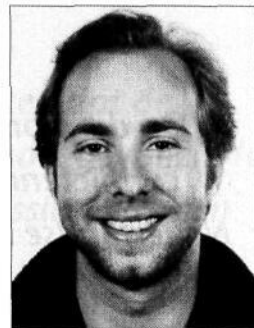


Een nieuw contractenrecht voor Europa:

de Principles of European Contract Law vanuit Nederlands perspectief

De ontwerpers van de Lando Principles hopen dat deze uiteindelijk de basis zullen vormen voor een Europees contractenrecht. Maar zal de Nederlandse jurist afstand willen doen van een belangrijk gedeelte van het nog maar kort geleden in werking getreden nieuwe verbintenissenrecht? Op sommige punten blijkt de Lando-Commissie geïnspireerd te zijn door het Nederlandse BW, op andere punten zijn er duidelijk afwijkingen. Ondanks de verschillen kunnen de Principles aanvaardbaar zijn voor de Nederlandse jurist, omdat ze regelingen hebben opgeleverd die superieur zijn aan het huidig Nederlands recht.

Mr D. Busch en
prof. mr E.H. Hondius



D. Busch is junior docent/onderzoeker Universiteit Utrecht (Molengraaff Instituut voor Privaatrecht). Hij bereidt een rechtsvergelijkend proefschrift voor over vertegenwoordiging.

1. Inleiding

Op 16 december jongstleden werd te Utrecht de sterk uitgebreide en herziene versie van de *Principles of European Contract Law* (hierna: 'Principles', 'Lando Principles' of 'PECL'), voorzien van een artikelsgewijs commentaar, in boekvorm gepresenteerd.¹ In deze Principles worden regels gegeven op een aantal gebieden van het contractenrecht: *formation, authority of agents, validity, interpretation, contents and effects, performance, non-performance and remedies in general*, en tenslotte *particular remedies for non-performance*.

De ontwerpers van deze Principles formuleren in hun inleiding onder meer de volgende toepassingsmogelijkheden. Allereerst wordt een tweetal toepassingsmogelijkheden van meer praktische aard genoemd. Contractspartijen hebben, zo stellen zij, de mogelijkheid een rechtskeuze te doen voor de Principles.² Daarnaast worden rechters en arbiters uitgenodigd de Principles toe te passen bij het oplossen van geschillen ten aanzien van internationale contracten waarbij geen rechtskeuze is gemaakt. Tenslotte spreken de ontwerpers de hoop uit dat de

Lando Principles uiteindelijk de basis zullen vormen voor een toekomstig Europees contractenrecht.³

Deze bijdrage beoogt enkele opmerkingen te maken over de zojuist genoemde toepassingsmogelijkheden van de Principles vanuit Nederlands perspectief. De bijdrage begint met een korte beschrijving van de geschiedenis, samenstelling en werkwijze van de commissie die gewerkt heeft aan deze Principles, de zogenaamde commissie Lando (par. 2). Vervolgens gaat deze bijdrage in op de bovengenoemde toepassingsmogelijkheden van meer praktische aard (par. 3 en par. 4). In par. 5 wordt enige aandacht besteed aan de kritiek die in de literatuur is geuit op de Principles. Par. 6 bespreekt de ambitie van de ontwerpers dat de Principles als basis zouden kunnen dienen voor een toekomstig Europees contractenrecht. In par. 7 ronden wij af met enige conclusies.

2. Korte geschiedenis, samenstelling en werkwijze van de commissie Lando

De *Principles of European Contract Law* zijn het resul-



E.H. Hondius is hoogleraar burgerlijk recht Universiteit Utrecht (Molengraaff Instituut voor Privaatrecht), lid van de Commission on European Contract Law en medewerker van dit blad.

Dit artikel is ook te raadplegen op Internet
www.njb.nl

taat van een particulier initiatief. Het initiatief is afkomstig van de Deen Ole Lando. In de jaren zeventig kreeg deze van huis uit ipr-specialist het idee dat het internationaal privaatrecht onvoldoende rechtszekerheid biedt voor een gemeenschappelijke Europese markt. Begin jaren tachtig kon Lando met financiële steun van de Europese Commissie een verkennend overleg voeren. Van 1982-1990 hield vervolgens een commissie bestaande uit vijftien personen zich bezig met het eerste deel van de geplande werkzaamheden. Nadat deze werkzaamheden waren afgerond, kostte het nog geruime tijd alvorens ook de *notes* (bevattende verwijzingen naar de diverse Europese rechtstelsels) waren geschreven en in 1995 kon deel I worden gepubliceerd.⁴ Het bestaat uit een viertal hoofdstukken: 1 *General Provisions*, 2 *Terms and Performance of the Contract*, 3 *Non-Performance and Remedies in General* en 4 *Particular Remedies for Non-Performance*.

In 1990 begon de commissie in licht gewijzigde samenstelling aan het tweede deel van haar werkzaamheden, hetgeen in 1996 uitmondde in de vaststelling daarvan. Deel II beslaat de hoofdstukken *Formation*, *Authority of Agents*, *Validity*, *Interpretation*, en *Contents and Effects*. In de zojuist verschenen definitieve uitgave zijn de hoofdstukken hernummerd: 1 *General Provisions*, 2 *Formation*, 3 *Authority of Agents*, 4 *Validity*, 5 *Interpretation*, 6 *Contents and Effects*, 7 *Performance*, 8 *Non-Performance and Remedies in General* en 9 *Particular Remedies for Non-Performance*. Bij gelegenheid van de vaststelling van deel II zijn voorts in deel I enkele kleine wijzigingen aangebracht. Momenteel

Op dit moment is geenszins zeker dat een conflictenrechtelijke rechtskeuze door de Nederlandse rechter zal worden geaccepteerd.

werkt de commissie Lando (in weer enigszins gewijzigde samenstelling) aan deel III. Hierin zullen onderwerpen worden geregeld die wij rekenen tot het algemene deel van het verbintenissenrecht:

*the effects of illegality and immorality, compound interest, conditions, extinctive prescription of claims, assignment of claims, assumption of debts, plurality of debtors and creditors, en set-off.*⁵

De tekst van deel I is uitgegeven in het Engels en het Frans, evenals de tekst van de delen I en II gecombineerd. De toelichting en de noten zijn tot dusver alleen in de Engelse taal verschenen. De Franse versie hiervan is op komst, terwijl vertalingen in het Duits, Italiaans en Nederlands in voorbereiding zijn. In deze bijdrage wordt de Engelse tekst aangehouden; deze is het meest authentiek en voorts worden internationale overeenkomsten waarbij Nederlandse ondernemers partij zijn veelal in de Engelse taal gesteld. Aan de werkzaamheden van de commissie Lando hebben vele personen bijgedragen. De Lando commissie bestond en bestaat uit juristen uit alle lidstaten van de Europese Unie, waarbij de meer belangrijke handelsstaties zoals Duitsland, Frankrijk, Italië, Nederland en het Verenigd Koninkrijk door twee personen zijn vertegenwoordigd. De meeste leden komen uit de universitaire wereld. Sommigen hebben ervaring als advocaat in commerciële zaken. Enkele leden hebben ervaring in het wetgevingsapparaat of als rechter.⁶

Om een indruk te geven van de gang van zaken kan over de werkwijze van de commissie het volgende worden gezegd. Allereerst stelt een rapporteur een po-

sition paper op. Vervolgens ontwerpt hij een tekst met toelichting. Dit alles loopt via een redactiecommissie, de *Drafting group*, die belast is met de voorbereiding en coördinatie. Ieder van de vijf leden neemt daarbij de supervisie over een of meer hoofdstukken voor zijn rekening. De *position paper* en het eerste ontwerp worden uitvoerig besproken in de *Drafting Group* en vervolgens in eerste lezing aan de plenaire commissie voorgelegd. Deze kan amendementen aannemen, zowel wat betreft de tekst als de toelichting. De rapporteur brengt op basis hiervan verslag uit aan de redactiecommissie, die kan besluiten om reeds aangenomen amendementen in heroverweging te nemen. Nadat de plenaire commissie het betrokken hoofdstuk in tweede lezing heeft behandeld, brengt de rapporteur wederom verslag uit aan de *Drafting group*. In derde lezing wordt nog uitsluitend over de tekst gesproken.⁷

Is de tekst eenmaal definitief vastgesteld (of soms reeds voordien), dan wordt aan alle leden van de commissie gevraagd om vanuit het gezichtspunt van hun stelsel *notes* in te zenden. Deze worden door de voorzitter en de vice-voorzitter tot een werk geassembleerd. Inmiddels is ook de *Editing group* aan de slag gegaan. Deze heeft tot taak taalkundige inconsistenties te corrigeren. Officieel is alles in twee talen gegaan, maar in feite domineert het Engels. Daarom wordt in de laatste fase nog goed naar de Franse tekst gekeken. De toelichting en de noten worden pas in een later stadium in het Frans gesteld. Omdat het kan voorkomen dat bepaalde artikelen gedurende de werkzaamheden van de commissie van hoofdstuk veranderen, is de feitelijke gang van zaken soms iets gecompliceerder.⁸

3. Rechtskeuze voor de Principles door partijen

Het is in de rechtspraktijk voorstelbaar dat contractspartijen uit verschillende landen inhoudelijk overeenstemming hebben bereikt over het contract, maar de onderhandelingen alsnog in een impasse geraken en wellicht zelfs worden afgebroken om de enkele reden dat partijen geen overeenstemming kunnen bereiken over het toepasselijke recht.⁹ Een Duitse contractant zal bijvoorbeeld willen dat de te sluiten overeenkomst beheerst wordt door Duits recht, terwijl zijn Italiaanse wederpartij een rechtskeuze zal willen doen voor het hem vertrouwde Italiaanse recht. Een keuze voor de Principles kan hier een uitweg bieden, mede omdat geen van beide partijen nu het gevoel zal hebben toe te geven aan de ander.¹⁰ De Principles voorzien in dit verband in een tweetal vormen van rechtskeuze die verschillend effect hebben. Ten eerste wordt gewezen op de mogelijkheid een conflictenrechtelijke rechtskeuze te doen voor de Principles. Dat wil zeggen: partijen kunnen enkel door hun wil het rechtstelsel dat zonder rechtskeuze op hun overeenkomst van toepassing zou zijn geheel, met inbegrip van de daartoe behorende regels van dwingend recht, vervangen door de Principles. De Principles zeggen het als volgt: '[...] the parties may choose to have their contract governed by the Principles, with the effect that national mandatory rules are not applicable' (art. 1:103 (1); verg. ook artikel 1:101 (2) PECL).¹¹ Terecht voegen de Principles hier aan toe dat noodzakelijk is dat het recht van de aangezochte rechter een zodanige rechtskeuze voor de Principles toelaat (art. 1:103(1), eerste zinsdeel, PECL).¹² Dit is geenszins vanzelfsprekend. De Nederlandse rechter zal in verband met de vraag naar de toelaatbaarheid van een conflictenrechtelijke rechtskeuze voor de Principles (evenals de rechters in de overige 14 verdragstaten) te rade moeten gaan bij ar-

tikel 3 van het EG-Overeenkomstenverdrag van 18 juni 1980 (hierna: EVO).¹³ Hieruit blijkt dat het partijen als regel vrij staat zelf het op hun overeenkomst toepasselijke recht aan te wijzen. Voorop staat dat de conflictregels van het EVO in beginsel echter slechts verwijzen naar geldend nationaal (statelijk) recht. Dit sluit een conflictenrechtelijke rechtskeuze voor de Principles strikt genomen uit.¹⁴

Onder meer Boele-Woelki en Strikwerda zijn echter van mening dat het de voorkeur verdient artikel 3 EVO extensief te interpreteren.¹⁵ Boele-Woelki beroept zich hierbij in eerste instantie op een arrest van de Hoge Raad gewezen voordat het EVO voor Nederland in werking trad. Het betrof een rechtskeuze voor een verdrag van eenvormig privaatrecht (het CMR-verdrag) buiten het formele toepassingsgebied van dat verdrag. Naar de mening van de Hoge Raad dient een zodanige rechtskeuze beschouwd te worden als conflictenrechtelijke rechtskeuze.¹⁶ Uit dit arrest wordt, aldus Boele-Woelki, door de Nederlandse doctrine afgeleid dat ook onder het geldingsbereik van het EVO een rechtskeuze niet beperkt is tot een nationaal recht maar evenzeer betrekking kan hebben op eenvormig recht zoals neergelegd in een verdrag dat gezien haar formele toepassingsgebied niet van toepassing is. Boele-Woelki wil de aldus uitgezette lijn doortrekken naar de Principles, die naar haar mening ook eenvormig recht (maar dan buiten verdrag) opleveren.¹⁷ Strikwerda volgt een enigszins andere redenering. Hij betoogt dat onder het EVO kennelijk de keuzevrijheid van partijen prevaleert boven het belang van staten bij toepassing van hun rechtsstelsels: partijen mogen immers ieder willekeurig (nationaal) rechtsstelsel als toepasselijk aanwijzen en daarvoor de rechtsstelsels van staten die functioneel of geografisch nauw met de overeenkomst zijn verbonden van toepassing uitsluiten. Het is dan, zo meent Strikwerda, (mede in aanmerking genomen dat voorrangregels van de nauw verbonden rechtsstelsels zich langs de weg van artikel 7 EVO steeds kunnen doorzetten¹⁸) geen al te grote stap om partijen toe te staan een niet statelijk (a-nationaal) recht als toepasselijk aan te wijzen. Ook een rechtskeuze voor de Principles behoort alsdan volgens Strikwerda tot de mogelijkheden.¹⁹ Niettemin, ondanks het betoog van Boele-Woelki en Strikwerda, is op dit moment geenszins zeker dat een conflictenrechtelijke rechtskeuze door de Nederlandse rechter zal worden geaccepteerd. Contractspartijen zullen om die reden wellicht niet snel een conflictenrechtelijke rechtskeuze voor de Principles doen.

Daarnaast bieden de Principles de mogelijkheid om een materieelrechtelijke rechtskeuze voor de Principles te doen: 'These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract [...]' (art. 1:101(2) PECL).²⁰ Het effect van een dergelijke rechtskeuze is slechts dat het aanvullende recht van het rechtsstelsel dat op de overeenkomst van toepassing is vervangen wordt door de Principles. Het op de overeenkomst toepasselijke dwingende recht blijft onverkort van toepassing. Een dergelijke rechtskeuze berust op het op de overeenkomst toepasselijke recht en het EVO spreekt zich hierover dan ook niet uit.²¹ Buiten kijf staat dat een materieelrechtelijke rechtskeuze voor de Principles mogelijk is.²² Een dergelijke rechtskeuze is voor internationale contractspartijen die geen overeenstemming kunnen bereiken over het toepasselijke recht echter weinig aantrekkelijk. Hun probleem lost het niet op, aangezien zij alsnog overeenstemming dienen te bereiken over een rechtskeuze voor een bestaand nationaal rechtsstelsel. Een materieelrechtelijke rechtskeuze voor de Principles ten aanzien van contracten waarvan de geschillenbeslechting is overgelaten aan de Nederlandse rechter zal derhalve naar

verwachting geen hoge vlucht nemen.

Indien het gaat om geschillen onderworpen aan arbitrage ligt de zaak ten dele anders. Arbiters zijn niet, of althans niet volledig, gebonden aan nationaal recht, in het bijzonder niet aan conflictenregels van het land van arbitrage.²³ Indien een contract onderworpen is aan arbitrage in Nederland, vormt artikel 3 EVO derhalve geen beletsel voor toepassing van de Principles. Vrij algemeen redeneert men in de internationale literatuur als volgt: nu partijen de arbiter op kunnen dragen het geschil *ex aequo et bono* te beslissen, moet het ook mogelijk zijn dat partijen de arbiter opdragen het geschil te beslechten naar de Principles.²⁴ Voor Nederland is daarnaast van belang artikel 1054 lid 2 Rv, waaruit blijkt dat arbitrage mogelijk is naar de 'regelen des rechts' gekozen door partijen.²⁵ Partijen die de geschillenbeslechting overlaten aan arbiters (in Nederland of elders in Europa) kunnen in hun overeenkomst derhalve zonder problemen een conflictenrechtelijke rechtskeuze doen voor de Principles. Uiteraard behoort dan ook de minder vergaande (en minder aantrekkelijke) materieelrechtelijke rechtskeuze voor de Principles tot de mogelijkheden. Hoewel op dit moment nog geen arbitrale uitspraken bekend zijn waarin op grond van een conflictenrechtelijke rechtskeuze van partijen de Principles zijn toegepast, heeft een dergelijke rechtskeuze in arbitrage voorlopig beduidend meer toekomst dan voor de Nederlandse rechter. Hierbij kan gewezen worden op het feit dat de *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (hierna: UNIDROIT Principles), die wat betreft structuur en

Het valt niet snel te verwachten dat de Nederlandse rechter in internationale gevallen de Principles zal toepassen ter oplossing van een gerezen geschil.

inhoud in hoge mate vergelijkbaar zijn met de Lando Principles, in de internationale arbitrage-praktijk in vergelijkbare gevallen al wel hier en daar zijn toegepast.²⁶

4. Toepassing van de Principles door arbiters en rechters bij gebreke van een rechtskeuze door partijen

Artikel 1:101(3)(b) PECL stelt dat '[t]hese Principles may be applied when the parties [...] have not chosen any system of rules of law to govern their contract.' Volgens de ontwerpers '[t]he justification for such application is the comparative preparation and international discussion which is reflected by the Principles. For the adjudication of an international contract the principles may furnish a more appropriate basis than any specific system of national contract law.'²⁷

Bij gebreke van een rechtskeuze door partijen is de Nederlandse rechter in internationale gevallen echter gebonden aan artikel 4 EVO, dat niet voorziet in de aanwijzing van a-nationaal recht. Toepassing van de Principles behoort daarmee niet tot de mogelijkheden.²⁸ Het valt daarom niet snel te verwachten dat de Nederlandse rechter in internationale gevallen de Principles zal toepassen ter oplossing van een gerezen geschil.

Van arbiters, die niet aan het EVO zijn gebonden, valt op dit punt weer meer te verwachten.²⁹ Op

grond van de Nederlandse arbitrageregeling kan de arbiter niet alleen een nationaal recht toepassen, maar ook 'regelen des rechts' (art. 1054 lid 2 Rv).³⁰ Ook de Principles komen dan in beeld.³¹ Gevallen waarin de Lando Principles bij gebreke van een rechtskeuze zijn toegepast door arbiters zijn tot nog toe niet gepubliceerd.

5. Enige kritiek op de Principles

In de (internationale) literatuur komt men regelmatig kritiek tegen op de Principles die aan de hierboven behandelde IPR-problemen voorbij gaat en enkele andere knelpunten signaleert.³² In Nederland kan met name M.V. Polak genoemd worden.³³ Allereerst betwijfelt hij of 'de' internationale handelspraktijk (die naar zijn mening als zodanig niet bestaat) de Principles zal verwelkomen als een broodnodig en pasklaar alternatief voor het IPR.³⁴ De tijd zal leren of Polak terecht twijfels heeft. Het gebruik van de UNIDROIT Principles in de internationale arbitragepraktijk kan men naar onze mening heel wel interpreteren als een gunstig teken voor de Lando Principles.³⁵

Daarnaast noemt hij het bezwaar van het niet-uitputtende karakter van de Principles, waardoor zij naar zijn mening het IPR eenvoudigweg niet kunnen vervangen.³⁶ Hiertegen kan aangevoerd worden dat het argument van Polak ten aanzien van de Lando Principles enigszins achterhaald is. Intussen is deel II gepubliceerd. Tezamen met deel I en het nog te publiceren deel III zullen de Lando Principles een vrij complete regeling bieden, althans wat betreft de contractuele aspecten.

Tenslotte meent Polak dat de Principles niet te kwalificeren zijn als 'recht' in de zin van artikel 99 lid 1 aanhef en onder 2 Wet RO, zodat de Hoge Raad de toepassing van de Principles slechts in beperkte mate kan controleren en anderzijds dat de Hoge Raad geen voortrekker zal zijn bij de interpretatie en ontwikkeling van de Principles.³⁷ Dit is, indien de Hoge Raad zijn opvatting omtrent 'recht' in de zin van voormelde bepaling handhaaft, inderdaad te betreuren, maar op zichzelf geen onoverkomelijk probleem. Het feit dat de Hoge Raad de door de ICC opgestelde 'Uniforme Regelen en Usances voor Dokumentaire Kredieten' consequent niet als 'recht' in de zin van de bedoelde bepaling heeft aangemerkt³⁸ heeft in elk geval geenszins afgedaan aan het succes daarvan in de handelspraktijk.

6. De Principles als basis voor een Europees contractenrecht?

6.1 Algemeen

Er bestaat – vooral in academische kringen – een groot aantal voorstanders van een Europees, dat wil zeggen geharmoniseerd, contractenrecht, met name in Nederland, Duitsland en Italië.³⁹ Daarnaast ziet ook het Europees Parlement wel iets in een Europees contractenrecht.⁴⁰ Of dit er ooit zal komen is moei-

lijk te voorspellen. Een en ander zal mede afhangen van de politieke bereidheid van de lidstaten van de Europese Unie. Zeer recentelijk heeft ook het voorzitterschap van de Europese Raad (Tampere, Finland, 15 en 16 oktober 1999) interesse getoond in unificatie van Europees privaatrecht, zoals blijkt uit conclusie nr 39: 'Wat het materieel recht betreft, wordt gezocht een alomvattende studie uit te voeren over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied onderling aan te passen teneinde de belemmeringen voor een goede rechtsgang in burgerlijke zaken weg te nemen. De Raad dient hierover in 2001 verslag uit te brengen.'⁴¹

Een Europees contractenrecht heeft een aantal voordelen boven een contractenrecht dat van Lidstaat tot Lidstaat kan verschillen. Op de eerste plaats brengt het de nodige rechtszekerheid, aangezien steeds direct duidelijk is welk contractenrecht van toepassing is. Deze rechtszekerheid kan leiden tot een grotere economische activiteit binnen de Europese Unie. Daarnaast betekent een Europees contractenrecht dat alle contracten die gesloten worden binnen de Europese Unie beheerst worden door hetzelfde overeenkomstenrecht, hetgeen de rechtsgelijkheid tussen contractanten binnen Europa ten goede komt. Ten slotte is het met betrekking tot contracten tussen Europeanen onderling niet meer noodzakelijk om het internationaal privaatrecht te raadplegen en behoeven partijen geen onderhandelingstijd te besteden aan het bereiken van overeenstemming over een eventuele rechtskeuze, hetgeen tijd en kosten kan besparen.

Een andere vraag is of de jurist afstand zal willen doen van zijn eigen, vertrouwde, nationale (al dan niet gecodificeerde), contractenrecht. Toegespitst op Nederland: zal de Nederlandse jurist afstand willen doen van een belangrijk gedeelte van het nog maar relatief kort geleden in werking getreden nieuwe verbintenissenrecht? Een factor van betekenis zal hierbij hoogstwaarschijnlijk zijn de mate waarin de inhoud van een Europees contractenrecht overeenkomt met het thans geldende Nederlandse recht. Daarnaast zal de kwaliteit van de oplossingen die in een toekomstig Europees contractenrecht worden geboden bij de aanvaardbaarheid daarvan een rol spelen.

In het navolgende zal een aantal centrale leerstukken van het contractenrecht de revue passeren. Het Nederlandse contractenrecht en de Principles zullen hierbij op hoofdpunten met elkaar worden vergeleken. Aangezien de toegemeten ruimte het niet toelaat alle belangrijke leerstukken van contractenrecht te behandelen, was een selectie noodzakelijk. Bij de keuze van de te behandelen onderwerpen heeft de gedachte dat juist de zogenaamde 'extremen' interessante gezichtspunten kunnen opleveren een rol gespeeld. Wij zullen ons daarom enerzijds concentreren op de onderwerpen waarbij de Principles duidelijke overeenkomsten vertonen met het Nederlandse recht, en anderzijds op die leerstukken ten aanzien waarvan de Principles duidelijk afwijken van ons nationale recht. Indien duidelijke verschillen bestaan tussen het Nederlandse recht en de Principles, zal steeds aangegeven worden welke oplossing naar onze mening de voorkeur geniet.

Het doel van deze exercitie is tweeledig. Allereerst dient zij er toe een uitspraak te kunnen doen over de mate waarin een Europees contractenrecht op basis van de Principles aanvaardbaar zou kunnen zijn voor de Nederlandse jurist. Daarnaast merkte de voorzitter van *The Commission on European Contract Law* professor Ole Lando acht jaar geleden op dat zijn commissie 'has benefitted greatly from the Dutch experiences and from the provisions of the NBW [...]'.⁴² Het is derhalve interessant om te bezien in hoeverre de Principles in hun uiteindelijke vorm zijn beïnvloed

Er bestaat een groot aantal voorstanders van een Europees, dat wil zeggen geharmoniseerd, contractenrecht, met name in Nederland, Duitsland en Italië.

door het nieuwe Nederlandse BW. Mede daarom is een vergelijking de moeite waard.

6.2 'Conflicting general conditions': 'the battle of forms'

Een bekend vraagstuk in het contractenrecht is dat van de 'battle of forms', de formulierenstrijd. A vraagt, op zijn briefpapier, offerte aan B. Deze stuurt, op haar briefpapier, de gevraagde offerte. De offerte wordt vervolgens door A aanvaard, wederom op A's briefpapier. Het briefpapier van zowel A als B bevat een gedrukte toepasselijkverklaring van de eigen algemene voorwaarden. Welke voorwaarden prevaleren? Aan deze vraag gaat een voorvraag vooraf: is er een geldige overeenkomst? Men kan immers stellen dat aanbod en aanvaarding elkaar niet geheel dekken. Vrij algemeen wordt aangenomen dat de overeenkomst niettemin geldig tot stand is gekomen.⁴³ Dit is ook het uitgangspunt in de Principles (art. 2:209 (1) PECL, eerste zin).⁴⁴

De vraag welke algemene voorwaarden van toepassing zijn beantwoorden de PECL met de zogenaamde 'knock out'-doctrine: de voorwaarden die gemeenschappelijk zijn aan beide sets zijn van toepassing (art. 2:209(1) PECL, tweede zin). Een contract komt echter niet tot stand indien een partij tevoren expliciet (en niet bij wege van algemene voorwaarden) te kennen geeft niet overeenkomstig de zojuist gegeven regel gebonden te willen zijn. Hetzelfde geldt indien de desbetreffende partij dit onverwijld na de aanvaarding doet (art. 2:209(2)(a) en (b) PECL).⁴⁵

Het Nederlandse recht benadert de 'battle of forms' anders. Indien aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen, dan komt aan de tweede verwijzing geen werking toe, wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen (art. 6:225 lid 3 BW). In het gegeven voorbeeld zijn derhalve de algemene voorwaarden van B van toepassing. Hiermee kiest de Nederlandse wetgever als uitgangspunt voor de zogenaamde 'first shot'-doctrine. Gezien de ratio van de Nederlandse regeling zal voor een uitdrukkelijke afwijzing meer nodig zijn dan een vordrukte mededeling. Indien de algemene voorwaarden wél uitdrukkelijk van de hand worden gewezen, dan dient te worden bekeken of de algemene voorwaarden van de aanvaarding al dan niet op ondergeschikte punten afwijken van die van het aanbod. Gaat het om afwijkingen op slechts ondergeschikte punten, dan zijn de algemene voorwaarden van de aanvaarding op de overeenkomst van toepassing (dat wil zeggen: A's algemene voorwaarden), tenzij de aanbieder hiertegen onverwijld bezwaar maakt, in welk geval geen overeenkomst tot stand komt (art. 6:225 lid 2 BW). Betreft het afwijkingen van meer substantiële aard, dan geldt de aanvaarding als een nieuw aanbod en als verwerping van het oorspronkelijke aanbod (art. 6:225 lid 1 BW).⁴⁶

De beide oplossingen lopen dus nogal uiteen.⁴⁷ De regeling in de Principles heeft het voordeel dat zij anders dan de Nederlandse oplossing, die in beginsel kiest voor de (vrij willekeurige) toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de aanbieder, een compromiskarakter heeft. Men kijkt in de Principles immers naar hetgeen de beide sets algemene voorwaarden gemeenschappelijk hebben.⁴⁸ De oplossing in de Principles is vanwege haar compromiskarakter naar onze mening superieur aan de Nederlandse en zal om die reden (ondanks de verschillen) aanvaardbaar kunnen zijn voor de Nederlandse jurist.

6.3 'Authority of Agents'

Algemeen

In *Chapter 3* van de Principles (*Authority of Agents*) wordt een regeling gegeven voor vertegenwoordiging waarin nauwe aansluiting wordt gezocht bij het Nederlandse recht. In *Section 1* zijn de algemene bepalingen opgenomen. De reikwijdte van de regeling is – zoals uiteraard te verwachten valt – beperkt tot vertegenwoordiging bij overeenkomsten (art. 3:101(1) PECL). Daarnaast gaat het in de PECL slechts om vertegenwoordiging krachtens de wil van de vertegenwoordigde. Alleen vertegenwoordiging krachtens volmacht wordt derhalve geregeld (art. 3:101(2) PECL). Tenslotte worden alleen de externe aspecten van vertegenwoordiging behandeld, dat wil zeggen de verhouding tussen de principaal respectievelijk de tussenpersoon en de derde. De relatie tussen de principaal en de tussenpersoon blijft dus buiten beschouwing (art. 3:101(3) PECL), behalve voorzover het de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de tussenpersoon beïnvloedt. De Principles volgen het continentale model en onderscheiden tussen *direct* en *indirect representation* (art. 3:102 PECL).⁴⁹ *Direct representation* wordt nader uitgewerkt in *Section 2*, *indirect representation* in *Section 3*. Enkele saillante overeenkomsten en enkele verschillen komen hieronder aan bod.

'Direct Representation'

Er bestaat een groot aantal overeenkomsten tussen de regeling in de Principles en die in het BW. Allereerst is het gevolg van vertegenwoordiging krachtens volmacht zowel naar de PECL als naar Nederlands recht dat principaal en derde aan elkaar gebonden worden en de tussenpersoon ertussenuit valt (art. 3:202 PECL en art. 3:66 lid 1 BW).⁵⁰ Voor de derde dient uiteraard wel duidelijk te zijn dat de tussenpersoon niet op eigen naam maar op naam van de principaal contracteert (art. 3:102(1), 3:202 PECL en art. 3:66 lid 1 BW).⁵¹ Voorts kan in beide stelsels volmacht niet alleen uitdrukkelijk worden verleend, maar ook impliciet (vergelijk art. 3:201 (1) PECL en art. 3:61 lid 1 BW).⁵²

De regelingen inzake door de principaal (door uitlatingen of gedragingen, eventueel een nalaten) jegens de derde opgewekte schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid komen overeen: in beide gevallen wordt de principaal gebonden aan het contract met de derde dat onbevoegdlijk gesloten is door de tussenpersoon (art. 3:201(3) PECL en art. 3:61 lid 2 BW).⁵³

Ook de problematiek van de *falsus procurator* wordt op dezelfde wijze benaderd. Het gaat hierbij om het probleem dat optreedt indien iemand, zonder daartoe bevoegd te zijn (de pseudo-vertegenwoordiger of *falsus procurator*), contracten aangaat met derden op naam van een ander (de pseudo-principaal). Zowel de Principles als het Nederlandse recht stellen dat een contract met de principaal (behoudens in het geval van bekrachtiging, waarover hierna) niet tot stand komt, omdat de tussenpersoon niet beschikt over (toereikende) vertegenwoordigingsbevoegdheid. Niettemin is de laatste verplicht eventuele schade die de derde hierdoor lijdt te vergoeden. Ook het positieve contractsbelang (gederfde winst) komt voor vergoeding in aanmerking (art. 3:204 PECL en art. 3:70 BW).⁵⁴

Zowel naar de Principles als naar Nederlands recht geldt dat indien de principaal een door de tussenpersoon onbevoegdlijk gesloten contract met een derde bekrachtigt, het desbetreffende contract geacht wordt geldig te zijn vanaf het moment dat het gesloten werd. De bekrachtiging kan niet ten nadele van derden werken (art. 3:207 (1) en (2) PECL en art. 3:69 leden 1 en 5 BW).⁵⁵

De vraag welke algemene voorwaarden van toepassing zijn wordt beantwoord met de zogenaamde 'knock out'-doctrine: de voorwaarden die gemeenschappelijk zijn aan beide sets zijn van toepassing.

Artikel 3:203 PECL geeft aan wat de rechtsgevolgen zijn van contracteren namens een *unidentified principal*. Indien de tussenpersoon binnen redelijke termijn na een verzoek van de derde tot bekendmaking van de principaal verzuimt diens identiteit te onthullen, raakt de tussenpersoon zelf gebonden. Een regeling in vergelijkbare zin biedt het Nederlandse recht voor het probleem van de nader te noemen meester (art. 3:67 BW).⁵⁶

Ten aanzien van drie van de vier overige bepalingen kan men zowel op verschillen als overeenkomsten wijzen. Het betreft hier artikel 3:205 PECL (*conflict of interest*), te vergelijken met het minder algemeen geformuleerde artikel 3:68 BW (*Selbsteintritt*)⁵⁷; artikel 3:206 PECL (*Subagency*), te vergelijken met artikel 3:64 BW (subvolmacht)⁵⁸; artikel 3:209 PECL (*Duration of authority*), te vergelijken met artikel 3:76 BW (bescherming na einde volmacht).⁵⁹ De verschillen betreffen echter vooral de uitwerking. Ons inziens zal de Nederlandse jurist ook hier voldoende van zijn eigen recht terugvinden in de Principles.

Tussen beide regelingen bestaat eigenlijk maar één verschil van principiële aard. Het betreft artikel 3:208 PECL (*Third party's right with respect to confirmation of authority*).⁶⁰ Indien uitlatingen of gedragingen van de principaal de derde reden gaven te veronderstellen dat een contract bevoegdelyk door de tussenpersoon namens de principaal is gesloten, maar de derde gerechtvaardigde twijfels heeft, kan de derde de principaal schriftelyk verzoeken te bevestigen dat de tussenpersoon vertegenwoordigingsbevoegd is of, mocht het contract onbevoegdelyk zijn gesloten, verzoeken om bekrachtiging. Indien de principaal nalaat hierop te reageren of onverwijld aangeeft geen bezwaar te maken, dan wordt het contract van de tussenpersoon geacht bevoegdelyk te zijn gesloten. Bepalingen in het Nederlandse recht die de derde eveneens de mogelijkheid bieden zekerheid te verkrijgen over het effect van contracten gesloten door een tussenpersoon in situaties dat niet geheel duidelijk is of deze daartoe wel bevoegd was, vindt men in de artikelen 3:69 lid 4 (stellen van een redelijke termijn voor bekrachtiging) en 3:71 BW (vragen om bewijs van volmacht).⁶¹ Indien men enkele verschillen van ondergeschikte aard buiten beschouwing laat, blijft een principieel verschil bestaan. Het rechtsgevolg dat verbonden wordt aan het uitblijven van een reactie op het verzoek van de derde is tegenovergesteld. In het Nederlandse recht heeft stilzitten volgens artikel 3:71 BW tot gevolg dat de derde zich alleen zekerheid kan verschaffen door de rechtshandeling als ongeldig van de hand te wijzen, zodat geen contract tot stand komt tussen de principaal en de derde. Laat de derde dit na, dan duurt de onzekerheid voort. Ten aanzien van artikel 3:69 lid 4 BW geldt, dat indien de gevraagde bekrachtiging niet binnen de gestelde redelijke termijn wordt gegeven, de desbetreffende rechtshandeling niet verbindend is. In de Principles heeft stilzitten daarentegen ten gevolge dat het contract geacht wordt bevoegdelyk te zijn aangegaan, zodat er juist binding optreedt tussen de derde en de principaal. Dit verschil kan worden verklaard. Artikel 3:208 PECL vereist onder meer

dat de principaal bij de derde de gerechtvaardigde indruk heeft gewekt dat de tussenpersoon bevoegd was. Dit rechtvaardigt dat de principaal – nadat deze nalaat de zaak op te helderen – gebonden wordt. De artikelen 3:69 lid 4 en 3:71 BW stellen het vereiste van toedoen van de principaal niet. Het is daarom niet verwonderlijk dat de Nederlandse wetgever in tegenovergestelde richting redeneert. De Principles sluiten voor het overgrote deel nauw tot zeer nauw aan bij de Nederlandse regeling inzake de volmacht. Naar onze verwachting is de regeling in hoge mate aanvaardbaar voor de Nederlandse jurist.

'Indirect Representation'

Van *indirect representation* is sprake indien de tussenpersoon op eigen naam, maar voor rekening van de principaal contracteert met een derde. Nu de tussenpersoon op eigen naam contracteert, komt de overeenkomst tot stand tussen de derde en de tussenpersoon; de achterman is bij dit contract geen partij (art. 3:102(2) en 3:301(1) PECL). Twee juridisch te onderscheiden gevallen zijn begrepen onder *indirect representation*. Op de eerste plaats de gevallen waarin de tussenpersoon slechts de bevoegdheid heeft op eigen naam (maar voor rekening van de principaal) te contracteren, en vervolgens ook openlyk op eigen naam het contract sluit (art. 3:102 (2), eerste zinsdeel, en 3:301(1)(a) PECL). Daarnaast is ook sprake van *indirect representation* indien de tussenpersoon weliswaar de bevoegdheid heeft om openlyk namens de principaal te contracteren, maar (anders dan bij *direct representation*) op eigen naam handelt (art. 3:102 (2), tweede zinsdeel, en 3:301 (1) (b) PECL). Dit komt geheel overeen met het Nederlandse recht.⁶²

Nu niet ontkend kan worden dat de principaal – doordat voor diens rekening wordt gehandeld – in economische zin nauw bij de overeenkomst tussen de derde en de tussenpersoon is betrokken, laten de Principles toe dat de principaal en de derde elkaar onder bepaalde voorwaarden rechtstreeks kunnen aanspreken (art. 3:301(2), 302-304 PECL). Indien de tussenpersoon faillieert of sprake is van een wezenlijke tekortkoming in de nakoming jegens de principaal, heeft de laatste de mogelijkheid de rechten van de tussenpersoon jegens de derde rechtstreeks uit te oefenen (*actio directa*; art. 3:302 PECL). Omgekeerd heeft de derde de mogelijkheid zijn rechten jegens de tussenpersoon rechtstreeks uit te oefenen tegen de principaal in soortgelijke omstandigheden (*actio contraria*; art. 3:303 PECL). Dit spoort nagenoeg volledig met de rechtstreekse acties zoals opgenomen in de lastgevingsartikelen 7:420 en 421 BW, die in de literatuur vrij algemeen worden gezien als bepalingen die betrekking hebben op middellijke vertegenwoordiging in zijn algemeenheid.⁶³ De bepalingen inzake *indirect representation* in de PECL zijn ons inziens in hoge mate aanvaardbaar voor de Nederlandse jurist, nu de Principles op dit punt haast identiek zijn aan het Nederlandse recht.⁶⁴

6.4 'Fundamental mistake' en 'excessive benefit or unfair advantage'

Algemeen

Het is interessant om te zien dat de regeling inzake *fundamental mistake* (art. 4:103-4:106 PECL) en de regeling inzake *excessive benefit or unfair advantage* (art. 4:109 PECL) belangrijke overeenkomsten vertonen met onze dwalingsregeling (art. 6:228 en 6:230 BW) en de in art. 3:44 lid 4 en 54 BW opgenomen voorziening met betrekking tot misbruik van omstandigheden.⁶⁵

'Fundamental mistake'

Artikel 4:103(1) PECL onderscheidt evenals artikel

6:228 lid 1 BW tussen een drietal vormen van dwaling, te weten: 1) dwaling die te wijten is aan een inlichting van de wederpartij; 2) dwaling doordat de wederpartij in strijd met zijn inlichtingenplicht zwijgt; 3) gevallen van wederzijdse dwaling. Artikel 4:103(2) PECL maakt duidelijk dat een contractspartij niet kan vernietigen op grond van dwaling indien: '[...] (a) in the circumstances its mistake was inexcusable, or (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it.' Dit komt overeen met de uitzondering in artikel 6:228 lid 2 BW, die bepaalt dat de vernietiging niet kan worden gegrond op een dwaling die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van degene die zich op dit ontbreken beroept, behoort te blijven. De uitzondering dat vernietiging niet kan worden gegrond op een dwaling die een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft (art. 6:228 lid 2 BW) komen we niet tegen in artikel 4:103 (2) PECL.⁶⁶

Artikel 4:105 PECL (*adaptation of the contract*) bepaalt, kort gezegd, het volgende. Indien de wederpartij van de dwalende te kennen geeft bereid te zijn na te komen (dan wel daadwerkelijk nakomt) op een wijze die beantwoordt aan de overeenkomst zoals de dwalende deze begreep, dan wordt het contract geacht met die inhoud te zijn gesloten. De wederpartij van de dwalende dient, onmiddellijk nadat deze op de hoogte wordt gebracht van de wijze waarop de dwalende de overeenkomst begreep, aan te geven dat hij (de wederpartij van de dwalende) bereid is de overeenkomst op een daarmee corresponderende wijze na te komen. De wederpartij van de dwalende kan er ook voor kiezen de overeenkomst direct na te komen op een wijze die correspondeert met het contract zoals de dwalende deze begreep (sub (1)). De dwalende verliest hiermee de bevoegdheid de overeenkomst te vernietigen en een eerdere gedane daartoe strekkende mededeling heeft geen effect (sub (2)). Indien sprake is van wederzijdse dwaling heeft de rechter op verzoek van elk der partijen de bevoegdheid de overeenkomst zodanig aan te passen dat het in overeenstemming wordt gebracht met het contract dat partijen redelijkerwijs hadden gesloten indien geen sprake zou zijn geweest van dwaling (sub (3)).⁶⁷

Artikel 4:105 PECL is in hoge mate vergelijkbaar met artikel 6:230 BW (opheffing nadeel), dat een manifestatie vormt van de algemene relativeringstendens in het nieuwe BW.⁶⁸ Dit artikel bepaalt -voor zover hier van belang- dat de bevoegdheid tot vernietiging op grond van dwaling vervalt, wanneer de wederpartij van de dwalende tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt, die het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt, op afdoende wijze opheft (lid 1). Bovendien, aldus lid 2, kan de rechter op verlangen van een der partijen, in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van dit nadeel wijzigen.⁶⁹ Aldus wordt duidelijk dat de dwalingsregeling in de Principles nauw aansluit bij de Nederlandse. Deze regeling zal voor de Nederlandse jurist derhalve naar verwachting weinig problemen opleveren.

wederpartij dit wist althans behoorde te weten en hiervan (in aanmerking genomen de omstandigheden van het geval en het doel van het contract) gebruik heeft gemaakt op een wijze die 'grossly unfair' was of hem een 'excessive benefit' opleverde (sub (1) (b)). Ook artikel 3:44 lid 4 BW (misbruik van omstandigheden) ziet op gevallen waarin een contractspartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst ten opzichte van de wederpartij in economisch of geestelijk opzicht in een uitzonderlijk zwakke positie verkeert (zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand en onervarenheid). Het nadeel van de Nederlandse formulering is dat zij vervolgens niet erg cryptisch is: het moet gaan om een situatie waarin de economisch of psychisch sterkere contactspartij de overeenkomst sluit terwijl zijn kennis omtrent met name de economische of psychische zwakke(re) gesteldheid van zijn wederpartij hem daarvan had behoren te weerhouden. De Principles zijn hier een (iets) concreter door aan te geven dat de sterkere partij van diens zwakkere wederpartij gebruik moet hebben gemaakt op een wijze die 'grossly unfair' was of hem een 'excessive benefit' opleverde.⁷⁰ Van een principiële verschil is hier naar onze mening geen sprake.

Artikel 4:109 (2) PECL geeft de rechter de bevoegdheid op verzoek van de zwakkere contractspartij het contract aan te passen op zodanige wijze dat de inhoud van het contract overeenkomt met wat partijen overeen zouden zijn gekomen indien de vereisten van 'good faith and fair dealing' in acht waren genomen, een en ander indien dit passend is. Sub (3) biedt de rechter dezelfde mogelijkheid indien de sterkere contractspartij hiertoe verzoekt nadat deze partij een mededeling heeft ontvangen dat diens zwakkere wederpartij de overeenkomst wenst te vernietigen. De sterkere partij dient er wel zorg voor te dragen dat diens wederpartij van het verzoek tot aanpassing van de overeenkomst onverwijld op de hoogte wordt gesteld en voordat de wederpartij zijn handelen afstemt op de veronderstelling dat de overeenkomst is vernietigd.⁷¹

Evenals in verband met artikel 4:105 PECL kon worden opgemerkt, bestaat ook hier een vergelijkbare voorziening. Het betreft artikel 3:54 BW (opheffing nadeel), die evenals artikel 6:230 BW een manifestatie is van de algemene relativeringstendens in het nieuwe BW.⁷² De bevoegdheid om een meerzijdige rechtshandeling te vernietigen op grond van misbruik van omstandigheden vervalt, wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt, die het nadeel van afdoende wijze opheft (lid 1). Daarnaast kan de rechter (zie lid 2) op verlangen van een der partijen, in plaats van vernietiging wegens misbruik van omstandigheden uit te spreken, ter opheffing van dit nadeel de gevolgen van de rechtshandeling wijzigen.⁷³

Ook op de regeling inzake *excessive benefit or unfair advantage* sluit het Nederlandse recht mooi aan en zal derhalve hoogstwaarschijnlijk acceptabel zijn vanuit het perspectief van de Nederlandse jurist.

6.5 'Change of Circumstances' / 'Imprévision'

Jarenlang is het een omstrede vraag geweest: kan de rechter de overeenkomst wijzigen of tenietdoen in geval van (sterk) gewijzigde omstandigheden. De

De Principles sluiten voor het overgrote deel nauw tot zeer nauw aan bij de Nederlandse regeling inzake de volmacht.

'Excessive benefit or unfair advantage'

Artikel 4:109 PECL bepaalt, kort gezegd, dat een contractspartij de overeenkomst kan vernietigen indien hij ten tijde van de contractsluiting ten opzichte van zijn wederpartij economisch of geestelijk gezien in een (zeer) zwakke positie verkeert (genoemd worden: *dependence, relationship of trust, economic distress, urgent needs, improvidence, ignorance, inexperience and lack of bargaining skill*). Tevens is noodzakelijk dat de

rechtspraak heeft deze mogelijkheid lange tijd niet willen aannemen.⁷⁴ Ook de Franse civiele rechter heeft er, ondanks het feit dat de naam 'imprévision' op een Franse herkomst lijkt te duiden, niet aan geweld (anders dan de administratieve rechter).⁷⁵ Eerst de opnemng van artikel 6:258 BW heeft in ons land tot een koerswijziging geleid. Reeds voor de invoering van het nieuwe vermogensrecht heeft de rechtspraak hierop geanticipeerd. De bepaling werd en wordt echter met grote terughoudendheid toegepast.⁷⁶ Dat is ook de opzet van artikel 6:111 PECL, dat opent met de hoofdregel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen 'even if performance has become more onerous' (art. 6:111(1) PECL).⁷⁷ Wat opvalt zijn echter vooral de verschillen tussen de regeling in de PECL en in het BW.

In de PECL staat voorop dat partijen de plicht hebben over hun contract in heronderhandeling te treden indien 'performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances' (art. 6:111(2) PECL). Pas wanneer partijen er niet in slagen binnen redelijke termijn tot een aanpassing van de oorspronkelijke overeenkomst te komen, is de rechter aan zet en kan de overeenkomst doen eindigen op een door hem te bepalen tijdstip en onder door hem te bepalen voorwaarden. Hij kan er ook voor kiezen het contract aan te passen op een zodanige wijze dat de kosten en baten daarvan op een redelijke en billijke wijze worden verdeeld tussen partijen (art. 6:111 (3), sub (a) en (b) PECL). De rechter heeft daarnaast de mogelijkheid schadevergoeding toe te kennen indien een contractspartij weigert aan zijn heronderhandelingsplicht te voldoen of de onderhandelingen 'contrary to good faith and fair dealing' afbreekt (art. 6:111 (3) PECL in fine).⁷⁸

In artikel 6:258 BW wordt een plicht tot heronderhandelen niet genoemd. De rechter kan daarom direct op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van gewijzigde omstandigheden indien deze van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Dit is een duidelijk verschil tussen de Nederlandse voorziening en de PECL. In de afgelopen jaren heeft een aantal auteurs gepleit voor de introductie van een heronderhandelingsplicht die zij baseren op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).⁷⁹ Met name Hijma is hiervan een groot voorstander. Partijen zijn zelf het beste op de hoogte van hun moeilijkheden en mogelijkheden, zo redeneert Hijma. Partijen blijven met elkaar in gesprek en houden direct invloed op de ontwikkelingen. Voorts blijven zij bij de contractuele relatie betrokken op een minder conflictueuze wijze dan in een proces het geval is. De kosten en het tijdsverlies van een procedure blijven bespaard, hetgeen niet alleen gunstig is voor partijen maar ook voor het rechterlijk apparaat.⁸⁰ Peletier neemt ten aanzien van het aannemen van een heronderhandelingsplicht in het Nederlandse recht een genuanceerd standpunt in. Een heronderhandelingsplicht kan naar haar mening met name nuttig zijn indien het gaat om een contract van meer complexe aard. Hoe complexer immers de overeenkomst, hoe minder de rechter, door een informatie- of kennisprobleem, in staat zal zijn de overeenkomst op adequate wijze aan te passen. De complexiteit kan gelegen zijn in technisch-inhoudelijke details, maar kan evenzeer betrekking hebben op de structuur van het contract of de looptijd ervan in de toekomst (duurovereenkomsten). Bij een eenmalig koopcontract waarbij een roerende zaak van eigenaar wisselt is daarentegen het heronderhandelingsbelang (uiterst) zwak. Een structurele

heronderhandelingsplicht zoals deze in de PECL is opgenomen wijst zij daarom van de hand.⁸¹ Niettemin zijn wij van mening dat een plicht tot heronderhandelen zoals neergelegd in artikel 6:111 PECL voor althans bepaalde soorten contracten een aanwinst zou zijn voor het Nederlandse recht. De modernere en meer praktische oplossing die de Principles bieden voor het probleem van *change of circumstances* zou naar onze mening zeer wel aanvaardbaar kunnen zijn voor de Nederlandse jurist. Zij verdient ons inziens de voorkeur boven de Nederlandse regeling.

6.6 'Fundamental Non-Performance and right to terminate the contract'

'A party may terminate the contract if another party's non-performance is fundamental' aldus Artikel 9:301(1) PECL. Artikel 8:103 sub (a)-(c) PECL geeft aan dat in een drietal gevallen sprake is van *fundamental non-performance* zodat een overeenkomst beëindigd kan worden. De ontwerpers hebben zich bij deze driedeling in verregaande mate laten inspireren door het Engelse recht.⁸² In sub (a) is de relevante factor niet de feitelijke ernst van de niet-nakoming, maar de overeenkomst tussen partijen. Indien partijen overeen zijn gekomen dat strikte naleving 'of the essence of the contract' is, dan levert elke niet-nakoming, hoe gering ook, *fundamental non-performance* op. Dat strikte naleving van cruciaal belang is, kan zowel expliciet als impliciet uit het contract voortvloeien. Zo kan het vereiste van strikte naleving volgen uit de bewoordingen of de aard van de overeenkomst, uit de omstandigheden van het geval, (handels)gebruik of de relatie tussen partijen.⁸³ In sub (b) gaat het juist wel om de feitelijke ernst van de niet-nakoming. Hier wordt gekeken naar de ernst van de gevolgen van de niet-naleving van het contract. Wanneer de niet-nakoming tot gevolg heeft dat de wederpartij op substantiële wijze het voordeel dat hij bij correcte nakoming zou hebben gehad, wordt onthouden en hij daarmee elk belang om zijnerzijds na te komen verliest, dan is sprake van *fundamental non-performance*. Deze regel lijdt echter uitzondering in het geval dat de niet-nakomende partij de gevolgen van zijn contractbreuk niet voorzag en ook niet kon voorzien.⁸⁴ Sub (c) behandelt tenslotte het geval van opzettelijke niet-nakoming. Ook al is de niet-nageleefde verplichting van ondergeschikt belang en zijn de feitelijke gevolgen niet van dien aard dat de wederpartij op substantiële wijze het voordeel wordt onthouden dat hij bij correcte nakoming zou hebben gehad, dan nog kan sprake zijn van *fundamental non-performance* indien opzettelijk niet wordt nagekomen. De opzettelijke niet-nakoming moet voor de wederpartij tot gevolg hebben, dat zij redelijkerwijs niet meer kan vertrouwen op nakoming van de toekomstige verplichtingen van de ander. Indien geen toekomstige verplichtingen meer bestaan, zal van *fundamental non-performance* op grond van sub (c) derhalve geen sprake kunnen zijn.⁸⁵

De Nederlandse ontbindingsregel luidt anders. Uit artikel 6:265 lid 1 BW blijkt dat de schuldeiser als regel een *recht* op ontbinding heeft. Hierbij is irrelevant of de nakoming totaal is, betrekking heeft op een gedeelte of op de kwaliteit. Evenmin doet het terzake dat de tekortkoming is veroorzaakt door een onmogelijkheid van nakoming die reeds ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bestond. Het slot van lid 1 formuleert echter een uitzondering die hierin bestaat dat de schuldeiser geen recht heeft op ontbinding indien de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Gezien de formulering ('tenzij') is het aan de tekortschietende schuldenaar om aannemelijk te maken dat deze uitzonde-

ring toepassing vindt.⁸⁶ Met name Bakels en Hartlief hebben het uitgangspunt van een recht op ontbinding bekritiseerd. Bakels geeft de voorkeur aan een stelsel waarin slechts plaats is voor ontbinding indien geen ander redelijk alternatief voorhanden is (bijvoorbeeld opschorting, vorderen van aanvullende of vervangende schadevergoeding).⁸⁷ Hartlief meent dat alleen plaats dient te zijn voor ontbinding indien sprake is van een wezenlijke tekortkoming.⁸⁸ Zouden de denkbeelden van Bakels en Hartlief geldend recht zijn, dan zou het Nederlandse recht in verregaande mate overeenstemmen met de ontbindingsregeling in de Principles. Uit een vijftal recente arresten van de Hoge Raad blijkt echter dat vastgehouden wordt aan het uitgangspunt dat ontbinding primair een recht van de schuldeiser is en derhalve onafhankelijk is van een al dan niet gekwalificeerde tekortkoming.⁸⁹ De eerste uitspraak in deze reeks is in de literatuur hevig bekritiseerd, onder meer met het argument dat Nederland internationaal gezien uit de pas loopt.⁹⁰ Ook in bijvoorbeeld Duitsland, Engeland, Frankrijk en in het Weens Koopverdrag (art. 25) bestaat als uitgangspunt geen recht op ontbinding maar dient een redelijke belangenafweging te worden gemaakt tussen het belang van de schuldeiser om te ontbinden en het belang van de schuldenaar bij instandhouding van het contract.⁹¹ Hoe zal de Nederlandse jurist over het hier behandelde verschil denken? Dat is niet zo eenvoudig te zeggen. De jurist die rechtszekerheid (zeer) hoog in het vaandel heeft staan zal waarschijnlijk de voorkeur geven aan de Nederlandse regeling; de jurist die hecht aan een rechtvaardige uitkomst in het concrete geval zal zich aangetrokken voelen tot de regeling in de Principles, die de mogelijkheid biedt een zekere belangenafweging te maken (met name 8:103(b) PECL). Naar onze mening verdient de regeling in de Principles althans voor handelstransacties de voorkeur, nu zij in overeenstemming is met de rechtsontwikkeling in de belangrijkste Europese landen en meer blijkt geeft van een genuanceerde benadering van de problematiek. Voor consumententransacties is daarentegen denkbaar dat de voorkeur uitgaat naar een regeling die meer rechtszekerheid biedt en daardoor in de praktijk gemakkelijker te hanteren is.

7. Conclusies

In deze bijdrage hebben wij getracht vanuit Nederlands perspectief enige opmerkingen te maken over een drietal gebruiksmogelijkheden die de Lando commissie ziet weggelegd voor de door haar ontworpen *Principles of European Contract Law*.

Allereerst hebben contractspartijen naar de mening van de Lando commissie de mogelijkheid een rechtskeuze voor de Principles te doen. Wij concludeerden dat op dit moment geenszins zeker is dat de Nederlandse rechter een conflictenrechtelijke rechtskeuze voor de Principles zal accepteren. Een materieelrechtelijke rechtskeuze zal voor de Nederlandse rechter daarentegen wel stand houden, maar deze is voor contractspartijen een stuk minder aantrekkelijk en zal daarom naar onze verwachting geen hoge vlucht nemen. In geschillen onderworpen aan arbitrage ligt de zaak ten dele anders. Een conflictenrechtelijke rechtskeuze voor de Principles wordt hier wel voor mogelijk gehouden. De minder vergaande (en minder aantrekkelijke) materieelrechtelijke rechtskeuze behoort dan uiteraard ook tot de mogelijkheden.

Op de tweede plaats worden rechters en arbiters uitgenodigd de Principles toe te passen bij het oplossen van geschillen ten aanzien van internationale contracten waarbij geen rechtskeuze is gemaakt. Geconcludeerd werd dat het niet snel te verwachten valt

dat de Nederlandse rechter in internationale gevallen de Principles zal toepassen ter oplossing van een gerezen geschil. Ook hier valt van arbiters weer meer te verwachten.

Tenslotte spreken de ontwerpers de hoop uit dat de Lando Principles uiteindelijk de basis zullen vormen voor een toekomstig Europees contractenrecht. Ook deze gebruiksmogelijkheid behandelden wij vanuit Nederlands perspectief, namelijk vanuit het gezichtspunt van de Nederlandse jurist. De mate waarin de Principles overeenkomen met het Nederlandse recht en de kwaliteit van de geboden oplossingen spelen bij de aanvaardbaarheid van de Principles als basis voor een Europees contractenrecht voor hem naar verwachting een belangrijke rol. Een aantal centrale leerstukken van het contractenrecht werd hiertoe in vergelijkend perspectief geplaatst. Een nevendoelestelling van deze rechtsvergelijkende exercitie was dat het interessant is te bezien in hoeverre de Principles zich hebben laten beïnvloeden door het modernste burgerlijk wetboek van West-Europa, het Nederlands BW.

Op sommige punten lijkt de Lando commissie inderdaad te zijn geïnspireerd door het Nederlands BW. Dit is het geval ten aanzien van de regeling van de *direct representation*, die voor het overgrote deel nauw tot zeer nauw aansluit bij de Nederlandse regeling van de volmacht. Hetzelfde beeld geven de bepalingen over de *indirect representation*, die haast identiek zijn aan de regeling in het Nederlandse BW. Ook de regeling inzake *fundamental mistake* en de voorziening inzake *excessive benefit or unfair advantage* sluiten nauw aan bij de Nederlandse bepalingen over dwaling en misbruik van omstandigheden. Deze oplossingen zullen daarom naar onze mening in hoge mate aanvaardbaar zijn voor de Nederlandse jurist.

Op andere punten wijken de Principles echter duidelijk af van het Nederlandse recht. Dit is het geval in verband met het probleem van *de battle of forms*. De oplossing in de Principles is vanwege haar compromiskarakter (zij kiest voor de 'knock out'-doctrine) naar onze mening superieur aan de Nederlandse (die uitgaat van de betrekkelijk willekeurige 'first shot'-doctrine). Ook de regeling van de *imprévision* in de Principles wijkt af van het Nederlandse recht. De Principles stellen voorop dat de contractspartijen in het geval van (ernstig) gewijzigde omstandigheden de plicht hebben in heronderhandeling te treden met elkaar, terwijl het Nederlandse recht een dergelijke plicht niet kent. Wij zijn van mening dat een plicht tot heronderhandelen zoals neergelegd in artikel 6:111 PECL voor althans bepaalde soorten contracten een aanwinst zou zijn voor het Nederlandse recht. De modernere en meer praktische oplossing in de Principles voor het probleem van de *changed circumstances* verdient ons inziens de voorkeur boven de Nederlandse regeling. Ook op het punt van de ontbinding lopen het Nederlandse recht en de Principles uiteen, nu de Principles zwaardere eisen stellen aan de ontbinding. Naar onze mening is de regeling in de Principles althans voor handelstransacties te prefereren, nu zij in overeenstemming is met de rechtsontwikkeling in de belangrijkste Europese landen en meer blijkt geeft van een genuanceerde benadering van de problematiek. Ondanks de verschillen die ten aanzien van de zojuist genoemde leerstukken bestaan met het Nederlandse recht, kunnen de Principles hier naar onze mening niettemin aanvaardbaar zijn voor de Nederlandse jurist, aangezien de Principles op de behandelde punten regelingen hebben opgeleverd die superieur zijn aan het huidige Nederlandse recht. ■

1. O. Lando/H. Beale (Eds.), *Principles of European Contract Law, Part I and II*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2000. De tekst van de Principles is ook op het internet te vinden, zie bijvoorbeeld: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/index.html>.
2. Daarnaast worden rechters en arbiters uitgenodigd een verwijzing door partijen naar *general principles of law*, de *lex mercatoria*, of waarbij zij woorden van gelijke strekking gebruiken, op te vatten als een rechtskeuze voor de Principles (hierover ook nt. 13 hierna). Denkbaar is overigens ook dat niet *en bloc* naar de Principles wordt verwezen, maar dat deze als *checklist* dienen bij het opstellen van contracten. Hierover: K. Boele-Woelki, *Principles en IPR* (oratie), Vermande, Lelystad 1995, p. 4; B. Wessels, *Enkele opmerkingen over de betekenis van de 'UNIDROIT Principles for international commercial contracts' en de 'Principles of European contract law' in de adviespraktijk*, *NTBR* (1996) p. 75-76 (beiden tevens in verband met de *Principles of International Commercial Contracts* (hierna: UNIDROIT Principles), die qua inhoud en opzet in hoge mate vergelijkbaar zijn met de Lando Principles). Zie tevens (alleen in verband met de UNIDROIT Principles): M.J. Bonell, *Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*, *AJCL* (1992) p. 617-633, op p. 628-629; F. de Ly, *An Interim Report Regarding the Application of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in The Netherlands*, in: F.W. Grosheide/K. Boele-Woelki (red.), *Molengrafica. Europees Privaatrecht 1998*, Lelystad: Vermande 1998, p. 3-36, op p. 11-12 (eveneens alleen in relatie tot de UNIDROIT Principles).
3. Men zie voor dit alles: Lando/Beale (2000) p. xxiii-xxv.
4. O.Lando/H.Beale (Eds.), *The Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/London/Boston 1995.
5. Lando/Beale (2000) p. xiv.
6. Men zie voor een overzicht van de leden van de Lando commissie door de jaren heen: Lando/Beale (2000) p. xii-xiii, xvii-xix.
7. Verg. hierover Lando/Beale (2000) p. xiv-xv.
8. Verg. hierover Lando/Beale (2000) p. xiv-xv.
9. Men moet zich overigens realiseren dat particulieren en kleinere ondernemers (die zich bij het sluiten van internationale contracten veelal niet laten bijstaan door een jurist) niet zelden in het geheel niet nadenken over de kwestie van toepasselijk recht. Partijen komen dan niet eens toe aan het maken van een rechtskeuze en dus al helemaal niet aan de Principles. De hier behandelde kwestie heeft daarom vooral relevantie in gevallen dat contractspartijen zich tijdens de onderhandelingen laten bijstaan door juristen, hetgeen met name het geval zal zijn indien partijen grote, internationaal opererende, ondernemingen zijn.
10. Verg. Lando/Beale (2000) p. 96.
11. Men zie over de conflictenrechtelijke rechtskeuze: L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR* (Praktijkreeks IPR, deel 11), Deventer: Kluwer 1995, p. 77. Art. 1:101(3), aanhef en (a) PECL nodigt rechters en arbiters daarnaast uit de Principles toe te passen '[...] when the parties have agreed that their contract is to be governed by 'general principles of law', the 'lex mercatoria' or the like [...]' (zie ook nt. 4 hiervoor). Indien rechters en arbiters bereid zijn dergelijke aanduidingen te interpreteren als een conflictenrechtelijke rechtskeuze voor de Principles, dan is hetgeen in de hoofdtekst hierover wordt gezegd ook op die aanduidingen van toepassing. Over artikel 1:101(3) PECL: Lando/Beale (2000) p. 96; Boele-Woelki (1995) p. 13-14.
12. Zie over deze artikelen: Lando/Beale (2000) p. 95-103.
13. Voor Nederland in werking getreden op 1 sept. 1991.
14. Boele-Woelki (1995) p. 15-16; L. Strikwerda, *Kroniek van het internationaal privaatrecht*, *NJB* 1996, p. 408-412, op p. 411; U. Drobnig, *The UNIDROIT Principles in the Conflict of Laws*, *RDU* (1998) p. 385-395, op p. 388-389; P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, *Rev. crit. dr. internat. privé* (1991) p. 287-340, op p. 300-301; R. Michaels, *Privatautonomie und Privatkodifikation*, *RabelsZ* 62 (1998) p. 580-626, op p. 597-598; M.J. Bonell, *The need and possibilities of a codified European contract law*, *ERPL* 5 (1997) p. 505-517, op p. 516 bepleit om die reden artikel 3 EVO zodanig te wijzigen dat een rechtskeuze voor de Principles mogelijk is.
15. Boele-Woelki (1995) p. 16-18; Strikwerda, *NJB* 1996, p. 411-412; in vergelijkbare zin: A.S. Hartkamp, *The Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts by National and Supranational Courts*, in: J.-P. Beraudo et al. (Eds.), *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, ICC Publishing, Paris 1995, p. 253-262, op p. 255-256; G.J.W. Steenhoff, *Naar een Europese en mondiale lex mercatoria*, *JurUp* (1996) p. 2-5, op p. 5.
16. 26 mei 1989, *NJ* 1990, 105 m.nt. J.C. Schultsz.
17. Boele-Woelki (1995) p. 16-18. Dezelfde redenering volgt Hartkamp (1995) p. 253-262, op p. 255-256.
18. De Principles zelf herhalen dit in artikel 1:103(2) PECL: 'Effect should nevertheless be given to those mandatory rules of national, supranational and international law which, according to the relevant rules of private international law, are applicable irrespective of the law governing the contract.' Hierover: Lando/Beale (2000) p. 100-103.
19. Strikwerda, *NJB* 1996, p. 408-412, op p. 411-412.
20. Hierover: Lando/Beale (2000) p. 96.
21. Men zie over de materieelrechtelijke rechtskeuze: Strikwerda (1995) p. 77.
22. Strikwerda, *NJB* 1996, p. 408-412, op p. 411; Michaels, *RabelsZ* 62 (1998) p. 580-626, op p. 595; Drobnig, *RDU* (1998) p. 385-395, op p. 386.
23. Hierover: Boele-Woelki (1995) p. 14-15; Drobnig, *RDU* (1998) p. 385-395, op p. 390.
24. Boele-Woelki (1995) p. 14-15; Drobnig, *RDU* (1998) p. 385-395, op p. 389-390, beiden met verdere literatuurverwijzingen.
25. Hierover: Boele-Woelki (1995) p. 14-15; Drobnig, *RDU* (1998) p. 385-395, op p. 389-390. Zie voorts over art. 1054 lid 2 Rv: H.J. Sniijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 204-213. Daarnaast kan men wijzen op moderne arbitrage-reglementen: art. 42, lid 1, *ICSID Convention* van 1965; art. 28 (1) *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* 1985; art. 59 (a) *WIPO Arbitration Rules* van 1994, die allen spreken van arbitrage naar 'rules of law' en daarmee eveneens de mogelijkheid lijken te bieden voor toepassing van de Principles. Vgl. ook verschillende buitenlandse wetboeken van burgerlijke rechtsvordering, die door de gekozen formulering de toepassing van de Principles mogelijk lijken te maken: Frankrijk, art. 1496; Duitsland, art. 1051 (1)-(2); Italië, art. 834 (1); art. 187 (1) van de Zwitserse ipr-wet (Franse versie). Men zie voor dit alles weer: Boele-Woelki (1995) p. 14-15; Drobnig, *RDU* (1998) p. 385-395, op p. 390.
26. Voor een internationaal overzicht: J.M. Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years*, *RDU* (1997) p. 34-45, op p. 40-43; dezz., *An International Restatement of Contract Law/The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Second Ed., Transnational Publishers, Irvington, New York 1997; dezz., *A New Approach to International Commercial Contracts/The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Kluwer, The Hague 1999; voor arbitrage in Nederland zie De Ly, in: Boele-Woelki/Grosheide (1998) p. 3-36, op p. 13-32.
27. Lando/Beale (2000) p. 97.
28. Hierover: Boele-Woelki (1995) p. 25; Drobnig, *RDU* (1998) p. 385-395, op p. 392-393, beiden met verdere literatuurverwijzingen. Maar zie de modernere, op 17 maart 1994 in Mexico City tot stand gekomen Inter-Amerikaanse Conventie inzake het toepasselijk recht op overeenkomsten. Art. 9 vermeldt uitdrukkelijk dat, naast objectieve en subjectieve criteria die van belang zijn voor de vaststelling van het recht waarmee de overeenkomst de nauwste banden heeft, de algemene beginselen van het internationale handelsrecht zoals geaccepteerd door internationale organisaties in ogenschouw moeten worden genomen. Een toepassing van de Principles is hier dus wel voorstelbaar. Hierover weer: Boele-Woelki (1995) p. 26; Drobnig, *RDU* (1998) p. 385-395, op p. 393, beiden ook op dit punt met verdere literatuurverwijzingen, waaraan toe te voegen: A. Boggiano, *La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT*, *RDU* (1996) p. 219-228.
29. Evenzo: Boele-Woelki (1995) p. 24-25; Drobnig, *RDU* (1998) p. 385-395, op p. 393-394, beiden met verdere literatuurverwijzingen.
30. Over art. 1054 lid 2 Rv: Sniijders (2000) p. 204-213. Verg. ook Frankrijk, art. 1496 *Code Civil Procedure*; art. 187(1) Zwitserse ipr-wet, die ook toepassing van de Principles toe lijken te laten. Art. 28 (2) *UNCITRAL Model Law on Arbitration* biedt arbiters echter slechts de mogelijkheid een nationaal recht toe te passen. Hierover: Boele-Woelki (1995) p. 24-25; Drobnig, *RDU* (1998) p. 385-395, op p. 393-394, beiden met verdere literatuurverwijzingen.
31. Boele-Woelki (1995) p. 24-25; Drobnig, *RDU* (1998) p. 385-395, op p. 393-394, beiden met verdere verwijzingen.
32. Men zie hierover: Drobnig, *RDU* (1998) p. 385-395, m.n. p. 387-388, 391, met verwijzingen naar verdere literatuur. Een deel van de door Drobnig aangehaalde literatuur behandelt alleen de UNIDROIT Principles. De daarin genoemde argumenten gelden grotendeels echter eveneens voor de Lando Principles.
33. M.V. Polak, *Principles en IPR: geen broodnodig en pasklaar alternatief 'recht'*, *WPNR* 6225 (1996) p. 95-96. Zijn betoog vormt een reactie op de oratie van Boele-Woelki en betreft niet alleen de Lando Principles maar ook de UNIDROIT Principles. De Ly, in: Boele-Woelki/Grosheide (1998) p. 3-36, is het grotendeels eens met de kritiek van Polak (p. 9-10).
34. Polak, *WPNR* 6625 (1996) p. 391-392, op p. 392.
35. Over de UNIDROIT Principles in de internationale arbitragepraktijk zie de literatuur genoemd in noot 28.
36. Polak, *WPNR* 6625 (1996) p. 391-392, op p. 392.
37. Polak, *WPNR* 6625 (1996) p. 391-392, op p. 392.
38. Polak, *WPNR* 6625 (1996) p. 391-392 noemt in dit verband op p. 392: HR 12 maart 1982, *NJ* 1982, 267; HR 28 oktober 1983, *NJ* 1985, 131 m.nt. J.C. Schultsz; HR 26 april 1985, *NJ* 1985, 607.
39. Hierover: K. Zweigert/H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1996, p. 23-31; M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 1999, p. 5-22; J.M. Smits,

- Europees privaatrecht in wording*, Intersentia, Antwerpen/Groningen 1999.
40. Zie de resoluties van 26 mei 1989, *PbEG* No. C 158/401 van 26 juni 1989 en 6 mei 1994, *PbEG* No. C 205 (519) van 25 juli 1994. Hierover W. Tilmann, Zweiter Kodifikationsbeschluss des Europäischen Parlaments, *ZEuP* 3(1995) p. 534-551.
 41. De conclusies van de Europese Raad van Tampere kan men vinden op het internet: <http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/index.htm>.
 42. O. Lando, Is codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and the relationship to Dutch law, *ERPL* 1 (1993) p. 157-170, op p. 158. J.M. Smits, Nederlandse invloed op het internationaal (contracten)recht, in: M.E. Franke et al. (red.), *Import en export van burgerlijk recht* (BW-krant jaarboek 1997), Deventer: Gouda Quint 1997, p. 127-148, op p. 143, concludeert overigens na een korte analyse van het destijds beschikbare materiaal (tekst en commentaar van deel I, (voorlopige) tekst van deel II) dat 'Al met al [...] de invloed die is uitgegaan van het BW op de beide sets van Principles [Lando Principles en UNIDROIT Principles, DB en EH] niet zo groot [lijkt] als men op grond van zijn modelkarakter geneigd zou zijn te denken.'
 43. H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht I*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1996, op p. 47-48; A. von Mehren, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII: *Contracts in General*, Ch. 9: *The Formation of Contracts*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)/Martinus Nijhoff Publishers, Tübingen/Dordrecht-Boston-Lancaster 1992, p. 86 e.v.
 44. Lando/Beale (2000) p. 182.
 45. Lando/Beale (2000) p. 182-183
 46. A.S. Hartkamp, *mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, Deel II: Algemene leer der overeenkomsten*, 10e druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nrs 354, 144; Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. NBW B-55), Deventer: Kluwer 1997, nr 22; B. Wessels/R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden* (studieboekje privaatrecht nr 48), 3e druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 30-35.
 47. In dezelfde zin: C.B.P. Mahé, *Conflict de conditions générales: quelle tactique adopter?*, in: F.W. Grosheide/K. Boele-Woelki, *Molengrafica. Europees Privaatrecht 1997*, Vermande, Lelystad 1997, p. 85-138, die Nederlands en Frans recht op het punt van de 'battle of forms' uitgebreid vergelijkt met de Lando Principles en de UNIDROIT Principles. Verg. ook: E.H. Hondius/C.B.P. Mahé, *The battle of Forms: Towards a Uniform Solution*, *JCL* 12(1998) p. 268-276.
 48. Eveneens kritisch over de Nederlandse oplossing van de 'battle of forms': E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden* (diss.), Deventer: Kluwer 1978, p. 429-430; J.H.M. van Erp, Art. 6.5.2.8 ('battle of forms', 'veldslag der formulieren'), *WPNR* 5794 (1986) p. 515-517 (voorkeur voor 'knock out'-doctrine); R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz* (diss.), Deventer: Kluwer 1991, p. 124-132 (voorkeur 'knock out'-doctrine); Spier, *Algemene voorwaarden*, *NJB* (1993) p. 58-62, op p. 59-60 ('De nieuwe wettelijke regeling is volstrekt onhanteerbaar en roept aanzienlijk meer vragen op dan zij beantwoordt' (p. 59); geen duidelijke voorkeur voor een ander systeem); F. De Ly/ J.L. Burggraaf, *Battle of Forms en internationale contracten*, in: B. Wessels/T.H.M. Wechem, *Contracten in de internationale praktijk*, Deventer: Kluwer 1994, p. 47-72, op p. 64-67 (geen duidelijke voorkeur voor een ander systeem); A.R. Bloembergen-C.C. Van Dam-jac. Hijma-W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst* (Studiereeks burgerlijk recht), 2e druk, Deventer: Kluwer 1998, nr 76 (voorkeur 'knock out'-doctrine). Verg. voorts Kötz (1996) p. 48 (voorkeur 'knock out'-doctrine); ook A.T. von Mehren lijkt een (lichte) voorkeur te hebben voor de 'knock out'-doctrine: The 'Battle of the Forms': A Comparative View, *AJCL* 38 (1990) p. 266-298, op p. 298, en *IECL*, Vol. VII, Ch. 9 (1992) p. 86-106, op p. 105-106. Niettemin zijn er ook Nederlandse auteurs die hun voorkeur uitspreken voor de 'first shot'-doctrine in de variant van art. 6:225 lid 3 BW: H.C.F. Schoor-dijk, *Battle of Forms*, *WPNR* 5489 (1979) p. 501-505; F.B. Bakels, Art. 6.5.2.8 lid 3 NBW nader bezien, *WPNR* 5695 (1984) p. 257-262, op p. 258.
 49. Lando/Beale (2000) p. 197-201. Verg. over het continentaal-Europese vertegenwoordigingsmodel Kötz (1996) p. 361-370.
 50. Lando/Beale (2000) p. 205-206; W.C.L. van der Grinten, *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, De vertegenwoordiging, 7e druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1990, nrs 77-78; A.C. van Schaick, *Volmacht* (Mon. NBW-B5), 1999, nr 39.
 51. Lando/Beale (1999) p. 199-200, 205-206; Asser-van der Grinten (1990) nrs 77-78; Van Schaick (1999) nrs 5-7, 39.
 52. Lando/Beale (1999) p. 202-204; Asser-Van der Grinten (1990) nr 22; Van Schaick (1999) nr 17.
 53. Lando/Beale (2000) p. 203; Asser-Van der Grinten (1990) nrs 37-52; Van Schaick (1999) nr 51.
 54. Lando/Beale (2000) p. 207-209; Asser-Van der Grinten (1990) nrs 92-99; Van Schaick (1999) nrs 47-50. Een vergelijking tussen de regeling in de PECL en Nederlands, Duits, Frans, Italiaans en Engels recht treft men aan in het art. van F.W. Grosheide et al., *Aansprakelijkheid van de falsus procurator in het Europese privaatrecht*, in: J.M. van Buren-Dee et al. (red.), *Tussen de polen van bescherming en vrijheid* (Molengraaff-bundel), Intersentia, Antwerpen/Groningen 1998, p. 117-160.
 55. Lando/Beale (2000) p. 213-214; Asser-Van der Grinten (1990) nrs 83-91; Van Schaick (1999) nrs 43-44.
 56. Lando/Beale (2000) p. 206-207; Asser-van der Grinten (1990) nrs 77-82; Van Schaick (1999) nrs 32-35. S.Y.Th. Meijer, *Vertegenwoordiging voor nader te noemen meester?*, *WPNR* 6371 (1999) p. 693-695, ziet een tweetal verschillen (p. 694): de toepassing van Art. 3:203 PECL is naar zijn mening ruimer dan art. 3:67 BW doordat zij niet wordt beperkt tot de situatie dat de vertegenwoordiger expliciet voor zichzelf of een nader te noemen meester handelt. In de gevallen daarbuiten bestaat in het Nederlandse recht naar zijn mening derhalve een lacune, die Meijer echter vervolgens voorstelt op te vullen door de oplossing van art. 3:203 PECL over te nemen. Hetzelfde resultaat wordt bereikt door art. 3:67 BW ruim te interpreteren. Als tweede verschil wordt genoemd dat art. 3:203 PECL het initiatief voor het vragen naar de identiteit van de principaal bij de derde legt en niet, zoals in art. 3:67 BW, bij de vertegenwoordiger. Ons inziens is dit een verschil van ondergeschikt belang.
 57. Lando/Beale (2000) p. 209-211; Asser-Van der Grinten (1990) nr 16; Van Schaick (1999) nrs 36-38; de laatste bepleit (nr 38) dat in een ander belangrijk geval van *conflict of interest* -het dienen van twee heren- dezelfde regel zou moeten gelden als die welke voor de *Selbsteintritt* is gegeven in art. 3:68 BW.
 58. Lando/Beale (2000) p. 211-212; Asser-Van der Grinten (1990) nrs 33-34; Van Schaick (1999) nrs 22-27.
 59. Lando/Beale (2000) p. 216-217; Asser-Van der Grinten (1990) nrs 62-66; Van Schaick (1999) nrs 54-56.
 60. Lando/Beale (2000) p. 215-216. Dit verschil geldt echter ook in relatie tot de meeste andere Europese rechtssystemen (behalve voor Portugal): Lando/Beale (2000) p. 216.
 61. Asser-Van der Grinten (1990) nrs 53, 90; Van Schaick (1999) nrs 46, 18. Art. 3:69 lid 4 BW biedt strikt genomen alleen de mogelijkheid te verzoeken om bekrachtigen binnen een redelijke termijn indien *duidelijk* is dat sprake is van onbevoegde vertegenwoordiging. Van der Grinten bepleit - ons inziens terecht - dat men art. 3:69 lid 4 BW naar analogie kan toepassen indien voor de derde *onduidelijk* is of sprake is van onbevoegde vertegenwoordiging: Asser-Van der Grinten (1990) nr 90.
 62. Lando/Beale (2000) p. 200, 220-221; S.C.J.J. Kortmann /L.J.M. de Leede/H.O. Thunnissen, *mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten, Deel III: Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk*, 7e druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994, nrs 148-152; verg. ook Asser-Van der Grinten (1990) nrs 102-107.
 63. Lando/Beale (2000) p. 221-226. Over de art. 7:420-421 BW: Asser-Van der Grinten (1990) nrs 111-111a; W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving* (Mon. NBW B-81), Deventer: Kluwer 1993, nrs 39-47; Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen (1994), nrs 158-168; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss.), Deventer: Kluwer 1999, p. 59-70; S.Y.Th. Meijer, *Middellijke vertegenwoordiging* (diss.), Deventer: Kluwer 1999, p. 109-173; A.S. Hartkamp, *De rechtstreekse acties van art. 7:420/421 BW vergeleken met de UNIDROIT Agency Convention en de Principles of European Contract Law*, in: J.M. van Buren-Dee et al. (red.), *Privaatrecht 'en Gros'* (Grosheide-bundel), Intersentia, Antwerpen/Groningen 1999, p. 161-177; D. Busch, *Middellijke vertegenwoordiging in het Europees contractenrecht*, in: F.W. Grosheide/K. Boele-Woelki (red.), *Molengrafica. Europees privaatrecht 1998*, Vermande, Lelystad 1998, p. 37-100. Zie voorts L.D. van Setten, *De commissionair in effecten* (diss.), Deventer: Kluwer 1998, p. 263-314, die art. 7:420-421 BW behandelt in relatie tot de commissionair in effecten. Zie slotte voor een vergelijking tussen de Lando Principles en het Engelse recht op dit punt: D. Busch, *Indirect Representation and the Lando Principles/ An Analysis of Some Problem Areas From the Perspective of English Law*, *ERPL* 7 (1999) p. 319-348.
 64. In dezelfde zin: Busch (1998) p. 37-100, op p. 94.
 65. In dezelfde zin ten aanzien van dwaling: Smits (1997) p. 127-148, op p. 139, 142-143.
 66. Lando/Beale (2000) p. 229-241; Asser-Hartkamp II (1997) nrs 173-198 en de daar genoemde literatuur.
 67. Lando/Beale (2000) p. 246-248.
 68. Over de algemene relativeringstendens zie: A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht* (Mon. NBW A-1), Deventer: Kluwer 1990, nr 21; hierover specifiek in relatie tot dwaling: Jac. