

ALGUNES PROPOSTES PER A LA SISTEMATITZACIÓ DEL DRET PRIVAT COMUNITARI A L'ENTORN DE LA CONCLUSIÓ DELS CONTRACTES I ELS DEURES D'INFORMACIÓ EN EL LLIBRE DE REINER SCHULZE, MARTIN EBERS I HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT (ED.), *INFORMATIONSPFLICHTEN UND VERTRAGSSCHLUSS IM ACQUIS COMMUNAUTAIRE*, TÜBINGEN, MOHR SIEBECK, 2003, 314 P.

A) PRESENTACIÓ

1. En el debat sobre les possibilitats reals de la codificació del dret privat a Europa, la doctrina centra ara l'atenció en les hipòtesis de treball i les propostes de millora del patrimoni comunitari sobre el dret de contractes. Concretament, el llibre que ara es recensiona tracta aspectes relacionats amb el contracte, el seu concepte, la seva estructura i el seu procés de formació, en aquest darrer cas tenint en compte especialment els deures d'informació, els quals, d'altra banda, no sempre són regulats explícitament. En el llibre no es tracta de les regles que se suposen existents sense necessitat de regular-les (p. ex., el principi d'autonomia de la voluntat o la força vinculant del contracte), sinó que, precisament, es tracta de les regles que sí que estan regulades i, per això mateix, necessiten ésser sistematitzades o, en el pitjor dels casos, corregides.

2. Aquest llibre que ara es presenta és una obra col·lectiva que reuneix un total de quinze ponències presentades en el simposi que va tenir lloc a principis de l'any 2003 a l'Europäische Rechtsakademie de Trier (ERA) sobre la protecció del consumidor i els deures d'informació en el dret comunitari. El llibre és el primer resultat del grup de recerca europeu Acquis Communautaire (sobre el qual vegeu *infra* els apartats B i C),¹ però això no vol dir que tots els autors formin part d'aquest grup, sinó sols que els seus editors en són membres (molt) actius. L'obra forma part igualment del projecte «Uniform Terminology for European Private Law», dins del programa finançat per la Unió

1. Sobre el que es dirà en relació amb el grup, la seva metodologia i els resultats obtinguts, vegeu la pàgina web <http://www.acquis-group.org>; a més a més, Hans SCHULTE-NÖLKE i Christian VOGEL, «Europäische Forschergruppe zur Systematisierung des geltenden Gemeinschaftsprivatrechts

Europea per a fomentar la mobilitat dels investigadors entre les universitats europees.²

3. La publicació respecta l'idioma en què es van expressar els ponents i inclou un petit resum en anglès i en alemany. Per raons fàcils de comprendre —donar a conèixer la novetat del mètode (vegeu *infra* apartat C)—, només excepcionalment la introducció, a càrrec del professor Reiner Schulze, és bilingüe, en els dos idiomes esmentats abans.

B) EL GRUP ACQUIS COMMUNAUTAIRE

4. La història del grup Acquis Communautaire és recent. La seva presentació pública es va fer en el simposi realitzat a l'Europäische Rechtsakademie de Trier, els dies 27 i 28 de setembre de 2001, per a debatre sobre el dret contractual legislatiu des de i per a Europa.³ L'Acquis Gruppe va sorgir, en part, com a resposta a la consulta efectuada per la Comissió Europea en data 11 de juliol de 2001 (COM [2001] 398 def.)⁴ i al seu propòsit d'incentivar la discussió sobre la conveniència d'anar més enllà en la millora del dret comunitari.

(Acquis Gruppe) gegründet», *Europarecht*, 2002, p. 750-752; Barbara PASA, «I progetti di ricerca europei sul diritto privato comune: il nuovo "Acquis Groupe"», *Contratto e Impresa/Europa*, 2002, p. 654-661 i 659 i seg.; Hans SCHULTE-NÖLKE, «Initiative für ein besseres Verständnis des neuen, europäisch geprägten Schuldrechts», *Zeitschrift Für das Gesamte Schuldrecht*, núm. 8 (2002), editorial. A més a més, vegeu Reiner SCHULZE, «El derecho europeo y sus textos básicos», a Antoni VAQUER ALOY i Santiago ESPIAU ESPIAU, *Bases de un derecho contractual europeo/Bases of a European Contract Law*, València, Tirant lo Blanc, 2003, p. 629-637, i el mateix autor, en l'obra que ara és objecte de ressenya, en la seva pròpia introducció (disponible, com altres contribucions del llibre, a Internet; vegeu-ne l'adreça electrònica *infra*), «Der Acquis Communautaire und die Entwicklung des europäischen Vertragsrechts» (p. 3-14) i «The Acquis communautaire und the Developpement of European Contract Law» (p. 15-25). A/e: <http://www.acquis-group.org/documents.html>.

2. En realitat, Network Improving the Human Research Potential on Uniform Terminology for European Private Law. Sobre això, vegeu Martin EBERS, «Uniform Terminology for European Private Law - Ein neues Forschungsnetzwerk der Europäischen Union», *ZeUP*, 2003, p. 185-186; i també, <http://www.acquis-group.org/links.html>.

3. Les conferències estan publicades en el llibre editat per Reiner SCHULZE, Hans SCHULTE-NÖLKE i Ludovic BERNARDEAU, *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht/European Contract Law in Community Law/Droit des contrats à l'aune du droit communautaire*, Colònia, Busdesanzeiger, 2002. Vegeu la pàgina web http://www.era.int/www/en/p_8.htm.

