

Nieuwe methoden van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming in een
Verenigd Europa

KONINKLIJKE NEDERLANDSE AKADEMIE VAN WETENSCHAPPEN

Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 64 no. 4

Deze Mededeling werd in verkorte vorm uitgesproken in de vergadering van de Afdeling Letterkunde, gehouden op 14 februari 2000.

E.H. HONDIUS

Nieuwe methoden van privaatrechtelijke
rechtsvinding en rechtsvorming
in een Verenigd Europa


Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam, 2001

ISBN 90-6984-336-6

Copyright van deze uitgave © 2001 Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Postbus 19121, 1000 GC Amsterdam

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de rechthebbende, behoudens de uitzonderingen bij de wet gesteld

Druk: PlantijnCasparie Heerhugowaard bv

Het papier van deze uitgave voldoet aan  ISO-norm 9706 (1994) voor permanent houdbaar papier

Inleiding: een alledaags voorval

Enige jaren geleden moest de rechtbank Zwolle uitspraak doen in een geschil over een auto. Een particulier had bij een dealer een nieuwe Opel gekocht. De koper luisterde in zijn auto graag naar cassettes, die hij in het dashboardkastje bewaarde. Het aantal cassettes was zo groot, dat het kastje niet sloot. Daardoor ontstond kortsluiting en de auto brandde uit. Een forse schade aan de auto was het gevolg. De rechtbank veroordeelde de dealer tot vergoeding van de schade aan de auto op grond van art. 7:17 Burgerlijk Wetboek (BW), want iets dergelijks behoeft men bij de aankoop van een nieuwe auto niet te verwachten.¹

Behalve de auto zelf, waren ook de cassettes beschadigd. Zou de koper van de auto de schade hieraan van de dealer kunnen claimen? Het antwoord op deze – tot dusver academische – vraag is, verrassend: dat weten wij niet. Nu de koper de auto niet in de uitoefening van een bedrijf of beroep heeft gekocht en er dus sprake is van een consumentenkoop,

¹ Rb. Zwolle 6 maart 1996, *Praktijkids* 1996, nr. 4623. Vanwege het dwingendrechtelijk karakter van art. 7:17 ging het beroep van de dealer op het beding in de garantiebepalingen waarin hij zijn aansprakelijkheid had uitgesloten niet op.

geldt art. 7:24 BW. Dat bepaalt dat de consument-koper voor dit soort schade niet de dealer maar de producent van de Opel moet aanspreken. Alleen in drie bijzondere gevallen kan de koper toch bij de dealer terecht. Een van die bijzondere gevallen doet zich voor als het gaat om vergoeding van schade waarop het slachtoffer geen aanspraak heeft vanwege de wettelijke franchise.

Wat houdt die franchise in? Krachtens art. 6:185 BW heeft de consument-koper voor wat de schade aan de cassettes betreft recht op vergoeding door de producent van de Opel. Maar ingevolge art. 6:190 lid 1 sub b BW kan hij deze schade van de producent slechts vergoed krijgen 'met toepassing van een franchise ten belope van *f* 1263,85'. Twee vragen rijzen hierbij. In de eerste plaats kan men zich afvragen hoe de wetgever aan dit bizarre bedrag komt. Het antwoord is simpel en ligt, gelet op de titel van deze voordracht, voor de hand: ten tijde van de totstandkoming van dit wetsartikel was *f* 1263,85 de tegenwaarde van 500 Ecu (de voorganger van de Euro). Artikel 6:190 BW is ingevoerd krachtens een Europese richtlijn die ons land hiertoe verplichtte.

De tweede vraag, en daar zal het hieronder om gaan, is wat een *franchise* inhoudt. Betekent dit dat de consument recht heeft op vergoeding van zijn schade verminderd met een bedrag van *f* 1263,85 (aftrekfranchise)? Of heeft hij, nu de drempel van *f* 1263,85 is overschreden, recht op volledige schadevergoeding (drempelfranchise)? In het laatste geval heeft hij jegens de producent, niet jegens de verkoper, recht op vergoeding van de cassettes. In het eerste geval is het andersom.

In de Nederlandse traditie is de benadering van de vraag naar de betekenis van 'franchise' niet zo moeilijk. Een eerste aanzet om de vraag op te lossen bestaat in een *taalkundige* interpretatie van het woord 'franchise'. Volgens Van Dale duidt het zoiets aan als 'vrijdom van vracht, vrijdom van invoerrechten, eigen risico bij verzekering, prijsaftrek voor verlies en beschadiging, premievrije voet'.² Op het eerste gezicht pleit dit voor de aftrekfranchise: de koper heeft slechts aanspraak op de schade boven de *f* 1263,85. Wordt deze visie bevestigd door andere interpretatiemethoden? Wellicht biedt de *wetssystematische* interpretatie uitkomst: kent de Nederlandse fiscale wetgeving bepalingen waarin met franchises wordt gewerkt? Een dergelijke interpretatiemethode ligt evenwel niet voor de hand nu art. 6:190 BW in onze wet is gekomen doordat een Europese richtlijn ons

² Van Dale, *Groot woordenboek der Nederlandse taal*, Utrecht/Antwerpen, twaalfde druk 1992, lemma 'franchise'.

land hiertoe verplichtte. De tekst van art. 6:190 BW is welhaast letterlijk uit deze richtlijn overgenomen.

Zou hier een louter Nederlandse wijze van rechtsvinding worden toegepast, dan zou het veeleer voor de hand liggen om – mede – te rade te gaan bij de *wetsgeschiedenis* van deze recente bepaling. Deze biedt steun aan de aftrek-oplossing. De desbetreffende bepaling is duidelijk als aftrekfranchise geconstrueerd. De betrokken Europese ambtenaar heeft dat in de Franse tekst van de richtlijn (toentertijd de ambtelijke taal van de Europese Commissie) als volgt onder woorden gebracht: het Nederlandse woord ‘franchise’ wordt in het Frans aangeduid met ‘sous déduction de’. In zijn eigen moedertaal, het Duits, heet het ‘unter Selbstbeteiligung von’.³ Beide termen wijzen zonneklaar op een aftrekfranchise. Vervolgens heeft de Commissie deze twee teksten naar de Vertaaldienst in Luxemburg gestuurd, waar in de ogen van de ambtenaar enige bedrijfsongelukjes hebben plaatsgevonden. De op dit punt onduidelijke Nederlandse tekst citeerde ik reeds. Ook de Engelse tekst vertoont deze onduidelijkheid. De Britten hebben echter – anders dan de Nederlandse wetgever – niet hun burgers met deze onduidelijkheid willen laten zitten en in hun wetgeving geopteerd voor de drempelfranchise.⁴ Genoemde ambtenaar schijnt zeer vertoornd te zijn geweest op lidstaten zoals het Verenigd Koninkrijk, die zich niet conformeerden aan zijn visie, zoals neergelegd in de Duitse en Franse tekst van de richtlijn.

Vanuit de Nederlandse wijze van rechtsvinding kan wel enig begrip worden opgebracht voor de toorn van de ambtenaar. Maar ofschoon het in Nederland voor de hand ligt om bij de vaststelling van de bedoeling van de wetgever te kijken naar de opzet van de betrokken minister c.q. commissaris of zijn ambtenaar, is dit op Europees vlak toch minder voor de hand liggend.⁵ In de eerste plaats is de wetshistorische interpretatie in sommige EU-lidstaten minder ontwikkeld dan elders. In de tweede plaats hebben alle Europese talen gelijke waarde, zodat het niet aangaat om de taal van de ambtenaren voor te trekken.⁶ Zou Nederlands de enige taal met een onduidelijke of afwijkende tekst zijn, dan zou deze redenering

³ Hans Claudius Taschner, Edwin Frietsch, *Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie*, tweede druk, München: Beck, 1990.

⁴ Section 5, paragraph 4 *Consumer Protection Act* 1987.

⁵ Stephen Weatherill, Paul Beaumont, *EC Law*, tweede druk, London: Penguin, 1995, p. 168.

⁶ EG Hof 6 oktober 1982 inzake CILFIT/Ministerio della Sanità en voorts Stephen Weatherill, Paul Beaumont, *EC Law*, tweede druk, London: Penguin, 1995, p. 153 noot 88 en p. 167-168.

wellicht niet opgaan. Maar tenminste één andere versie van de richtlijn – de Engelse – bevat dezelfde onduidelijkheid als de Nederlandse. Dan nog zou men kunnen zeggen dat tegenover de zeer stellige Duitse en Franse versie de hooguit aarzelende Engels- en Nederlandstalige versies staan.

Maar er is nog iets. Bij wetsinterpretatie kan het ook van belang zijn om naar de strekking van de wet te informeren. Juist in Europees verband heeft deze *teleologische* interpretatie grote betekenis.⁷ En juist deze interpretatie leent zich voor verdediging van de drempel-constructie. Blijkens de considerans (nr 9) van de richtlijn is de franchise bedoeld ‘om te voorkomen dat er al te veel geschillen ontstaan’. Deze bedoeling wordt gerealiseerd met een drempelfranchise. Zij wordt ook gerealiseerd met een aftrekfranchise, maar deze doet afbreuk aan de eerder in de considerans genoemde ‘rechtvaardige toewijzing van de met de moderne technische productie samenhangende risico’s’ (considerans nr 2). Het is deze strekking van de richtlijn, die mijns inziens uiteindelijk beslissend zal moeten zijn.

De hier naar voren gebrachte visie wordt niet door iedereen onderschreven.⁸ In het buitenland wordt de hier opgeworpen vraag meestal niet onderkend. Duitse en Franse schrijvers merken het probleem vermoedelijk daarom niet op, omdat de Duitse en Franse tekst van de richtlijn – alsook van de implementatie in de nationale wetgeving – geen enkele twijfel doen rijzen over de aftrekfranchise. Ook de Britten zullen geen moment aarzelen, maar dan ten aanzien van de drempelfranchise, zoals de Britse wetgever de ambiguë bepaling van de richtlijn heeft omgezet.

Wat leert ons het voorgaande? Dat de verschillen in uitlegmethoden tussen nationaal en communautair recht – en die tussen nationale stelsels onderling – tot verschillende uitkomsten kunnen leiden. Rechtsvinding zoals we die in Nederland gewend zijn, leidt tot toewijzing van de vorde-

⁷ Vergelijk Hans Kutscher, geciteerd door Stephen Weatherill, Paul Beaumont, *EC Law*, tweede druk, London: Penguin, 1995, p. 172: ‘The literal and historic methods of interpretation recede into the background. Schematic and teleological interpretation ... is of primary importance’.

⁸ In de Nederlandse literatuur verdedigt L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer, 1991, p. 262 het hier ingenomen standpunt, anders dan G.M.F. Sniijders, *Produktrecht/drie aspecten in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer, 1990, p. 84 en A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, *Produktenaansprakelijkheid in Europees verband*, tweede druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1991, p. 60. D.W.F. Verkade, M.Ph. van Sint Truiden, J.F.C. Maassen, *Produkt in gebreke*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1990, p. 94.c.s. achten beide visies zo goed als in evenwicht en onhouden zich daarom – *testimonium modestatis* – van het uitspreken van een voorkeur.

ring van de schade aan de cassettes tegen de dealer. Maar rechtsvinding op z'n Europees zou wel eens tot toewijzing tegen de producent kunnen leiden. Er is dus aanleiding om onderscheid te maken tussen wetsteksten al naar gelang hun herkomst. Het merkwaardige is dat dit er niet steeds aan valt af te lezen. Art. 6:185 BW staat in een wetboek vol bepalingen van autochtone herkomst. Het wordt niet voorafgegaan door een 'Waarschuwing! Let op, hier begint Europees recht'.⁹

Plan van behandeling

Na deze inleiding wil ik nu nader ingaan op het thema van deze voordracht. Dat is de wijze van rechtsvinding in het privaatrecht, in het bijzonder in het licht van de voortgaande harmonisering van het recht in Europa. Ook zonder die harmonisering zou een vergelijkende studie naar de wijzen van rechtsvinding vruchtbaar kunnen zijn, maar zij is dat in het bijzonder nu harmonisatie van materieel recht ook tot harmonisatie van de rechtsontwikkeling lijkt te dwingen.

In het eerste deel van deze voordracht wil ik – in het bijzonder voor de juridisch geschoolde lezer – een inventarisatie geven van de stand van zaken op het gebied van de harmonisatie van privaatrecht. Achtereenvolgens komen aan de orde de harmonisatie door Europese richtlijnen en hun alternatieven: *Principles* of *Restatements*. Harmonisatie kan ook worden bereikt door rechtspraak – te weten die van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg, en van nationale gerechten, alsook door de doctrine, zowel op Europees als op lokaal niveau, en wel met betrekking tot bepaalde landen als tot bijzondere onderwerpen. Ik sluit dit eerste deel op p. 31 af met enige voorlopige conclusies. Men kan deze inventarisatie ook overslaan en rechtstreeks naar deel 2 (p. 32-45) gaan.

Deel 2 vangt aan met een voorbeschouwing. Vervolgens ga ik allereerst in op de verschillen tussen de wijze van rechtsvinding in Nederland en de ons omringende landen. Achtereenvolgens zal ik aandacht schenken aan het verschil tussen Nederland en onze directe buurlanden België en Duitsland. Vervolgens kijk ik naar het bekende onderscheid tussen *civil law* en *common law*. Ten slotte wil ik bezien welke gevolgen toetreding van een aantal Centraal- en Oost-Europese landen tot de Unie zou kunnen hebben. Ik sluit af met een voorlopige conclusie.

⁹ Is het eigenlijk wel zo gelukkig om teksten van uiteenlopende herkomst in één wettelijke regeling onder te brengen? Zelf zie ik daar niet zo'n probleem in – zie mijn bijdrage 'Produktenaansprakelijkheid: de voordelen van een dualistische rechtsorde', *Ars Aequi* 1996, p. 324-331.

Na dit rondje Europa wil ik drie voor ons land (betrekkelijk) nieuwe typen van rechtsvinding aanduiden: die van de communautaire, constitutionele en rechtsvergelijkende rechtsvinding. Ik rond af met een slotconclusie (p. 44).

Om praktische redenen is het onderwerp van deze voordracht op drieërlei wijze beperkt. In de eerste plaats zal ik mij beperken tot mijn eigen vakgebied, het privaatrecht, en dan nog in het bijzonder het burgerlijk recht. Rechtsgebieden als het bestuursrecht, staatsrecht en strafrecht komen niet aan de orde. In de tweede plaats zullen het Europees recht en de rechtsvergelijking niet worden bestreken. Onmiskenbaar zijn rechtsvergelijkende publicaties als de *Einführung in der Rechtsvergleichung* van Zweigert en Kötz¹⁰ en de imposante Engelstalige studie van Duits privaatrecht uitgegeven door Markesinis¹¹ een belangrijke factor in de ontwikkeling van een Europees privaatrecht. De meeste inleidingen tot de rechtsvergelijking bevatten tegenwoordig hoofdstukken over Europees privaatrecht.¹² Bij de ontwikkeling van een Europees privaatrecht speelt het communautaire recht natuurlijk een belangrijke rol. De bevoegdheid van de Unie om zich met het privaatrecht bezig te houden, lijkt door het Verdrag van Amsterdam en de conferentie van Tampere uitgebreid.¹³ Maar om praktische redenen zal ik in het eerste onderdeel in het algemeen niet ingaan op de omvangrijke Europeesrechtelijke en rechtsvergelijkende literatuur.

