

Contractenrecht als meergelaagde rechtsorde: uitdagingen voor de komende tien jaar

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2009). Contractenrecht als meergelaagde rechtsorde: uitdagingen voor de komende tien jaar. *Contracteren*, 11, 110-115.

Document status and date:

Published: 01/01/2009

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Artikel

Contractenrecht meergelaagde rechtsorde: uitdagingen voor de komende tien jaar

Prof. dr. J.M. Smits*

1. Inleiding

Het tienjarig bestaan van Contracteren noopt niet enkel tot een terugblik op hoe het contractenrecht zich het afgelopen decennium heeft ontwikkeld, maar vooral ook tot een vooruitblik. Deze bijdrage biedt dan ook beide: ingegaan wordt op de europeanisering van het contractenrecht – die pas de afgelopen tien jaar in volle hevigheid is losgebarsten – en op de vraag welke uitdagingen ons hier nog staan te wachten. Hoewel Contracteren blijkens zijn ondertitel een ‘tijdschrift voor de contractspraktijk’ is, wordt daarbij vooral aandacht besteed aan enkele fundamentele vragen die europeanisering van het contractenrecht oproept en die in de Nederlandse literatuur tot nu toe in onvoldoende mate aan de orde kwamen. Daartoe wordt eerst de europeanisering geschetst zoals die zich in de afgelopen tien jaar heeft voorgedaan (par. 2). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de vragen die deze europeanisering van het contractenrecht doet rijzen en de antwoorden die daarop door de Europese wetgever worden gegeven (par. 3). In paragraaf 4 wordt een andere benadering gekozen dan gebruikelijk is, gevoed door het besef dat de werkelijke uitdagingen voorlopig op een ander vlak liggen dan het vervaardigen van Europese modelregels (zoals de Europese Commissie bepleit).

2. Tien jaar europeanisering van het contractenrecht

In 1999 stond de europeanisering van het Nederlands privaatrecht nog in de kinderschoenen. Het aantal Europese richtlijnen was beperkt, de *Principles of European Contract Law*, bestonden nog slechts uit één deel en van een debat over een Gemeenschappelijk Referentiekader was nog in het geheel geen sprake. Hoe zeer dit is veranderd, wordt hier voor elk van deze punten toegelicht. Zij vertegenwoordigen elk één specifiek aspect van europeanisering, namelijk door bindende regelgeving, door vervaardigen en toepassen van *soft law* en door politiek debat over de toekomst van het Europees contractenrecht.

In de eerste plaats was het Europese *acquis* op het terrein van het contractenrecht tot 1999 nog alleszins te overzien. Het betrof – los van de richtlijn oneerlijke bedingen¹ – vooral thema’s in de periferie, zoals colportage, de zelfstandige handelsagent, consumentenkrediet, pakketreizen en *timeshare*.² Een richtlijn met een algemener bereik, namelijk die over overeenkomsten op afstand uit 1997,³ zou in Nederland pas in 2001 worden geïmplementeerd, terwijl de implementatie van de belangrijke richtlijn consumentenkoop⁴ op zich liet wachten tot 2003. Met name die twee laatste richtlijnen leidden pas echt tot het besef hoezeer Brussel actief was geworden in de kern van het vermogensrecht. Na 1999 verschenen nog de richtlijnen over elektronische handel, bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties, financiële zeker-

* Prof. dr. J.M. Smits is hoogleraar Europees privaatrecht en rechtsvergelijking aan de Universiteit van Tilburg (TICOM) en gasthoogleraar Comparative Legal Studies aan de Universiteit van Helsinki. Deze bijdrage is gebaseerd op de lezing gehouden op het congres Tien jaar Contracteren, Universiteit Utrecht 6 november 2009.

1. Richtlijn 93/13. De Engelse tekst van de meeste hier genoemde richtlijnen is te vinden in de *Ars Aequi* wetseditie *European Private Law*, tweede druk, Nijmegen: Ars Aequi 2008.
2. Resp. de richtlijnen 85/577, 86/653, 87/102, 90/314 en 94/47.
3. Richtlijn 97/7.
4. Richtlijn 1999/44.

heidsovereenkomsten, verkoop op afstand van financiële diensten en oneerlijke handelspraktijken.⁵ Recent werden ook de oude richtlijnen over consumentenkrediet en *timeshare* vervangen door nieuwe.⁶ Ik berekende eerder dat van de ruim 650 artikelen in de Boeken 3 en 6 en titel 7.1 Burgerlijk Wetboek (BW) ongeveer 10% het resultaat is van implementatie van richtlijnen.⁷ Het grootste deel daarvan komt voor rekening van de zojuist genoemde richtlijnen die – in meer of mindere mate – het contractenrecht betreffen.

Volledigheidshalve zij gemeld dat deze richtlijnen zijn gebaseerd op artikel 95 EG-Verdrag en dus ten doel hebben om de interne markt te versterken. De twee andere privaatrechtelijke relevante doelen die in artikel 3 EG-Verdrag worden genoemd, zijn nooit gebruikt als directe basis voor Europese contractenrechtelijke regulering. Dat geldt voor de nauw met de doelstelling van de interne markt samenhangende consumentenbescherming (pas met het Verdrag van Amsterdam uitgewerkt in art. 153 EG-Verdrag). En het geldt ook voor de in het Verdrag van Maastricht (1992) genoemde en in het Verdrag van Amsterdam (1997) en de daarop gevolgde Europese Raad in Tampere (1999) en het Haags Programma (2004) uitgewerkte doelstelling van het tot stand brengen van een ‘ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid’ voor de Europese burger.⁸ Dat laatste heeft vooral geleid tot regels op het terrein van procesrecht en internationaal privaatrecht.⁹ De fundamentele vrijheden van de artikelen 5-7 EG-Verdrag hebben – anders dan geldt voor het verzekerings-, mededingings- en ondernemingsrecht – evenmin veel invloed gehad op het contractenrecht.

In de tweede plaats is ook de hoeveelheid niet-bindende regels op het terrein van het Europees privaatrecht sterk toegenomen. In 1999 bestond nog slechts deel 1 van de *Principles of European Contract Law* (PECL). Het afgelopen decennium zag een aantal andere academische teksten het licht die ten doel hebben om niet alleen een model te bieden aan wetgevers, maar ook als inspiratiebron kunnen worden gebruikt door rechters. Ik noem de delen 2 en 3 van de PECL,¹⁰ de Gandolfi-code¹¹ en de Europese beginselen inzake bijzondere overeenkomsten zoals de *Principles of European Law on Service Contracts* (2007) en de *Principles of European Sales Law* (2008). De meeste van

deze teksten zijn thans – soms in licht gewijzigde vorm – deel geworden van het Ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader voor een Europees Privaatrecht (GRK). Hun betekenis voor de europeanisering van onderwijs en onderzoek is groot, maar de Nederlandse wetgever en rechter maken er tot nu toe weinig gebruik van.¹² De publicatie van de diverse sets beginselen had immers een belangrijke impuls kunnen geven aan een internationalere stijl van redeneren door wetgever en rechter,¹³ maar dit is tot nu toe niet het geval geweest. Dat is met name jammer, omdat uit de rechtspraak van de Hoge Raad zelf blijkt hoezeer hij baat had gehad bij raadpleging van bijvoorbeeld de PECL. Onder meer in gevallen waarin het ging om toerekening van wetenschap,¹⁴ uitleg van de overeenkomst,¹⁵ het uitoefenen van het recht op ontbinding,¹⁶ de mededelingsplicht van de franchisegever¹⁷ en de noodzaak van een ingebrekestelling¹⁸ had de Hoge Raad de eigen argumentatie sterker kunnen maken door te rade te gaan bij internationale beginselen.

Ten slotte heeft zich sinds 1999 een groot debat ontsponnen over de toekomst van het Europees contractenrecht. Hoewel dat debat vooral door academici wordt gevoerd, zou het zonder de bemoeienis van vooral Europese Commissie en Europees Parlement nooit zo belangrijk zijn geworden. Vooral de ‘mededeling’ van de Commissie uit 2004¹⁹ was zeer invloedrijk en de directe aanleiding voor het vervaardigen van het GRK.²⁰ Hoewel dit GRK naar vorm en inhoud is opgezet als een Europees ‘wetboek’, heeft het een andere functie.²¹ Volgens de ontwerpers biedt het in de eerste plaats een mogelijk model voor een zogenoemd ‘politiek’ GRK: de huidige tekst wordt gepresenteerd als een ‘academisch’ ontwerp en de Europese Commissie moet beslissen of het deze tekst zal gebruiken bij het herzien van het huidige acquis of bij het vervaar-