4. DOCE C 255, de 13 de setembre de 2001.

5. La Comissió Europea, a partir dels documents que va generar la comunicació,⁵ ha constatat la conveniència d'efectuar una revisió del cabal contractual europeu per tal d'eliminar les incoherències, millorar la redacció, simplificar i adaptar les normes a les noves circumstàncies econòmiques i comercials, i esmenar les mancances de la legislació comunitària que han causat problemes en la seva aplicació (vegeu el resum del pla d'acció de la Comissió, 2003/C63/01). S'ha cridat especialment l'atenció sobre la manca d'un «marc comú de referència» que presenti una unificació terminològica i de continguts i que pugui ésser tingut en compte pel legislador comunitari en el futur. El grup *Acquis Communautaire* se centra en aquest objectiu i pretén col·locar la primera pedra en la consecució d'aquest marc general legislatiu, a partir de l'exposició sistemàtica del dret privat comunitari i de la seva formulació en forma de principis. Això servirà per a augmentar la coherència de l'ordenament jurídic comunitari, però, sens dubte, també facilitarà una transposició de les directives en els ordenaments jurídics nacionals que sigui més adequada a les necessitats que es pretenguin cobrir. L'actual manera caòtica de procedir en la implementació de directives per part del legislador nacional és conseqüència, al seu torn, del fet que també les directives són promulgades escalonadament i, a més, contenen una regulació fragmentària i massa sovint insuficient. La Comissió no pretén abandonar l'enfocament sectorial actual, però segur que els nous instruments es beneficiaran d'aquest nou enfocament.

6. Integren el grup investigadors de diferents universitats europees: no més d'Alemanya, n'hi participen set (Bielefeld, Münster, Hamburg, Jena, Würzburg, Heidelberg i Munic); i també n'hi ha d'Itàlia (Torí i Piemont oriental), Anglaterra (Oxford), França (Maine i París I, Sorbona), Espanya (Barcelona), Finlàndia (Hèlsinki), Holanda (Nijmegen), Àustria (Graz), Portugal (Coimbra), Grècia (Atenes), Hongria (Budapest), Dinamarca (Copenhagen) i Suècia (Lund). La coordinació correspon als professors Hans Schulte-Nölke (Universitat de Bielefeld) i Gianmaria Ajani (Universitat de Torí). El Grup és interdisciplinari.⁶

C) METODOLOGIA DEL GRUP ACQUIS COMMUNAUTAIRE

7. El mètode del grup *Acquis Communautaire* pren com a base el dret comunitari existent, i no directament els ordenaments jurídics nacionals o les pro-

5. Vegeu la pàgina web http://europa.eu.int/commm/consumers/policy/developments/contract_law/index_en.htm.

6. Vegeu-ne la composició a <http://www.acquis-group.org>. I vegeu també Hans SCHULTE-NÖLKE i Christian VOGEL, «Europäische Forschergruppe», p. 752.

postes de *soft law*, això és, els Principis Lando o Unidroit, formulats segons els *restatements* americans, ni les elaboracions científiques doctrinals comparatives, per bé que tots aquests són elements de suport inevitables.⁷

El grup *Acquis Communautaire* pretén ampliar i millorar el patrimoni comunitari amb la pretensió de poder facilitar el seu desenvolupament en el futur. Alguns exemples, encara que no necessàriament extrets del llibre que es recensiona, poden ajudar a entendre la finalitat proposada: per què, per exemple, la Directiva 94/47, de 26 d'octubre de 1994, sobre temps compartit, no preveu un precepte similar al de l'article 7 de la Directiva 90/314, de 13 de juny de 1990, sobre els viatges combinats, respecte de l'obligació de l'empresari de contractar una assegurança per al reemborsament de les despeses i el pagament dels perjudicis en cas d'insolvència? És generalitzable, aquesta regla? D'altra banda, només amb la Directiva 2002/65, de 23 de setembre de 2002, sobre serveis financers a distància, ha quedat finalment clar que un contracte negociat a distància exigeix que també la negociació, i no només la seva perfecció, sigui duta a terme de la mateixa manera (apartat número 15 de l'exposició de motius, encara que l'art. 2a no es refereix expressament a la «negociació»), que és un aspecte que l'anterior Directiva 97/7, de 20 de maig de 1997, sobre contractes a distància, deixava sense resoldre (apartat número 9 de l'exposició de motius; art. 2.1). Tanmateix, el dret comunitari no conté una normativa o una clàusula general sobre el comportament abans de la conclusió del contracte (tractes preliminars), i només regula determinats deures d'informació: d'aquí s'ha de deduir una clàusula general que obligui a actuar de bona fe? (sobre això, vegeu Paulo Mota Pinto [ref. *infra* § 19], p. 162-163).

8. La finalitat del grup és sistematitzar el dret comunitari en principis.⁸ La creació de principis de l'*acquis communautaire* exigeix la consecució dels estadis següents, íntimament relacionats entre si:

- a) Inventari dels materials que formen l'*acquis communautaire* i que afecten el dret contractual, així com la determinació del seu contingut.
- b) Sistematització de les normes que afecten el dret contractual a partir de les regles que presenten aspectes comuns i detecció de les contradiccions que existeixen entre els instruments que s'ocupen d'una determinada matèria.
- c) Aprofundiment de les regles jurídiques del dret contractual comunitari i generalització i plasmació concreta de principis, en la mesura en què

7. Sobre les iniciatives actuals, vegeu Sergio CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, p. 191-234. Quant a la diferència amb el grup *Acquis Communautaire*, vegeu Hans SCHULTE-NÖLKE i Christian VOGEL, «Europäische Forschergruppe», p. 752.

8. Reiner SCHULZE, «El derecho europeo», p. 635-636.

l'estudi ho permeti. Això implica passar de l'especialitat a la generalització, però tenint molt en compte que aquesta especialització —p. ex., protecció del consumidor, protecció del treballador— ho ha de poder permetre. Es tracta de veure si i en quina mesura la legislació que és fruit o resultat de l'adopció de polítiques de protecció concretes i determinades, pot ésser susceptible d'ampliació.

d) Publicació dels resultats als quals s'ha arribat i projecció d'aquests a un àmbit de discussió europeu.

