

# De herziening van het Franse verbintenissenrecht: *les jeux sont faits*

Jan Smits & Caroline Calomme\*

1 oktober 2016 was een historische datum voor het Franse recht. Voor het eerst sinds de invoering van de Code Civil in 1804 vond een grondige herziening plaats van het in het wetboek neergelegde verbintenissenrecht. In deze bijdrage wordt ingegaan op de motieven voor en de inhoud van de herziening.

## 1 Inleiding

Elke jurist weet dat het Nederlands (privaat-) recht in sterke mate is beïnvloed door zowel het Franse als het Duitse recht. Terwijl aan het begin van de negentiende eeuw Nederland geheel in de Franse rechtstraditie stond – het Burgerlijk Wetboek van 1838 was grotendeels een kopie van de Napoleontische Code Civil – zijn we sindsdien opgeschoven in Duitse richting en in die van de *common law*. Het huidige Burgerlijk Wetboek lijkt qua structuur en leerstelling dan ook veel meer op het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch uit 1900 dan op het Franse model.<sup>1</sup> Toch blijft kennisname van het Franse recht van groot belang voor Nederlandstalige juristen, niet alleen omdat Frankrijk een belangrijke handelspartner is van Nederland en België maar ook omdat het ons confronteert met een soms geheel andere benadering van rechtsvragen.

Op 1 oktober 2016 vond in Frankrijk een kleine revolutie plaats. Voor het eerst sinds de invoering van de Code Civil in 1804 werd het in dit wetboek neergelegde verbintenissenrecht grondig herzien

Op 1 oktober 2016 vond in Frankrijk een kleine revolutie plaats. Voor het eerst sinds de invoering van de Code Civil (CC) in 1804 werd het in dit wetboek neergelegde verbintenissenrecht grondig herzien. In deze bijdrage wordt ingegaan op deze herziening die niet alleen de gemoederen in Frankrijk al een decennium flink beroert, maar ook internationaal de aandacht trekt. Dat is niet alleen het geval vanwege de inhoudelijke wijzigingen in het wetboek zelf, maar ook omdat een ongebruikelijke weg is gevolgd om het 210 jaar oude monument van de Code Civil te wijzigen: niet met een langs parlementaire weg tot stand gebrachte wet, maar via een door de regering afgekondigde verordening ('ordonnance'). Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan de motieven voor de herziening en haar voorgeschiedenis (paragraaf 2), de belangrijkste wijzigingen die zij brengt (paragraaf 3) en de wijze waarop de herziening in het licht van haar doelstellingen moet worden geduid (paragraaf 4). Zonder kritiek zal dit overigens niet gaan: blijken zal dat er reden is voor scepsis over de mate waarin de herziening haar doel bereikt.

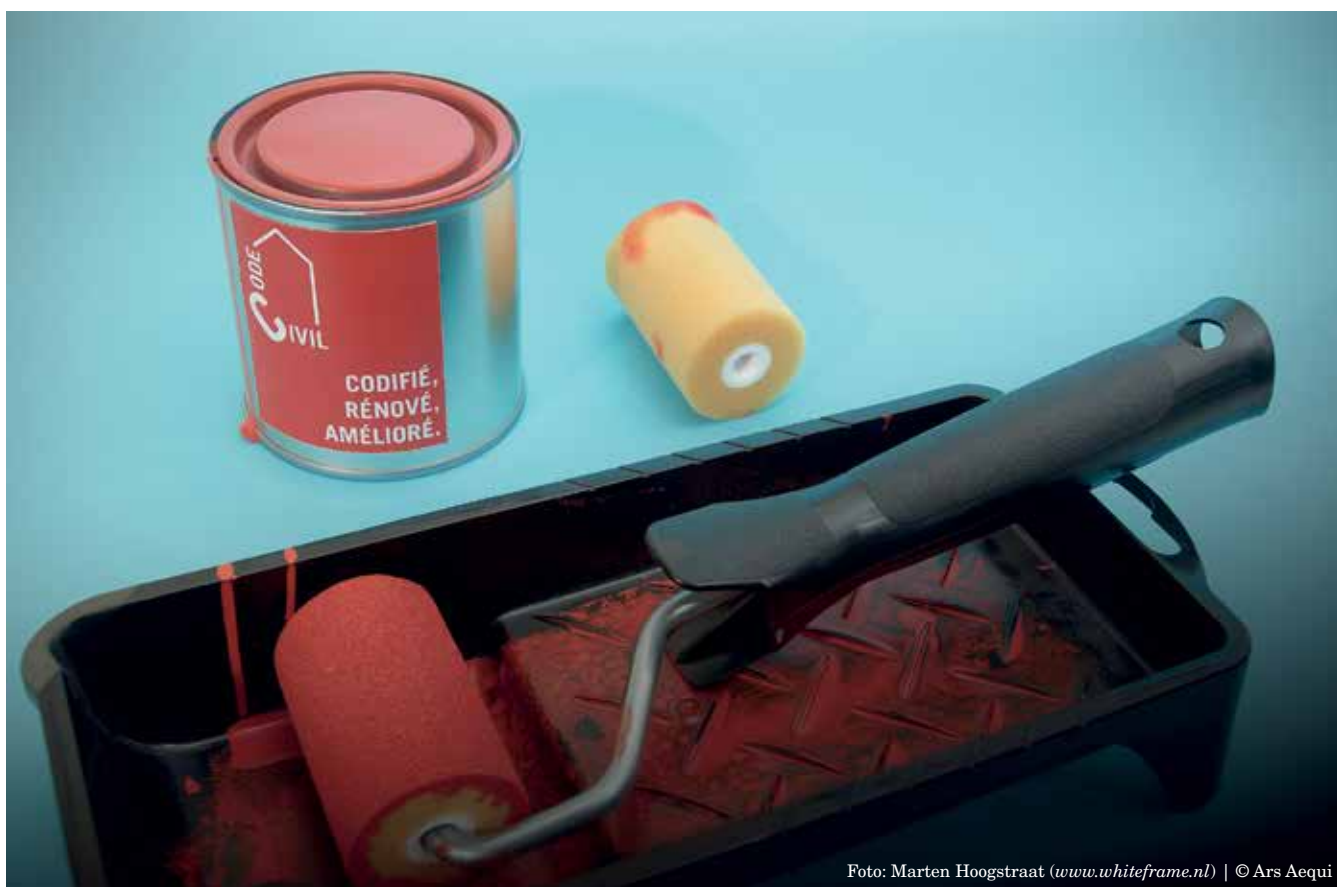
## 2 En route: voorgeschiedenis en motieven voor de herziening

'Il faut, de temps en temps, mettre de l'ordre dans une matière, qui est en train de devenir une masse chaotique.'<sup>2</sup> Dit zijn niet de

\* Prof. mr J.M. Smits is hoogleraar Europees privaatrecht en C. Calomme M.Jur (Oxon) is docent privaatrecht, beiden aan de Universiteit Maastricht.

1 Vgl. C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

2 E.M. Meijers, 'La réforme du Code Civil Néerlandais' (1948), in: E.M. Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen deel 1*, Leiden: Universitaire Pers 1954, p. 161.

Foto: Marten Hoogstraat ([www.whiteframe.nl](http://www.whiteframe.nl)) | © Ars Aequi

3 Zie over codificatie in het algemeen J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatie-geschiedenis*, Den Haag: BJu 2014.

4 Art. 26 van Loi N° 2014-873, 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

5 De literatuur over de herziening is overvloedig. Zie bijv. G. Chantepie & M. Latina (red.), *La réforme du droit des obligations*, Paris: Dalloz 2016; H. Barbier, 'Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016', *RTD Civ* 2016, p. 247 e.v.; B. Fauvarque-Cosson, 'Towards an important reform of the French Civil Code', *Montesquieu LR* 2015, p. 67 e.v.

6 Deel 3 verscheen in 2003: O. Lando e.a. (red.), *Principles of European Contract Law Part III*, The Hague: Kluwer 2003.

7 Dit project zou in 2009 uitmonden in het DCFR: C. Von Bar e.a. (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, München: Sellier 2009.

woorden van de Franse regelgever maar die van E.M. Meijers, de belangrijkste ontwerper van het Nederlands BW. In 1948 was dit voor hem het belangrijkste argument waarom een wetboek af en toe moet worden aangepast: het opnieuw op systematische wijze codificeren van de rechtspraak zodat de wetgever de leidende rol die hij traditioneel heeft in een *civil law*-rechtssysteem kan hernemen. Dit motief, samen met de wens om verouderde regels te vervangen door nieuwe, verklaart waarom veel landen hun oorspronkelijke negentiende-eeuwse BW hebben aangepast of vervangen door een moderner wetboek.<sup>3</sup> Het is precies dit argument van vergrote toegankelijkheid en rechtszekerheid dat ook in Frankrijk al sinds het einde van de negentiende eeuw leidde tot – onsuccesvolle – pogingen om het wetboek fundamenteel te herzien. Dit wil niet zeggen dat geen kleinere wijzigingen werden doorgevoerd (in het familie- en zekerhedenrecht zelfs van fundamentele aard; in het verbintenissenrecht werd de befaamde 'bon père de famille' of 'goede huisvader' nog in 2014 vervangen door de geslachtsneutralere, maar zo veel minder tot de verbeelding sprekende, redelijke persoon<sup>4</sup>). Maar ambitieuzere projecten faalden.

**De voorgeschiedenis van de nu wél succesvolle herziening gaat terug tot de periode na de viering van het 200-jarig bestaan van het Franse BW. De directe aanleiding was een internationale *reality check***

De voorgeschiedenis van de nu wél succesvolle herziening gaat terug tot de periode na de viering van het 200-jarig bestaan van het Franse BW.<sup>5</sup> De directe aanleiding was een internationale *reality check*. Rond 2004 was de Europeanisering van het privaatrecht tot volle wasdom gekomen. Niet alleen bestond inmiddels een waar *acquis* van Europese richtlijnen op contractenrechtelijk terrein, bovendien was een groot aantal academisch-rechtsvergelijkende projecten van de grond getild. Zo werden rond die tijd de *Principles of European Contract Law* afgerond<sup>6</sup> en werd een start gemaakt met het European Civil Code-project.<sup>7</sup> Te midden van de festiviteiten ter viering van de grootsheid van hun nationale codificatie moesten Franse juristen

vaststellen dat Frans recht amper invloed had in die Europese instrumenten. De gekozen oplossingen waren eerder geënt op het Duitse of Engelse recht of op het nieuwe Nederlandse BW. In 2004 verscheen ook de eerste editie van de inmiddels beroemde *Doing Business*-rapporten van de Wereldbank waarin het Franse rechtssysteem op plek 44 eindigde wat betreft zijn aantrekkelijkheid voor de internationale handel.<sup>8</sup> Samen met de viering van het tweehonderdjarig bestaan creëerde dit rapport het momentum en de politieke wil die noodzakelijk zijn voor een grote herziening. De toelichting bij de verordening noemt dan ook naast het vergroten van de rechtszekerheid door het codificeren van de rechtspraak het bevorderen van de internationale aantrekkelijkheid van het Franse recht uitdrukkelijk als motief. Daarnaast wordt ook het versterken van de positie van de zwakke contractant en daarmee van de 'justice contractuelle' genoemd.<sup>9</sup>

Zoals internationaal zeer gebruikelijk is bij (her)codificaties, wordt een eerste ontwerp vaak gemaakt door academici. Dit was ook in Frankrijk het geval: in 2005 verscheen een *avant-projet* van een commissie onder leiding van de Parijse emeritus-hoogleraar Pierre Catala (1930-2012).<sup>10</sup> In de commissie van maar liefst 37 leden gaf *tout* civilistisch Frankrijk acte de présence. Misschien om die reden was het ontwerp zeer Frans en hield het geen enkele rekening met bijvoorbeeld de PECL of Europese regelgeving. Een progressiever tegenbod werd gedaan door de eveneens Parijse hoogleraar Francois Terré (1930).<sup>11</sup> Vervolgens was het woord aan het ministerie van Justitie dat in 2008 met een eigen ontwerp kwam.<sup>12</sup> De nu in te voeren verordening is een aangepaste versie daarvan.

Een belangrijke reden waarom *civil law*-jurisdicties streven naar codificatie is omdat het de democratische wetgever in staat stelt om deel te nemen aan de rechtsontwikkeling. Anders dan het woord doet vermoeden is codificatie nooit alleen maar het in de wet neerleggen van (door de rechter ontwikkeld) bestaand recht. Het vereist ook het maken van vele keuzes: hoeveel bescherming verdient de zwakkere partij, hoeveel vrijheid wordt de rechter gegund, etc. Zo is het Nederlands parlement bij de totstandkoming van ons BW uitdrukkelijk gevraagd om antwoord te geven op een vijftigtal door E.M. Meijers geformuleerde vraagpunten. Maar die democratische procedure heeft een prijs: zij kost niet alleen veel tijd, het parlement moet ook bereid zijn om in te stemmen met de voorgenomen

wijzigingen. Dat is in Frankrijk problematisch gebleken. Over de te volgen procedure voor de herziening is lang gesteggeld tussen enerzijds regering en Nationale Vergadering (één van beide kamers in het parlement) en anderzijds de Senaat (de andere kamer in het parlement). Waar regering en Nationale Vergadering een verordening voorstonden, wilde de Senaat de wijziging alleen bij wet invoeren. Dit laatste standpunt valt goed te begrijpen: zeker in Frankrijk wordt het BW beschouwd als de grondwet van de burgerlijke samenleving (de 'constitution civile') en die wijzig je niet zomaar bij regeringsmaatregel. De Senaat heeft deze strijd echter verloren: met gebruikmaking van de bijzondere procedure van artikel 38 Grondwet diende de regering in 2013 een wetsvoorstel in dat haar machtigde om het verbintenissenrecht zelf bij verordening te wijzigen. Toen dit voorstel in 2015 na een steekspel tussen beide kamers van het parlement werd aangenomen<sup>13</sup> was de weg vrij voor een publieke consultatie over de tekst van de wijziging zelf. Die handelt over het overeenkomstenrecht, over verbintenissen in het algemeen en bewijsrecht. De consultatie leidde tot meer dan driehonderd schriftelijke reacties uit alle hoeken van de Franse samenleving.<sup>14</sup> In februari 2016 werd de verordening vastgesteld.<sup>15</sup> Die moet nog wel worden bekrachtigd door het parlement,<sup>16</sup> maar óók als dat niet voor 1 oktober gebeurt, treedt de verordening op die datum wel gewoon in werking.<sup>17</sup> Overigens is het herzieningsproject hiermee niet ten einde: inmiddels zag een voorontwerp over het aansprakelijkheidsrecht het licht dat in 2017 moet leiden tot nieuwe wijzigingen van het wetboek.<sup>18</sup>

## Zeker in Frankrijk wordt het BW beschouwd als de grondwet van de burgerlijke samenleving en die wijzig je niet zo maar bij regeringsmaatregel

### 3 De herziening: *embarras du choix*

Wie na meer dan 200 jaar rechtsontwikkeling Boek III van het Franse BW wil herzien, heeft geen gebrek aan keuzes. Eigenlijk leent elke bestaande bepaling zich voor herformulering en kan elk door de Cour de Cassation ontwikkeld leerstuk worden gecodificeerd. Toch is dat niet waar de Franse regering voor heeft gekozen. De herziening is relatief beperkt, zonder dat overigens steeds even helder is

- 8 World Bank, *Doing Business in 2004: Understanding regulations*, Washington: World Bank Group 2003. In de meest recente editie van 2016 staat Frankrijk op plek 27.
- 9 Rapport au Président de la République relative à l'ordonnance n° 2016-131, JUSC1522466P, *Journal Officiel* 11 février 2016.
- 10 *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris: La Documentation française 2006.
- 11 F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris: Dalloz 2009.
- 12 Zie over de totstandkomingsgeschiedenis bijv. D. Mazeaud, 'La réforme du droit français des contrats', *Revue Juridique Themis* 2010, p. 243 e.v.
- 13 Loi N° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JUSX1326670L. Art. 8 van deze *loi d'habilitation* gaf de Franse regering het mandaat om in Boek III CC het contractenrecht, verbintenissenrecht en bewijsrecht te moderniseren en te vereenvoudigen, de leesbaarheid en toegankelijkheid er van te verbeteren en de rechtszekerheid en doeltreffendheid te garanderen.
- 14 Beschikbaar via de website van het Ministerie van Justitie: [www.justice.gouv.fr/modernisation-de-la-justice-du-21e-siecle-12563/la-reforme-du-droit-des-contrats-27898.html](http://www.justice.gouv.fr/modernisation-de-la-justice-du-21e-siecle-12563/la-reforme-du-droit-des-contrats-27898.html).
- 15 Ordonnance no. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JUS-C1522466R, beschikbaar via [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Een Engelse vertaling is te vinden via [www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi-du-170215-sur-la-simplification-du-droit-12766/traduction-de-lordonnance-du-10-fevrier-2016-en-langue-anglaise-28998.html](http://www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi-du-170215-sur-la-simplification-du-droit-12766/traduction-de-lordonnance-du-10-fevrier-2016-en-langue-anglaise-28998.html).

waarom de ene regel wel wordt gewijzigd en de andere niet. De verordening bevat ons inziens drie typen bepalingen: werkelijke wijzigingen van het bestaande recht, codificatie van wat volgens rechtspraak of doctrine al min of meer geldend recht was en ten slotte bepalingen van systematiserende en leerstellige aard die niet veel invloed zullen hebben op de rechtspraktijk maar wel een korte bespreking waard zijn. Deze drie typen passeren hier achtereenvolgens de revue.<sup>19</sup>

## De herziening is relatief beperkt, zonder dat overigens steeds even helder is waarom de ene regel wel wordt gewijzigd en de andere niet

De eerste categorie bepalingen is vanuit het oogpunt van de rechtsontwikkeling het meest interessant. Zonder een volledig overzicht te beoogen willen wij graag vier belangrijke punten noemen waarop het Franse recht wordt gewijzigd.<sup>20</sup> de *cause* wordt afgeschaft als voorwaarde voor de geldigheid van een overeenkomst (art. 1128 CC), oneerlijke bedingen in standaardvoorwaarden worden voortaan als ongeschreven beschouwd bij elk type overeenkomst (art. 1171 CC), de *imprévision* wordt ingevoerd als grond voor wijziging of beëindiging van de overeenkomst (art. 1195 CC) en het recht op nakoming wordt onderworpen aan een algemene redelijkheidstoets (art. 1221 CC).

## Misschien het meest revolutionaire aspect van de herziening is de afschaffing van de *cause*

Misschien het meest revolutionaire aspect van de herziening is de afschaffing van de *cause*. Tot nu toe bepaalde artikel 1108 (oud) CC dat er vier voorwaarden zijn voor de geldigheid van een overeenkomst: toestemming, handelingsbekwaamheid, een bepaald voorwerp en een geoorloofde causa. Het nieuwe artikel 1128 CC comprimeert nu deze twee laatste voorwaarden tot de eis van 'een geoorloofde en bepaalde inhoud' ('un contenu licite et certain'). Daarmee volgt het Franse recht de Nederlandse wetgever die de 'oorzaak'-eis bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht in 1992 afschafte. De

reden in Frankrijk is dezelfde als in Nederland: de precieze functie van de *cause* in het overeenkomstenrecht is niet langer duidelijk en toont overlap met andere rechtsfiguren zoals totstandkoming en dwaling. Bovendien ontbreekt de *cause* in PECL en DCFR. Deze keuze valt toe te juichen: de *cause* in Romanistische rechtssystemen is een relict dat enkel historisch valt te verklaren.<sup>21</sup> Uiteraard moet een overeenkomst nog wel een mogelijke en bepaalbare prestatie tot voorwerp hebben (art. 1163 CC) en kan deze nog steeds nietig zijn wegens strijd met de openbare orde (art. 1102 lid 2 CC). Aardig is overigens dat de code de in de Europese civielrechtelijke traditie gebruikelijke verwijzing naar de 'goede zeden' schrapt: alleen voor zover strijd daarmee ook strijd met de openbare orde oplevert zijn zij nog relevant.

Een tweede opvallende bepaling is artikel 1171 CC. Lid 1 luidt:

'Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.'

Bedingen in standaardvoorwaarden die een aanzienlijke onevenwichtigheid scheppen tussen de rechten en plichten van partijen worden geacht niet geschreven te zijn. Een dergelijke algemene bepaling ontbrak tot nu toe in het Franse wetboek. Uiteraard heeft ook Frankrijk de Europese Richtlijn 93/13 inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten geïmplementeerd en bestaat in het Franse Wetboek van Koophandel een (weinig gebruikte) toets voor commerciële contracten,<sup>22</sup> maar een zo ongeclausuleerde test voor oneerlijke bedingen in alle typen overeenkomsten (B2B, B2C en C2C) kende het Franse recht tot nu toe niet. De vraag is uiteraard in hoeverre een toets als deze voor ook commerciële overeenkomsten bijdraagt aan de concurrentiepositie van het Franse recht.<sup>23</sup> De toelichting stelt eenvoudigweg dat ook bij die contracten de criteria van de Europese richtlijn richtinggevend zijn, maar dat lijkt ons ongewenst: in B2B-verhoudingen zal de vraag wat een aanzienlijke onevenwichtigheid schept toch al snel anders beantwoord moeten worden dan in een alledaagse consumentenovereenkomst.

Een andere rigoureuze breuk met het verleden biedt het nieuwe artikel 1195 CC. Anders dan in Nederland (art. 6:258 BW) en in het Franse bestuursrecht erkende het Franse privaatrecht tot nu toe niet de mogelijkheid om een overeenkomst te wijzigen of te ontbinden wegens onvoorziene omstandigheden.<sup>24</sup> Dit is

16 Het wetsvoorstel hiertoe is van 6 juli 2016: *Projet de loi ratifiant l'ordonnance No 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JUSC1612295L.