5. Resp. de richtlijnen 2000/31, 2000/35, 2002/47, 2002/65 en 2005/29.
6. Resp. richtlijn 2008/48 (vervangt richtlijn 87/102) en richtlijn 2008/122 (vervangt richtlijn 94/47).
7. Zie J.M. Smits, Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid, preadvies NJV 2006, in: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, jrg. 136, 2006-1, p. 57 e.v.
8. Zie bijv. P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, Baden-Baden 2005.
9. Zoals de Insolventieverordening 1346/2000, Betekeningsverordening 1348/2000, Brussel I-Verordening 44/2001, Bewijsverordening 1206/2001, Brussel II-Verordening 2201/2003 en Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, Verordening 805/2004. In december 2009 wordt de voor het internationaal contractenrecht belangrijke Rome I-verordening 593/2008 van kracht.
10. O. Lando en H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, The Hague 2000 en Ole Lando, Eric Clive, André Prüm en Reinhard Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague: Kluwer Law International 2003.
11. G. Gandolfi (ed.), *Code européen des contrats: avant-projet*, vol. 1, Milano 2001.

12. Zie hierover J.M. Smits en E.A. van Schagen, *De Hoge Raad als Europese rechter: mag het ietsje meer zijn?*, in: *Het zwijgen van de Hoge Raad* (BWKJ 25), Deventer: Kluwer 2009.
13. Zie voor het belang daarvan J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 116 e.v. Over beginselen als methode van harmonisatie ben ik echter kritisch. Zie bijv. J.M. Smits, *Waarom harmonisering van het contractenrecht (via beginselen) onwenselijk is*, *Contracteren* 2001/3, p. 73-74.
14. HR 11 november 2005, LJN AT6018 (Ontvanger/V.): art. 1:305 PECL.
15. HR 29 juni 2007, LJN BA4909 (Derksen/Homburg): art. 5:102 en 2:105 PECL.
16. HR 4 februari 2000, LJN AA4728 (Mol c.s./Meijer Beheer): art. 8:103 PECL.
17. HR 25 januari 2002, LJN AD7329 (Paalman/Lampenier): de Unidroit Model Franchise Disclosure Law.
18. HR 11 januari 2002, LJN AD4925 (Schwarz/Gnjatovic): de PECL kennen geen verplichte ingebrekestelling.
19. Mededeling over Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM(2004)651 def. Zie eerder de Mededeling (...) over Europees verbintenissenrecht, COM(2001)398 def. en Mededeling (...) een coherenter Europees verbintenissenrecht, een actieplan, COM(2003)68 def. en later het Voortgangverslag, COM(2005)456 def.
20. Chr. Von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition*, München 2008 and *Outline Edition*, München 2009.
21. *Interim Outline Edition* 2008, p. 6 e.v. Zie voor wat volgt ook J.M. Smits, *Een Europees recht inzake ongerechtvaardigde verrijking? Over de dogmatiek van het Ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader*, Groninger Opmerkingen en Mededelingen XXV (2008), p. 93-104.

digen van nieuwe Europese regels. In de tweede plaats wordt het ontwerp door de ontwerpers beschouwd als van belang voor rechtswetenschap en juridisch onderwijs: het ontwerp zal de kennis over Europees privaatrecht doen toenemen en in het bijzonder *'help to show how much national private laws resemble one another and (...) how much those laws may be regarded as regional manifestations of an overall common European legacy.'*²² Ten slotte kan het GRK, net zoals de *Principles of European Contract Law*, een bron van inspiratie vormen voor (nationale en Europese) rechters en voor nationale wetgevers. Benadrukt moet echter worden dat het belangrijkste doel van het uiteindelijke GRK dat van een 'tool box' voor de Europese wetgever zal zijn:²³ deze kan, 'waar mogelijk'²⁴, gebruikmaken van het GRK bij het vervaardigen van nieuwe richtlijnen en het herzien van bestaande. Daarbij bindt het GRK de Europese wetgever of de lidstaten niet:²⁵ het zou zijn autoriteit moeten ontlenen aan de kwaliteit van de bepalingen.

