

## Boekbespreking

Bastiaan van Zelst, *The Politics of European Sales Law – A Legal-Political Inquiry into the Drafting of the Uniform Commercial Code, the Vienna Sales Convention, the Dutch Civil Code and the European Sales Directive in the Context of the Europeanization of Private Law*, dissertatie Universiteit van Amsterdam, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International/Wolters Kluwer Law & Business (Private law in the European context series) 2008, xxii en 265 pp., ISBN 978-90-411-2752-5

Gepubliceerd in: RM Themis 2010/1, p. 89-91

### Inhoud van het boek

Dit boek richt zich op de politiek die gemoeid is met het totstandbrengen van een Europees contractenrecht in het kader van het project van de (Draft) Common Frame of Reference ((D)CFR). Van Zelst stelt zich met name ten doel om te bezien of het mogelijk is om contractenrecht, in het bijzonder kooprecht, op een 'waardenvrije' manier te ontwerpen. Het boek beoogt in dat verband om door middel van een vergelijkende, politieke en historische analyse de keuzes te onderzoeken in 'het Europese project'. Daartoe analyseert de auteur vier koopregimes: Chapter 2 (Sales) van de Amerikaanse Uniform Commercial Code, het Weens Koopverdrag, het Nederlandse NBW, en de Europese richtlijn 99/44 inzake consumentenkoop en garanties. Hoofdstuk 1 betreft een introductie, hoofdstuk 2 zet het onderzoekskader en de gevolgde methode uiteen. De hoofdstukken 3 tot en met 6 betreft analyse van de onderzochte vier regimes (en in hoofdstuk 6 wordt ook de DCFR meegenomen). Hoofdstuk 7 komt tot vergelijkende conclusies, en het boek wordt afgesloten met een epiloog.

Van Zelst beoogt in zijn boek nieuwe perspectieven te bieden op de politieke belangen die gemoeid zijn met de Europeanisering van het overeenkomstenrecht aan de hand van de genoemde vier regimes en om te laten zien wat de eventuele ontwerpers van het Europese contractenrecht daarvan kunnen leren. Dat doet hij op twee manieren. Allereerst door te analyseren hoe de totstandkoming van elk van deze vier regimes georganiseerd is en hoe verschillende belangen daarbij betrokken zijn geweest. De auteur geeft echter aan dat zijn boek geen uitgebreid sociologisch of politicologisch onderzoek betreft – als het al mogelijk zou zijn, liet de tijd het niet toe.

In de tweede plaats 'scoort' hij de verschillende onderdelen van de vier regimes op de 'lat' van 'altruïsme and individualisme'. Die 'lat' is vrijwel geheel gebaseerd op een artikel van de Amerikaan Duncan Kennedy (Kennedy 1976), een van de belijders van de Critical Legal Studies (CLS).<sup>1</sup> De kernboodschap van CLS is dat het maken van rechtsregels geen

---

<sup>1</sup> Duncan Kennedy, 'Form and substance in private law adjudication', *Harv. L.Rev.* 1976, p. 1685 e.v.

waardenvrije technische bezigheid is maar het maken van politieke keuzes, en dat 'techniek' vaak als dekmantel gebruikt wordt om onderdrukkende sociale hiërarchie te handhaven. Dat laatste is geen onderwerp van deze studie, het eerste wel. Privaatrecht is politiek, en het maken van koopregels dus ook, aldus kort gezegd Van Zelst. De auteur kiest er in dit verband uitdrukkelijk voor om geen onderscheid te maken tussen 'politics' en 'policy', omdat ideologische retoriek en beleidsdiscours naar zijn oordeel beide normatief geladen zijn en het gebruik van de hiervoor bedoelde dekmantel ook geschiedt bij zoiets onschuldigs als het ontwerpen van rechtsregels in het privaatrecht. Dus ook als de DCFR op technocratische wijze door onafhankelijke professoren wordt geschreven, is politiek niet ver weg.