Ten slotte kan ik evenmin ingaan op de uitvoerige literatuur over rechtsvinding in het algemeen en over rechtsstijlen in het bijzonder.¹⁴ Niettemin is er één prealabele vraag die ik kort zal aansnijden. Het is die van de tegenstelling tussen rechtsvinding en rechtsvorming.

¹⁰ Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, derde druk, Tübingen: Mohr, 1996, in het Engels vertaald door Tony Weir, Oxford: Clarendon, 1998.

¹¹ B.S. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, *The German Law of Obligations*, vol. 1, *The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford: Clarendon Press 1997, 942 p.; B.S. Markesinis, *The German Law of Obligations*, vol. II, *The Law of Torts: A Comparative Introduction*, derde druk Oxford: Clarendon Press 1997.

¹² Zie bijvoorbeeld Walter Pintens, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, 1998, 265 p.

¹³ Zie hieromtrent de bijdrage van Betlem en mij in *NJB* 1999, p.1137-1147.

¹⁴ Zie hieromtrent Leible, in: Dieter Martiny, Normann Witzleb (red.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, Berlin: Springer, 1999, p. 53, 76 e.v. en J.M. Smits, *Europees Privaatrecht in wording*, p. 48 e.v. Slechts enkele publicaties over rechtsvinding in een harmoniserend Europa wil ik noemen: Thomas M.J. Möllers, *Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration*, Tübingen: Mohr, 1999; Marek Schmidt, *Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden*, *RabelsZeitschrift* 1995, p. 569-597 en Reiner Schulze (red.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichen Rechts*, Baden-Baden: Nomos, 1999.

Rechtsvinding of rechtsvorming

De vraag is er een van alle tijden. Wat doet de rechter die in zijn uitspraak een nieuwe rechtsontwikkeling inluidt. Vindt hij het – reeds in aanleg aanwezige – recht of vormt hij het. Hoewel ik mij in deze voordracht vooral van de gebruikelijke term ‘rechtsvinding’ bedien, heb ik iets meer sympathie voor het woord ‘rechtsvorming’. Dat geeft duidelijker aan dat wat de rechter doet, soms geheel nieuw is. De term ‘rechtsvinding’ daarentegen lijkt erop te duiden dat het recht overal een oplossing voor in huis heeft – het is slechts een kwestie van ‘zoekt en gij zult vinden’.

Zo dadelijk komt het onderscheid tussen de Europees-continentele *civil law* en de Britse *common law* aan de orde. Maar reeds nu wil ik daar een punt uitlichten. De *civil law* stelsels gaan ervan uit dat het de wetgever is die de regel geeft, de rechter past toe: hij of zij *vindt* het recht. Van een precedentenstelsel als de *common law* zou men verwachten dat het daar anders ligt. Iedere uitspraak voegt iets nieuws toe aan het bestaande; de rechter vormt het recht. Geen van beide gedachten blijkt juist te zijn. Wat allereerst de *common law* betreft, houden rechters van oudsher vol dat zij niet aan rechtsvorming doen.¹⁵ De doctrine heeft hier niet veel mee op. Austin spreekt al van een ‘childish fiction employed by our judges that (...) common law is not made by them, but is a miraculous something made by nobody, existing (...) from eternity’. En Learned Hand zegt het nog mooier: ‘(...) the whole structure of the common law is an obvious denial of this theory; it stands as a monument slowly raised, like a coral reef, from the minute accretions of past individuals of whom each built upon the relics which his predecessors left, and in his turn left a foundation upon which his successors might work’.¹⁶

Ondanks al deze kritiek houdt de Engelse rechter vast aan zijn visie op rechtsvinding. Dat blijkt uit de zaak *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council*.

In dit arrest gaat het om een rente swap transactie, niet voor speculatie, maar om lagere overheden aan kapitaal te helpen. In een eerdere zaak waren swap transacties tussen banken en de overheid wegens strijd met het Engelse gemeenterecht nietig geoordeeld. De bank *Kleinwort Benson* vraagt daarop

¹⁵ ‘There is, in fact, no such thing as judge-made law, for the judges do not make the law, though they frequently have to apply existing law to circumstances as to which it has not previously been authoritatively laid down that such law is applicable’ – Lord Esher in *Willis v Baddeley*, [1892] 2 QB 324, 326.

¹⁶ Zie Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge Massachusetts, 1997.

van de lagere overheden een bedrag van ruim £ 400 000 op grond van rechtsdwaling als onverschuldigd betaald terug. De kernvraag in het arrest is of de beslissing van het *House of Lords* dat dit in afwijking van het vroegere recht inderdaad het geval is terugwerkende kracht heeft. Ja, zegt de meerderheid onder leiding van Lord Goff: ‘money rightly paid in accordance with the old established law is recoverable as having been paid under a mistake of law’. Neen, zegt Lord Browne-Wilkinson: ‘I take the view that the monies are not recoverable since, at the time of the payment, the payer was not labouring under any mistake’.

Een voor de rechtsvinding in de common law kapitale overweging is de navolgende van Lord Goff:

‘When a judge decides a case which comes before him, he does so on the basis of what he understands the law to be. This he discovers from the applicable statutes, if any, and from precedents drawn from reports of previous judicial decisions. Nowadays, he derives much assistance from academic writings in interpreting statutes and, more especially, the effect of reported cases; and he has regard, where appropriate, to decisions of judges in other jurisdictions. In the course of deciding the case before him he may, on occasion, develop the common law in the perceived interests of justice, though as a general rule he does this “only interstitially” (...).

Occasionally, a judicial development of the law will be of a more radical nature, constituting a departure, even a major departure, from what has previously been considered to be established principle, and leading to a realignment of subsidiary principles within that branch of the law. (...) It is into this category that the present case falls; but it must nevertheless be seen as a development of the law, and treated as such.

Bearing these matters in mind, the law which the judge then states to be applicable to the case before him is the law which, as so developed, is perceived by him as applying not only to the case before him, but to all other comparable cases, as a congruent part of the body of law. Moreover when he states the applicable principles of law, the judge is declaring these as constituting the law relevant to his decision. Subject to consideration by appellate tribunals, and (within limits) by judges of equal jurisdiction, what he states to be the law will, generally speaking, be applicable not only to the case before him but, as part of the common law, to other comparable cases which come before the courts, whenever the events which are the subject of those cases in fact occurred’.

De visie van Lord Goff lijkt te sporen met die van Europees-continentale rechters. Ook die willen het wel eens laten afweten: rechtsvorming stuit op grenzen. Dat blijkt bijvoorbeeld uit HR 17 januari 1997, *RvdW* 1997, 23. Een niet-erkend kind maakte aanspraak op de nalatenschap van zijn biologische vader, met wie het ook 'family life' had. De toenmalige wet voorziet hier niet in. Wel was in 1996 een wetsvoorstel (24 649) ingediend, dat voorziet in een rechterlijke vaststelling van het vaderschap, welke vaststelling het erfgenaamschap van het kind meebrengt. Maar begin 1997 was allerm minst vaststaand dat dit wetsvoorstel ongeschonden het Staatsblad zou halen. De Hoge Raad achtte het daarom raadzaam niet op de voorgestelde wetgeving vooruit te lopen: het gaat hier 'om keuzen die naar hun aard de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. Zulks brengt mee dat evenmin mogelijk is om geheel of ten dele op de voormelde wetgeving vooruit te lopen'.

Deze uitspraak is echter niet maatgevend. Het merkwaardige is dat men op het Europese continent juist omgekeerd tot het inzicht lijkt te komen, dat rechtspraak niet louter een illustratie van het recht vormt, maar wel degelijk precedentwerking heeft.¹⁷ Rechtsvinding en rechtsvorming – het zijn twee zienswijzen op een zelfde activiteit. Op het Europese continent zou het meer voor de hand liggen deze activiteit als rechtsvinding te duiden. *Rechtsvorming* komt men echter even vaak tegen. Bij de *common law* denkt men veeleer aan rechtsvorming en toch gaat daar het *House of Lords* juist uit van rechtsvinding.

HARMONISATIE VAN PRIVAATRECHT IN EUROPA

Richtlijnen: van verkoop op afstand tot elektronische handel

De afgelopen jaren is ons privaatrecht in toenemende mate beïnvloed door Europese ontwikkelingen.¹⁸ In de eerste plaats valt te wijzen op diverse veranderingen die het gevolg zijn van Europese richtlijnen. Bijzonder duidelijk treedt deze ontwikkeling aan het licht op het gebied van het consumentenrecht. Belangrijke recente richtlijnen van Directoraat-Generaal Gezondheid en Consumentenbescherming (SANCO), het vroegere

¹⁷ D. Neil MacCormick, Robert S. Summers (red.), *Interpreting Precedents/A Comparative Study*, Aldershot: Dartmouth, 1997 tonen dit aan voor een aantal Europese landen alsmede voor de Europese Unie.

¹⁸ Zie Hartkamp et al. (red.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Ars Aequi, 1998 en Smits, *Europees Privaatrecht in wording* (1999), p. 29 e v.

dg xxiv, betreffen verkoop op afstand (Publikatieblad 1997, L 144), vergelijkende reclame (Pb 1997, L 290) en grensoverschrijdende collectieve acties (Pb EG 1998, L 166). In 1999 is de lang verbeide richtlijn consumentenkoop en aanverwante garanties (Pb 1999, L 171) totstandgekomen. En er is nog meer in aantocht, getuige het Consumenten Actieplan 1999-2001 (13960/98 CONSUM 90 ENV525 ECO462 ENT221 AGR1181). De richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht zijn geanalyseerd in boeken als die van Reich¹⁹, Howells en Wilhelmsson²⁰, en Weatherill²¹, en in een reeks opstellen in tijdschriften en feestbundels, zoals die voor Reich.²²

Niet alleen consumentenzaken staan op de Europese agenda. Ook andere directoraten-generaal zijn bij de ontwikkeling van Europees privaatrecht betrokken. Bekend is de bemoeienis van de Europese Unie met terreinen als het arbeidsrecht, de intellectuele eigendom en het ondernemingsrecht. Een recent aandachtsterrein is dat van de bescherming van cultuuroederen. Een bron van irritatie voor het midden- en kleinbedrijf is het betalingsgedrag van debiteuren. In 1998 heeft de Europese Commissie een ontwerp-richtlijn gepubliceerd, welke beoogt hier iets aan te doen.²³ Consumenten en midden- en kleinbedrijf profiteren van het internet, maar elektronisch zaken doen heeft ook zo zijn risico's. Daartegen richt zich ook al een ontwerp-richtlijn.²⁴

De opsomming van richtlijnen geeft de indruk van een lappendeken.²⁵ Deze indruk is juist. Men mag hier echter niet de conclusie aan verbinden dat het Europese beslag op de privaatrechtelijke wetgeving gering is.²⁶

¹⁹ Norbert Reich, *Europäisches Verbraucherrecht*, derde druk, Baden-Baden: Nomos, 1996.

²⁰ Geraint Howells, Thomas Wilhelmsson, *EC Consumer Law*, Dartmouth: Ashgate, 1997.

²¹ Stephen Weatherill, *EC Consumer Law and Policy*, Harlow: Longman, 1997.

²² Krämer et al. (red.), *Law and diffuse Interests in the European Legal Order/Liber amicorum Norbert Reich*, Baden-Baden: Nomos, 1997.

²³ Het ontwerp is voorwerp geweest van tal van beschouwingen – zie M. Freudenthal, J.M. Milo, Betalingsachterstanden in handelstransacties: een richtlijnvoorstel met Europees-privaatrechtelijke consequenties, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1999, p. 153-160.

²⁴ COM(1998) 586 def. Zie Dickie, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Oxford: Hart, 1999.

²⁵ L.A.D. Keus, Europees privaatrecht - Een bonte lappendeken, *preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad: Vermande, 1993.

²⁶ Christian Joerges, The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective, *European Law Journal* 1997, p. 378-406.

Principles

Zes jaar geleden publiceerde het Instituut voor de eenmaking van het recht (UNIDROIT) te Rome de *Principles for International Commercial Contracts*.²⁷ De *Principles* krijgen in de academische literatuur veel aandacht. Veelal is het commentaar positief van grondtoon. Het feit dat de *Principles* op sommige punten nogal sterk tegen de heersende leer in *common law* stelsels ingaan, staat er niet aan in de weg dat zij ook in deze stelsels met instemming zijn ontvangen.²⁸

Nu kennen we de geschiedenis van het Weense koopverdrag, dat door academici de hemel wordt in geprezen, maar in de dagelijkse handelspraktijk – althans tot voor kort – nauwelijks een rol van betekenis speelde. Zijn ook de *Principles* niet veeleer een product van studeerkamervlijt dan voor de zaken- (pardon: goederen-)praktijk? De praktijk wijst uit dat de *Principles* wel degelijk reeds worden toegepast. Dat blijkt uit de tweede druk van het gezaghebbende handboek over deze beginselen van de hand van M.J. Bonell, voorzitter van de UNIDROIT-werkgroep welke de beginselen voorbereidde.²⁹

Maar vooral van belang lijkt dat de academische wereld de UNIDROIT *Principles* in haar armen heeft gesloten. In Bristol wijdde de *Académie Internationale de Droit Comparé* in 1998 een van haar zittingen aan deze *Principles*.³⁰ De UNIDROIT *Principles* ondervinden nog weinig concurrentie van die andere *Principles*, de *Principles of European Contract Law*. Deze beginselen zijn vastgesteld door de zogenaamde Lando commissie. Van de *European Principles* verscheen in 1994 een eerste deel, gewijd aan algemene beginselen, nakoming en niet-nakoming.³¹ In 1999 verscheen een tweede deel,

²⁷ Unidroit, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome 1994, 256 p., eveneens beschikbaar in veel andere talen, zoals Arabisch, Chinees, Duits, Frans, Italiaans, Nederlands en Spaans.

²⁸ Zie Roy Goode, *International Restatement of Contract and English Contract Law*, *Uniform Law Review* 1997-2, 231-248; David A. Levy, 'Contract Formation Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ucc, Restatement, and CISG', in 30 *Uniform Commercial Code Law Journal* 249-332 (1998).