D) ELS EDITORS

9. Els editors d'aquest llibre són tres juristes alemanys: el professor doctor Reiner Schulze i el doctor Martin Ebers, de la Westfälische Wilhelms-Universität de Münster, i el doctor Hans Christoph Grigoleit, de la Ludwig-Maximilians-Universität München. Juntament amb d'altres professors de la mateixa nacionalitat, formen l'equip alemany del grup *Acquis Communautaire*. Els tres juristes són coneguts per llurs recerques en l'àmbit europeu comunitari del dret privat, i sobretot el professor Schulze, també per la seva intensa contribució a la difusió de volums col·lectius dels quals, de forma individual o en col·laboració, és coeditor. També és coneguda la seva tasca de direcció de projectes de recerca d'abast europeu. Ell és, a més, el director del *Centrum für Europäisches Privatrecht* de la Universitat de Münster, i un dels fundadors de la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*.

E) FINALITAT DE L'OBRA I CONTINGUT

10. La finalitat del llibre és millorar la coherència de l'*acquis* a base d'aprofundir alguns aspectes esmentats en el punt 63 de l'última comunicació de la Comissió Europea, de 12 de febrer de 2003 (COM [2003] 68 def).⁹ Això és: «[...] normas generales en materia de conclusión, validez e interpretación de los contratos [...]»

11. La primera conferència introductòria, del professor doctor Reiner Schulze, explica la connexió entre els continguts i les orientacions metodolò-

9. DOCE C 63, de 15 de març de 2003.

giques, com també el material bàsic de treball, que és principalment el cabal comunitari existent, però també el *soft law* que pugui ajudar a complementar o corregir aquest, la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE), el dret uniforme dels convenis internacionals i qualsevol altra disposició que, encara que no sigui de dret privat o no sigui especialment relativa al dret contractual, afecti el tema que s'està estudiant. No està exclosa la coordinació de les regles del patrimoni comunitari amb les regles que ja siguin vigents en els ordenaments jurídics nacionals i d'altres projectes d'unificació (vegeu especialment les contribucions de Silvia Ferreri, Hans Christoph Grigoleit i Matthias Storme, ref. *infra* § 16, p. 23-24). El nucli bàsic de l'estudi és determinat pel dret comunitari del consum contingut en les directives, raó per la qual una part del llibre, la primera de les quatre que el componen (part I, «Aspectes generals del dret del consum»; part II, «Conclusió del contracte»; part III, «Deures d'informació»; part IV, «Sancions»), es dedica especialment a la interpretació que ha fet el TJCE de les directives comunitàries —cosa que fa el lletrat assistent al TJCE, Dieter Kraus, «Zur Verbraucherrechtlichen rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Rahmen des Europäischen Privatrechts» (p. 29-48)— i a les previsible i hipotètiques tendències en el seu desenvolupament, a la vista d'un dret nacional com el francès (vegeu la contribució de la professora doctora Judith Rochefeld i el professor doctor Dimitri HOUTCIEFF «Perspectives de développement du droit communautaire en matière du droit de la consommation», p. 49-81).

a) PRIMERA PART. ASPECTES GENERALS DEL DRET DEL CONSUM

12. Les conclusions de Dieter Kraus palesen que, de moment, no és possible perfilar un cànon jurisprudencial d'interpretació sistemàtica en relació amb el dret del consum, a causa de la disparitat terminològica utilitzada pel legislador comunitari i la diferència de solucions donades en les nombroses directives. Tanmateix, sí que és obra de la jurisprudència del TJCE la creació d'un concepte de *consumidor actiu i intel·ligent*, al qual es refereix en nombroses sentències a propòsit de la informació que aquest té dret a rebre. Kraus creu que el concepte és generalitzable, la qual cosa permet resoldre l'espinós problema de la llengua en què se suposa que aquest ha de poder entendre la informació que se li proporciona. El lector interessat en el tema també trobarà en l'article de Kraus un repàs de totes les sentències dictades pel TJCE sobre la interpretació de directives comunitàries sobre dret contractual i sobre

la responsabilitat per productes, una explicació dels mètodes emprats i de la manera de procedir en cada cas, i també els criteris d'interpretació utilitzats i el recurs a les solucions ja conegudes, referides a l'eficàcia directa de les directives —constata la impracticabilitat de la teoria en el dret del consum, atès que reconèixer un dret a un particular suposaria deixar desprotegida la persona enfront de qui es reclamés— i la responsabilitat de l'Estat per la manca de transposició o per una transposició incorrecta. A més a més, l'autor al·ludeix al desplaçament progressiu de l'ús del dret internacional privat en matèries encara no harmonitzades, a causa de l'aplicació preferent de les llibertats comunitàries reconegudes en el Tractat de les Comunitats Europees (TCE), per bé que això ja no pertany necessàriament ni exclusivament ni al dret del consum ni al dret privat.¹⁰

13. Tot i que la finalitat del llibre no és l'estudi dels drets nacionals —ni tampoc forma part de la metodologia pròpia del grup *Acquis Communautaire*—, de vegades sí que és necessari poder servir-se de la ciència jurídica dels ordenaments jurídics nacionals. I, això, principalment amb dues finalitats: per a detectar les contradiccions i les imperfeccions de la legislació comunitària —aproximació que parcialment es troba en el treball del professor doctor Bydlinski (vegeu-ne la referència *infra* § 17)— i, a més a més, per a mostrar fins a quin punt els conceptes i el sistema nacionals poden ésser un complement útil per a l'evolució de l'*acquis communautaire*. Aquesta última és la perspectiva reflectida en l'estudi coordinat pels professors Judith Rochefeld i Dimitri Houtcieff (Universitat del Maine, Taller de Dret d'Obligacions de la UMR de Dret Comparat de París). Efectivament, en un article que posa en relleu quines i quantes són les diferències i les convergències entre el dret francès del consum i el dret contractual comunitari, els autors destaquen, per sobre de tot, allò que hi ha de convergència en ambdós sistemes. I, cosa que és més important, això és propiciat en gran manera pel fet que part del dret francès del consum ja preveia solucions que després han estat adoptades per nombroses directives. És el cas, per exemple, del dret de retractació unilateral del consumidor o dels deures d'informació en determinats casos. També l'evolució del dret francès en el desenvolupament de la regulació sobre clàusules abusives ha estat paral·lela a la del dret comunitari.