De 'lat' van 'altruïsme and individualisme' werkt ongeveer als volgt. Individualisme is de idee dat scherp onderscheid tussen eigen belangen en die van anderen bestaat, dat het legitiem is om eigen preferenties voorop te stellen en dat regels die samenleving mogelijk maken gerespecteerd moeten worden. Het is dus geen egoïsme maar refereert wel aan noties van vrijheid, zelfredzaamheid, partij-autonomie en politiek liberalisme. Altruïsme kent als uitgangspunt dat de eigen belangen net zo belangrijk voor ons moeten zijn als de belangen van anderen, zodat noties als opoffering, delen, solidariteit en politiek egalitarisme meer voorop staan. Elke rechtsregel kan een relatieve plaats innemen op *altruïsme/individualisme continuüm*. Tegelijk kan elke regel van kooprecht geplaatst worden op het *koper/verkoper continuüm* (dat wil zeggen: of een regel juist de koper danwel de verkoper begunstigt).

Als ik het goed zie, stelt de auteur zich ten doel om de verschuivingen op de lat binnen een bepaald stelsel van regels van koop te identificeren, niet om te verklaren waarom het ene stelsel anders is dan het andere en om te beoordelen welke van die regels inhoudelijk beter is dan de andere. Het is echter niet eenvoudig om concreet te maken wat wel en niet onder de 'lat' kan worden verstaan, want als ik Van Zelst goed begrijp is regelgeving die zwakkere partijen (huurders, consumenten, werknemers, et cetera) beschermt niet per definitie 'altruïstisch'. Ook gelijkwaardige partijen kunnen tot altruïsme verplicht zijn; gedacht kan worden aan mededelingsplichten bij dwaling en de schadevergoedingsplicht bij het afbreken van onderhandelingen. Herverdelende rechtvaardigheid is dus ook niet noodzakelijkerwijs te vinden op de 'lat', en dus ook consumentenbescherming als zodanig komt er niet op voor.<sup>2</sup> Wat dan wel op de 'lat' verschijnt, is niet heel scherp af te bakenen. Zou een rechtsregel die het verbiedt om verkopersaansprakelijkheid voor gebreken contractueel geheel uit te sluiten, het kenmerk van 'individualisme' of juist 'altruïsme' moeten hebben? Het is geenszins uitgesloten dat verantwoording dragen voor eigen keuzes en handelingen (zeer goed te rijmen met politiek liberalisme) – en dus het niet kunnen exoneren voor fouten, op de 'lat' net zo goed altruïstisch als individualistisch gescoord kan worden.

De keuze voor de gekozen objecten van het onderzoek, de vier koopregimes, wordt als volgt beredeneerd. De UCC is interessant omdat de organisatie van het ontwerpproces

---

<sup>2</sup> Sterker nog: als ik Van Zelst (p. 30) goed begrijp, is Kennedy (Duncan Kennedy, 'Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law', in: M.W. Hesselink (red.), *The Politics of a European Civil Code*, The Hague: Kluwer Law International 2006, p. 20-21) zelf helemaal niet geporteerd van het paternalistische Europese consumentenrecht.

vergelijkbaar is met de manier waarop het Europese contractenrecht wordt aangepakt. De CISG is interessant omdat zij zo succesvol is gebleken en als voorbeeld heeft gediend voor nationale regelstelsels, het Nederlandse BW is interessant vanwege de zogenaamde vraagpuntenprocedure en Richtlijn 99/44 is interessant omdat het een goed voorbeeld van de EU-regelgevingspraktijk biedt. Opvallend is dat de keuze voor de vier regimes niet wordt beargumenteerd met de verschillen in status. Zo is het NBW officieel het product van parlementaire democratie, het CISG een uitonderhandeld verdrag, Richtlijn 99/44 het product van Europese comitologie en de UCC het resultaat van semi-private wetgeving. Zouden die verschillen in 'governance' misschien ook tot verschillen in verschuivingen op de 'lat' kunnen leiden? Het boek geeft helaas geen antwoord op die vraag.

