

# De autonomie als bezorger van één Europees privaatrecht

Meijerslezing 2011

Leden van de facultaire gemeenschap, dames en heren,

2011 belooft een geestrijk jaar te worden. De afdeling staats- en bestuursrecht van onze faculteit organiseert op 3 februari een symposium, onder de titel Wijn & Recht. Dat kunnen onze collega's goed gebruiken, zo rond het vertrek van Janneke Gerards, zo kunnen zij – en wij ook – het verdriet over Janneke vertrek in stijl verwerken, verdrinken, want, zoals het een goed symposium betaamt, gaat het gepaard met een wijnproeverij in ons bedrijfsrestaurant.

Wijn & Recht. Het symposium gaat vooral over nieuwe Europese regelgeving die in Nederland moet worden geïmplementeerd, met vragen als: Hoe wordt de wijnhandel in Europa gereguleerd? En: wat zijn de regels voor de productie in Europa?

Er gaat voor mij, en misschien ook voor u, een wereld open. De Verordening van de Raad van 22 oktober 2007 over de ordening van de landbouwmarkten bevat, onder veel meer, regels voor het toestaan van oenologische procedés en beperkingen.<sup>1</sup> Die regels houden verband met onder meer het risico dat de consument vanwege zijn vaste verwachtings- en ideeënpatroon wordt misleid en strekken ertoe dat risico met het bevorderen van voorlichting uit te sluiten. Lidstaten mogen strengere regels vaststellen.<sup>2</sup> Daar kun je wel een symposium mee vullen.

Maar, vóór het ontstaan van de Europese Gemeenschap die zich bezighoudt met Wijn en Staal, vóór het ontstaan van al die verschillende Europese nationale jurisdicties, toen al hadden wij teksten die ons leren wat wij van een wijnboer mogen verwachten. Onze collega Kees Bezemer schreef in 1995 een boek over Jacques de Revigny, een Franse jurist die leefde in de dertiende eeuw. Kees citeert uit Revignys commentaar op de Codex Iustinianus, over boeren die wijn verkopen aan studenten.<sup>3</sup> Deze boeren wisten heel goed dat de aard van hun wijn het niet toeliet dat hij tot na Kerstmis zou worden bewaard, dat hij na Kerstmis het water niet waard zou zijn. Een student die wijn van zo'n boer had gekocht en daarop niet was geweest, mocht daar niet het slachtoffer van zijn. De wijnboer had hem op deze eigenschap van de wijn moeten wijzen. Afgelopen jaar kwam Kees op deze casus terug, in het bij de Edinburgh University Press verschenen boek

---

<sup>1</sup> Verordening (EG) Nr. 1234/2007 (Integrale-GMO-verordening), PB L 299 van 16.11.2007, p. 1

<sup>2</sup> Artikel 120 quinquies: De lidstaten mogen het gebruik van bepaalde krachtens de Gemeenschapswetgeving toegestane oenologische procedés voor op hun grondgebied geproduceerde wijn beperken of verbieden en voorzien in strengere beperkingen met het oog op de bevordering van het behoud van de wezenlijke kenmerken van wijn met een beschermde oorsprongsbenaming of een beschermde geografische aanduiding, mousserende wijn en likeurwijn. De lidstaten delen deze beperkingen en verbodsbepalingen aan de Commissie mee, die deze ter kennis van de andere lidstaten brengt. Zie voor Nederland de Verordening van het Hoofdproductschap Akkerbouw van 10 juni 2009, houdende regels ter zake van de bereiding, handel, verpakking en etikettering van wijn (Verordening HPA wijn 2009). (grondslag: artikel 2 van de Regeling medebewind Gemeenschappelijk Landbouwbeleid, Algemeen en op de artikelen 96 en 98 van de Wet op de bedrijfsorganisatie en artikel 16, derde lid, van het Instellingsbesluit akkerbouwproductschappen.)

<sup>3</sup> Kees Bezemer, *What Jacques saw*, Vittorio Klostermann: Frankfurt am Main 1997, p. 121.

The Creation of the *Ius Commune*, from *Casus* to *Regula*, in een bijdrage over het ontstaan van *regula*.<sup>4</sup> Hij gebruikte Revignys tekst nu als illustratie van de ontwikkeling die begon met een letterlijk uitleg van Romeinse teksten – wat staat er – en leidde naar een *verklaring* van de verschillen tussen verschillende teksten en het onderkennen van *regels* die als het ware een verbinding vormden tussen al die *casus*. In de *Codex Iustinianus* en in de *Digesten* was al in abstracte termen te lezen dat de koper niets te lijden mocht hebben van enig bedrog van de verkoper; Revigny voorzag zo'n *casus* van nieuwe argumenten en teksten en hij deed dit, volgens Kees, op een voor die tijd nog al vrije manier.