17 De meest recente ontwikkelingen zijn te volgen via het blog *Réforme du droit des obligations*, <http://reform-obligations.dalloz.fr>.

18 Zie [www.justice.gouv.fr/le-garde-des-seceaux-10016/consultation-publique-sur-la-reforme-de-la-responsabilite-civile-28940.html](http://www.justice.gouv.fr/le-garde-des-seceaux-10016/consultation-publique-sur-la-reforme-de-la-responsabilite-civile-28940.html).

19 Over de (nu deels geschrapte) ontwerpbevestigingen werd eerder in het Nederlands geschreven door C.M.D.S. Pavillon, 'Een nieuw contractenrecht voor Frankrijk', *NTBR* 2015/11, p. 77-86; S. Jansen, 'De hervorming van het Franse verbintenissenrecht: le renouveau de la grande dame', *Contracteren* 2015, p. 96-105; S. Van Loock, 'De hervorming van het Franse verbintenissenrecht: Le jour de gloire, est-il arrivé?', *Rechtskundig Weekblad* 2015, p. 1562-1572.

20 Een handzaam overzicht van de nieuwe bepalingen, inclusief toelichting en de nieuwe nummering van de CC, is gratis te downloaden als supplement bij de *Dalloz Code Civil 2016*: [www.editions-dalloz.fr/livre-blanc-reforme-du-droit-des-obligations](http://www.editions-dalloz.fr/livre-blanc-reforme-du-droit-des-obligations). De toelichting waarnaar in het navolgende wordt verwezen is het al genoemde 'Rapport au Président' van 11 februari 2016.

21 Zie daarover J.M. Smits, *Contract Law: A Comparative Introduction*, Cheltenham: Edward Elgar 2014, p. 77 e.v.; uitgebreid over de oorzaak naar Nederlands recht: Pavillon, *NTBR* 2015/11.

22 Art. L 442-6-I Code de Commerce.

23 Zie over een eerdere versie van deze bepaling Jansen, *Contracteren* 2015, p. 100.

24 Sinds het beroemde arrest Cass. Civ. 6 maart 1876, *D. 1876.I.93 (Canal de Craponne)*.

minder erg dan op het eerste gezicht lijkt: in de praktijk nemen commerciële partijen een *force majeure*-clausule op in hun contract en in geval van een calamiteit waardoor velen worden getroffen, zoals een economische crisis, was de Franse wetgever vaak bereid om getroffen en tegemoet te komen. Op het voetspoor van het ontwerp-Catala erkent het Franse recht nu dat ook de rechter de overeenkomst kan wijzigen of beëindigen in geval ‘un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque’. Deze innovatie is geïnspireerd door de PECL en het DCFR en wordt in de toelichting gepresenteerd als een manier om een te grote disbalans tussen de wederzijdse prestaties te voorkomen.<sup>25</sup> De weg naar de rechter staat echter niet zomaar open: partijen moeten de overeenkomst eerst heronderhandelen en alleen als de wederpartij dat weigert of de onderhandelingen mislukken kunnen zij samen, of kan één van hen, de rechter om een oordeel vragen. Dit impliceert een heronderhandelingsplicht zoals ook artikel 6:111 PECL – anders dan het Nederlandse artikel 6:258 BW – die kent.

## Anders dan in Nederland en in het Franse bestuursrecht erkende het Franse privaatrecht tot nu toe niet de mogelijkheid om een overeenkomst te wijzigen of te ontbinden wegens onvoorziene omstandigheden

Ook de vierde wijziging is geïnspireerd door de Europese harmonisatieprojecten. Op het voetspoor van onder meer artikel 9:102 lid 2 sub b PECL bepaalt het nieuwe artikel 1221 CC dat de vordering tot nakoming niet alleen niet in rechte kan worden ingesteld indien nakoming onmogelijk is, maar ook indien ‘une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier’ bestaat. Nakoming kan niet langer succesvol worden gevorderd indien deze excessief bezwarend is voor de debiteur, de wederpartij daar geen belang bij heeft en schadevergoeding haar adequaat zou compenseren. Wij zijn geneigd – de toelichting zwijgt erover – hier vooral te denken aan het extreme geval waarin een aannemer een huis had gebouwd

dat 33 cm lager was dan partijen hadden afgesproken. Hoewel de rechter vaststelde dat dit het huis niet ongeschikt maakte voor het beoogde gebruik, kende hij de vordering van de aanbesteder tot correcte nakoming toe zodat de aannemer verplicht was het huis af te breken en opnieuw op te bouwen.<sup>26</sup> Intussen wijkt de nieuwe Franse regel af van die in Nederland waar de schuldeiser in beginsel vrijelijk kan kiezen tussen nakoming en schadevergoeding. Weliswaar zijn volgens de Hoge Raad de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij van belang bij de keuze van de contractuele remedie,<sup>27</sup> maar in de praktijk is dat – door sommigen bekritiseerd<sup>28</sup> – geen strenge toets.