Uiteraard valt te verwachten dat belanghebbenden direct of indirect invloed proberen uit te oefenen op een wetgevingsproces. Bij min of meer private regelgevingsinitiatieven zoals UCC (en tot op zekere hoogte de DCFR) verloopt die beïnvloeding vermoedelijk anders dan bij interstatelijke verdragsonderhandeling en nationale wetgevingsprocessen, maar pogingen tot beïnvloeding zullen er ongetwijfeld zijn. En inderdaad kan Van Zelst daar duidelijke aanwijzingen voor vinden.<sup>3</sup> Erg interessant in dit verband is de verwijzing Van Zelst in hoofdstuk 3 naar het theoretische model van Schwartz en Scott (1995) over de totstandkoming en vorm van regels bij 'private regelgeving', omdat het model voorspellingen doet over wat het effect van de invloed van belanghebbenden is op hoe concreet of abstract de ontworpen regels uiteindelijk zullen zijn.<sup>4</sup> Een vergelijkbare studie die Van Zelst terloops noemt, is die van Gillette en Scott (2005).<sup>5</sup> Jammer is dat de daaruit volgende modellen niet in het algemene theoretische hoofdstuk 2 geïntroduceerd worden en breder getoetst worden in het boek.

De analyse van de vier regimes in de hoofdstukken 3 - 6 beslaat uiteraard het grootste deel van het boek. In hoofdstuk 3 beschrijft en analyseert Van Zelst de totstandkoming van en het onderhoud aan Chapter 2 UCC aan de hand van de opvolgende ontwerp teksten. In het bijzonder behandelt hij daarbinnen een aantal 'political issues' en hoe de opvolgende ontwerpen verschoven binnen het continuüm. Zo komen bijvoorbeeld aan de orde de definitie van 'merchant', de rechten van de koper bij niet-nakoming, de mate waarin ten nadele van de koper afgeweken mag worden van de koopregels (exoneratie et cetera), en de bevoegdheid van de rechter om in te grijpen in het contract wegens 'unconscionability'. Bij elk van de behandelde onderwerpen legt Van Zelst de beschreven ontwikkelingen langs de lat van het continuüm en komt bij elk van de onderwerpen min of meer tot de conclusie dat de ontwikkeling tussen grofweg 1944/1949 en 1955 er een is geweest van altruïsme naar individualisme en van koper naar verkoper. Zo verschoof bijvoorbeeld bij het onderwerp van exoneraties tussen 1941 en 1949 het accent van bescherming van de koper naar

---

<sup>3</sup> Wat betreft beïnvloeding door belanghebbenden valt op dat de bronnen daarover bij de UCC veel groter zijn dan bij bijv. de EU richtlijn. Wat zouden de verklarende factoren voor dat verschil zijn?

<sup>4</sup> Alan Schwartz en Robert E. Scott, 'The Political Economy of Private Legislatures', *U. Penn. L. Rev.* 1995, p. 595 e.v.

<sup>5</sup> Van Zelst noemt op p. 93 de studie van Clayton P. Gillette en Robert E. Scott, 'The Political Economy of International Sales Law', *International Review of Law and Economics* 2005, p. 446 e.v.

contractvrijheid en werd exonereren kort gezegd meer toegestaan dan in eerdere ontwerpen. Een verschuiving dus 'van altruïsme naar individualisme' en 'van koper naar verkoper'. Het waren de commerciële belangengroepen zoals bankiers en industrieën die deze wijzigingen in opvolgende ontwerpen wisten te realiseren, terwijl de belangen van consumenten en het algemeen belang minder goed vertegenwoordigd werden.

Diezelfde methode, het 'langs de lat leggen' van de verschillende ontwerpen, past Van Zelst vervolgens ook toe bij het CISG, het NBW en Richtlijn 99/44. De resultaten daarvan wijzen niet altijd in dezelfde richting want uit de analyse blijkt dat een koopregime op bepaalde punten een ontwikkeling van individualisme naar altruïsme kan hebben doorgemaakt terwijl op andere punten de omgekeerde richting aan te wijzen valt. Soms valt er helemaal geen verandering aan te wijzen. Bovendien lukt het de schrijver bij de minder inzichtelijke totstandkomingsprocessen (zoals bij Richtlijn 99/44) lang niet altijd om er achter te komen wat wanneer is gebeurd en onder invloed waarvan.