²⁹ Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law/The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, second ed., Irvington, New York: Transnational Publishers, 1997.

³⁰ Algemeen rapporteur was ... Bonell. Zijn bericht is inmiddels evenals de meeste nationale rapporten gepubliceerd: Michael Joachim Bonell, *A New Approach to International Commercial Contracts/The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, The Hague: Kluwer, 1999.

³¹ De eerste tranche (1994) van de Lando Principles is onder andere besproken door Danny Busch, *Indirect Representation and the Lando Principles*, *European Review of*

waarin ook het – licht gewijzigd – eerste deel is geïntegreerd.³² Inmiddels is de Lando commissie in 1997 aan een derde tranche begonnen.³³ In de commissie zijn thans twee stromingen. Er zijn degenen die menen dat de *Principles* te vergelijken zijn met algemene voorwaarden en alleen die onderwerpen moeten regelen die partijen ook gewoonlijk regelen. Daarentegen meent de andere stroom dat de *Principles* moeten worden gezien als een voorloper voor een Europees Burgerlijk Wetboek, zodat meer onderwerpen kunnen worden aangepakt. De keuze heeft praktische consequenties. Zou de laatste stroming prevaleren, dan rijst de vraag of de regeling van de verjaring mede op onrechtmatige daad moet worden afgestemd. De compromisoplossing die is gekozen is dat de voorgestelde bepalingen allereerst bedoeld zijn voor contracten, maar dat zij mede op verbintenissen uit andere bron kunnen zien. Vermoedelijk kan het werk aan deze tranche in 2001 worden afgesloten.

Het contractenrecht is niet het enige rechtsgebied waarvoor *Principles* zijn of worden ontwikkeld. Op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht is de groep van Koziol (Wenen) en Spier (Tilburg/Maastricht) actief.³⁴ Deze groep heeft allereerst onderzoek gedaan naar de juistheid van het adagium dat de winnende partij volledige compensatie ontvangt. Dit blijkt niet zo te zijn.³⁵ Vervolgens heeft de groep nog een tweede³⁶ en een derde³⁷ publicatie het licht doen zien.

Private Law 1999, p. 319-148, door Lena Olsen, The Choice of the Aggrieved Party – An Analysis of the Remedies in the Principles of the European Contract Law, *European Review of Private Law* 1999, p. 21-44, en door Reinhard Zimmermann, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, *Juristen Zeitung* 1995, p. 477-491.

³² Hugh Beale, Ole Lando (red.), *Principles of European Contract Law*, The Hague: Kluwer, 1999.

³³ Het gaat hierbij om de navolgende, in drie clusters gegroepede, onderwerpen: 1 *Illegality and Immorality* (strijd met de wet en de goede zeden); *Conditions* (voorwaardelijke overeenkomsten); *Interest on Interest* (samengestelde interest), 2 *Set-off* (verrekening); *Assignment of Claims* (cessie); *Assumption of Debts* (schuld- en contractoverneming), 3 *Plurality of Debtors and Creditors* (hoofdelijkheid c.a.); *Prescription* (verjaring); *Discharge* (afstand van recht).

³⁴ Zie Jaap Spier en Olav A. Haazen, The European Group on Tort Law ('Tilburg Group') and the European Principles of Tort Law, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1999, p. 469-493.

³⁵ Jaap Spier (red.), *The Limits of Liability/Keeping the Floodgates Shut*, The Hague: Kluwer Law International, 1996.

³⁶ Jaap Spier (red.), *The Limits of Expanding Liability/Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*, The Hague: Kluwer, 1998.

³⁷ H. Koziol (red.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, The Hague: Kluwer, 1998.

Een ander rechtsonderdeel waarvoor *Principles* zijn ontwikkeld is dat van het trustrecht. Een groep onder leiding van S. Kortmann (Nederland) heeft nationale rapporten geproduceerd over Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Italië, Nederland, Schotland, Spanje en Zwitserland.³⁸ Het opstellen van *European Principles* is zelfs voorgesteld voor het familierecht.³⁹

Of het handelsverkeer in deze academische exercities geïnteresseerd zal zijn, moet nog blijken. Het zakenleven heeft nooit overgelopen van enthousiasme voor het Weense koopverdrag en dat belooft niet veel.⁴⁰ Daarentegen is de academische gemeenschap buitengewoon geïnteresseerd.⁴¹

Europese rechtspraak

Europees privaatrecht is niet slechts regelgeving in de vorm van richtlijnen, in toenemende mate krijgt het ook gestalte in rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Een Zwitsers proefschrift analyseert de bijdrage van het Hof aan de ontwikkeling van het privaatrecht.⁴² Een overzicht van de privaatrechtelijk relevante rechtspraak van het Hof van Justitie over 1998 geeft Hakenberg.⁴³ Ook Steindorff beschouwt het privaatrecht vanuit Europees perspectief.⁴⁴ Micklitz richt zijn aandacht op de divergerende 'Leitbilder' van Europees en nationaal privaatrecht.⁴⁵

³⁸ D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, H.L.E. Verhagen (red.), *Principles of European Trust Law*, The Hague: Kluwer Law International - W.E.J. Tjeenk Willink, 1999.

³⁹ M.V. Antokolskaia, W.A. de Hondt, G.J.W. Steenhoff, *Een zoektocht naar Europees familierecht*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer, 1999.

⁴⁰ Sceptisch is M.V. Polak, *WPNR* 1996, p. 391.

⁴¹ De meeste auteurs analyseren het in de *Principles* neergelegde materiële recht. Sommigen gaan ook in op het rechtskarakter – zie Klaus Peter Berger, 'Formalisierte oder "schleichende" Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts', Berlin: De Gruyter, 1996, ook in het Engels vertaald, en zijn opstel 'Einheitliche Rechtsstrukturen durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung', *Juristen Zeitung* 1999, p. 369-377. K. Boele-Woelki analyseert de *Principles en ipr*, Inaugurale rede Utrecht, Lelystad: Vermande 1995. Christian Joerges heeft in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1995, p. 181-201 de harmonisatie van privaatrecht in Europa beschreven als een slagveld van disciplines. Op het rechtskarakter van de *Principles* wordt ook ingegaan door Michaels, *RabelsZ* 1998, p. 580-626.

⁴² Irene Klauer, *Die Europäisierung des Privatrechts, Der EuGH als Zivilrichter*, Baden-Baden: Nomos, 1998, 493 p.

⁴³ Waltraud Hakenberg, 'Rechtsprechung des EuGH im Jahre 1998', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998, p. 849-874.

⁴⁴ Ernst Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1996.

⁴⁵ Hans W. Micklitz, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998, p. 253-276.

Sinds enige jaren is het Europees Hof van Justitie niet meer het enige Europese gerecht. Er is ook het Gerecht van eerste aanleg⁴⁶, dat regelmatig met privaatrechtelijke zaken te maken krijgt.⁴⁷

Nationale rechtspraak

Niet het Europees Hof van Justitie, maar de nationale gerechten worden het vaakst geroepen om geharmoniseerd recht uit te leggen.⁴⁸ Elke Engelse jurist kent het – Schotse – arrest *Donoghue v. Stevenson*, [1932] AC 562, [1932] All ER 1. Evenzo kent elke Duitse jurist het *Hühnerpestfall*, BGHZ 51, 91, NJW 1969, 269. Elke Franse jurist kent het Blicek arrest.⁴⁹ Maar te betwijfelen is of een Duitse, Engelse of Franse jurist de standaardarresten van zijn collegae zal kennen. Binnenkort zal dat anders zijn, als het aan Walter Van Gerven ligt. Deze Belgische auteur heeft een ambitieus programma opgesteld om een reeks ‘casebooks’ uit te brengen op vier belangrijke rechtsgebieden.⁵⁰ De vier rechtsgebieden zijn aansprakelijkheidsrecht, contractenrecht, ‘judicial review’ en ondernemingsrecht. Twee jaar geleden verscheen het eerste onderdeel van het deel over aansprakelijkheid: ‘Scope of protection’.⁵¹ Een soortgelijke aanpak is gekozen door Schwenzer en Müller-Chen.⁵² De vergelijkende case-book methode is ook aanbevolen door Ranieri⁵³, die zuiver economische schade als voorbeeld hanteert.

⁴⁶ Zie Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law*, Oxford: Oxford University Press, tweede druk 2001, p. 81-82.

⁴⁷ Een voorbeeld biedt de zaak *Embassy Limousines & Services v. Europees Parlement*, [1999] 1 *Common Market Law Reports* 667.

⁴⁸ Malcolm A. Jarvis, *The Application of EC Law by National Courts/The Free Movement of Goods*, diss. Groningen, Oxford: Clarendon, 1998.

⁴⁹ Assemblée plénière 29 maart 1991, D. 1991.324, *European Review of Private Law* 1993, p. 215-223.

⁵⁰ *European Review of Private Law* 1996, p. 67. Zie voorts Larouche, *European Review of Private Law* 2000, p. 99-107.

⁵¹ Van Gerven et al. (red.), *Torts/Scope of Protection* (1998). Er moeten nog zeven onderdelen volgen. Alle standaardarresten zijn in het Engels vertaald; de oorspronkelijke tekst is beschikbaar op Internet: <http://www.unimaas.nl/-casebook>.

⁵² Ingeborg Schwenzer, Markus Müller-Chen, *Rechtsvergleichung/Fälle und Materialien*, Tübingen: Mohr, 1996.

⁵³ Filippo Ranieri, ‘Cable Cases’ e responsabilità per danni puramente economici: Il ‘Case Method’ come esempio di approccio didattico nell’insegnamento del diritto civile europeo, in: *Quaderni di Diritto Privato Europeo* 1998/2, p. 151-188.

Doctrine: algemene werken

Op Europees niveau kunnen drie initiatieven worden vermeld. Het eerste ontsproot uit de conference 'Towards a European Civil Code', welke in 1997 tijdens het Nederlandse voorzitterschap van de Europese Unie plaatsvond te Scheveningen. De inleidingen voor deze conferentie zijn gepubliceerd in ERPL 1998/3.⁵⁴ De conferentie inspireerde Chr. von Bar tot de oprichting van een *Study Group for A European Civil Code*. Op de basis van de Lando Principles wil deze Study Group een Europees Burgerlijk Wetboek tot stand brengen.

Een tweede project dat onze aandacht verdient is het *Common Core of European Private Law* project, georganiseerd door de Universiteit van Trento. In dit project trachten nationale rapporteurs een antwoord te vinden op vragen over cases. De bedoeling is uit te vinden wat de verschillende Europese rechtsstelsels gemeenschappelijk hebben.⁵⁵ Deze aanpak is voor het eerst gehanteerd door de Duitse Amerikaan Rudolf Schlesinger.⁵⁶ Het Trento-project wordt geleid door Ugo Mattei en Mauro Bussani, die de bijstand hebben ingeroepen van Italiaanse coryfeeën als Rodolfo Sacco (Turijn)⁵⁷ en Antonio Gambaro (Milaan), de Amerikaan James Gordley (Berkeley)⁵⁸ en de Duitse Amerikaan Matthias Reimann (Michigan).⁵⁹

Binnenkort valt de publicatie te verwachten van de eerste bundel.⁶⁰

⁵⁴ Met opstellen van Van Gerven (p. 465-469), Tillmann (p. 471-474), Kerameus (p. 475-481), Snijders (p. 483-487), Drobnič (489-495), Gambaro (p. 497-504), Bonell (p. 505-517), Markesinis (p. 519-524), Lando (p. 525-535), Mattei (p. 537-540) en Koopmans (p. 541-547).

⁵⁵ Bussani, Mattei, 3 *Columbia Journal of European Law* 339-356 (1997/98).

⁵⁶ Rudolf Schlesinger, *Formation of Contracts - A Study of the Common Core of Legal Systems*, 1968.

⁵⁷ Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law*, 39 *American Journal of Comparative Law* 1-34, 343-401 (1991).

⁵⁸ Zie diens 'Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law', 43 *American Journal of Comparative Law* 555-567 (1995).

⁵⁹ Matthias Reimann, *Towards a European Civil Code: Why Continental Jurists Should Consult Their Transatlantic Colleagues*, 73 *Tulane Law Review* 1337-1346 (1999).

⁶⁰ Het is de bundel 'Good faith' onder redactie van Simon Whittaker (Oxford) en Reinhard Zimmermann (Regensburg). Andere delen in voorbereiding hebben betrekking op 'Enforceability of promises', onder redactie van James Gordley (Berkeley), 'Economic loss', onder redactie van Mauro Bussani (Trento) en Vernon Palmer (New Orleans), 'The boundaries of strict liability' onder redactie van Vernon Palmer en Franz Werro (Zwitserland), 'Mistake and Misrepresentation' onder redactie van Ruth Sefton-Green en Jacques Ghestin (Paris), 'Pre-contractual liability' onder redactie van John Cartwright (Oxford) en Martijn Hesselink (Amsterdam), 'Movable assets and general creditors' onder redactie van Matthias Storme (Leuven), 'Property on information' onder redactie van Sjeff van Erp (Maastricht) en Vincenzo Zeno-Zencovich (Sassari) en 'Property on environment'

Een derde project dat gericht is op burgerlijk procesrecht vindt zijn oorsprong in de eerdergenoemde Storme commissie, die enige jaren terug een aantal ontwerp-richtlijnen heeft geproduceerd.⁶¹ Een eerste deel in de nieuwe reeks is al verschenen.⁶²

Feestbundels

Een belangrijke bron van opstellen over onderwerpen van Europees privaatrechtelijke aard bestaat uit de verschillende feestbundels, *Festschriften*, *Mélanges*, of hoe deze boekwerken ter ere van zeventigjarige of anderszins jubilerende collega's ook mogen heten. Ik noem de bundels voor Deutsch⁶³, Drobnig⁶⁴, een van de drie delen waarvan *expressis verbis* aan Europees privaatrecht (en sociaal-economisch recht) is gewijd⁶⁵, Fleming⁶⁶, Großfeld⁶⁷, Reich⁶⁸, Tallon⁶⁹ en de University of Aberdeen.⁷⁰

Doctrine: nationaal

Ook op nationaal niveau krijgt de ontwikkeling van een Europees privaatrecht de nodige aandacht.

Australië lijkt heel ver weg om aandacht te besteden aan harmonisatie van privaatrecht in Europa. Toch is er een uitstekende monografie over dit onderwerp verschenen. De auteur is een 'down under' woonachtige Belg.⁷¹

onder redactie van Barbara Pozzo (Milano III). Meer inlichtingen over de 'Common Core of European Contract Law' zijn te vinden op het Internet:

<http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core>.

⁶¹ M.L. Storme (red.), *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht: Kluwer, 1994.

⁶² Jolowicz, Van Rhee (red.), *Recourse against judgments in the European Union* (1999).

⁶³ Hans-Jürgen Ahrens et al., *Festschrift für Erwin Deutsch*, Köln: Heyman, 1029 p.