De tweede categorie bepalingen is ingegeven door de wens van de Franse regering om de rechtszekerheid te vergroten. Het gaat om codificatie van wat volgens rechtspraak of de heersende doctrine nu al geldend recht is. Dat staat vaak niet in de weg aan discussie over details of grondslag van de regel en de verordening probeert om die onzekerheid nu weg te nemen. Zo is naar Frans recht de vraag op welk moment de overeenkomst door aanvaarding tot stand komt tot nu toe steeds overgelaten aan de feitenrechter, die daarbij vooral heeft te kijken naar de bedoeling van partijen.<sup>29</sup> Die zal doorgaans lastig vast te stellen zijn. Wie de Franse rechtspraak bestudeert moet tot de conclusie komen dat het moment van totstandkoming van de overeenkomst in beginsel hetzelfde is als naar Nederlands recht, namelijk dat van de ontvangst van de aanvaarding (art. 3:37 lid 3 BW). Artikel 1121 CC bepaalt dat voortaan uitdrukkelijk. De verordening kent nog vele andere bepalingen over totstandkoming van de overeenkomst. Zo codificeert artikel 1112 CC de rechtspraak over aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen, geeft artikel 1112-1 CC een algemene regel over de precontractuele informatieplicht<sup>30</sup> en bepaalt artikel 1117 CC dat het aanbod vervalt als de voor aanvaarding bepaalde termijn is verstreken. Ook de intrekking (art. 1115 CC) en herroeping (art. 1116 CC) van het aanbod zijn nu bij wet geregeld – in essentie op dezelfde wijze als in Nederland, zij het dat de code voor beide rechtsfiguren dezelfde term (‘rétraction’) hanteert.

Andere in de loop van de afgelopen 200 jaar ontwikkelde leerstukken die nu (deels opnieuw) worden gecodificeerd zijn de eenzijdige belofte (art. 1124 CC), de nietigheden (art. 1178 v. CC inclusief codificatie van gedeeltelijke nietigheid in art. 1184), de duur van de overeenkomst (art. 1210 v. CC), de contrac-

<sup>25</sup> Zie ook F. Auque, ‘L’Ordonnance réformant le droit des obligations: les nouveaux articles 1171 et 1195 du code civil’, *Actualité Juridique Droit Immobilier* 2016, p. 184.

<sup>26</sup> Cass. Civ. 11 mei 2005, *RTD Civ.* 2005, 596 (*Belhadji / Les Bâtisseurs du Grand Delta*).

<sup>27</sup> HR 5 januari 2001, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed / Nethou*).

<sup>28</sup> Zie bijv. D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, Deventer: Kluwer 2009.

<sup>29</sup> Vgl. Smits, *Contract Law* 2014, p. 59 e.v.

<sup>30</sup> Waarover C. Grimaldi, ‘Quand une obligation d’information en cache une autre: inquiétudes à l’horizon’, *Revueil Dalloz* 2016, p. 1009.

tuele sancties<sup>31</sup> (art. 1217 v. CC inclusief een nieuwe definitie van overmacht in art. 1218), prijsvermindering (art. 1223 CC) en buitengerechtelijke ontbinding (art. 1224 CC). Buiten het contractenrecht is er een moderne formulering van de eigendomsoverdracht *solo consensu* (art. 1196 CC: Frans recht vereist geen levering, maar doet de eigendom in beginsel al overgaan met de wilsovereenstemming van partijen) en de zaakwaarneming (art. 1301 CC) en wordt de in 1892 in de rechtspraak erkende ongerechtvaardigde verrijking<sup>32</sup> voor het eerst neergelegd in het wetboek (art. 1303 v. CC). Twee nieuwe titels zijn gewijd aan verbintenissen in het algemeen: Titel IV (art. 1304 v. CC) met bepalingen over onder meer voorwaardelijke verbintenissen, cessie, schuldovername en schuldvernieuwing, volmacht, ingebrekestelling en subrogatie en Titel IVbis (art. 1353 v. CC) over bewijs.

Een belangrijke wettelijke aanvulling ligt op het terrein van de wilsgebreken. Naast de aloude leerstukken van dwaling, bedrog en bedreiging codificeert artikel 1143 CC de in de rechtspraak ontwikkelde ‘economische bedreiging’ (*‘violence économique’*). Deze rechtsfiguur heeft hetzelfde doel als onze vernietiging op grond van misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW), namelijk bescherming van de partij die door een ander wordt bewogen tot het aangaan van een rechtshandeling, hoewel de ander weet of moet begrijpen dat die partij handelt in een toestand van afhankelijkheid of onervarenheid of onder invloed van andere bijzondere omstandigheden. De angst van het Franse bedrijfsleven dat deze bepaling de rechter een vrijbrief zou geven voor het openbreken van te veel overeenkomsten is bezworen door de strenge eis dat zowel sprake moet zijn van misbruik van de afhankelijke positie als van – net als in artikel 3.2.7 PICC – een evident excessief voordeel voor de wederpartij.<sup>33</sup> Daarmee is artikel 1143 CC duidelijk strenger dan ons artikel 3:44 lid 4 BW.