Revigny had het maar makkelijk, toen. Kwam men er in zijn tijd met de eigen regels niet uit, dan bood het *ius commune* vaak hulp en dat was zeker bij koop en verkoop vaak het geval. De opkomst van nieuwe technologieën heeft de internationale handel tussen wijnboeren en studenten misschien makkelijker gemaakt, maar diezelfde technologieën faciliteerden de opkomst van nationale staten en, daarmee, nationale rechtssystemen. En juist die nationale rechtssystemen belemmeren onze wijnboeren studenten in hun internationale ambities. Wijnboeren kunnen niet meer toe met hun eigen regionale markt en voor studenten bestaan die nationale grenzen niet meer, gevoelig als zij zijn voor *ecommerce*. Voor hen zou het prachtig zijn als ze zouden beschikken over één Europees privaatrecht.

Dat vindt ook de Europese Commissie. In haar opdracht heeft een gezelschap van hedendaagse Revignys imposant werk geleverd door – in zes jaar tijd – uit zeventenwintig stelsels van privaatrecht één set beginselen, definities en regels te destilleren. Het resultaat beslaat alle belangrijke delen van het vermogensrecht – naast het contractenrecht het aansprakelijkheidsrecht en zelfs delen van het goederenrecht. Want, zo was de redenering, het contractenrecht staat niet op zichzelf, het kan niet los van het aansprakelijkheidsrecht en het goederenrecht worden gezien. Ze staan bekend onder de titel *Draft Common Frame of Reference* en zijn voorzien van een uitgebreide toelichting.

De Europese Commissie vraagt zich nu af: hoe verder? Zij heeft, zoals dat gaat, een *groenboek* opgesteld, met allerlei mogelijkheden om tot één Europees privaatrecht te komen en zij heeft u en mij gevraagd uiterlijk deze maand onze gedachten over deze mogelijkheden bekend te maken.

Ondertussen heeft de Commissie haar eigen keuze al gemaakt. Zij streeft naar een verzameling van universele, elementaire regels van privaatrecht, waarvoor partijen met internationale ambities zouden moeten kunnen kiezen. Zij heeft andermaal een gezelschap van privatisten gevraagd deze verzameling op te stellen, zich ditmaal te concentreren op het contractenrecht en, zo leert *inside information*, het aantal bepalingen te beperken tot maximaal 150. Zodat de wijnboer straks kan zeggen: hier is mijn wijn, aangeboden onder het Europese regime van privaatrecht.

---

<sup>4</sup> Kees Bezemer, *The infrastructure of the Early Ius Commune: The Formation of Regulae, or its Failure*, in: (John W Cairns and Paul J du Plessis, ed.) *The Creation of the Ius Commune, From Casus to Regula*, Edinburgh: Edinburgh University Press 2010, p. 62.

Wetenschappers jubelen over de autonomie als bezorger van één Europees privaatrecht. Maar de vraag is of enig optioneel instrument de verwachtingen zou kunnen waarmaken. Zou bijvoorbeeld het Draft Common Frame of Reference een effectieve bijdrage kunnen leveren aan ons handelsverkeer? Deze vraag zou ik willen beantwoorden met onze wijnboeren en studenten in het hoofd, dezelfde mensen waarop Euro-commissaris van Justitie Viviane Reding doelde, toen zij zei haar verwachtingen uitsprak:

“I want a Polish, German or Spanish consumer to feel as safe when doing business with an Italian, Finnish or French company online as when they are at home. And I want Europe's small and medium-sized companies to offer their products and services to consumers in other countries without having to become experts in the national contract law systems of all other 26 EU countries.”<sup>5</sup>

Dit is de taal van een communicatieadviseur. Uit het groenboek blijkt al dat het niet gaat om een instrument dat de kennis van het recht van de (andere) lidstaten overbodig maakt, maar om een instrument dat op zichzelf moet staan, zoveel als mogelijk, en tegelijkertijd in een nationale rechtsorde moet functioneren. Dat klinkt al realistischer. De kleine wijnboer die groot wil denken en die zich wil richten tot partijen uit heel Europa, is dus gewaarschuwd. Dat hij alle zevenentwintig stelsels van privaatrecht van Europa zou moeten kennen, is natuurlijk overdreven, maar hij zal ook met een keuze voor de 150 bepalingen van het optioneel instrument rekening moeten blijven houden met die zevenentwintig stelsels. Hoe zal dan een optioneel instrument het partijen dan makkelijker kunnen maken en niet lastiger? Wat zou het DCFR in dit opzicht kunnen betekenen?