10. Sobre això, vegeu Esther ARROYO AMAYUELAS, «El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el desarrollo del derecho privado. A propósito del libro de Reiner Schulze - Arno Engel - Jackie Jones, Casebook Europäisches Privatrecht, Baen-Baden, Nomos Verlag», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, p. 1511-1536.

b) SEGONA PART. PERFECCIÓ DEL CONTRACTE

14. La rúbrica de la segona part del llibre és encapçalada per l'article del professor doctor Hans Schulte-Nölke (Universitat de Bielefeld) «Funtions of Contracts in EC Private Law» (p. 85-101), que, amb un plantejament més general que no pas de resultats concrets, explica quina és l'estructura i la funció del contracte, la seva delimitació respecte a d'altres figures i els possibles elements que s'han de tenir presents en la construcció del dret contractual comunitari futur.

A continuació hi ha altres ponències que s'ocupen d'aspectes clau de la formació del contracte, com ara la determinació de la seva existència i del moment de la seva conclusió, o les qüestions de forma i d'interpretació. En aquesta matèria de la formació i la perfecció del contracte també podria haver-se entès inclosa la referència als deures d'informació, però a això es dediquen les conferències incloses en altres parts del llibre, en concret la tercera i la quarta, a les quals al·ludiré en el seu moment, per tal de respectar, d'aquesta manera, la distribució temàtica feta pels editors.

15. L'article del professor doctor Thomas Pfeiffer (Universitat de Heidelberg) «Der Vertragsschluss im Gemeinschaftsrecht» (p. 104-115) és clau dins de la sistemàtica del llibre i potser és la contribució més suggeridora d'aquesta segona part, bé que més pel que apunta que no pas per les solucions que proporciona, atès que les dades normatives són ben escadusseres. Després de constatar que el dret comunitari no regula, sinó que pressuposa, el principi d'autonomia de la voluntat i l'acord de voluntats en la formació del contracte, l'autor aborda altres qüestions bàsiques que tenen a veure tant amb possibles limitacions a la llibertat de configurar el contingut del contracte (p. ex., el dret comunitari del consum no és dispositiu), com amb la mateixa llibertat de contractar (en virtut de l'existència de directives de lluita contra la discriminació) o amb la vinculació contractual (en virtut del dret de retractació unilateral). El professor Pfeiffer es mostra contrari a generalitzar el que, segons la seva opinió, són simples excepcions que no afecten els principis fonamentals del dret contractual clàssic (són interessants, en aquest sentit, les lectures de Karl Riesenhuber, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlín, Gruyter, 2003, p. 239-249 i 581 i seg., que hi està d'acord, i de Brigitta Lurger, *Verträgliche Solidarität: Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 129-139, que no hi està d'acord). Una altra qüestió a la qual l'autor fa referència és la falta de determinació, en el dret comunitari, de si ha d'atribuir-se preferència a la declaració de voluntat o a allò efectivament volgut per les parts, encara que l'article 11 del Conveni de Roma, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals, po-

dria decantar la balança a favor de la primera, en benefici de la seguretat del tràfic. Quant als vicis de la voluntat, el dret comunitari regula únicament el dret de revocació unilateral, com a remei a una declaració feta per sorpresa i sense possibilitat de comparar altres ofertes o adoptada sense els coneixements necessaris. Però tot això, només en el context d'una forma de contractació determinada, la qual cosa, per tant, limita l'adopció generalitzada d'un dret de revocació unilateral. En relació amb el moment de perfecció del contracte —en el moment en què es creuen les voluntats, això és, preferentment en el moment en què la declaració d'acceptació arriba a coneixement de l'altra part (argument *ex annex 1k* Directiva 93/13, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors)—, l'autor constata que aquest queda desdibuixat a causa de la importància que arriba a tenir la fase precontractual en les directives. Això, cal afegir-ho, potser permetria considerar la pèrdua d'importància d'aquest «moment màgic» al qual al·ludeix l'autor, en benefici d'una concepció del contracte com a procés. I, només per a assenyalar algunes altres qüestions tractades per l'autor, el requisit de claredat i certesa dels acords contrets s'obté a còpia de recórrer a les previsions sobre el deure d'informació, així com al principi de transparència contingut en la Directiva 93/13 (art. 5.1).

16. A la vista de la interdependència entre la conclusió i el contingut del contracte, els editors també vinculen el tema de la seva interpretació al procés de formació. La professora doctora Silvia Ferreri (Universitat de Torí), a «The interpretation of Contracts from a European Perspective» (p. 117-140), analitza els canons als quals recorre el legislador comunitari davant la manca de claredat dels continguts d'un contracte o els que el jutge, en determinats àmbits, dedueix a partir d'una interpretació sistemàtica, finalista, basada en el principi de conservació del contracte i, de vegades, mitjançant el recurs a la bona fe. Entre les molt poques regles que el dret comunitari dedica a la interpretació del contracte, destaca la continguda en la Directiva 93/13, «contra proferentem» (art. 5), que després també adopten altres textos del dret uniforme (art. 5:103 Principis Lando; art. 4.6 Principis Unidroit) i que troba aplicació, per exemple, en la Directiva 1999/44, de 25 d'abril de 1999, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum (art. 6.2), amb el benentès que aquesta persegueix el *favor consumatoris*. És un principi més d'integració que no pas d'interpretació que l'autora situa en el seu context històric i del dret comparat, inclòs el dret anglès. A més a més, la professora Ferrari dedueix altres possibles canons d'interpretació del contracte que el jutge pot utilitzar, a partir de conceptes indeterminats que apareixen en les directives, com ara *raonabilitat*, *bona fe*, *proporcionalitat* o *prohibició d'anar contra els propis actes*. I avança hipòtesis en què, segurament, el tribunal s'inclinaria per l'aplicació del principi de prohibi-

ció de l'enriquiment injust. L'autora reconeix, però, que aquests estàndards tenen a veure amb la política jurídica sobre quina ha d'ésser l'eficàcia del contracte, molt més que no pas amb la seva interpretació.