3. *Paradise lost?* Een incoherent privaatrecht en wat Europa daaraan wil doen

Wartoe heeft de zojuist geschetste europeanisering nu geleid? In elk geval tot een situatie die als hoogst onbevredigend wordt ervaren door zowel de Europese wetgever als de lidstaten. Vanuit het oogpunt van de Europese wetgever is het *acquis* ineffectief: het zou moeten leiden tot een *level playing field* voor het Europese bedrijfsleven, maar omdat vrijwel steeds gebruik wordt gemaakt van minimumharmonisatie kunnen lidstaten strengere voorschriften vaststellen dan de richtlijn voorschrijft. Het effect daarvan is dat bedrijven te maken blijven houden met verschillen in wetgeving tussen de lidstaten. Wat vanuit Europees perspectief echter te *weinig* harmonisatie is, is vanuit nationaal perspectief vaak te *veel*. De lidstaten worden immers geconfronteerd met een nationaal privaatrecht waarvan de coherentie onder steeds grotere druk komt te staan. Het *acquis* wordt niet alleen ervaren als *op zichzelf* fragmentarisch, onduidelijk, willekeurig en innerlijk inconsistent,²⁶ de implementatie ervan dreigt het vigerende privaatrecht zelfs onhanteerbaar te maken.²⁷ Dat kan worden toegeschreven aan de verschillende *rationes* en wijzen van formulering van de nationale en Europese regelingen. De regels van nationale oorsprong zijn doorgaans het resultaat van een lang dialectisch proces van oordeelsvorming over wat in de nationale rechtscultuur behoort. Privaatrecht van Europese oorsprong streeft

daarentegen vrijwel steeds een aan het recht zelf extern (politiek en economisch) doel na: het reguleert de interne markt.²⁸ Die twee op één en dezelfde noemer terugbrengen is al lastig, maar wordt nog verder bemoeilijkt, doordat ook verschillende instanties de regels interpreteren: de nationale rechters en het Europese Hof van Justitie hanteren verschillende interpretatiemethoden. Implementatie van richtlijnen in het nationale recht leidt zo onvermijdelijk tot een incoherent en weinig transparant privaatrecht. Met de toename van het aantal richtlijnen zal dit probleem alleen maar groeien.

Nu is dit probleem welbekend bij de Europese wetgever. Die heeft ingezet op twee sporen. Enerzijds is veel energie gestoken in het vervaardigen van het al genoemde GRK. Dat bevat echter enkel niet-bindende regels die ook nog eens grotendeels zijn gebaseerd op rechtsvergelijkend onderzoek en niet op de *al bestaande* regels afkomstig van Europese wetgever en rechter. De samenstellers van het GRK hebben hun tekst daarom gepresenteerd als een academische tekst, enig oordeel over de mate waarin deze ook voor politieke doeleinden kan worden gebruikt overlatend aan (vooral) de Europese Commissie. Die moet bepalen in welke mate gebruik gaat worden gemaakt van het GRK als bestaande richtlijnen worden herzien of nieuwe richtlijnen worden gemaakt. Maar zoals verderop in deze bijdrage blijkt, moeten we hier niet al te hoopvol zijn. Het niet-bindende GRK zal niet alleen de problemen die met het *acquis* als zodanig bestaan niet oplossen, het zal evenmin leiden tot een verbetering van de coherentie van het bestaande privaatrecht.

Het tweede spoor betreft de herziening van het consumentenacquis. In oktober 2008 heeft de Europese Commissie de Ontwerp-Richtlijn Consumentenrechten²⁹ het licht doen zien. De richtlijn beoogt de invoering van maximumharmonisatie op het terrein van vier bestaande richtlijnen.³⁰ Aanvaarding van het voorstel zou daarmee betekenen dat de nationale wetgever en rechter op die terreinen niet langer bevoegd zijn om afwijkende regels op te stellen. Naast andere motieven³¹ zou volgens de Commissie maximumharmonisatie bij uitstek bijdragen aan het opheffen van versnippering van regelgeving en daarmee de rechtszekerheid voor consumenten en bedrijfsleven doen toenemen.³²

Wat opvalt, is dat bij de totstandkoming van de Ontwerp-Richtlijn in het geheel niet lijkt te zijn gekeken naar het GRK, hoewel dat in ontwerp wel degelijk beschikbaar

22. Interim Outline Edition 2008, p. 6.

23. Mededeling 2004, p. 14.

24. Mededeling 2004, p. 3.

25. Mededeling 2004, p. 6.

26. Zie daarover uitgebreid Smits 2006.

27. Vgl. H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner en M. Ebers (eds.), *EC Consumer Law Compendium: the Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*, München 2008.

28. Zie C.U. Schmid, *The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court*, ZERP-Diskussionspapier 4/2006, p. 11-12.

29. Voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten, 8 oktober 2008, COM(2008)614 def. Daaraan vooraf ging het Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM(2006)744 def.

30. Namelijk de richtlijnen 85/577 inzake colportage, 93/13 inzake oneerlijke bedingen, 97/7 inzake overeenkomsten op afstand en 1999/44 inzake consumentenkoop.

31. Zie daarover o.a. M. Faure, *Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law?*, MJ 15 (2008), p. 433 e.v. en J.M. Smits, *Consumentenrecht: een zaak voor de Europese Unie? Een kritische beschouwing over het ontwerp voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, *Ars Aequi* 58 (2009), p. 367 e.v.

32. Voorstel richtlijn consumentenrechten, *considerans*, nr. 8.

was.³³ Belangrijker is echter dat maar helemaal de vraag is of maximumharmonisatie inderdaad leidt tot een minder gefragmenteerd recht.³⁴ De Commissie is hier naar mijn mening veel te optimistisch. Het recht waar de consument en het bedrijfsleven dagelijks mee te maken hebben, is immers vooral het *nationale* recht waarin de Europese richtlijnen zijn geïmplementeerd. Het consumentenrecht, hoe volledig geharmoniseerd ook, maakt daarvan slechts een klein deel uit. Wat nationale wetgever en rechter niet langer mogen op de terreinen die door de maximaal geharmoniseerde regel worden bestreken, mogen zij wel met aanpalende regels. In dit opzicht is maximumharmonisatie in het privaatrecht een relatief concept.³⁵ Een voorbeeld betreft de informatieplichten in art. 5 van het richtlijnvoorstel. Zeer onaannemelijk is dat maximumharmonisatie zou betekenen dat alle andere informatieplichten (zoals die ontwikkeld door de Hoge Raad in het kader van precontractuele fase en dwaling, maar ook de plicht om informatie te geven over hoe gevaarlijk een gekocht product is of hoe het te gebruiken en te onderhouden) dienen te verdwijnen. Ook andere nationale leerstukken, zoals redelijkheid en billijkheid³⁶ en het matigingsrecht, zullen een rol blijven vervullen. Consistentie op Europees niveau betekent dus zeker niet consistentie op nationaal niveau.

4. Hoe dan? Contractenrecht in een meergelaagde rechtsorde

In het voorafgaande bleek dat de gebruikelijke perceptie van contractenrecht als een consistent systeem aan erosie onderhevig is.³⁷ De strategie van Europese en nationale wetgever is om te trachten die consistentie te herstellen. Mijns inziens is dat streven echter tot mislukken gedoemd. Zonder een bindend Europees wetboek dat nationaal recht over de hele linie vervangt, moeten we onze hoop op het type consistentie dat we ooit gewend waren, opgeven. Het huidige contractenrecht is immers bij uitstek meergelaagd: het komt niet enkel uit nationale bron, maar is ook van Europese en supranationale (waarvan het Weens Koopverdrag het belangrijkste voorbeeld is) oorsprong. Bovendien heeft private regulering een hoge vlucht genomen: het aloude voorbeeld van de *lex mercatoria*³⁸ wordt thans vergezeld door een 'lex laboris

internationalis'³⁹ en een 'lex sportiva internationalis'.⁴⁰ Daarnaast bestaan verschillende typen zelfregulering, waaronder technische standaarden en gedragscodes.⁴¹ Dat privaatrecht tegenwoordig uit verschillende bronnen voortvloeit, is door privatisten nog onvoldoende 'geïnternaliseerd': de debatten over Nederlands en Europees privaatrecht zijn grotendeels gescheiden. Vaak wordt immers enkel de vraag gesteld wat de *invloed* is van bijvoorbeeld Europees recht op het nationale vermogensrecht.⁴² In het navolgende worden twee vragen behandeld die opkomen in een meer geïntegreerde benadering van privaatrecht, dus één waarin de zojuist genoemde bronnen als integraal deel ervan worden gezien en waarin de regels uit Nederlandse bron niet per definitie de betere zijn.

4.1 Naar optimale niveaus van regulering

De eerste vraag is of wij in staat zijn om een 'beste' niveau van regulering van een bepaald onderwerp te identificeren. Die vraag is tot nu toe zelden gesteld, omdat in de heersende visie de nationale wetgever en rechter het monopolie hebben op regulering van private verhoudingen.⁴³ Er is dus behoefte aan een nieuwe theorie over bronnen van privaatrecht die minder nadruk legt op de nationale Staten en die ons in staat stelt om niet alleen te bepalen op welk geografisch (lokaal, regionaal, nationaal, Europees of supranationaal) niveau private verhoudingen het beste worden geregeld, maar ook door wie (wetgever, rechter of partijen zelf) en voor welk onderwerp. De bestaande inzichten over optimale niveaus van regulering zijn immers vaak te algemeen om echt nuttig te zijn. Zo stelt de economische benadering van federalisme dat verspreiding van *governance* over diverse jurisdicties beter is dan een monopolie van de Staat.⁴⁴ Alleen op die manier kunnen verschillende preferenties van burgers immers worden bevredigd⁴⁵ en kan worden geleerd van ervaringen elders.⁴⁶ Ook is gemeengoed dat als een bepaalde activiteit externaliteiten (zoals de uitstoot van broeikasgassen) veroorzaakt, regulering op een hoger geografisch niveau voor de hand ligt.⁴⁷ Voor zover welvaart wordt herverdeeld, zou bovendien gebruik moeten worden gemaakt van de nationale democratische procedures.

33. Terecht bekritiseerd door M.W. Hesselink, *The Consumer Rights Directive and the CFR: Two Worlds Apart?*, Working paper CSECL 2009/02.
34. Zie voor wat volgt ook Smits 2009, p. 367 e.v.
35. Zie V. Mak, *Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?*, ERPL 2009, p. 55 e.v.
36. Zie ook M.B.M. Loos, *Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel*, Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken 2008, p. 174.
37. Zie ook P.A.J. van den Berg, *Een grafrede op het Nederlandse privaatrecht? Over de toekomst van het privaatrecht in de Europese Unie*, in: A.L.M. Keirse e.a. (red.), *Recht in regio*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2006, p. 5 e.v.
38. Vgl. V. Piervigiani (ed.), *From Lex Mercatoria to Commercial Law*, Berlin 2005.

39. Zie bijv. J.D.R. Craig en S.M. Lynk (eds.), *Globalization and the Future of Labour Law*, 2006.
40. Zie F. Latty, *La 'Lex Sportiva': Recherche sur le Droit Transnational*, The Hague 2007 en K. Foster, *Is There a Global Sports Law?*, *Entertainment and Sports Law Journal* 2 (2003), p. 1 e.v.
41. Zie bijv. I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007 en F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Alphen aan den Rijn 2006.
42. Een Nederlands voorbeeld van die benadering biedt A.S. Hartkamp, C. Sieburgh en L.A.D. Keus, *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007.
43. Zie echter F. Cafaggi en H. Muir-Watt (eds.), *Making European Private Law: Governance Design*, Cheltenham 2008 en K. Heine en W. Kerber (eds.), *Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa*, Stuttgart 2007.
44. Zie bijv. W. Kerber, *European system of private laws: an economic perspective*, in: Cafaggi en Muir-Watt (eds.) (2008), p. 64-97.
45. C. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditures*, *Journal of Political Economy* 64 (1956), p. 416 e.v.
46. Zie F.A. Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, *Kieler Vorträge N.S.* 56, Kiel 1968.
47. Vgl. L. Hooghe en G. Marks, *Types of Multi-Level Governance*, *European Integration online Papers* 5 (2001), nr. 11, 4.

Hoewel deze inzichten zeker van groot belang zijn, bieden zij uiteindelijk geen antwoord op de vraag welk probleem op welk niveau van regulering moet worden behandeld. Wolfgang Kerber komt op basis van een analyse van economische criteria tot de conclusie dat de optimale oplossing afhangt van de omstandigheden van het geval: duidelijke antwoorden bestaan niet.⁴⁸ En samen met Grundmann stelt hij dat *'any more centralised tool than an optional European Code would all too easily give up all advantages of decentralised rule-making'*.⁴⁹ Maar daarmee is nog geen antwoord gegeven op de vraag wat het optimale niveau van regulering precies is en welke actoren daarbij betrokken moeten zijn. Begrijpelijk is waarom die vraag voor privatisten de afgelopen tweehonderd jaar niet actueel is geweest: zij beschouwden het nationale niveau simpelweg als het enige denkbare. Een vruchtbare lijn van onderzoek is mijns inziens dan ook om te trachten relevante criteria te vinden. In dit verband zal het subsidiariteitsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 5 lid 2 EG-Verdrag, niet heel veel houvast kunnen bieden.⁵⁰ Dat beginsel stelt weliswaar dat, op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, de EG slechts actie kan ondernemen 'indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt', maar dit is een betrekkelijk vaag criterium. Anders dan dat wetgeving zo dicht mogelijk bij de burger moet plaatsvinden,⁵¹ is subsidiariteit grotendeels een lege huls, of – zoals Easterbrook zegt⁵² – een *'weasel word'*, op te vullen met wat om andere redenen voor juist wordt gehouden. Dat maakt het beginsel nog wel belangrijk omdat het de Europese wetgever dwingt om redenen voor zijn optreden te geven en om na te gaan of het optreden niet beter aan andere regelgevers kan worden overgelaten. Maar substantiële redenen geeft het niet.

Zelfs als wij in staat zijn om optimale niveaus van regulering van contractenrecht te vinden, is er nog altijd geen alomvattende institutie die consistentie en rechtseenheid kan waarborgen: er blijven immers verschillende producenten van recht. Dat roept een tweede vraag op: hoe om te gaan met een dergelijk pluralistisch contractenrecht?

4.2 Hoe om te gaan met een pluralistisch contractenrecht?

Het behoeft na het voorafgaande weinig betoog meer dat ons contractenrecht uit zeer diverse bron komt. Dat roept de vraag op hoe daarmee om te gaan. Als nationale en

Europese wetgever de daardoor veroorzaakte inconsistenties niet kunnen oplossen, is mijns inziens vooral een andere benadering van een pluralistisch contractenrecht nodig. Dat is een benadering die het bestaan van diverse bronnen niet ziet als een probleem, maar als een onvermijdelijk én positief kenmerk van een meergelaagde rechtsorde. Het komt er dan niet op aan die pluraliteit te elimineren,⁵³ maar om die juist aan te moedigen. Daarmee wordt de gedachte dat verschillende autoriteiten met elkaar concurreren over wat de juiste oplossing van een probleem is tot uitgangspunt genomen. Een dergelijke benadering is voor juristen niet eenvoudig: zoals Patrick Glenn overtuigend aantoont, zijn Staten altijd terughoudend geweest met het erkennen van verschillende normatieve ordes op hun grondgebied.⁵⁴

In het navolgende worden de contouren uiteengezet van een alternatieve benadering.⁵⁵ Coherentie en rechtszekerheid kunnen immers ook op andere wijze dan via een 'gesloten' systeem worden bewerkstelligd. Bij het vormgeven van privaatrecht op Europees niveau moet niet worden uitgegaan van een idee van normatieve coherentie zoals we dat op nationaal niveau gewend waren. Mijn alternatief kan aan de hand van drie punten worden geschetst. Uitwerking daarvan blijft hier achterwege: het gaat me hier slechts om de grove trekken van een alternatieve benadering.

Uitgangspunt is wat ten grondslag ligt aan pluralisme: de gedachte dat individuen zich verbonden kunnen voelen met verschillende groepen en zich gebonden kunnen achten aan de normen van die groepen.⁵⁶ Het is daarmee verkeerdt om de Staat primair verantwoordelijk te houden voor het bepalen welk recht toepasselijk is op zijn burgers. Individen zouden daarentegen zelf een belangrijker rol moeten hebben bij het vaststellen welk recht toepasselijk is op een deel van hun activiteiten. Dat past bij de bekende gedachte dat, met het huidige vacuüm in regulering op globaal niveau (de *aanbieders* van recht slagen er niet in om zaken op globaal niveau te reguleren), de vraagzijde (de eindgebruikers van recht zoals consumenten en bedrijven) belangrijker wordt. Praktisch betekent dit dat – binnen de grenzen van dwingend recht – men in staat moet zijn om het rechtssysteem te kiezen die het beste past bij de activiteit in kwestie.⁵⁷

In de tweede plaats moet op een dergelijke 'rechtmarkt' zeer duidelijk zijn wat precies als dwingend recht geldt. In een traditionele benadering van privaatrecht was de noodzaak daartoe veel minder groot, omdat privaatrecht

48. Kerber 2007, p. 85.

49. S. Grundmann en W. Kerber, European System of Contract Laws – a Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making, in: S. Grundmann en J. Stuyck (eds.), An Academic Green Paper on European Contract Law, The Hague 2002, p. 296.

50. Zie bijv. R.J. van den Bergh, Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law, MJ 5 (1998), p. 129 e.v.

51. Vgl. W. van Gerven, The European Union: a Polity of States and Peoples, Oxford 2005, p. 140.

52. F. Easterbrook, Federalism and European Business Law, International Review of Law and Economics 14 (1994), p. 126.

53. Zoals het Ontwerp-GRK dat doet: zie J.M. Smits, Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live With Legal Diversity?, in: H. Miklitz et al. (ed.), The Foundations of European Private Law, Oxford 2010 (te verschijnen).

54. H.P. Glenn, A Transnational Concept of Law, in: P. Cane en M. Tushnet (eds.), The Oxford Handbook of Legal Studies, Oxford 2003, p. 839 e.v. Zie ook Smits 2009.

55. Een andere mogelijkheid is om het belang van *coördinatie* door actoren te benadrukken, bijvoorbeeld via de 'open method of coordination' (OMC).

56. Vgl. P.S. Berman, Global Legal Pluralism, Southern California Law Review 80 (2007), p. 1169 en vooral het werk van Amartya Sen, Identity and Violence; the Illusion of Destiny, New York 2006.

57. Zie ook het recente pleidooi van E.A. O'Hara en L.E. Ribstein, The Law Market, Oxford 2009.

sowieso gold *als geheel*, ongeacht of het om dwingend of aanvullend recht ging. Dit is anders als het belang van rechtskeuze wordt benadrukt: alleen voor zover dwingend recht dat toelaat, is een rechtskeuze mogelijk.

Ten slotte is duidelijk dat in deze benadering een geheel andere visie op juridische coherentie nodig is. In een pluralistisch privaatrecht bestaan verschillende legitieme opvattingen over wat juist is. Dat is incompatibel met ons traditionele idee van coherentie. Zoals Hans Kelsen ooit schreef: een systeem kan niet twee heren tegelijk dienen.⁵⁸ Maar als de *'perfect wholeness of a civil code'*⁵⁹ niet langer kan worden gevonden, hoe dan coherentie te garanderen? Mijns inziens is er een alternatief. Waar het gaat om de wijze waarop contractenrecht wordt beschreven, geldt dat dit niet per se hoeft te geschieden door regels, beginselen en concepten bloot te leggen in de veelheid aan gebruikte regels; het kan ook door argumenten voor en tegen bepaalde oplossingen te vinden. Waar coherentie van belang is voor partijen omdat die de rechtszekerheid bevordert (zoals bij uitstek het geval is in het contractenrecht), valt niet in te zien waarom die coherentie door de Staat zou moeten worden gegarandeerd. Indien partijen toch al in staat zijn om in vergaande mate hun eigen rechtsstelsel te kiezen, zijn het vooral partijen zelf die deze rechtszekerheid kunnen creëren.

5. Ten slotte

In het afgelopen decennium is het contractenrecht in sterke mate geëuropeaniseerd. Daarnaast is ook de hoeveelheid private regulering toegenomen en kiezen contractanten in toenemende mate andere rechtsstelsels dan het 'eigen.' Het naast elkaar bestaan van verschillende contractenrechtstelsels wordt doorgaans beschouwd als problematisch: het zou de coherentie en eenheid van het recht aantasten. Deze bijdrage bepleit dat een pluralistisch contractenrecht ook voordelen heeft en dat met name twee vragen beantwoording verdienen: die naar het optimale niveau van regulering en die naar de beste wijze van omgang met een pluralistisch contractenrecht.

58. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, tweede druk, Wien 1960, Nachdruck 2000, p. 330.

59. G. Amato, in: F. Cafaggi en H. Muir-Watt (eds.) (2008).