Om deze vraag te beantwoorden ga ik na of en in hoeverre het DCFR afhankelijk is van nationaal recht, regelend of dwingend. Waarom? Omdat naar mate de optionele set regels *meer* teruggrijpt naar enig stelsel of zevenentwintig stelsels van nationaal recht, de wijnboer en de studenten er *minder* opschieten. Laten wij kijken, naar het DCFR.

Vooropgesteld, het DCFR oogt als een normale codificatie van het vermogensrecht, met dien verstand dat het op verschillende plaatsen zoveel woorden naar nationaal recht, en wel in het kader van het schadevergoedingsrecht, ongerechtvaardigde verrijking en het goederenrecht. In de contractuele bepalingen van het DCFR, van belang voor onze wijnboer, wordt vele malen verwezen naar de law, zonder het bijvoeglijk naamwoord *national*. Bijvoorbeeld bij de behandeling van de contractuele gebondenheid: een overeenkomst bindt partijen; de wijziging en beëindiging mogelijk zijn voor zover deze is “provided by law”. En: de inhoud van een overeenkomst kan worden afgeleid

- uit wat partijen zelf zijn overeengekomen, uitdrukkelijk of stilzwijgend, en uit
- “the rules of law ...”.

De toelichting maakt duidelijk dat onder law kan worden verstaan: national law.

---

<sup>5</sup> <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?aged=0&format=HTML&guiLanguage=en&language=EN&reference=IP/10/872>

“It is not only the present rules which may supply a term in the absence of express regulation in the contract. There may be national or other laws which apply to the contract and which supply a term or terms.”

Het DCFR en *national law* gaan dus hand in hand. Dat hoeft niet zo'n probleem te zijn, als de regels van het DCFR gelijk zijn aan hun nationale evenknie. Maar dat zijn ze natuurlijk niet altijd. De opstellers hebben keuzes moeten maken waar Europese stelsel van elkaar afwijken. Stel, een wijnboer heeft aan twee studenten geleverd. Kan hij beiden voor de gehele koopprijs aanspreken, ook al hebben zij hierover niets afgesproken? Hebben we met andere woorden te maken met hoofdelijkheid? Ja, zegt het DCFR, want volgens artikel III. – 4.103 lid 2 is de hoofdregel dat twee of meer schuldenaren hoofdelijk verbonden zijn. Maar het DCFR verwijst *ook* naar het nationaal recht, dat voor Nederland en verschillende andere landen bepaalt dat als een prestatie door twee of meer schuldenaren is verschuldigd, ieder voor een gelijk deel is verbonden.

Bij dit voorbeeld haalt u misschien uw schouders op. Er zijn soms hele principiële verschillen, zoals ter zake van het recht op nakoming, dat naar Nederlands recht vanzelfsprekend voorop staat, maar naar Engelse recht juist niet. Het DCFR kiest voor ons systeem. Simpele contractspartijen kunnen dus niet volstaan met een keuze voor het DCFR. Zij moeten op onderwerpsniveau kiezen tussen de regeling van het DCFR en daarvan afwijkende nationale regelingen waarnaar het DCFR – parallel – uitdrukkelijk verwijst.

Tja. Het DCFR hanteert ook nog eens, in het contractenrecht zelfs met regelmaat, het begrip *mandatory rules*, dwingend recht. Het stelt de autonomie van partijen voorop – de contractsvrijheid – maar deze is “subject to any applicable mandatory rules”. *Mandatory* is niet alleen het beoogde dwingend recht in het DCFR zelf, maar ook, u raadt het al, het nationale dwingend recht. Dus: als we zouden kunnen kiezen voor het DCFR als optioneel instrument, moeten we nog steeds letten op onze eigen Nederlandse regels, bijvoorbeeld van het Hoofdproductschap Akkerbouw over de bereiding, handel, verpakking en etikettering van wijn, en op de soortgelijke regels in de andere zesentwintig lidstaten. Het DCFR verwijst voor de gevolgen van een schending van een *mandatory rule* naar diezelfde *mandatory rule* voor zover die de gevolgen uitdrukkelijk regelt, dus ook naar het nationale recht. Dat wordt nog een aardige exercitie, als de regel in kwestie – of de toelichting erop – de gevolgen uitdrukkelijk overlaat aan het nationale materiële burgerlijk recht.

Wij zagen in het begin al dat die publieke regelingen van de wijnsector mede zijn gegeven ter bescherming van private belangen. Idealiter zal bij het opstellen en uitwerken van die bescherming rekening worden gehouden met de aard van de rechtsverhouding tussen private partijen, dus met de privaatrechtelijke begrippen waarop wijnboer en studenten zijn aangewezen, zodat duidelijk is wat voor die partijen het gevolg is van schending van de publiekrechtelijke regeling. Dat is een kwestie van ordelijke regelgeving, waarbij – tot op zekere hoogte – coherentie en consistentie moeten worden nagestreefd, omwille van de toegankelijkheid en handhaafbaarheid van de regels.

Dat dat niet gemakkelijk is, blijkt bijvoorbeeld uit onze pensioenwetgeving, die bol staat van publiekrechtelijk geregelde informatieplichten. Ik veroorloof mij deze uitstap omdat u en ik kort geleden weer zo'n dikke brief van het ABP ontvingen met publiekrechtelijk voorgeschreven informatie. Welke gevolgen hebben die informatieplichten voor de meerpartijenverhouding van werkgevers- en werknemersorganisaties, pensioenfondsen en deelnemers? Daar is nog niet goed over nagedacht, terwijl u toch graag zou willen weten wat uw positie is als u jarenlang verkeerde cijfers over uw pensioenpositie zijn verstrekt en de verstrekker van uw hypothecaire lening zijn aanbod op die informatie heeft gebaseerd. Als wij dit jaar eens allemaal zouden kunnen verifiëren of de pensioeninformatie van dit jaar is gebaseerd op de juiste gegevens, dan denk ik dat het niet lang zal duren voor we ook weten welk rechtsgevolg aan de onjuiste informatieverstrekking is verbonden. Dit zeg ik Kees Goudswaard, die het effect zou kunnen berekenen van deze volgens mij niet voorziene gevolgen van onze veellagige rechtsorde, de civielrechtelijke gevolgen van het niet nakomen van de publiekrechtelijke informatieplicht.

Hoe dan ook, die publieke en private regelingen grijpen in elkaar, soms bewust, soms onbewust, en daarom al is het een hachelijke onderneming private partijen voor te houden dat zij kunnen kiezen voor een optioneel instrument een instrument dat zelf los van de nationale context is ontstaan dat een op voorhand onzekere inbedding vergt in de nationale context dat uiteindelijk toch niet buiten het nationale vermogensrecht om kan, al was het maar omdat het uit niet meer dan 150 bepalingen mag bestaan. Wat kunnen wij dan wel betekenen voor een wijnboer die over de grenzen wil werken, en voor studenten die hun spullen zo makkelijk van ver halen?

Om te beginnen zouden wij de verschillen tussen de nationale stelsels kunnen relativeren, zoals Meijers deed toen hij in 1938 de NJV toesprak, over de ontwikkeling van de nationale gedachte in het recht.<sup>6</sup> Hij relativeerde de breuk tussen de verschillende nationale rechten, waarbij hij wees op (1) de internationale wetenschappelijke contacten die wij in zijn geest natuurlijk nog steeds koesteren, en op, wat hij noemde (2) de verkeersbehoefte – zeg maar: de handel – die ervoor zorgden dat de nationale stelsels zich op een gelijke wijze ontwikkelden. En vooral, wat in 1938 indruk moeten hebben gewekt, (3) de in ieder van ons levende overtuiging aan een aan geen land of tijd gebonden gerechtigheid, die in het burgerlijk recht heeft geleid tot een kern van voorschriften die men als oude, beproefde waarheden in bijkans alle wetboeken der beschaafde volkeren kan terugvinden.

Daarnaast kunnen wij de verschillen tussen de nationale stelsels van privaatrecht verkleinen, waarvoor wij te rade kunnen gaan bij wat zou mogen heten de bijbel van de *Interaction between Legal Systems*, het vorig jaar verschenen Algemeen Deel van Walter van Gerven en Steven Lierman. Van Gerven en Lierman zien nationale codificatie van het privaatrecht al als een lastig te realiseren onderneming, waarbij zij volgens mij niet refereren aan hun eigen nationale context, maar aan de veellagige rechtsorde die elke Europese staat kenmerkt, laat staan dat zij een codificatie van een Europees privaatrecht

---

<sup>6</sup> VPO I, p. 84.

een realistische optie achten. Zij bepleiten convergentie van de verschillende systemen van burgerlijk recht, op basis van vrijwilligheid. En zij noemen een aantal instrumenten, waarvan sommige herinneringen oproepen aan het *ius commune*: het toegankelijk maken van regelverzamelingen en het zoeken naar een gemeenschappelijk referentiekader, wat overigens het DCFR op zichzelf ook beoogde te doen. Als de civilisten van alle landen zich zo organiseren en verenigen, en steeds leentje buur spelen bij deze documenten, dan groeien de stelsels vanzelf naar elkaar toe.

Wij kunnen op dit punt inspiratie bieden uit onze nationale polder, of laten wij vandaag zeggen: uit onze nationale wijngaard. Ik doel op het werk van onze Sociaal Economische Raad die met zijn Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg een open kader biedt aan ondernemers- en consumentenorganisaties voor overleg over evenwichtige Algemene Voorwaarden.<sup>7</sup> Per branche is een Overleggroep in het leven geroepen, ondersteund door het secretariaat van de SER. Rechten en plichten van ondernemers en consumenten worden afgestemd op de specifieke kenmerken van de branche. Daarbij worden wettelijke bepalingen ten aanzien van de consumentenvoorwaarden zo concreet mogelijk ingevuld.

Ik heb wel eens bij zo'n zelfreguleringsoverleg gezeten, voor de thuiswinkelbranche. Met thee en de koffie en verse koekjes wordt de rechtsverhouding doorgeakkerd. De ontwikkelingen in de branche, de jongste Europese regels, veel voorkomende problemen bij het terugzenden van bestellingen. En aan het eind van de bijeenkomst zijn de belangrijkste knopen doorgehakt.

Deze werkwijze leent zich voor een Europees Zelfreguleringsoverleg, waarin wordt gewerkt aan contracten, toegespitst op sectoren – met condities en termijnen die overal in Europa acceptabel worden geacht, of bijna overal, met alternatieven voor de lidstaten waarin de marges breder of smaller zijn. Daarmee zouden partijen werkelijk gediend kunnen zijn, omdat ze er van uit kunnen gaan dat het document overal kan worden gehanteerd, terwijl de op nationaal niveau te maken keuzes van te voren zijn geïnventariseerd. Dit is wat de Europese Commissie zou kunnen faciliteren: laat een internationaal gezelschap van praktijkjuristen en wetenschappers deze documenten opstellen en regelmatig beoordelen welke regeling *hoc tempore* door de beugel kan, zoals de Commissie dat zelf ook al, door standaarden van privacy-afspraken af te zegenen.

De documenten die in deze setting tot stand worden gebracht, zouden uitgangspunt kunnen zijn voor het nationale en internationale contracten, contracten die de autonomie waarborgen en tegelijkertijd gaan bijdragen aan het naar elkaar toegroeien van onze stelsels van privaatrecht, waarmee de autonomie werkelijk als bezorger van een Europees privaatrecht kan gelden, althans, om te beginnen het contractenrecht.

Met als voordeel dat partijen in het woud van regels van staten en sectoren keer op keer de weg moeten vragen, terwijl de keuze voor een nationaal stelsel van privaatrecht voor zolang de Europese Unie zevenentwintig verschillende stelsels van privaatrecht-, straf- en

---

7

publiekrecht kent – betere voorwaarden schept voor de afstemming met en inbedding in de nationale stelsels.

Volgens mij zal Eurocommissaris Reding hiernaar oren hebben Vorig jaar, in een debat over de totstandkoming van een European Law Institute - waarmee dezelfde privatisten bezig zijn die met zoveel voortvarendheid het DCFR hebben tot stand gebracht, liet zij al weten dat zij – voor het bereiken van een Europese rechtscultuur – ook belang hecht aan netwerken “that support the practitioners who help citizens and businesses to on a daily basis to understand the EU and its rules, and its common principles”<sup>8</sup>.

Een Zelfregeluringsoverleg zou een schone taak zijn voor zo’n netwerk. Misschien, mijnheer de decaan, zouden wij de eurocommissaris en het European Law Institute in oprichting moeten aanbieden zo’n netwerk op poten te zetten, met als doel de congruentie van de stelsels van privaatrecht te bevorderen. Met als lokkertje een wijnproeverij in ons bedrijfsrestaurant.

Ik wens u een geestrijk Nieuwjaar.

Leiden, 10 januari 2011  
Alex Geert Castermans