17. Finalment, la segona part es clou amb la conferència del professor doctor Peter Bydlinski (Universitat de Graz) «Formgebote für Rechtsgeschäfte und die Folgen ihrer Verletzung» (p. 141-154). L'autor tracta d'esbrinar què és forma en el dret comunitari i quina és la seva funció. Molt sovint s'està només davant d'exigències de prova o de contingut que, d'altra banda, no són més que conseqüències del deure previ d'informació. Atesa la interacció evident entre les exigències formals i el compliment dels deures d'informació i atès que aquests són analitzats en els capítols immediatament següents, la ubicació de la contribució del professor Bydlinski és adequada. Tanmateix, cal fer notar que l'autor no s'ocupa de la vinculació entre forma i contingut, o, dit d'una altra manera, de la forma en què ha de canalitzar-se la informació proporcionada, atès que, després d'explicar les diferents formes contractuals que existeixen en el dret comunitari europeu, només fixa la seva atenció en la forma exigida per a la conclusió d'un contracte, essencialment en l'àmbit del dret del consum. Segons l'autor, no queda clara la funció de la forma en el dret comunitari. Tampoc no sempre queda clar què ha d'entendre's per *escriptura*: ha de considerar-se complet aquest requisit abans de procedir a la signatura al peu del document? Les exigències formals no van acompanyades normalment de les conseqüències que haurien de derivar-se de la seva infracció, atès que aquesta és una qüestió que les directives deixen a la consideració dels estats membres. Després d'una anàlisi de diverses normes comunitàries, l'autor conclou un principi general segons el qual el dret comunitari no sanciona l'absència de forma amb la nul·litat (argument *ex art. 13.2 Directiva 86/653, de 18 de desembre de 1986, sobre els agents comercials independents*), però adverteix que, en qualsevol cas, l'absència de regles clares obliga a una interpretació casuística que, entre d'altres, ha de tenir en compte el principi de l'efecte útil del dret comunitari (la finalitat de la directiva). El professor Bydlinski exposa exemples dels drets austríac i alemany que il·lustren diferents solucions en la transposició d'una mateixa directiva, la qual cosa, en definitiva, demostra com pot ésser de perjudicial per a la seguretat del tràfic la indeterminació de les conseqüències jurídiques de la contravenció de la forma. Ni tan sols és possible saber si la transposició per part dels estats membres reuneix els estàndards mínims de protecció exigits per la directiva en qüestió. Proposa, en tot cas, una legitimació per a impugnar per defectes de forma limitada aquell que resulti perjudicat per la seva infracció, i entén que seria desitjable limitar les exigències de forma a només determinats aspectes de les transaccions comercials.

c) TERCERA PART. DEURES D'INFORMACIÓ

18. En el conjunt del llibre, el protagonisme correspon sens dubte als estudis sobre els deures contractuals d'informació. La informació és necessària per a poder configurar lliurement la voluntat contractual, i per això en el dret comunitari actual constitueix un element clau per a l'existència i la vinculació jurídica d'un contracte, i àdhuc, com ja s'ha avançat, per a la determinació del seu contingut. De la possibilitat d'obtenir principis generals a l'entorn del dret d'informació, se n'ocupen el professor doctor Paulo Mota Pinto (Universitat de Coimbra i jutge del Tribunal Constitucional de Lisboa) a «Grundsätze von Informationspflichten im Fernabsatz nach geltendem EU-Vertragsrecht» (p. 157-170), a partir de l'anàlisi de les directives 97/7 (vendes a distància) i 2000/35 (comerç electrònic), i el doctor Martin Ebers (Universitat de Münster) a «Informations und Beratungspflichten bei Finanzdienstleistungen: Allgemeine und besondere Rechtsgrundsätze» (p. 171-190), en relació amb els serveis financers.

19. Són generalitzables les regles sobre el deure d'informació que preveuen les directives 97/7 i 2000/35? El professor Mota Pinto és partidari de la resposta negativa. Per a arribar a aquesta conclusió, analitza primer la raó del dret a obtenir informació en ambdós casos: la protecció del consumidor —de la col·lectivitat— en l'ús de les tècniques a distància. L'autor considera difícilment generalitzable allò que està íntimament vinculat amb la protecció del consumidor o de la part feble en una determinada relació jurídica. És a dir, en el dret comunitari no hi ha una regla general que prevegi un dret general a la informació, i quan aquesta existeix, és en l'àmbit del dret del consum. En ambdues directives, les característiques del deure d'informació són les següents: s'han de proporcionar les informacions essencials i la informació ha d'ésser intel·ligible, accessible per al client i tempestiva. Constata que el dret comunitari no sempre preveu sancions —i no sempre de dret privat— quan s'infringeix el deure d'informació i que les que es preveuen no sempre són homogènies. Tot això dificulta la construcció d'un dret unitari europeu de contractes; en realitat, l'autor qualifica de molt poc útils les previsions actuals per a l'harmonització europea, i es pregunta retòricament si és possible regular el dret/deure d'informació sense harmonitzar bé les conseqüències de la seva infracció. Conclou afirmant la tendència a la formació continuada del contracte, i no ja «uno actu», en què la informació té un paper rellevant per a potenciar i preservar l'autonomia privada.

20. El doctor Martin Ebers tracta de sistematitzar els deures d'informació i d'assessorament (distinció que l'autor fa acuradament: els primers no impliquen consell i la valoració personal de la informació rebuda correspon al consumidor, mentre que, al contrari, l'assessor ha de dur a terme una valoració

