding toegesneden.

echter dat, net als in Nederland, grote professionele partijen in de praktijk niet door deze bepalingen zullen worden beschermd.

24. Het nieuwe contractenrecht is door zijn aandacht voor elektronische contracten en grotere speelruimte voor de rechter zonder meer moderner. De combinatie van bepalingen die de handel moeten bevorderen enerzijds (*doing business*), en bepalingen die de benadeelde en afhankelijke contractspartij moeten beschermen anderzijds (*social justice*), maakt dit ontwerp echter tot een innerlijk tegenstrijdig geheel. Behalve art. 3 van het ontwerp inzake de goede trouw en tot op zekere hoogte de *imprévision*, zijn er weinig bepalingen die beide doelstellingen helpen bewerkstelligen. Deze doelstellingen zijn dan ook moeilijk te verenigen en neutraliseren elkaar:

1. De aandacht voor de zwakke contractspartij gaat potentieel ten koste van de bindende kracht van de overeenkomst. Wat betreft dit voor de eerste doelstelling (het bevorderen van de handel) wezenlijke beginsel, is het ontwerp weinig consistent. Terwijl sommige bepalingen inbreuk maken op de bindende kracht van de overeenkomst (art. 71, art. 77 en art. 120 van het ontwerp) houden andere bepalingen hier stevig aan vast (art. 129 en vooral art. 24 van het ontwerp). Het willen verenigen van in veel opzichten tegenstrijdige doelstellingen wreekt zich op dit punt.

2. Bepalingen die de voorspelbaarheid van het recht vergroten en bepalingen die hier aan afdoen houden elkaar vooralsnog in een wankel evenwicht. De bepalingen ‘ter vervanging van’ de *cause* zullen naar verwachting net zo veel onzekerheid brengen als de *cause* zelf (art. 50, art. 75, art. 76 en art. 77 van het ontwerp).

3. Het ontwerp bevat veel bepalingen die de contractuele rechtvaardigheid (de tweede doelstelling) dienen, maar met de *cause* verdwijnt er ook een instrument waarmee de verstoreng van het contractuele evenwicht kon worden tegengaan. Het streven naar meer rechtszekerheid gaat potentieel ten koste van de contractuele rechtvaardigheid. Overigens schiet het scheppen van rechtszekerheid door het vastleggen van spelregels zijn doel wellicht voorbij: contractspartijen hebben juist ook behoefte aan een zekere mate van flexibiliteit (vgl. art. 24 van het ontwerp).⁹⁷

25. De voorgestelde aanpassingen hebben veel weg van een gekunsteld compromis tussen liberale en socialistische invloeden.⁹⁸ Het nieuwe contractenrecht onderscheidt zich vooral door de relatief ruime aandacht voor de contractuele rechtvaardigheid in de B2B-verhouding (art. 50 en art. 77 van het ontwerp). Daarnaast is welbeschouwd toch sprake van een zekere terughoudendheid wat betreft het overnemen van ‘Europese leerstukken’ als de *imprévision* en het loslaten van de (functies van de) typisch Franse *cause*. Zo kan de rechter niet op verzoek van één der partijen de overeenkomst aanpassen. Of deze hervorming de aantrekkingskracht en de *rayonnement* van het Franse contractenrecht [86] – de overkoepelende doelstelling van deze hervorming – zal vergroten, is op zijn minst twijfelachtig.⁹⁹

Het is overigens de vraag of het sleutelen aan het *contractenrecht* alleen de handel zal bevorderen. Fiscale, insolventie- en eigendomsregels hebben een grote, zo niet grotere impact op het ondernemingsklimaat, zo blijkt uit door de Wereldbank bij het *Doing Business*-klassement gehanteerde criteria. En het wijzigen van de *wet* is op zichzelf niet toereikend. De uitleg, toepassing en handhaving van de nieuwe regels zullen hun effect op dit klimaat uiteindelijk bepalen, zo blijkt uit het door de Wereldbank bij het *Doing Business*-klassement gehanteerde criterium *enforcing contracts*.

⁹⁷ Fages 2014, p. 43.

⁹⁸ Door botsingen tussen beide ideologieën mislukte de naoorlogse poging om de *Code civil* te hervormen. J. Carbonnier schrijft over de ‘*incapacité de trancher entre capitalisme et socialisme*’ in ‘La codification dans les états de droit: le cas français’, *Année canonique* 1996, p. 96 e.v. in: F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, (Parijs: Dalloz 2005) nr. 46, 51.

⁹⁹ In gelijke zin: Stoffel-Munck 2014a.