⁶⁴ Basedow, Hopt, Kötz (red.), *Ein Spiegel des gegenwärtigen internationalen Rechtslebens/Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag* (1998).

⁶⁵ Met bijdragen van Von Bar, Basedow, Harmathy, Hartkamp, Magnus, Mestmäcker, Neumayer, Reichert-Facilides, Roth, Schnyder, Schwartz, Storme en Ziegel.

⁶⁶ Peter Cane, Jane Stapleton (red.), *The Law of Obligations/Essays in Celebration of John Fleming* (1998).

⁶⁷ Ulrich Hübner, Werner F. Ebke (red.), *Festschrift für Bernhard Großfeld*, Heidelberg: Recht & Wirtschaft, 1999.

⁶⁸ Ludwig Krämer, Hans W. Micklitz, Klaus Tonner (red.), *Law and diffuse Interests in the European Legal Order/Liber amicorum Norbert Reich*, Baden-Baden: Nomos, 1997.

⁶⁹ Mélanges Tallon, Paris: Société de législation comparée, 2000.

⁷⁰ David L. Carey Miller, Reinhard Zimmermann (red.), *The Civilian Tradition and Scots Law/Aberdeen Quincentenary Essays*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

⁷¹ Martin Vranken, *Fundamentals of European Civil Law*, London: Blackstone 1997.

In België zijn de drie grootste voorstanders van een Europees privaatrecht de beide Stormes en Van Gerven. De laatste heeft het *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe* opgezet en is de auteur van talrijke opstellen over Europees privaatrecht.⁷² De naam van Storme sr. is verbonden aan de zg. Storme commissie, die ontwerp-richtlijnen ter harmonisering van het burgerlijk procesrecht heeft opgesteld.⁷³ Een follow-up van dit project is de serie *Civil Procedure in Europe*.⁷⁴ Storme jr. heeft verschillende bijdragen geschreven over de Europese harmonisatie van materieel recht.⁷⁵

Waar zou het Europees privaatrecht zijn zonder de *brainwave*, die Ole Lando eind jaren zeventig in het Deense amusementspark Tivoli had.⁷⁶ Zeker is dat er dan geen *Principles of European Contract Law*⁷⁷ zouden zijn geweest.

Duitsland is de belangrijkste bron van studies over Europees privaatrecht. Productieve centra bevinden zich onder meer in Berlijn, Frankfurt an der Oder, Freiburg im Breisgau, Halle, Hamburg, Münster en Osnabrück. Hoewel er veel publicaties van oudere datum zijn, zijn goede beginpunten de bundel *Europäisches Vertragsrecht* welke de inleidingen bevat voor een jaarvergadering van de *Gesellschaft für Rechtsvergleichung*⁷⁸ en de bundel *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch* met de inleidingen voor een in 1998 gehouden Elsa-seminar.⁷⁹ Enigszins verouderd is Müller-Graff's *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*.⁸⁰ De belangrijkste producten van Duits intellect zijn de boeken van Von Bar en Kötz, welke hieronder aan de orde zullen komen. Zeer actief is

⁷² Zie bijv. Walter Van Gerven, In het verleden ligt de toekomst van een Europees ius commune, *Rechtskundig Weekblad* 1995-1996, p. 1430-1436.

⁷³ Storme (red.), *Approximation of Judiciary Law in the European Union* (1994).

⁷⁴ P. 29 hieronder.

⁷⁵ Andere Belgische schrijvers op dit gebied zijn Laenens, *Rechtskundig Weekblad* 1996, p. 1172-1179, Van Houtte, De "Unidroit Principles of International Commercial Contracts" en de Belgische rechtspraktijk, *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 1995, p. 348-368 en A. Verbeke, European marital property law/Survey 1988-1994, *European Review of Private Law* 1995, p. 445-482.

⁷⁶ Lando heeft deze anekdote in diverse publicaties beschreven. Zie laatstelijk Lando, *European Review of Private Law* 2000, p. 57-67.

⁷⁷ Ole Lando, Hugh Beale (red.), *Principles of European Contract Law*, The Hague: Kluwer, 2000.

⁷⁸ Hans-Leo Weyers (red.), *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1997.

⁷⁹ Dieter Martiny, Normann Witzleb (red.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, Heidelberg: Springer, 1998.

⁸⁰ Peter Christian Müller-Graff, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, tweede druk, Baden-Baden: Nomos, 1999.

het in Münster gevestigde netwerk 'Common Principles of European Private Law'. Het netwerk heeft reeds een reeks publicaties op zijn naam staan. Een daarvan is de bundel *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*.⁸¹ Deze bundel gaat in op de betekenis van Europese richtlijnen ter bescherming van de consument op het privaatrecht. De uitgever Nomos is voorts begonnen met een reeks *Grundlagen und Schwerpunkten des Privatrechts in europäischer Perspektive*.⁸²

Duitsland beschikt over twee tijdschriften op het gebied van het Europees privaatrecht: het *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) en *Deutsches und Europäisches Familienrecht*, dat in januari 1999 voor het eerst verscheen. Ten slotte organiseerde de Duitse *Bundesnotarkammer* in 1997 een symposium over Europees contractenrecht en consumentenrecht.⁸³ Veel andere auteurs, zoals Kieninger⁸⁴ en Leible⁸⁵, Remien⁸⁶ en Sonnenberger⁸⁷, hebben zich eveneens beziggehouden met aspecten van Europees privaatrecht.

Onder de belangrijke rechtsstelsels lijken het *Engelse*⁸⁸ en het *Franse* recht het minst aangetast door het euro-virus. Wellicht is Frankrijk echter op een keerpunt aangekomen. In 1997 organiseerde de Université de Reims-Champagne-Ardenne een tweedaags colloquium over 'Un droit privé pour l'Union européenne'.⁸⁹ In een eerdere publicatie analyseren Jérôme Huet⁹⁰ en Patrice Jourdain⁹¹ de Europese bronnen van het contractenrecht en het aansprakelijkheidsrecht.

⁸¹ Hans Schulte-Nölke, Reiner Schulze (red.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1999.

⁸² Brüggemeier, *Prinzipien des Haftungsrechts/Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage* (1999).

⁸³ Zie p. 30 hieronder. De inleidingen voor het symposium zijn ook gepubliceerd in *Notarius International*.

⁸⁴ Kieninger, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996*, Das deutsche Zivilrecht 100 Jahre nach Verkündung des BGB/Erreichtes - Verfehltes - Übersehenes, Stuttgart: Boorberg, 1996, p. 245-263.

⁸⁵ Kieninger, Leible, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, p. 37-40.

⁸⁶ Zie onder meer zijn bijdrage in *RabelsZ* 1998, p. 627-647.

⁸⁷ Sonnenberger, *Juristen Zeitung* 1998, p. 982-991.

⁸⁸ Zie alleen Thomas G. Watkin, *The Europeanisation of Law*, London: British Institute of International and Comparative Law, 1998.

⁸⁹ Pascal de Vareilles-Sommières (red.), *Le droit privé européen*, Paris: Economica, 1998, 256 p.

⁹⁰ 'Les sources communautaires du droit des contrats', in: *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris: LGDJ, 1997, p. 11-27.

⁹¹ 'Les sources communautaires du droit français de la responsabilité civile', in: *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris: LGDJ, 1997, p. 29-43.

In *Griekenland* is K.D. Kerameus de drijvende kracht achter Europese harmonisatie, zowel van materieel recht⁹² als procesrecht.⁹³ De gedachte dat het *Israëlische* recht niet mag worden gemonopoliseerd door Brits en Amerikaans recht heeft er toe geleid dat in Israël veel belangstelling bestaat voor Europees privaatrecht. Met name de huidige president van het Israëliësch Hooggerechtshof Barak en de in Italië geboren Alfredo Mordechai Rabello spelen hierin een leidende rol.⁹⁴

Naast Duitsland en Nederland is *Italië* het derde land met grote belangstelling voor Europees privaatrecht. Er zijn niet minder dan drie gespecialiseerde tijdschriften, waarvan *Europa e diritto privato* het belangwekkendste is. Meer in het algemeen gedijen initiatieven op dit gebied in Italië goed. In alfabetische (plaats)volgorde noem ik: Bari dat onder leiding van Antonio Jannarelli en Nicolo Scannicchio een postacademische leergang Europees privaatrecht heeft opgezet,⁹⁵ Bolzano en Como (met name Barbara Pozzo) waar men eveneens actief is. In Pavia leidt Giuseppe Gandolfi een pan-Europese groep die op basis van de Italiaanse *Codice civile* aan een Europees Burgerlijk Wetboek werkt.⁹⁶ In Rome is Joachim Bonell de spin in het web van de Unidroit Principles, terwijl in Roma III Luigi Moccia een typische *eurotifoso* is.⁹⁷ In Trento zijn Mauro Bussani en Ugo Mattei de architecten van het 'common core of European private law' project (zie hierboven). In Verona werkt Zaccharia aan het Europees privaatrecht.

Een van de elders meest opgemerkte activiteiten in *Nederland* is de publicatie van de tweede druk van het boek 'Towards a European Civil Code'.⁹⁸ Met de benoeming van twee van de redacteuren van dit boek tot hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, heeft deze universiteit zich gevoegd bij de groeiende rij Nederlandse universiteiten die onder-

⁹² Konstantinos D. Kerameus, 'The Greek Law of Contract in a European Perspective', in: *Studie Iuridica*, III, Athens: Sakkoulas, 1995, p. 615-656.

⁹³ Konstantinos D. Kerameus, Political Integration and Procedural Convergence in the European Union, 45 *American Journal of Comparative Law* 919-930 (1997).

⁹⁴ Zie A. Gambaro, A.M. Rabello (red.), *Towards a New European Ius Commune*, Jerusalem: Hebrew University, 1999-5759.

⁹⁵ De leergang heeft geresulteerd in het boek van N. Lipari (red.), *Diritto Privato Europeo*, Padova: Cedam, 2 delen, 1997, 1050 p.

⁹⁶ Zie Peter Stein (red.), *Il futuro codice europea dei contratti*, Milano: Giuffrè, 1993.

⁹⁷ Zie onder meer Luigi Moccia (red.), *I giuristi e l'Europa*, Roma: Laterza, 1997.

⁹⁸ Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron (red.), *Towards a European Civil Code*, 2d revised and expanded ed., Nijmegen: Ars Aequi Libri/The Hague: Kluwer, 1998.

zoek verrichten op het gebied van het Europees privaatrecht. In Maastricht wijdde Van Erp zijn inaugurele rede als bekleeder van een Jean Monnet leerstoel aan Europees privaatrecht.⁹⁹ Aan dezelfde universiteit sprak zijn collega Faure een diesrede over hetzelfde onderwerp uit¹⁰⁰, richtte Van Rhee zich op het Europese procesrecht¹⁰¹ en schreef Smits diverse opstellen over het onderwerp, welke thans zijn samengesmeed tot een boek.¹⁰² Aan de Erasmus Universiteit wijdde De Ly¹⁰³ en Basedow¹⁰⁴ hun inaugurele redes aan het Europees privaatrecht.

Oostenrijk kende een trage start¹⁰⁵, maar ontwikkelt thans een toenevende belangstelling voor de ontwikkeling van een Europees privaatrecht. Een goed voorbeeld wordt gegeven door de *Österreichische Juristen-Zeitung*. Een beknopte inleiding is die van Mänhardt en Posch.¹⁰⁶ Vermelding verdienen voorts de studie van Lurger¹⁰⁷ en de 'Vorlesungen und Vorträge' uitgegeven door het Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht van het Ministerie van Justitie.¹⁰⁸

Anders dan Italië lijkt *Spanje* nog niet warm te lopen voor een Europees privaatrecht. Er is ook weinig over het onderwerp geschreven. Een overzicht is te vinden bij Sergio Camara Lapuente.¹⁰⁹ Bij wege van uitzonde-

⁹⁹ J.H.M. van Erp, *Europees Privaatrecht: Postmoderne dilemma's en keuzen. Naar een methode van adequate rechtsvergelijking* (1998). Zie reeds zijn bijdrage 'Europees privaatrecht in ontwikkeling?', in: *Themis en Europa/Een opening van nieuwe grenzen?*, Zwolle 1989, p. 61-70.

¹⁰⁰ M.G. Faure, *Het gemene recht van Europa/Naar een nieuw Ius Commune*, in: Redes gehouden tijdens de opening van het Academisch Jaar 1998/1999 op 7 september 1998 en de 23e Dies Natalis op 8 januari 1999, Maastricht 1999, p. 30-51.

¹⁰¹ R.H. van Rhee, *Adam ubi es?*, inaugurele rede Maastricht, 1999.

¹⁰² Jan Smits, *Europees Privaatrecht in wording/Naar een Ius Commune Europaeum als gemengd rechtstelsel*, Antwerpen: Intersentia, 1999, 302 p.

¹⁰³ Filip De Ly, *Europese Gemeenschap en privaatrecht*, inaugurele rede Rotterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1993.

¹⁰⁴ Jürgen Basedow, Codification of Private Law in the European Union: the making of a hybrid, *European Review of Private Law* 2000, p. 35-49.

¹⁰⁵ Zie Heiss, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1995, p. 54-61, en Ofner, *JAP* 1993/94, p. 219-223.

¹⁰⁶ Franz Mänhardt, Willibald Posch, *Internationales Privatrecht/Privatrechtsvergleichung/Einheitsprivatrecht*, tweede druk, Wien: Springer, 1999.

¹⁰⁷ Brigitta Lurger, *Vertragliche Solidarität - Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union*, 1998. Zie ook haar opstel 'Die Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union', in: *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch* (1999), p. 141-167.

¹⁰⁸ Zoals Paul Lagarde, *Le consommateur en droit international privé*, Heft 4, Wien, 1999, 31 p.

¹⁰⁹ Sergio Camara Lapuente, Hacia un código civil europeo: ¿Realidad o quimera?, *La Ley* 5 maart 1999, p. 1-6.

ring is er in Catalonië wel belangstelling voor het beslag van Europa op het privaatrecht. Catalonië overweegt zelfs om richtlijnen rechtstreeks in het Catalaanse recht te implementeren.¹¹⁰

Tsjechië en Slowakije kennen beide een tijdschrift dat geheel is gewijd aan ontwikkelingen op het gebied van het Europese (privaat)recht en dat in Nederland wordt uitgegeven: EMP (European International Law), resp. SEP. Beide tijdschriften beogen de toetreding van Tsjechië en Slowakije tot de Europese Unie te vergemakkelijken.

In het *Verenigd Koninkrijk* hield het *United Kingdom National Committee for Comparative Law* in 1995 te Cardiff een symposium over 'The Europeanisation of Law'. De handelingen zijn in 1998 gepubliceerd.¹¹¹ Belangrijke bijdragen tot de Europeanisering van het Engelse recht komen voorts van Markesinis. Voor het overige lijkt met name Engeland – anders dan Schotland – nog weinig eurofiel.