qualificada en funció del client que té al seu davant) en la regulació dels contractes de serveis financers. S'analitzen principalment les disposicions següents: Directiva 2002/65, de 23 de setembre de 2002 (serveis financers); Directiva 2002/92, de 9 de desembre de 2002 (mediació en les assegurances); Reglament 2560/2001, de 19 de desembre de 2001 (pagaments transfronterers); Directiva 97/5, de 27 de gener de 1997 (transferències transfrontereres); Directiva 93/22, de 10 de maig de 1993 (serveis d'inversió); Directiva 92/49, de 18 de juny de 1992 (tercera directiva d'assegurança no de vida), i Directiva 85/611, de 20 de desembre de 1985 (organismes d'inversió col·lectiva en valors mobiliaris). Una de les crítiques que fa l'autor és la manca de coherència entre els deures generals d'informació i els deures derivats específicament de la tècnica concreta de comunicació utilitzada. Per exemple, la Directiva 2002/65 (serveis financers a distància) estableix, en l'article 3.2, l'obligació de proporcionar determinada informació com a conseqüència directa de la distància en la contractació, però també estableix el deure de proporcionar informació general. Això implica, en definitiva, que els deures d'aquestes empreses respecte d'aquests productes són superiors als d'altres empreses que comercien amb aquests mateixos productes, però a la manera tradicional. La informació és particularment important en l'àmbit dels serveis financers, no sols per la seva abundor, sinó, sobretot, per la complexitat de la matèria tractada. Per tal d'evitar això últim, existeixen dues alternatives: o bé es redueix la informació mitjançant la seva estandarització, o bé aquesta és transformada pels intermediaris financers. Respecte a aquesta qüestió, el doctor Ebers fa notar que el dret comunitari europeu ja disposa de la regulació bàsica per a poder crear un futur sistema unitari d'intermediaris financers a Europa.

21. En un altre ordre de consideracions, el professor doctor Sjef van Erp (Universitat de Maastricht), a «Information in Contract Property Law: Some Cross-Border Remarks» (p. 191-199), proposa tenir en compte, en l'àmbit contractual dels deures d'informació, els requisits i les exigències de la publicitat que es donen en d'altres sectors, en concret en els drets reals (*property law*). El professor Van Erp porta a col·lació el dret holandès com a punt de partida per a establir la importància dels deures d'informació i acaba explicant el paper del deure de publicitat en el *paper* publicat recentment per l'Scottish Law Commission «On Registration of Rights in Security by Companies» («Registre de drets de garantia atorgats per societats o en el seu favor»). Es tracta, en tot cas, de tenir present que el deure d'informació pot afectar el cocontractant, però també a terceres persones.

22. De com aborda la infracció del deure d'informació el *soft law*, que, per cert, no tipifica expressament aquest deure, se n'ocupen el doctor Hans Christoph Grigoleit (Universitat de Munic) a «Irrtum, tauschung und Informationspflichten

in den European Principles und in den Unidroit-Principles» (p. 203-230) i el professor doctor Matthias Storme (Universitat d'Antwerpen) a «Information Requirements and Remedies in the Principles of European Contract Law» (p. 231-242). Aparentment, la ubicació d'ambdues ponències correspon a l'apartat següent, però si els editors les han incloses en aquest altre apartat és perquè no es tracta tant d'explicar les sancions previsibles o desitjables derivades de la infracció d'uns determinats deures d'informació (part IV, referida exclusivament al dret comunitari), sinó d'analitzar i tipificar determinats supòsits de fet o determinats remeis concrets i, d'aquests, extreure'n el deure d'informació que hi és subjacent.

23. El doctor Grigoleit estudia els problemes d'informació que afecten l'eficàcia del consentiment (error, engany), en la contribució que, sens dubte, és la més llarga, densa i complexa del llibre. S'analitzen les regles que en els principis Lando i Unidroit i, en molta menor mesura, en l'Avantprojecte Gandolfi, suposen deures d'informació, i les que regulen les conseqüències de la infracció d'aquests, les quals, normalment, apareixen en matèria de validesa o eficàcia del contracte, en relació amb els vicis del consentiment. Després d'analitzar les normes que regulen l'error i l'engany i els elements que es consideren rellevants per a entendre infringit el deure en aquest context, el doctor Grigoleit analitza els remeis proposats (art. 4:112-116 Principis Lando): impugnació, modificació del contracte (solució que considera la més favorable) i indemnització pels danys i perjudicis causats. Segueix aquesta exposició descriptiva la seva anàlisi crítica. Algunes de les conclusions a les quals arriba l'autor és que caldria unificar els supòsits de fet a partir dels quals s'ha d'entendre que hi ha hagut una infracció del deure d'informació, i, a més a més, que és convenient establir amb precisió la relació entre la sanció a la informació enganyosa i els supòsits en què existeix el deure d'informació. Tampoc no està d'acord amb el fonament que justifica la impugnació, segons si l'error és essencial o la informació proporcionada és enganyosa.

24. El professor Storme efectua, en general, un recorregut a través de les principals regles dels Principis Lando que, directament o indirecta, es refereixen als deures d'informació. Abans, l'autor perfila un quadre general dels remeis possibles en els Principis Lando: compensació de danys —interès negatiu— com a conseqüència de la violació d'un deure, execució forçosa com a conseqüència de la infracció d'una obligació (p. ex., proporcionar per escrit una informació), o, derivat d'això, que l'autor qualifica com a *infracció de càrregues*, pèrdua d'un dret en cas d'omissió de la informació deguda o, al contrari, vinculació a la informació donada en perjudici propi. L'autor dedueix la naturalesa i la funció de les sancions únicament quan el problema és la manca d'informació, la seva incorrecció o el retard a l'hora de proporcionar-la.

d) CINQUENA PART. SANCIONS

25. L'estudi del deure d'informació inclou el plantejament d'hipòtesis que permetin saber com la infracció del contracte hauria d'afectar l'eficàcia d'aquest, qüestió que normalment es deixa a la consideració dels estats membres i, per tant, que tan sols està resolta de forma parcial, fragmentària i no homogènia per algunes directives. És el que expressen les ponències del professor doctor Thomas Wilhemsson (Universitat d'Hèlsinki), «Private Law remedies against the Breach of Information Requirements of EC Law» (p. 245-265), el professor doctor Hans Peter Schwintowski (Universitat Humbolt, Berlín), «Informationspflichten und effet utile-Auf der Suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem» (p. 267-290), i el professor doctor Ulrich Magnus (Universitat d'Hamburg), «Rechtsfolgen im Acquis communautaire» (p. 291-312), tal com s'explica a continuació.