In hoofdstuk 7 concludeert de schrijver dat in alle onderzochte stelsels het toepassingsbereik van de koopregels consistent verschoven is van altruïsme naar individualisme, maar dat bijv. de ontwikkeling wat betreft de rechten van de koper bij niet-nakoming geen consistent beeld toont. Van Zelst presenteert in dit hoofdstuk ook een typologie van de verschillende actoren en hij besteedt aandacht aan de invloed van belangengroepen, het gebrek aan transparantie van het totstandkomingsproces en de vaak onduidelijke aanleiding voor wijziging van regels. Interessant zijn ook de observaties over de rol van professoren. Zo wordt het beeld geschetst van briljante professoren die vanwege academisch prestige graag deelnemen aan wetgevingsprojecten, en die nogal eens hun briljante studeerkamerbedenkels moeten aanpassen wanneer deze geconfronteerd worden met de standpunten van belanghebbenden. Dat lijkt me een plausibel beeld, maar daarmee lijkt de auteur veel meer de theorievorming van Schwartz en Scott (1995) en van Gilette en Scott (2005) te toetsen dan het concept van Kennedy (1976).

In de epiloog concludeert Van Zelst dat kooprecht politiek is en dat ook als academici aan het roer staan, belanghebbenden hun invloed proberen uit te oefenen op de inhoud van de regels. Dat brengt Van Zelst tot de conclusie dat het opstellen van de DCFR door academici een hachelijke zaak is, omdat de betrokken academici geen democratisch gelegitimeerde wetgevend lichaam vormen, de oplossingen die zij kiezen niet noodzakelijkerwijs de grote gemene deler van het recht van de EU lidstaten weergeven en er dus (op ondoorzichtige wijze) politieke keuzes worden gemaakt. Het DCFR proces zou in ieder geval transparanter moeten zijn, zo adviseert de auteur.

### **Beoordeling**

Sterke punten van dit boek zijn de heldere opzet, de consistente uitvoering en de zonder meer inzichtelijke opbouw. Ook sterk is de analyse van de stappen in de ontwikkeling van rechtsregels in de verschillende koopregimes. Bepaald belangrijk is ook dat deze studie in het Engels is uitgevoerd, zodat de resultaten niet alleen in ons land bestudeerd kunnen

worden. Minder overtuigend vind ik de gekozen invalshoek. Dat bij het ontwerpen van regels – of dat nu door een ‘echte’ wetgever gebeurt of in een private organisatie – een krachtenveld ontstaat tussen belanghebbenden en ontwerpers en dat opvolgende ontwerpen verschuivingen vertonen op de lat van het ‘continuüm tussen altruïsme en individualisme’, wil ik graag aannemen. Maar welk inzicht brengt die plaatsing op de lat? En wat zegt het als op bepaalde punten de verschuiving van links naar rechts plaatsvindt, op andere punten van rechts naar links en op weer andere punten van links, rechts en weer terug? Betekent het niet gewoon dat keuzes in een proces van regelgeving het resultaat zijn van compromis en dat sommige regels misschien als wisselgeld zijn ingezet in het onderhandelingsproces? En kan een verschuiving soms ook haar oorzaak vinden in de wens van de regelgever om zich bij nader inzien aan te sluiten bij de ‘mainstream’ opvatting in internationaal opzicht, zonder dat er bijv. een ideologische rechtvaardiging van het type ‘meer altruïsme’ of ‘meer individualisme’ aan te wijzen valt?

Door sterk te leunen op de beeldende kracht van het *concept* van Kennedy (1976) wordt naar mijn smaak nauwelijks aandacht geschonken aan toepassing of vorming van een *verklarende* theorie. Ik zie veel factoren in het boek genoemd die een verklaring kunnen geven voor gemaakte keuzes in de totstandkomingsprocessen, maar Van Zelst bundelt ze niet in een beoordelingskader of iets dergelijks. Wat dat betreft is het jammer dat Kennedy (1976) centraal is gesteld en niet bijvoorbeeld de theorievorming van schrijvers als Schwartz en Scott (1995). Hun inzichten worden slechts sporadisch genoemd en gebruikt. Dat is jammer want het waardevolle materiaal dat Van Zelst bijeengebracht heeft, had zodoende een theorie hebben kunnen toetsen op een meer uitgesproken wijze dan nu het geval is.

W.H. van Boom