Aan de oostkust van de *Verenigde Staten* bestaat veel interesse voor Europees privaatrecht. In New York is de *Columbia Journal of European Law* een toonaangevend tijdschrift.¹¹² Ook in andere gebieden bestaat belangstelling, met name in Louisiana en zelfs in het verre westen.¹¹³

Zweden moge dan pas later zijn toegetreden, het heeft zijn achterstand spoedig ingehaald. In het bijzonder valt te wijzen op publicaties van Bernitz¹¹⁴ en Olsen.¹¹⁵

Zwitserland, ofschoon geen lid van de Europese Unie, toont zich wel geïnteresseerd in de ontwikkeling van een Europees privaatrecht. In 1998 organiseerde de Universit  de Fribourg een forum over 'New Perspectives

¹¹⁰ J.A. P rez Torrente, Compet ncies legislatives en mat ria de dret patrimonial, L.M. Diez-Picazo, La transposici n de directivas en materia de derecho patrimonial por parte de las Comunidades Aut nomas, in: *El futur del Dret Patrimonial de Catalunya*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 23-39, 41-53.

¹¹¹ Thomas G. Watkin, *The Europeanisation of Law*, London: British Institute of International and Comparative Law, 1998.

¹¹² Interessante artikelen zijn die van Reinhard Zimmermann, 1 *Columbia Journal of European Law* 63-105 (1994/95) en Mauro Bussani, Ugo Mattei, The Common Core Approach to European Private Law, 3 *Columbia Journal of European Law* 339-356 (1997/98).

¹¹³ Zie bijvoorbeeld het themanummer 'Codification in the Twenty-First Century', 31 *U.C. Davis Law Review* 655 e.v. (1998), met onder andere een opstel van Christian Kirchner, 'A "European Civil Code": Potential, Conceptual, and Methodological Implications'.

¹¹⁴ Zie Ulf Bernitz, Nordiskt lagstiftningssambete i det nya Europa - Utmaning f r Norden i ett unionsperspektiv, in: *Nordiskt lagstiftningssambete i det nya Europa*, Stockholm: Juridiska fakulteten, 1996 (ook in het Engels vertaald).

¹¹⁵ Lena Olsen, The Choice of the Aggrieved Party - An Analysis of the Remedies in the Principles of the European Contract Law, *European Review of Private Law* 1999, p. 21-44.

on European Private Law'.¹¹⁶ In een Zwitserse dissertatie – hierboven reeds vermeld – wordt ingegaan op de betekenis van de rechtspraak van het Europese hof op nationaal recht.¹¹⁷ Zwitserse auteurs treden regelmatig in discussie met de opstellers van de eerdergenoemde *Principles*.¹¹⁸ Zij hebben ten slotte een bijzondere belangstelling voor de historische achtergrond van het (eerste) *ius commune*.¹¹⁹

Doctrine: bepaalde gebieden

In deze paragraaf wil ik een korte impressie geven van wat er aan recente doctrine op de onderscheiden onderdelen van het privaatrecht over Europese ontwikkelingen voorhanden is. Op het gebied van het *aanbestedingsrecht* is er een omvangrijk Nederlands proefschrift van Jansen.¹²⁰ Wat het *aansprakelijkheidsrecht* betreft, is een van de interessantste boeken over Europees privaatrecht van de afgelopen jaren het tweedelige *Gesamteuropäisches Deliktsrecht* van Christian von Bar.¹²¹ Hierboven noemde ik reeds de publicaties van de Koziol/Spier groep over aansprakelijkheidsrecht¹²² en het boek van Brüggemeier.¹²³ Andere opstellen over Europees aansprakelijkheidsrecht zijn van de hand van Nieuwenhuis¹²⁴, Smits¹²⁵ en mijzelf.¹²⁶

¹¹⁶ Franz Werro (red.), *New Perspectives on European Private Law*, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1998.

¹¹⁷ Klauer, *Die Europäisierung des Privatrechts, Der EuGH als Zivilrichter* (1998).

¹¹⁸ Kramer, Die Gültigkeit der Verträge nach den UNIDROIT Principles, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1999, p. 209-228.

¹¹⁹ Zie Bruno Schmidlin, Gibt es ein gemeineuropäisches System des Privatrechts?, in: B. Schmidlin (Ed.), *Vers un droit privé européen commun? - Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1994, p. 33-137.

¹²⁰ C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law/Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998.

¹²¹ Christian von Bar, *Gesamteuropäisches Deliktsrecht*, München: Beck, Band I, 1996, 704 p., Band II, 1999, 698 p. (Vol. I is ook vertaald in het Engels: Oxford, 1998).

¹²² Spier (red.), *The Limits of Liability/Keeping the Floodgates Shut* (1996); Spier (red.), *The Limits of Expanding Liability/Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective* (1998); Koziol (red.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness* (1998).

¹²³ Gert Brüggemeier, *Prinzipien des Haftungsrechts/Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Baden-Baden: Nomos, 1999.

¹²⁴ J.H. Nieuwenhuis, Wat is een onrechtmatige daad? Europese perspectieven, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1998, p. 242-248.

¹²⁵ Smits, *Europees Privaatrecht in wording* (1999), p. 229-244.

¹²⁶ In: Franz Werro (red.), *New Perspectives on European Private Law*, Fribourg: Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1998, p. 51-58.

Drie belangrijke werken over Europees *contractenrecht en verbintenissenrecht* zijn die van Hein Kötz & Axel Flessner¹²⁷, Reinhard Zimmermann¹²⁸ en Filippo Ranieri¹²⁹. Voorts noem ik hier de publicaties van Grundmann¹³⁰ en Lurger¹³¹. Er is ten slotte een gestaag toenemend aantal tijdschriftartikelen over Europees contracten- en verbintenissenrecht.¹³²

De *geschiedenis* van het Europees privaatrecht is een interessant werkterrein voor de rechtshistoricus. Aan de ene kant biedt het een kans om het verloren aandeel in het universitaire curriculum te compenseren. Anderzijds zal iedere historicus zich thuis voelen bij termen als *ius commune*. De beste publicatie over de historische ontwikkeling van het Europees privaatrecht blijft het zojuist genoemde boek van Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*.¹³³ Meer op het procesrecht georiënteerd is Peter Steins *Roman Law in European History*.¹³⁴ Een interessante feestbundel met opstellen over de geschiedenis van het *ius commune* is uitgegeven voor de University of Aberdeen.¹³⁵ Andere geschriften zijn die van Brauner¹³⁶ en Van Rhee.¹³⁷

Op het gebied van het *goederenrecht* heeft de Europese Commissie ooit een ontwerp-richtlijn over eigendomsvoorbehoudsclausules gepubliceerd.¹³⁸ Nadien is het stil gebleven. Dat wil zeggen tot 1998, toen een ontwerp-richt-

¹²⁷ Hein Kötz & Axel Flessner, *European Contract Law*, vol. 1, translated by Tony Weir, Oxford: Clarendon 1997.

¹²⁸ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations/Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta, 1990.

¹²⁹ Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht/Lehr- und Textbuch*, Wien: Springer, 1999.

¹³⁰ Stefan Grundmann, *Europäisches Schuldvertragsrecht* (1999).

¹³¹ Brigitta Lurger, *Vertragliche Solidarität - Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union* (1998).

¹³² Zie bijvoorbeeld Basedow, *Revue internationale de droit comparé* 1998, p. 7-28.

¹³³ Zimmermann, *The Law of Obligations* (1990).

¹³⁴ Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, 137 p., oorspronkelijk in het Duits verschenen onder de titel *Römisches Recht und Europa/Die Geschichte einer Rechtskultur*, Frankfurt: Fischer Taschenbuch 1996.

¹³⁵ David L. Carey Miller, Reinhard Zimmermann (red.), *The Civilian Tradition and Scots Law/Aberdeen Quincentenary Essays*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

¹³⁶ Wilhelm Brauner, *Europäisches Privatrecht: historische Wirklichkeit oder zeitbedingter Wunsch an die Geschichte?* Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1997.

¹³⁷ Van Rhee, *Adam ubi es?* (1999). Zie p. 24 hierboven.

¹³⁸ De ontwerp-richtlijn is gepubliceerd bij U. Drobnig, R.M. Goode, Security for Payment in Export and Import transactions, in: *Commercial operations in Europe*, Leiden/Boston: Sijthoff, 1978, p. 378-382.

lijn inzake te late betalingen bij handelstransacties werd gepubliceerd.¹³⁹ Over dit onderwerp handelt de bundel nationale rapporten verzameld – maar helaas niet van een samenvatting voorzien – door Iwan Davies.¹⁴⁰ Bij afwezigheid van geharmoniseerd recht, zal het internationaal privaatrecht een rol blijven spelen, getuige de dissertatie van Rutgers.¹⁴¹ Andere publicaties op het gebied van het goederenrecht zijn die van Bartels¹⁴², Drobnig¹⁴³, Kieninger¹⁴⁴, Kreuzer¹⁴⁵ en Van Vliet¹⁴⁶. De vraag of er een Euro-hypothek moet komen, wordt behandeld door Van Velten¹⁴⁷. Ten slotte vermeld ik de publicaties over trustrecht van Hayton¹⁴⁸ en Sonneveldt.¹⁴⁹

Van de vele publicaties over harmonisatie van *intellectuele eigendomsrechten* op Europees niveau noem ik het thema-nummer van *IRDI (Intellectuele rechten/droits intellectuels)* 1998/2. Een overzicht van Europese regelgeving inzake internationaal privaatrecht geeft de bundel van Von Hoffmann¹⁵⁰

Een goed bruikbaar overzicht van Europese richtlijnen op het gebied van het *ondernemingsrecht* is dat van Charlotte Villiers.¹⁵¹ Op het gebied van het *personen- en familierecht* is de invloed van EU-recht minder sterk dan terzake van het contractenrecht. Daarentegen is Nederlands personen- en familierecht vooral beïnvloed door het van de Raad van Europa stammende Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de

¹³⁹ Pb 1998, C 168/98.

¹⁴⁰ Iwan Davies (red.), *Retention of Title Clauses in Sale of Goods Contracts in Europe*, Dartmouth: Ashgate, 1999.

¹⁴¹ Jacobien W. Rutgers, *International reservation of title clauses/A study of Dutch, French and German private international law in the light of European law*, The Hague: Asser Press, 1999.

¹⁴² *WPNR* 1996, p. 359.

¹⁴³ 'Vorüberlegungen zu einem europäischen "Sachenrecht"', in: *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch* (1999), p. 169-176.

¹⁴⁴ Eva-Maria Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden: Nomos, 1996.

¹⁴⁵ K.F. Kreuzer (red.), *Mobiliarsicherheiten; Vielfalt oder Einheit?* Baden-Baden: Nomos, 1999.

¹⁴⁶ L. van Vliet, *Transfer of movables*, diss. Maastricht, 2000.

¹⁴⁷ Van Velten, *WPNR* 6310.

¹⁴⁸ D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, H.L.E. Verhagen (red.), *Principles of European Trust Law*, The Hague: Kluwer-Tjeenk Willink, 1999.

¹⁴⁹ F. Sonneveldt, *De private express trust en de Nederlandse Successiewet 1956/een rechtsvergelijkend onderzoek*, diss. Utrecht, 2000.

¹⁵⁰ Bernd von Hoffmann (red.), *European Private International Law*, Nijmegen: Ars Aequi, 1998.

¹⁵¹ Charlotte Villiers, *European Company Law - Towards Democracy?* Dartmouth: Ashgate, 1998.

uitspraken daarover van het Hof in Straatsburg en van de nationale rechters. De invloed van de Europese Unie is geanalyseerd door De Groot¹⁵², Martiny¹⁵³ en mij.¹⁵⁴ Hierboven noemde ik reeds het tijdschrift *Deutsches und Europäisches Familienrecht*. Eveneens hierboven kwam al het preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking aan de orde, waarin de totstandbrenging van European Principles of Family Law wordt bepleit.¹⁵⁵

Als voortzetting van het werk van de Storme commissie op het gebied van het *procesrecht* – ik wees er al eerder op – wordt thans de reeks *Civil Procedure in Europe* uitgegeven. Andere publicaties die het vermelden waard zijn komen van de hand van Lindblom¹⁵⁶, Meijknecht¹⁵⁷, Normand¹⁵⁸ en Verde.¹⁵⁹ De banksector en de verzekeringsbranche zijn twee terreinen waar het Europees beslag niet valt te ontkennen. Publicaties die dit illustreren zijn die van Beckmann¹⁶⁰, Herrmann¹⁶¹ alsmede Hübner en Matusche-Beckmann.¹⁶²

Doctrine: bijzondere onderwerpen

Harmoniseren of niet, dat is een vraag die in de discussie over een Europees privaatrecht uiteraard centraal staat. Daarnaast is er een aantal ande-

¹⁵² G.R. de Groot, Op weg naar een Europees personen- en familierecht, *Ars Aequi* 1995, p. 29-33.

¹⁵³ D. Martiny, Europäisches Familienrecht - Utopie oder Notwendigkeit?, *RabelsZ* 1995, p. 419-453, dezelfde, Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?, in: *Towards a European Civil Code* (1998), p. 151-171, dezelfde, 'Die Möglichkeiten der Vereinheitlichung des Familienrechts innerhalb der Europäischen Union', in: *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch* (1999), p. 177-190.

¹⁵⁴ E.H. Hondius, *Naar een Europees personen- en familierecht*, in: Drie treden, over politiek, beleid en recht: opstellen aangeboden aan Job de Ruiter, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, p. 173-181.

¹⁵⁵ Antokolskaia, De Hondt, Steenhoff, *Een zoektocht naar Europees familierecht* (1999).

¹⁵⁶ Per Henrik Lindblom, Harmony of the legal spheres/A Swedish view on the construction of a unified European procedural law, *ERPL* 1997, p. 11-46.

¹⁵⁷ Paul Meijknecht, Service of Documents in the European Union, *European Review of Private Law* 1999, p. 445-457.

¹⁵⁸ Jacques Normand, Le rapprochement des procédures civiles dans l'union européenne, *ERPL* 1998, p. 383-399.

¹⁵⁹ Verde, *Europa e diritto privato* 1999/1, p. 3-24.

¹⁶⁰ Beckmann, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1999, p. 809-833.

¹⁶¹ Harald Herrmann, Europäisiertes Versicherungsprivatrecht: eine Bestandsaufnahme, *DWSR* 1998, p. 282-288, 312-316, dezelfde, Auslegung europäisierten Versicherungsvertragsrechts, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1999, p. 663-688.

¹⁶² Hübner, Matusche-Beckmann, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1995, p. 263-

re vragen die tot veel publicaties aanleiding geven: codificeren of niet, en zo ja, in een Wetboek van Consumentenrecht of een Burgerlijk Wetboek. Van de inhoudelijke discussies noem ik er één: die voor en tegen redelijkheid en billijkheid als dragend beginsel.

De vraag of Europees privaatrecht moet worden *geharmoniseerd* houdt de gemoederen al geruime tijd flink bezig. Terwijl de meeste auteurs voorstanders lijken van harmonisatie, is er een drietal schrijvers dat hier tegen duidelijk stelling neemt. Het zijn Hugh Collins, Pierre Legrand en Tony Weir. Hugh Collins heeft zijn ideeën enige tijd geleden gepresenteerd in de *European Review of Private Law*.¹⁶³ Van de vele philippica's van Pierre Legrand is zijn opstel in de *Modern Law Review* wellicht het meest provocerend.¹⁶⁴ In de *ERPL* heeft Zeno-Zencovich Legrand van repliek gediend.¹⁶⁵ Tony Weir is niet alleen de briljante vertaler van de Duitstalige boeken van Hein Kötz, hij is ook een 'Euro-sceptic' met een krachtige stijl ('striving for one European law is like trying to construct a single language on the basis of twelve national tongues').¹⁶⁶

Een van het voorgaande afgeleide vraag is of harmonisatie of unificatie, zo zij al moet geschieden, de vorm van een *Europees Burgerlijk Wetboek* dient aan te nemen. Tegen deze gedachte richten zich vele pijlen van de hierboven genoemde tegenstanders van harmonisatie. Even nog afgezien van de vraag of een lidstaat formeel wel gedwongen kan worden om een dergelijke codificatie te aanvaarden¹⁶⁷, is op een in 1997 te Scheveningen gehouden conferentie duidelijk geworden dat dit gewoon 'not done' is. De *comitas* verzet zich er tegen dat een meerderheid de *common law* landen een wetboek zou opdringen.

Indien niettemin naar een codificatie zou worden gestreefd, zou dit er dan een van *consumentenrecht* of van *burgerlijk recht* moeten zijn? In 1998 organiseerde de Europese Rechtsakademie (ERA) op initiatief van de Duitse *Bundesnotarkammer* een symposium over de verwante vraag in welk kader

²⁷³.

¹⁶³ Collins, *European Private Law and the Cultural Identity of States*, *ERPL* 1995, p. 353-365.

¹⁶⁴ Legrand, 60 *Modern Law Review* 44-63 (1997). Legrand heeft zijn opstellen gebundeld in 'Fragments on law as Culture' (1999). Eerder had hij in [1996] 45 *International and Comparative Law Quarterly* 52-81 al betoogd dat de verschillen tussen *common law* en *civil law* onoverbrugbaar zijn.

¹⁶⁵ Vincenzo Zeno-Zencovich, 'The 'European Civil Code'', *European legal traditions and neo-positivism*, *ERPL* 1998, p. 349-362.

¹⁶⁶ T. Weir, *Die Sprachen des europäischen Rechts: Eine skeptische Betrachtung*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1995, p. 368 e.v.

¹⁶⁷ Zie daaromtrent de bijdragen van Van Gerven en Tilman in *ERPL* 1997, p. 465-474.

consumentenrecht het best kan worden geregeld. Twee visies streeden om erkenning. Allereerst werd verdedigd dat consumentenrecht een eigen codex behoeft.¹⁶⁸ Anderzijds werd ook gesteld dat een Burgerlijk Wetboek de meest geëigende plaats is.¹⁶⁹

Een aan betekenis groeiende vraag van Europees privaatrecht betreft de plaats van *redelijkheid en billijkheid*. Twee spiegelbeeldige ontwikkelingen lijken elkaar te neutraliseren. In de eerste plaats maakt de Engelse rechtspraktijk – anders dan Britse auteurs ons willen doen geloven¹⁷⁰ – op steeds ruimer schaal gebruik van termen als 'reasonable' en 'good faith'.¹⁷¹ Omgekeerd hebben zich op het Europese vasteland enige schrijvers tegen het gebruik van de redelijkheid en billijkheid gekeerd: Hesselink¹⁷², Ranieri¹⁷³, Schmidt¹⁷⁴ en M.E. Storme.¹⁷⁵

Tussenconclusie

Uit het voorgaande komt een beeld naar voren dat Europees privaatrecht thans een vaste plaats heeft gekregen, zo niet op de agenda van de Europese Unie, dan toch op die van Europese academici. Maar het is pas het begin. Belangrijke onderdelen van het privaatrecht, zoals het personen- en familierecht en het goederenrecht, wachten nog op ontsluiting. Ook geografisch gezien is de belangstelling ongelijk verdeeld. Duitsland, Italië en Nederland zijn vol van initiatieven. Landen als Frankrijk, Spanje en het Verenigd Koninkrijk lopen duidelijk achter, maar dat zou in de naaste toekomst wel eens kunnen veranderen. Wat ook zal veranderen is de voorals-

¹⁶⁸ In deze zin ook Osman, *Vers un code européen de la consommation/Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-Membres de l'Union européenne* (1998).

¹⁶⁹ W. Heusel (red.), *Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz/Regelungskonzepte der Europäischen Union und ihre Auswirkungen auf die nationalen Zivilrechtsordnungen* (1999). Een voorpublicatie van de inleidingen is te vinden in *Notarius International* 1998, p. 82-119.

¹⁷⁰ G. Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Ends Up in New Divergencies, *Modern Law Review* 1998, p. 11 e.v.

¹⁷¹ Sinds enkele jaren bevat het bulletin van de *Office of Fair Trading* (OFT) overzichten van acties die het bureau het afgelopen jaar tegen oneerlijke bedingen heeft ondernomen.

¹⁷² M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer, 1999.

¹⁷³ Filippo Ranieri, Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law, *Revue internationale de droit comparé* 1998, p. 1055.

¹⁷⁴ Jürgen Schmidt, Par. 242, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin: De Gruyter, 1995.

¹⁷⁵ M.E. Storme, *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, diss. KU Leuven, Story 1990, nr. 15. Zie ook zijn opstel in *Rechtskundig Weekblad* (R.W.) 1989-90, p. 137-141.

nog beperkte belangstelling van de landen van Centraal en Oost-Europa. Naarmate het lidmaatschap van de Europese Unie voor die landen naderbij komt, zal ook daar de belangstelling groeien voor het Europees privaatrecht.

RECHTSVINDING

De vraag die ik thans wil bezien, is of de toenemende belangstelling voor de ontwikkeling van een Europees privaatrecht gevolgen heeft voor de wijze van rechtsvinding. In dit tweede deel van mijn voordracht wil ik in de eerste plaats onderzoeken op welke punten er verschillen zijn tussen de wijze van rechtsvinding in de huidige en de toekomstige lidstaten van de Europese Unie. Ik zal dat doen vanuit Nederlands perspectief. Eerst komt de relatie tot onze buurlanden België en Duitsland aan de orde. Vervolgens besteed ik aandacht aan het bekende onderscheid tussen Europees continentaal recht en het recht van Engeland, Wales en Ierland, de *common law*. Ten slotte komt het verschil tussen oost en west aan de orde. Ik beperk mij tot telkens twee punten van verschil.

Nederland, België en Duitsland

Op het eerste gezicht is er tussen de wijzen van rechtsvinding in Nederland en de ons omringende landen weinig verschil. Wie de preadviezen voor de Vereniging voor de Vergelijkende bestudering van het recht in België en Nederland doorneemt, zal allicht opvallen dat het Belgische Hof van Cassatie wat terughoudender lijkt dan onze Hoge Raad.¹⁷⁶ Bij de Duitsers verloopt de ‘Rechtsfortbildung’ wat anders, omdat de hoogste civiele rechter, het *Bundesgerichtshof* zoveel kamers telt. Die hebben deels overlappende competenties en dat leidt wel eens tot problemen. Niettemin: de wijze van rechtsvinding vertoont in de drie landen een grote mate van overeenstemming.

Maar bij nadere beschouwing zijn er wel degelijk enkele belangrijke verschilpunten. Ik noem er twee. In de eerste plaats lijkt Duitsland de rechtsvormende betekenis van de rechter iets minder hoog in het vaandel te hebben dan wij. Uitspraken over het onredelijk bezwarend karakter van

¹⁷⁶ Zie het overzicht van E. Krings en C.J.H. Brunner, De preadviezen van de afdeling privaatrecht, in: *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Jubileumbundel 1947-1987, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, p. 25-119.

algemene voorwaarden bijvoorbeeld worden er eerder geacht terug te werken tot de datum van de wettelijke regel dan bij ons, waar veeleer de datum van de rechterlijke uitspraak als meetpunt zal worden beschouwd.

Belangrijker nog is het volgende. Zowel in België als in Duitsland komen constitutionele argumenten in het privaatrecht beter tot hun recht. Een bekend voorbeeld uit het Belgische recht is het arrest van het Arbitragehof over verjaring. De toetsingsmogelijkheden zijn in België vooralsnog beperkt.¹⁷⁷ Dat geldt niet voor Duitsland, waar het *Bundesverfassungsgericht* ervoor zorg heeft gedragen dat grondrechten een grote rol zijn gaan spelen in het privaatrecht.

In ons land besteedt de literatuur wel aandacht aan de constitutionele kant van de rechtsvinding.¹⁷⁸ In de rechtspraktijk lijkt dit leerstuk echter minder ontwikkeld dan in onze buurlanden. Een uitzondering is er en dat is het Verenigd Koninkrijk. Daar spelen constitutionele argumenten een zo mogelijk nog minder belangrijke rol in de rechtsvinding dan in ons land. Is er daarom aanleiding om de rechtsvinding in Nederland en Engeland vergelijkbaar te achten? Natuurlijk is dat niet het geval. Iedereen, wellicht met uitzondering van de Duitser Zimmermann, weet dat er een wereld van verschil is tussen *common law* en *civil law*.¹⁷⁹ Dat blijkt ook nog eens uit het arrest *Walford v Miles*.

Van common en civil law

In het arrest *Walford v Miles*¹⁸⁰ ging het om de vraag of iemand nog vóór hij een overeenkomst met een ander heeft gesloten gehouden is jegens die ander de redelijkheid en billijkheid in acht te nemen. In praktisch alle Europees-continentale stelsels wordt deze vraag bevestigend beantwoord, hetzij in de wet hetzij bij rechtspraak. Zo niet in Engeland. Daar overwoog Lord Ackner in de zojuist genoemde zaak: 'A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party'. Deze woorden worden vaak geciteerd om de kloof tussen *common law* en *civil law* aan te geven. Terecht, maar om een

¹⁷⁷ Zie V. Thiry, *La cour d'arbitrage: compétence et procédure*, Kluwer, 1997.

¹⁷⁸ T. Koopmans, *De constitutionele kant van de rechtsvinding*, in: E.S.G.N.A.I. van de Griend en B.W.N. de Waard (red.), *Rechtsvinding/Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel** van de Asser-serie (Asser-Vranken)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, p. 1-8.

¹⁷⁹ Zie het themanummer *Anglo-Amerikaans recht*, AA 1998, p. 353-535. Alleen Zimmermann wijst – naar mijn mening ten onrechte – te veel op de overeenkomsten tussen *common law* en *civil law*.

¹⁸⁰ [1992] 2 WLR 174.

verkeerde reden. Het is niet zo dat men uit de woorden van Lord Ackner mag afleiden dat er onder geen enkele omstandigheid in Engeland een precontractuele verplichting mag worden aangenomen. Dat houdt hiermee verband dat de betekenis van een uitspraak in een precedentenstelsel beperkt blijft tot de feiten van het geval. Gaat het om een ander geval, dan heeft de eerdere uitspraak geen precedentwaarde. Dit is meteen een van de kernverschillen tussen de continentale en de Britse wijze van rechtsvinding.¹⁸¹

Paradoxaal genoeg heeft dus een rechterlijke uitspraak op het Europese vasteland althans in die zin meer betekenis, dat zij naar huidige maatstaven algemeen geldt. Althans op het westelijk deel van dat vasteland. Juist aan de oostzijde liggen de zaken anders. Gelet op de toekomst, is het goed zo aanstonds ook het oosten in onze beschouwingen te betrekken.

Eerst wil ik evenwel nog aandacht besteden aan een tweede verschil in rechtsvinding dat traditioneel tussen beide stelsels bestaat en wel op het punt van de betekenis die men hecht aan de wetsgeschiedenis. Op het Europese vasteland is het algemeen geaccepteerd dat de wetsgeschiedenis met name bij recente wetten een waardevol hulpmiddel is. De Nederlandse wetgever houdt daar rekening mee en schrijft, om de wetstekst niet te moeilijk leesbaar te maken, veel in de toelichting. Zozeer staat deze wijze van rechtsvinding vast in de schoenen, dat het een enkele keer nodig is er op te wijzen dat de wetshistorische interpretatie niet het alleenrecht heeft.¹⁸² In Engeland is dit lange tijd anders geweest. Een van de (eigen)aardigheden van het Engelse recht was tot voor kort het verbod aan de Engelse rechter om bij de uitleg van een wet de parlementaire geschiedenis te consulteren. Pas in de zaak *Pepper v Hart*¹⁸³ heeft het *House of Lords* uitgemaakt dat de Britse rechter voortaan, op beperkte schaal, de parlementaire geschiedenis bij zijn beslissingen mag gaan betrekken.¹⁸⁴

Het probleem waarvoor het *House of Lords* – en ook de eerdere rechtsinstanties – zich gesteld zag, is dat naar Engels recht de rechter de parlementaire geschiedenis niet of slechts in uitzonderlijke gevallen mag consulteren. Deze regel wordt wel de ‘exclusionary rule’ genoemd. Alvorens

¹⁸¹ De Britse aanpak wordt voor het Nederlandse recht voorgestaan door P. Abas, *De betekenis van de feiten*, inaugurele rede Amsterdam, Arnhem: Gouda Quint, 1985.

¹⁸² G.H.A. Schut, Nieuw BW en de vrijheid van de exegeet, *RM Themis* 1987, p. 265-268.

¹⁸³ [1993] 1 *All ER* 42.

¹⁸⁴ Zie hieromtrent uitvoeriger mijn bijdrage ‘De fiskale waardering van emolumenten in Engeland’, in: *Heden verschenen voor mij/Soons-bundel*, Arnhem 1995, p. 3-15.

na te gaan hoe het *House of Lords* hier onderuit kwam, zal ik eerst kort op de geschiedenis van de regel ingaan.