26. Després d'afirmar la preeminència dels deures d'informació en les directives sobre el dret del consum (per bé que no només en aquestes), el professor Wilhemsson dubta del pes específic que actualment poden tenir aquests deures en el dret contractual comunitari, atès que les directives, com ja s'ha dit, ni tan sols preveuen les conseqüències (de dret privat) de llur infracció. El professor Wilhemsson analitza el tipus d'informació exigida en cada directiva i les solucions previstes en cas d'inobservança del deure de proporcionar-la. Algunes són comunes (vegeu-ne el quadre exemplificatiu a la p. 262) i d'altres poden generalitzar-se a partir del que disposen les directives 99/44 i 93/13, que també preveuen un deure d'informació, per bé que no directament i no de qualsevol classe. En primer lloc, el professor Wilhemsson dedueix un deure general d'informació de l'article 2 de la Directiva 99/44, amb l'argument següent: si els béns no compleixen les exigències d'ús ordinari o de qualitat que cal suposar en les expectatives del consumidor, el venedor està obligat a informar-lo (és d'un altre parer Magnus [ref. *infra* § 27], p. 301). Per tant, si la manca de conformitat deriva de la manca d'informació, també poden aplicar-se a aquest cas els remeis de l'article 3. I, atès que el consumidor àdhuc pot arribar a rescindir el contracte, resulta que, des d'un punt de vista pràctic, el resultat és el mateix que aquell al qual s'arriba amb l'exercici del dret de revocació que en d'altres casos es concedeix al consumidor quan aquest no rep la informació prescrita. L'autor podria deduir d'aquí un argument per a generalitzar el deure de revocació a tots els casos en què s'infringís el deure d'informació (ídem *ex art.* 6:108 Principis Lando). Però, tanmateix, el professor Wilhemsson conclou que la informació a què s'estaria referint la Directiva es limita a la qualitat i les prestacions del bé, i, per tant, segurament el remei al·ludit no podria generalitzar-se a un altre tipus (per exem-

ple, informació sobre les parts o el preu). Sí que seria possible, tanmateix, entendre la solució a un altre tipus de contractes, no necessàriament de compra-venda. En les vendes a distància, en el cas que no es proporcioni informació sobre les característiques principals dels béns i els serveis (art. 4*b*), és obvi que la simple infracció del deure no pot considerar-se suficient per a invocar l'article 2 de la Directiva 99/44 (manca de conformitat), si la qualitat i la prestació del bé són clarament acceptables; però, en canvi, sí que permet al·legar que la infracció del deure ha privat el consumidor de prendre una decisió informada. I cal reconèixer que això pot afectar les legítimes expectatives que aquest tenia sobre els béns, malgrat que aquests aprovin el test de qualitat. El remei, aleshores, hauria d'ésser el mateix.

El professor Wilhemsson atribueix a la Directiva 93/13 el reconeixement implícit del deure d'informació, en la mesura que la norma estableix el principi de transparència i bona fe en la negociació. La Directiva es referiria a la informació que afecta els termes en què se celebra el contracte (annex (1) (i), que obliga a donar-los a conèixer al client); això és, entre altres, la seva durada, els mecanismes per a fer-lo efectiu i els codis de conducta que han de guiar la seva execució. Atès que aquesta informació ha d'ésser proporcionada clarament i de manera intel·ligible (art. 5), això justifica l'exigència d'un deure posterior d'informació (d'aclariment). Un cop constatat això, l'autor analitza els remeis previstos en cas d'infracció: nul·litat de les clàusules fosques, interpretació *contra proferentem* o, en última instància, nul·litat del contracte (art. 5 i 6). De nou, els efectes pràctics d'aquesta solució són els mateixos que es donen en d'altres directives que preveuen la cancel·lació, la rescissió o la revocació unilateral. Segons l'autor, els principis sobre els quals es basa la Directiva —la transparència— permetrien entendre aplicables els mateixos remeis a altres tipus d'informació, per exemple la referida al preu o al compliment, en el cas que resultin infringits els requisits de claredat i comprensibilitat del llenguatge (art. 4.2). I afegim que la sanció de tenir per no posada la clàusula o el terme fosc hauria de generalitzar-se a totes les directives que prescriuen el deure d'informació sobre el contingut del contracte (p. ex., art. 4.1*i* Directiva 97/7 i art. 3.1.4*a* Directiva 2002/35).

27. En la mateixa línia, però a l'empara d'un estudi molt més global, la principal aportació del professor doctor Magnus és la sistematització de supòsits de fet i conseqüències per a poder detectar les llacunes existents i les bases per a una possible generalització dels remeis. En això coincideix amb la perspectiva del professor Storme (vegeu-ne la referència *supra* § 24) —que, com ja s'ha dit, circumscriu el tema als Principis Lando— i demostra, amb vocació de generalitat, el mateix que el professor Wilhemsson ja apunta en la primera part del seu treball. La conclusió, i alhora el punt de partida, és una dada ja coneguda: el legis-

lador europeu ha incrementat cada cop més els deures d'informació, però no sempre ha previst les conseqüències de la infracció d'aquests deures. I un deure no té sentit sense la sanció corresponent, per bé que, de vegades, existeix la possibilitat d'entaular una acció col·lectiva (no de dret privat). El professor Magnus constata que, en cas d'informació falsa, el remei és la indemnització —així, en el cas dels viatges combinats, la protecció de dades o la responsabilitat per productes—, i si el que hi ha és omissió, el remei és la possibilitat de prorrogar el dret de revocació (p. ex., contractes fora d'establiments comercials, a distància o *time-sharing*). També admet que no té sentit la pretensió a l'obtenció posterior a la celebració del contracte, d'una informació que era necessària abans de la conclusió d'aquest per tal de poder prendre una decisió conscient i adequada.