Vermeldenswaard is ook een nieuwe regel over uitleg van overeenkomsten. De klassieke bepaling in het Franse wetboek is artikel 1156 (oud) CC dat laconiek bepaalt dat de overeenkomst eerder moet worden uitgelegd naar de gemeenschappelijke bedoeling van partijen dan naar de letterlijke zin van de gebruikte woorden. Van die bepaling is geen afscheid genomen, maar het nieuwe artikel 1188 CC voegt er een lid 2 aan toe dat op het voetspoor van PECL en DCFR stelt dat indien de gemeenschappelijke bedoeling niet te achterhalen valt de overeenkomst wordt uitgelegd in de zin die een redelijke persoon

er in dezelfde situatie aan zou toekennen.<sup>34</sup> Vanaf hier, *il n’y a qu’un pas* naar de *Haviltex*-formule van de Hoge Raad.<sup>35</sup> Opmerkelijk is wel dat ook de sinds 1872 bestaande rechtspraak van de Cour de Cassation wordt gecodificeerd dat *clauses claires et précises* niet mogen worden uitgelegd.<sup>36</sup> Dat is natuurlijk een verbazingwekkende regel: ons BW van 1838 bepaalde hetzelfde (‘Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken<sup>37</sup>’), maar in Nederland hebben we niet hoeven wachten op de hermeneutiek van Gadamer om te weten dat een tekst *altijd* uitleg behoeft. In 1909 schreef Paul Scholten immers al dat woorden op zichzelf nooit duidelijk zijn.<sup>38</sup> Dat een overeenkomst duidelijk is, is op zijn best het resultaat van uitleg, niet het begin.

## Het Franse wetboek schuift op in Duitse richting, zelfs in die mate dat één commentator de bepalingen kwalificeerde als Frans *Professorenrecht* – en dat is niet bedoeld als compliment

In de derde plaats omvat de herziening ook enkele leerstellige spitsvondigheden. Daarmee schuift het Franse wetboek op in Duitse richting, zelfs in die mate dat één commentator deze bepalingen kwalificeerde als Frans *Professorenrecht*<sup>39</sup> – en dat is niet bedoeld als compliment. Zo valt op dat Titel III van Boek III vanaf 1 oktober 2016 niet langer met de deur in huis valt met een definitie van de overeenkomst (art. 1101 (oud) CC), maar veel systematischer een nieuw artikel 1100 introduceert over de bronnen van verbintenissen. Het bepaalt in lid 1 dat verbintenissen ontstaan uit rechtshandelingen, juridische feiten of op grond van de wet alleen. Dat is een interessante variatie op ons meer apodictische artikel 6:1 BW. Hiermee schaarft het Franse wetboek zich in de groep van codificaties die, net zoals ons BW en het Duitse BGB, het Savigniaanse begrip rechtshandeling (*acte juridique*) hanteren. Bij dat beeld past ook dat nu drie beginselen van contractenrecht aan het begin van Titel III zijn neergelegd: naast een nieuwe bepaling over de contractsvrijheid (art. 1102 lid 1 CC) wordt ook de bindende kracht van de overeenkomst (art. 1103 CC) op een centrale plaats in het wetboek opgenomen en wordt het wettelijk toepassingsbereik van de redelijkheid en billijkheid uitgebreid tot de fase van

31 De term ‘remèdes’ wordt vermeden omdat die te zeer zou rieken naar de *common law*: zie M. Mekki, ‘L’ordonnance no 2016-131 (...) Le volet droit des contrats: l’art de refaire sans défaire’, *Recueil Dalloz* 2016, p. 494.

32 Cass. 15 juni 1892 (*Boudier/Patureau-Mirand*), *D.P.* 1892.1.596. Dit arrest was de grote inspiratiebron voor Bregsteins pleidooi voor erkenning van de actie naar Nederlands recht: M.H. Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, diss. Amsterdam 1927.

33 Art. 1143 CC: ‘Il y a également violence lorsqu’une partie, abusant de l’état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu’il n’aurait pas souscrit en l’absence d’une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.’

34 Art. 1188 lid 2 CC: ‘Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s’interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.’

35 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*).

36 Art. 1192 CC: ‘On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.’ Zie hierover Smits, *Contract Law* 2014, p. 129.

37 Art. 1378 (oud) BW.

38 P. Scholten, ‘Uitlegging van testamenten’, *WPNR* 2058 (1909), p. 310.

39 N. Rontchevsky, ‘Les objectifs de la réforme: accessibilité et attractivité du droit français des contrats’, *Actualité juridique Contrats d’affaires, Concurrence, Distribution* 2016, p. 112.

onderhandelen en totstandkoming (art. 1104 CC<sup>40</sup>). In de rechtspraak was dit uiteraard al het geval.<sup>41</sup> Overigens is ook de vormvrijheid op het voetspoor van de Europese instrumenten als beginsel gecodificeerd (art. 1172 CC). De bepalingen doen nogal traditioneel aan: weliswaar is de contractsvrijheid nog altijd onderworpen aan de openbare orde (art. 1102 lid 2 CC), maar – anders dan in een ontwerpversie van de herziening – wordt in alle talen gezwegen over de invloed van fundamentele rechten op horizontale verhoudingen. Toch is dat het terrein waarop de interessante ontwikkelingen plaatsvinden en waar de rechter behoefte heeft aan heldere richtlijnen.

## Bevordert de herziening inderdaad de rechtszekerheid en de aantrekkelijkheid van het Franse recht?

### 4 Een *Volte-face* of *Plus ça change...*

Hoe moet de herziening van het Franse wetboek nu worden geduid? Is zij een ware ommezwaai of eerder een geval van *plus ça change, plus c'est la même chose*? Voor de jurist die vertrouwd is met het Nederlands BW is de herziening niet revolutionair: zij behelst eerder sterk achterstallig onderhoud aan enkele kamers van het bestaande pand van de Code Civil dan de oprichting van een nieuw futuristisch gebouw. Mekki spreekt van een 'refaire sans défaire'.<sup>42</sup> De belangrijkste vraag is echter of de met de herziening beoogde doelen worden bereikt: bevordert zij inderdaad de rechtszekerheid en de aantrekkelijkheid van het Franse recht?