Het verbod aan de Engelse rechter om de parlementaire geschiedenis te consulteren is naar Engelse maatstaven van betrekkelijk recente oorsprong.¹⁸⁵ In 1769 is de regel voor het eerst met zoveel woorden geformuleerd.¹⁸⁶ Pas in de twintigste eeuw werd het verbod in volle gestrengheid opgelegd. Degeen die zich er aan bezondigde, deed aan: ‘rummaging in the ashcans of the legislative process’.¹⁸⁷ Niet iedere rechter hield zich aan het verbod. De meest markante *maverick* is als zo vaak Lord Denning. In *Davis v Johnson* overwoog de *Master of the Rolls*:

‘Some may say – and indeed have said – that judges should not pay any attention to what is said in Parliament. They should grope about in the dark for the meaning of an Act without switching on the light. I do not accede to this view. In some cases Parliament is assured in the most explicit terms what the effect of a statute will be. It is on that footing that members assent to the clause being agreed to. It is on that understanding that an amendment is not pressed. In such cases I think the court should be able to look at the proceedings’.

De rechtspraak hield echter vast aan het verbod. Lord Denning kreeg van het *House of Lords* ongelijk.¹⁸⁹ Niet dat hij zich daar veel van zal hebben aangetrokken – dat Denning werd ‘overruled’ overkwam hem nu eenmaal vaker.¹⁹⁰ Lord Diplock vatte in 1980 de voordelen van de heersende leer als volgt samen:

‘the need for legal certainty demands that the rules by which the citizen is to be bound should be ascertainable by him (or, more realistically, by a competent lawyer advising him) by reference to identifiable sources that are publicly accessible’.¹⁹¹

¹⁸⁵ De achtergrond van de ‘exclusionary rule’ vindt men kernachtig besproken in de *speech* van Lord Browne-Wilkinson in *Pepper v Hart*.

¹⁸⁶ *Millar v Taylor*, 91769) 4 *Burr* 2303, 2332, 98 *ER* 201, 217.

¹⁸⁷ Charles P. Curtis, geciteerd door Bennion on Statute Law, derde druk London 1990, door F.A.R. Bennion, p. 112-113.

¹⁸⁸ [1979] *AC* 264, 276. Zie ook al *Magor and St Mellons RDC v Newport Corporation*, [1952] *AC* 189, op dit punt vernietigd door [1950] 2 *AIJ ER* 1226, 1236.

¹⁸⁹ *Magor & St. Mellons R.D.C. v Newport Corporation* [1952] *AC* 189.

¹⁹⁰ Zie R.F.V. Heuston, Lord Denning: The Man and his Times, in: J.L. Jowell, J.P.W.B. McAuslan (red.), *Lord Denning: the Judge and the Law*, London: Sweet & Maxwell, 1984, p. 1, 20.

¹⁹¹ *Fothergill v Monarch Airlines Ltd*, [1981] *AC* 251, 279, [1980] 2 *AIJ ER* 696, 705.

Weinig wees er op dat het *House of Lords* een ander spoor zou gaan berijden.

Voordat men nu mocht denken dat de Engelsen er toch wel erg archaische gedachten op nahouden, moet ik een punt onder de aandacht brengen dat hier wellicht een ander licht op werpt. Het Engelse proces van wetgeving is anders dan wij het op het Europese continent gewend zijn. Een wetsvoorstel wordt niet geredigeerd door een ministerie; voor de redactie is er een team van wetgevingsambtenaren aangesteld bij de *Office of Parliamentary Counsel to the Treasury*, dat sinds 1869 in feite een monopolie heeft bij het redigeren van regeringsontwerpen.¹⁹² Het wetsontwerp wordt vervolgens zonder Memorie van Toelichting aan het parlement aangeboden. Van deze aanbieding is wel opgemerkt dat ‘bills are made to pass, as razors are made to sell’.¹⁹³ Indien een minister daarna in het parlement een bepaalde lezing geeft van de voorgestelde tekst, kan men zich inderdaad afvragen of hij hiermee de bedoeling van de tekstschrijver weergeeft. Men kan de zaak ook vanuit het gezichtspunt van het parlement bezien: ‘it is not fair to a legislative assembly that they should, as a general rule, have to look beyond the four corners of the Bill in order to comprehend its meaning’.¹⁹⁴ Deze leer wordt wel aangeduid als de ‘four corners’ doctrine’.¹⁹⁵

Voor veel Engelse juristen zal het een schok zijn dat het in *Pepper v Hart* toch zover is gekomen. Toen een leraar aan een kostschool zijn zaak aan het *House of Lords* voorlegde, zag het er aanvankelijk niet naar uit dat hij enige kans maakte. Pas aan het slot van de eerste zitting besloten de *Lords*, voor de gelegenheid aantredend in een kamer van zeven, om de vraag van de toelaatbaarheid van een beroep op de parlementaire geschiedenis in behandeling te nemen. De leading speech van Lord Browne-Wilkinson zegt over deze toelaatbaarheid het volgende:

‘My Lords, I have come to the conclusion that, as a matter of law, there are sound reasons for making a limited modification to the existing rule (subject to strict safeguards) (...). In my judgment (...) reference to parliamentary

¹⁹² Alleen Schotland valt hierbuiten: Miers, Page, tweede druk London 1990, p. 48-67.

¹⁹³ Lord Thring, geciteerd door G.C. Thornton, *Legislative Drafting*, derde druk London 1987, p. 121.

¹⁹⁴ Lord Thring, *Practical Legislation*, 1902, p. 8.

¹⁹⁵ Zij vertoont een opmerkelijke gelijkenis met de zg. *parol evidence rule* in het contractrecht en het ‘vierhoekenbeding’ dat deze leer contractueel beoogt vast te leggen – zie mijn bijdrage ‘De “entire agreement” clause: Amerikaanse contractbedingen in het Nederlandse recht’, in: *Recht als norm en aspiratie*, Nijmegen 1986, p. 24-34.

materials should be permitted as an aid to the construction of legislation which is ambiguous or obscure or the literal meaning of which leads to an absurdity. Even in such cases references in courts to parliamentary material should only be permitted where such material clearly discloses the mischief aimed at or the legislative intention lying behind the ambiguous or obscure words. In the case of statements made in Parliament, as at present advised I cannot foresee that any statement other than the statement of the minister or any other promotor of the Bill is likely to meet these criteria'.¹⁹⁶

Browne-Wilkinson bespreekt vervolgens een viertal tegenargumenten. De parlementaire stukken zouden niet beschikbaar zijn; advocaten en rechters zouden er niet mee vertrouwd zijn¹⁹⁷; het zal leiden tot een vergroting van de werkdruk van de rechter; en het zal verhoging van de kosten ten gevolge hebben. Aan de eerste twee argumenten hechtte *his Lordship* geen waarde: 'the practitioner manages to deal with the problem'.¹⁹⁸ Tevens wijst hij op de ervaring die in deze in Australië¹⁹⁹ en Nieuw-Zeeland²⁰⁰ is opgedaan²⁰¹. De verhoging van de werkdruk voor de rechter achtte deze rechter wel een reëel, zij het overkomelijk bezwaar.²⁰² In de literatuur wordt hier wel anders over gedacht. Met name de kosten voor de rechtspraktijk – en dus voor de justitiabelen – lijken een probleem.²⁰³ In de literatuur worden nog andere tegenargumenten genoemd. Zo zou er van de beraadslagingen van parlementaire commissies geen betrouwbaar verslag worden gemaakt.²⁰⁴ Voorts zouden toelichtende stukken vaak een verkeerde voorstelling van zaken geven. Dit laatste is natuurlijk geen argument

¹⁹⁶ [1993] 1 AII ER 42, 64.

¹⁹⁷ Vergelijk het rapport van de Law Commission, p. 35: 'In the setting of our own system we recognise that many legal practitioners, notably solicitors in places where library facilities are not conveniently available, may find it difficult to refer to the volumes of Hansard, and in particular to those volumes, not to be found in many libraries, which contain the reports of Parliamentary Standing Committees'.

¹⁹⁸ [1993] 1 AII ER 42, 66.

¹⁹⁹ *Acts Interpretation Act (Commonwealth)* 1984 para 5.15 AB.

²⁰⁰ Via de rechtspraak - zie J.F. Burrows, [1989] *New Zealand Law Journal* 94.

²⁰¹ Zie omtrent het gebruik van parlementaire geschiedenis bij de wetgeving in andere Engels sprekende landen B.W.M. Trompenaars, *Pluriforme unificatie en uniforme interpretatie*, diss. Utrecht, Deventer 1989, blz. 114-117.

²⁰² [1993] 1 AII ER 42, 67.

²⁰³ Teneinde de parlementaire geschiedenis te kunnen raadplegen, zullen veel *solicitors* en *barristers* aanzienlijke reiskosten moeten maken, omdat in hun naaste omgeving geen exemplaren aanwezig zijn - zie B.J. Davenport, 109 *Law Quarterly Review* 149, 154-155 (1993).

²⁰⁴ Law Commission, p. 34.

om wetshistorische interpretatie in het algemeen te verwerpen; hooguit is het iets, en dat kunnen wij van de Engelsen leren, om in het oog te houden bij het tegen elkaar afwegen van verschillende interpretatiemethoden.

Pepper v Hart heeft betekenis voor de plaats van Engeland in Europa. In zijn inaugurele rede in Cambridge heeft Tiley gewezen op de verschillen in belastingrecht die Engeland en de rest van Europa verdeeld houden.²⁰⁵ Het arrest draagt eraan bij dat deze verschillen in de toekomst minder groot zullen zijn. Omdat de opheffing van het verbod van raadpleging van de parlementaire geschiedenis niet is beperkt tot fiscale zaken²⁰⁶, brengt het arrest de wijzen van rechtsvinding in het algemeen van Engeland en het continent dicht bij elkaar. Engeland was op het punt van de parlementaire geschiedenis een buitenbeentje, zelfs in de *common law* familie.

Oost en west

Ik keer terug naar het eerder aangekondigde onderscheid tussen oost en west. Grote verschillen bestaan er op het punt van de rechtsvinding tussen West-Europa enerzijds en Centraal- en Oost-Europa anderzijds. Aan de Nederlandse universiteiten komen tegenwoordig regelmatig studenten uit Albanië, Bulgarije, Hongarije, Kosovo, de Oekraïne, Polen en Slowakije om hier een deel van hun studie te volgen. Wanneer zij schriftelijke werkstukken maken, valt op hoe weinig waarde zij hechten aan de jurisprudentie als rechtsbron. Rechtspraak wordt vooral als illustratiemateriaal gezien, niet als een verzameling precedënten. Vanuit hun rechtstraditie is dit ook juist: de rechter was gehouden de partijlijn te volgen. Hij mocht als *bouche de la loi (rouge)* vooral niet te veel eigen initiatief tonen. Deze andere waardering van de rechtspraak als rechtsbron stelt ons momenteel voor problemen van praktische aard.

Veel Centraal- en Oost-Europese landen zijn thans bezig met het omvormen van hun privaatrecht. Daarbij laten zij zich in belangrijke mate inspireren door West-Europese voorbeelden. De *success story* van ons Nieuw Burgerlijk Wetboek als exportproduct is algemeen bekend.²⁰⁸ Daarnaast

²⁰⁵ John Tiley, The law of taxation in a European environment, (1992) 51 *Cambridge Law Journal* 451-473.

²⁰⁶ De parlementaire geschiedenis is inmiddels met vrucht geconsulteerd in een reeks andere zaken.

²⁰⁷ Zie de nationale rapporten in Neil MacCormick, Robert S. Summers (red.), *Interpreting Statutes/A Comparative Study*, Aldershot 1991.

²⁰⁸ M.E. Franke e.a. (red.), *Import en export van burgerlijk recht*, BW-krant jaarboek 13, Deventer: Gouda Quint, 1997, 148 p.

spelen ook de internationale beginselen van contractenrecht, ontworpen door UNIDROIT en de Lando commissie, een voorbeeldrol. De zojuist geschetste regels geven zelf geen blauwdruk voor het gedrag van contractspartijen. Veelal zijn het open normen, die het moeten hebben van de vorming van jurisprudentie. En daar zit het zwakke punt in de receptie van westers recht in Oost-Europese landen. Een traditie van rechtsvorming door rechtspraak is zoals gezegd nauwelijks aanwezig. Dat verklaart ook de afwezigheid van uitgebreide jurisprudentieverzamelingen.

Tweede tussenconclusie

Aan het slot van dit deel van mijn voordracht, wil ik tot een tweede tussenbalans komen. De drie vorige paragrafen hebben hopelijk duidelijk gemaakt dat er in Europa tussen de lidstaten op het vlak van de rechtsvinding aanzienlijke verschillen bestaan. Dat betekent dat ook bij unificatie of harmonisatie van wetgeving nog geen feitelijke eenheid is gewaarborgd. Het belang van deze constatering is dat we ons steeds moeten realiseren dat harmonisatie van regels niet zonder meer tot harmonisatie van recht leidt. Moet onze conclusie dan zijn ofwel dat harmonisatie op Europees niveau geen zin heeft ofwel dat – wil deze succesvol zijn – er één Europese wijze van rechtsvinding moet komen? Geen van beide conclusies worden door mij onderschreven. Wat laatstgenoemde gedachte betreft: de nationale wijzen van rechtsvinding zijn te zeer ingebed in de nationale rechtscultuur om deze zomaar aan te passen. De vroegere afwijzing van de wethistorische uitleg door de Engelse rechter is er het voorbeeld van.

Is het voorgaande een louter academische exercitie? Ik meen van niet. Bekendheid met elkaars wijzen van rechtsvinding is essentieel voor werkelijke harmonisatie van het privaatrecht in Europa. Voorts valt op nationaal niveau veel van elkaar te leren. Dit laatste wil ik ten slotte illustreren vanuit het perspectief van het Nederlandse recht. Op drie punten kunnen wij meen ik inspiratie opdoen bij onze Europese buurlanden: op het punt van de *communautaire*, de constitutionele en de rechtsvergelijkende rechtsvinding.

Communautaire rechtsvinding

Een meisje haalt op verzoek van haar vader een flesje mineraalwater uit de kelder. Het flesje komt in haar handen tot ontploffing. Als gevolg hiervan moet het meisje een oog missen. Heeft zij recht op vergoeding van haar schade door de onderneming die het mineraalwater heeft gebotteld? Dit bottelbedrijf kan worden aangemerkt als producent in de zin van de richt-

lijn productenaansprakelijkheid. Het bedrijf komt echter met een verweer: het stelt dat de stand van de wetenschap en techniek ten tijde van het in het verkeer brengen van het flesje niet zodanig was dat dit gebrek kon worden opgespoord. Het *Bundesgerichtshof* komt tot een toewijzing van de vordering. Het verweer van het ontwikkelingsrisico geldt volgens het hof niet voor fabricagefouten.

In ons land bestaat dergelijke rechtspraak niet. Nu het hier echter gaat om een regeling die Duitsland en Nederland in hoofdpunten gemeen hebben, ligt het voor de hand om ook bij de uitleg elkanders jurisprudentie te bestuderen.

Terzijde merk ik nog het volgende op. Eerder zagen we dat alleen het bizarre bedrag van f 1283,15 erop wijst dat art. 6:190 BW van Europese herkomst is. Brengt dit mee dat deze regels liefst gesegregeerd dienen te worden gecodificeerd? Of is integratie het sleutelwoord? Beide hebben voor- en nadelen. Voordeel van segregatie is dat direct duidelijk is dat er onderscheid moet worden gemaakt. Voordeel van integratie is dat de wederzijdse kruisbestuiving gemakkelijker zal verlopen. Om deze laatste reden heb ik zelf een voorkeur voor integratie in het Burgerlijk Wetboek, zoals dat in Nederland is geschied.

Integratie is behalve in ons land ook in Frankrijk nagestreefd.²⁰⁹ Andere landen hebben voor aparte wetgeving geopteerd. In het geval van het Verenigd Koninkrijk en Ierland ligt dit bij afwezigheid van wetboeken voor de hand. Ook de Scandinavische landen en Finland hebben geen wetboeken in West-Europese zin. In landen als België, Duitsland, Griekenland, Italië, Oostenrijk en Portugal daarentegen zou integratie in het burgerlijk wetboek wel degelijk mogelijk zijn geweest. Om uiteenlopende redenen is dit niet geschied.

Constitutionele rechtsvinding

Wie zich in de schulden steekt, loopt kans in de problemen te geraken. Ernstiger is dat ook de verwanten van de schuldenaar gevaar lopen. Althans wanneer zij – als borg of hoofdelijk medeschuldenaar – de kredietverleningsovereenkomst mede hebben getekend. De verwanten zijn dan – in de woorden van Tjittes²¹⁰ – bezwaarde verwanten geworden, ‘*sexually*

²⁰⁹ Jacques Ghestin, L'influence des directives communautaires sur le droit français de la responsabilité, in: *Festschrift Werner Lorenz*, Tübingen 1991.

²¹⁰ R.P.J.L. Tjittes, *Bezwaarde verwanten*, inaugurele rede, Vrije Universiteit, Deventer: Kluwer, 1996, 66 p.

transmitted debts' noemt men ze in Australië.²¹¹ Pas de laatste tijd is het vooral de Duitse rechter die poogt genoemde verwanten enige bescherming te geven.

Wat gebeurt er indien iemand zich uit liefde voor zijn (meestal: haar) partner, kind of ouder borg stelt voor diens schuld? Vader wilde zijn makeelaarsbedrijf uitbreiden. De bank was bereid hem krediet te verlenen. Daartoe was wel nodig dat de dochter zich voor DM 100 000 borg zou stellen. Enige tijd later – vader heeft zijn makelaardij inmiddels verwisseld voor een rederij, waarmee hij een miljoenenverlies lijdt – spreekt de bank de dochter aan. Het *Bundesgerichtshof* oordeelt dat de dochter gehouden is te betalen: contract is contract. *Roma locuta causa finita?* Niet zo in Duitsland. Daar oordeelde het *Bundesverfassungsgericht* dat het BGH in strijd met het *Grundgesetz* had geoordeeld.

Niet iedere Duitse civilist is te spreken over de invloed van het *Bundesverfassungsgericht* op de privaatrechtelijke rechtsontwikkeling. Canaris, een van Duitslands meest vooraanstaande civilisten, zit er niet zo mee. Wel zat hij met de vraag hoe de doorwerking van de grondrechten in het privaatrecht moet worden geconstrueerd. De oplossing reikt hij ons aan in de uitgewerkte tekst van een lezing te Berlijn.²¹² De Duitse jurisprudentie komt ook aan de orde in de inleiding van Tjittes. De auteur bepleit herleving van het *senatus consultum Vellaeianum*.²¹³

In ons land is toetsing aan het EVRM niet onbekend. Maar rechtstreekse toetsing aan de Grondwet is nog steeds voorbehouden aan het Parlement. Te overwegen valt hier de weg van andere landen te volgen en aan de rechter een constitutionele controle toe te vertrouwen. Deze zal de problematiek van de botsende grondrechten in de juiste sleutel plaatsen.

Rechtsvergelijkende rechtsvinding

Op 12 juli 1995 stond in *The Times* het volgende bericht:

'The three daughters of the Conservative MP Sir Nicholas Fairbairn are seeking legal advice after discovering that he cut them out of his will hours before he died in February. Sir Nicholas made a will in 1993 bequeathing £ 10,000 to his three daughters. (...) he had also left his paintings (...) to his second wife, their

²¹¹ Belinda Fehlberg, *The Husband, the Bank, the Wife and Her Signature - the Sequel*, (1996) 59 *Modern Law Review* 675-694.

²¹² Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin Heft 159, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1999, 98 p.

²¹³ R.P.J.L. Tjittes, *Bezwaarde verwanten*, inaugurele rede vu, Deventer 1996, 66 p.

stepmother, Suzanne Wheeler, who had the title Lady Fairbairn. (...). The day after his burial, the family gathered in the drawing room of their home, the 13th century Fordell Castle near Dunfermline, where Keith Bovey, the couple's solicitor, read the will. Present were his three daughters, Charlotte Pople, 31, Anna-Karina, 29, and Francesca, 26; and Lady Fairbairn. The sisters had expected to inherit the castle, with their stepmother being given a lifetime rent. The castle was bought for Sir Nicholas by their grandmother, Lady Reay, the mother of his first wife. To their surprise, not only had the entire property been left to their stepmother under provisions drawn up in 1993, but a codicil had been added to the will the day before he died of a haemorrhage, striking the daughters from the will and removing them as executors'.

Omdat Schots recht van toepassing is, zodat de drie dochters een legitieme hebben, is de oplossing van de casus niet zo dramatisch als men op het eerste gezicht zou denken. Interessanter wordt de casus als de *solicitor* niet tijdig is komen opdraven om het testament te veranderen. Stel dat Sir Nicholas spijt kreeg van zijn onbezonnen daad en de heer Bovey ontbood om alsnog een nieuw testament op te maken. Bovey gaat echter met vakantie en als hij zich eindelijk bij Sir Nicholas vervoegt, is deze overleden. Kunnen de drie dochters de *solicitor* aanspreken tot vergoeding van de nalatenschap die zij anders zouden hebben gekregen? Elk rechtsstelsel kent wel een dergelijke casus. De beroemdste zaak in het Engelse arrest is *White v Jones*. De *solicitor* Jones had vier weken getalmd met het opzoeken van iemand die zijn testament wilde veranderen. De erflater had ruzie gehad met zijn dochters en ze ontferd. Nu wilde hij ze ieder alsnog £ 9 000 toekennen. Maar drie dagen voor de afspraak met de *solicitor* kwam de erflater te overlijden. Hadden de beide dochters recht op vergoeding van hun teleurgestelde verwachting? De appelrechter kende de vordering toe. Met een krappe meerderheid van 3-2 gingen de *Law Lords* hiermee akkoord.²¹⁴ In de Engelse literatuur heeft deze zaak voor veel commotie gezorgd.²¹⁵ Ook elders heeft de beslissing aandacht gekregen.²¹⁶

In Nederland zou aansprakelijkheid van – hier – de notaris geen pro-

²¹⁴ *White v Jones*, [1995] 2 AC 207, [1995] 2 *Weekly Law Reports* 187, *European Review of Private Law* 351-379 (1996).

²¹⁵ Zie Barker, Are we up to Expectations? Solicitors, Beneficiaries and the Contract/Tort Divide, 1994 *Oxford Journal of Legal Studies* 138.

²¹⁶ Zie bijv. W. Lorenz, Anwaltshaftung wegen Untätigkeit bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen, *Juristen Zeitung* 1995, p. 317.

²¹⁷ Hof Amsterdam 19 januari 1984 en 21 januari 1985, NJ 1985, 740.

bleem opleveren. Een van de leden van het *House of Lords* citeert zelf ter ondersteuning van zijn (meerderheids)opinie een Nederlands arrest.²¹⁷ Ook Amerikaans, Australisch, Canadees, Frans, Nieuw-Zeelands en – in het bijzonder – Duits recht worden in de *opinion* van Lord Goff uitvoerig geciteerd. We vinden dit op amusante wijze beschreven in een publicatie van Markesinis.²¹⁸ Deze auteur, momenteel professor of European Law aan Oxford University, bevond zich bij de procedure in het *House of Lords* aan de zijde van geïntimeerden en beschouwde het als zijn taak om met behulp van rechtsvergelijkende argumenten voor aansprakelijkheid te pleiten. In het andere kamp bevond zich ook al een academicus, de bekende hoogleraar Jolowicz, maar ‘The appellants, unlike the respondents, played down the importance of foreign law and this even though their team included the last holder of the Chair of Comparative Law in the University of Cambridge’.²¹⁹ Des te groter de tevredenheid aan de zijde van Markesinis dat rechtsvergelijkende argumenten wel worden meegewogen en nog wel zo uitdrukkelijk.

White v Jones is een voorbeeld van wat Drobnig ‘vrijwillige rechtsvergelijking’ heeft genoemd.²²⁰ Deze staat tegenover ‘verplichte rechtsvergelijking’, waarvan sprake kan zijn bij de toepassing van algemene rechtsbeginselen, eenvormig recht, Europees gemeenschapsrecht, internationaal privaatrecht en zee- en luchtrecht. De vrijwillige rechtsvergelijking komt volgens het overzicht bij Drobnig slechts zelden voor. Vranken heeft een aantal redenen aangegeven waarom de rechter hier zo aarzelt: buitenlands recht is niet bindend, de wetgever geeft er geen impuls aan, de taalbarrière, de niet-beschikbaarheid van bronnen, de noodzakelijke grondige kennis van het buitenlandse recht en de kans op vergissingen als deze ontbreekt, en ten slotte: ‘Why bother with foreign law when we have so much material of our own?’. Hij komt tot de conclusie dat het een ongelukkige manier van rechtspreken is en bovendien een weinig benijdenswaardige verzwaring van de positie van de rechterlijke macht.²²¹

Ik deel deze bezwaren niet. Met name het laatstgenoemde – we hebben

²¹⁸ Basil Markesinis, *Five Days in the House of Lords: Some Comparative Reflections on White v Jones*, Roma: *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, conferenze e seminari* (1995).

²¹⁹ Markesinis (1995), p. 27.

²²⁰ Ulrich Drobnig, *The use of comparative law by courts*, in: K.D. Kerameus (red.), *xiv Congrès international du droit comparé Athènes 1994/Rapports généraux*, Athens: Sakoulas/The Hague: Kluwer 1996, p. 65, 68.

²²¹ Asser-Vranken (1995), nr. 251.

zelf al zoveel recht – gaat niet op. Talrijk zijn de terreinen waar de Nederlandse jurisprudentie in omvang sterk achterblijft bij die van bijvoorbeeld Duitsland. Wat ligt dan meer voor de hand om voor de bij ons ontbrekende casus naar een buurland uit te wijken. Vranken wijst als afschrikwekkend voorbeeld op de Nederlandse regeling van de algemene voorwaarden en het Duitse *AGB-Gesetz*. Beide regelingen lijken veel op elkaar, ‘maar er zijn ook duidelijke verschillen’.²²² Dat moge zo zijn, het aantal rechterlijke uitspraken over afd. 6.5.3 BW loopt in de honderden en de uitspraken over het *AGB-Gesetz*, zijn inmiddels de tienduizend met gemak gepasseerd. Dat betekent dat over veel vragen die bij ons nog niet of nauwelijks aan de orde zijn geweest in Duitsland al veel denkwerk is verricht. Het lijkt kapitaalvernietiging om hiervan geen gebruik te maken.

Slotconclusie

Ik kom tot een afronding. Een Europees privaatrecht is in volle ontwikkeling. Naast een groeiend aantal Europese richtlijnen en uitspraken van Europese en nationale rechters, is er ook sprake van particulier initiatief. Bij alle euforie over de toenemende harmonisatie, mag niet uit het oog worden verloren dat uniforme regelgeving niet zonder meer tot uniform recht leidt. De methoden van rechtsvinding kunnen zodanig verschillen dat er in de praktijk van de hele harmonisatie weinig terecht komt. Een onderzoek naar de wijzen van rechtsvinding in Europa leert dat er in deze inderdaad diversiteit bestaat. Reeds tussen Nederland en zijn naaste buurlanden bestaan verschillen. In Duitsland zal de precedentwerking van een arrest van het *Bundesgerichtshof* veelal in de tijd teruggaan tot het tijdstip van de inwerkingtreding van het betrokken wetsartikel. Belangrijker is dat België en Duitsland beide een constitutioneel hof hebben. Dat brengt mee dat grondrechten daar een grotere invloed op het privaatrecht hebben, dan in Nederland het geval is. Nederland deelt dat lot met het Verenigd Koninkrijk. Tussen Nederland en met name het recht van Engeland en Wales bestaan echter ook grote verschillen. *Walford v Miles* is er een voorbeeld van. Op het eerste gezicht lijkt er tussen *civil law* en *common law* voor wat betreft de precontractuele verhoudingen een wereld van verschil te bestaan. Bij nader inzien valt dat wel mee, omdat de *sweeping statement* van het Engelse arrest krachtens het precedentenstelsel uitsluitend geldt voor gelijksoortige gevallen. Maar juist daarin schuilt een echt groot verschil tussen Engels en continentaal recht. De beperking tot de feiten is

²²² Asser-Vranken (1995), nr. 212.

een Engelse verworvenheid; op het Europese continent zal men de woorden van de rechter eerder als rechtsregel zien.

Spreeken van hèt – Europese – continent is natuurlijk niet correct: Centraal- en Oost-Europa kennen de rechtspraak als rechtsbron nog nauwelijks.

Wat brengen al deze nationale verschillen nu mee voor de wijze van rechtsvinding in de Europese landen? Ik besteedde met name aandacht aan de vraag wat Nederland in deze van andere Europese landen kan leren. Drie wijzen van rechtsvinding blijken elders wel – enige – opgang te maken en bij ons niet. Het zijn de communautaire, de constitutionele en de rechtsvergelijkende rechtsvinding. Van communautaire rechtsvinding kan worden gesproken bij de vooralsnog in omvang beperkte regelgeving die communautair van oorsprong is. Hierbij dient niet uitsluitend acht te worden geslagen op de jurisprudentie van eigen bodem, maar evengoed op die uit andere lidstaten. De productenaansprakelijkheid – *Mineralwasserflasche II* – levert het voorbeeld. De tweede ziet op de mogelijkheid om constitutionele argumenten in de rechtsvinding in te bouwen. Opnieuw een Duits leerstuk – dat van de *Bürgerschaftsurteile* – is hier het voorbeeld van. Ten slotte is er de vergelijkende methode. Een inspiratie hiervoor kan worden gevonden in Engeland, waar *White v Jones* ons de weg wijst.