28. Finalment —per bé que, en realitat, aquesta conferència no és la que clou el llibre, sinó que la darrera és l'anterior, del professor Magnus—, el professor doctor Schwintowski, des d'una perspectiva crítica, aposta per considerar que el dret comunitari —les directives— ja porta implícit un sistema de sancions per a la consecució de les finalitats previstes, que els estats membres no poden desatendre en el moment de la transposició. L'autor se serveix de l'anàlisi de la Directiva 85/577 (contractes fora dels establiments comercials) per a constatar que les conseqüències de l'exercici del dret de revocació són distintes en cada estat membre. Per a reforçar l'efecte útil del dret comunitari i, per tant, procurar que les lleis de transposició a cada país prevegin efectes comuns en el cas de contravençió, cal descobrir quines són les finalitats immanents a la Directiva. Això exigeix deduir en molts casos el sistema de sancions que hi ha implícit. El professor Schwintowski fonamenta la seva tesi en nombrosa jurisprudència del TJCE i, d'entrada, en la recent STJCE 12 de març de 2002, cas Leitner, a propòsit de la rescabibilitat del dany moral (implícit) en la Directiva 90/314 (viatges combinats).

e) CONCLUSIÓ

29. El llibre editat pels professors Schulze, Ebers i Grigoleit és, sobretot, original, tant pel que fa al mètode com pel que fa al contingut —ho és sobretot l'estudi dels deures d'informació—, i és extraordinàriament suggeridor, atès que obre noves perspectives en el desenvolupament del dret contractual comunitari. I, cosa que és més important, reclama el protagonisme de la doctrina per a dur-ho a terme. Les propostes que conté el llibre són sensates, pertinents i, en la majoria dels casos, creatives. Precisament perquè proporciona una visió sistemàtica —d'una part— del dret contractual i, alhora, una visió transversal de les normes, la recopilació dels quinze treballs que integren aquest volum col·lectiu repre-

senta un gran primer pas en el que encara es preveu com un llarg camí cap a la consecució d'un dret contractual europeu coherent i tècnicament perfecte.

30. El mèrit dels autors, per fer-ho, però sobretot dels editors, per proposar-ho, rau a saber detectar exactament els problemes, per a, d'aquesta manera, poder formular les preguntes escaients i, eventualment, obtenir respostes que permetin cercar solucions satisfactòries. Un dels problemes és determinar què ha d'entendre's per *llacuna* en dret comunitari i, per contra, què és una omisió deliberada, tenint en compte que en bona part aquell pressuposa vigents els ordenaments jurídics nacionals. Per exemple, tal com recorden alguns autors (p. ex., Mota PINTO [vegeu-ne la referència *supra* § 19], p. 169), resulta que el legislador europeu no ha regulat encara la responsabilitat derivada de *culpa in contrahendo*, això és, en la fase de negociació. Doncs bé, ha de cobrir-se aquesta llacuna recorrent a la regulació prevista en els ordenaments nacionals? Què passa quan el consumidor renuncia al seu compromís abans de la celebració del contracte? No hi ha cap precepte en les directives comunitàries que tracti aquest tema.¹¹

De vegades és necessari —i suficient— utilitzar l'analogia.¹² Vegem-ne un exemple: la Directiva 97/7 (vendes a distància) preveu una regla sobre la revocació (art. 6.1), però no queda clara la tempestivitat del seu exercici: és suficient emetre la declaració en el període hàbil per a revocar, encara que la declaració arribi al cocontractant un cop transcorregut el termini?, o, al contrari, és necessari que la notificació de la revocació arribi a la contrapart abans que s'esgoti el termini? L'article 5.2 de la Directiva 94/47, sobre *time-sharing*, posa l'èmfasi en el moment en què s'emete la declaració,¹³ i, en aquest mateix sentit, ja abans, l'article 5.1 de la Directiva 85/577 (contractes fora dels establiments comercials) es refereix al «respecto del plazo», especificant que la notificació s'ha d'expedir abans del transcurs d'aquell. I la mateixa precisió s'aprecia en directives subsegüents en relació amb aquesta mateixa qüestió. Així, recentment, l'article 6.6 de la Directiva 2002/65 (comercialització a distància de serveis financers) no ofereix dubtes que la notificació es considera feta dins de termini si s'envia abans que aquest transcorri amb les condicions de forma que exigeix el precepte.

11. Stefano TROIANO, «Formation of contracts under EC directives», a Reiner SCHULZE, Hans SCHULTE-NÖLKE i Ludovic BERNARDEAU, *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht/European Contract Law in Community Law/Droit des contrats à l'aune du droit communautaire*, Colònia, Busdesanzeiger, 2002, p. 106.

12. Irene KLAUER, *Die Europäisierung des Privatrechts. Der EuGH als Zivilrichter*, Baden-Baden, 1998, p. 111.

13. Sobre el tema, vegeu Javier LETE ACHIRICA, «A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el derecho español», *Actualidad Civil*, 1998, p. 536.

31. Naturalment, el llibre sobre el qual ara s'escriu no soluciona tots els problemes. Hi ha una infinitat de qüestions no abordades, però igualment vinculades amb els temes plantejats, com ara quin és el paper de la informació en la interpretació del contracte, o què s'ha d'entendre per «oferta contractual vinculant», o quina és la regulació sistemàtica dels drets de revocació. És obvi, tanmateix, que tots els interrogants no poden trobar resposta en un llibre. Per això, un altre dels mèrits del que ara es comenta és que serveix com a punt de partida per a noves propostes: la millora de l'*acquis communautaire* del dret de contractes implica abordar temes que afecten tant la preparació i la celebració del contracte, com el seu contingut, el seu incompliment i la seva extinció.

32. El mètode ja és conegut i els temes que s'han de tractar també (vegeu la comunicació de la Comissió Europea de 12 de febrer de 2003 (COM [2003] 68 def., núm. 63b)),¹⁴ per la qual cosa no haurien de mancar, entre nosaltres, juristes que es plantegessin estudiar-los. En la mesura que Catalunya tingui competència per a transposar les directives i tenint en compte el procés de codificació endegat a casa nostra, la participació dels juristes catalans en la recerca europea és necessària. D'una banda, perquè incrementa la qualitat de la nova legislació que en resulti, i, de l'altra, perquè permet que el dret català pugui tenir veu pròpia a Europa.

Esther Arroyo Amayuelas
Professora titular de dret civil
Universitat de Barcelona