Het codificeren van rechtspraak draagt zonder twijfel bij aan de kenbaarheid van het recht. Toch heeft de Franse wetgever een naïef beeld van zijn eigen macht. Recht wordt altijd gemaakt in een ingewikkelde interactie tussen wetgever, rechter, academici en private actoren. Het geldende recht leert men nimmer kennen door enkel de wet te bestuderen. Wie de kenbaarheid van regels, en daarmee de rechtszekerheid, echt wil vergroten kan beter online informatiesystemen ontwikkelen.<sup>43</sup> Wat de vier grote wijzigingen aangaat is afschaffing van de veel verwarring veroorzakende *cause* een goede zaak, maar de nieuwe artikelen 1171 CC (een oneerlijkebedingentoets voor alle typen contracten) en 1195 CC (*imprévision*) zijn al bekritiseerd omdat de rechter geen heldere maatstaven krijgt geboden voor

een consistente toepassing.<sup>44</sup> Verrassend is dit niet: de herziening berust niet op één heldere visie op het doel van het contractenrecht en is een pragmatische mengeling van autonomie, bescherming en efficiëntie.<sup>45</sup>

## Maakt de herziening de Code Civil wel aantrekkelijker voor contractspartijen en buitenlandse en internationale regelgevers? Ook hier bestaat reden voor scepsis

Maakt de herziening de Code Civil wel aantrekkelijker voor contractspartijen en buitenlandse en internationale regelgevers? Ook hier bestaat reden voor scepsis. Wij zijn geneigd te denken dat de aantrekkingskracht van een land voor commerciële partijen maar in beperkte mate wordt beïnvloed door het contractenrecht. De snelheid waarmee juridische procedures worden afgerond, het belastingregime en toegang tot krediet zijn minstens even belangrijke factoren, óók in de *Doing Business*-rapporten. Ook als model voor andere regelgevers zetten wij het herziene wetboek niet met stip op de eerste plaats. Paradoxaal genoeg zijn drie van de vier 'innovaties' zelf geïnspireerd door met name PECL en DCFR en het getuigt van een lichte arrogantie om te denken dat alléén omdat die Europese regels door de Franse regelgever zijn overgenomen het Franse recht voortaan als model zal gelden. Daar komt bij dat de echte innovaties van het DCFR-project, zoals uitgebreide regels voor bijzondere commerciële contracten als franchising en distributie, nu juist niet worden ingevoerd. En wij hebben nog wel een wensenlijstje: waar zijn bijvoorbeeld de bepalingen over samenhangende overeenkomsten? Waar is de visie op hoe Europese richtlijnen (die buiten de code zijn gelaten) te implementeren? Met die nadruk op een relatief klein wetboek met korte bepalingen over klassieke leerstukken blijft het Franse BW erg Frans: dat is een welbewuste keuze van de Franse regelgever en misschien dus toch een geval van *plus ça change...*

## Ondanks onze kritiek op de herziening is zij wel waar de Franse jurist het, na meer dan tien jaar onzekerheid over haar lot, mee zal moeten doen

40 Het beroemde art. 1134 (oud) CC is niet meer. De minstens even bekende bepaling over de onrechtmatige daad, art. 1382 (oud) CC, is hernummerd en is nu art. 1240 CC.

41 Over deze beginselen: M. Mekki, 'Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations', *Recueil Dalloz* 2015, p. 816.

42 Mekki, *Recueil Dalloz* 2016, p. 494.

43 Waarover J.M. Smits, 'Het privaatrecht van de toekomst', *TPR* 2015, p. 534 e.v.

44 Rontchevsky, *Actualité juridique Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution* 2016, p. 14-15 en 18.

45 Aldus A. Bénabent & L. Aynès, 'Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu general', *Recueil Dalloz* 2016, p. 434. Zie ook Pavillon, *NTBR* 2015, p. 85.

46 Algemene beleidsnota Justitie 10 november 2015, Doc. Kamer van Volksvertegenwoordigers, 54, 1428 (2015/2016), p. 44.

47 E. Dirix & P. Wéry, 'Pour une modernisation du Code Civil', *Journal des Tribunaux* 2015, p. 625. Zie ook F. Peeraer & I. Samoy, 'The Belgian Civil Code: How to Restore its Central Position in Modern Private Law?', *ERPL* 2016, p. 601 e.v. In 2016 verschijnt S. Stijns & S. Jansen (red.), *The French Contract Law Reform: Source of Inspiration?*, Cambridge: Intersentia 2016.

48 E.M. Meijers over de hercodificatie van het Nederlands BW: 'Wijzigingen en aanvullingen van het Burgerlijk Wetboek na 1838', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 63.

In landen die zich nog altijd sterk op het Franse recht oriënteren kan de herziening wel een impuls geven om het eigen wetboek te herzien. Zo heeft de Belgische minister van Justitie inmiddels zes commissies ingesteld die voorstellen mogen doen voor een grondige hervorming van het Belgisch BW om het zo 'modern en transparant' te maken.<sup>46</sup> Daarmee sluit hij aan bij pleidooien vanuit praktijk en wetenschap waarin wordt gewezen op een aloud gezegde: 'als het regent

in Parijs, druppelt het in Brussel.'<sup>47</sup> Misschien dat de Belgische wetgever kan doen wat de Franse regering naliet, dus doen 'waarin ook een klein volk groot kan zijn.'<sup>48</sup> Ondanks onze kritiek op de herziening is zij wel waar de Franse jurist het, na meer dan tien jaar onzekerheid over haar lot, mee zal moeten doen: de nieuwe regels gelden voor alle overeenkomsten die vanaf 1 oktober worden gesloten. Voor nu geldt even: *les jeux sont faits*.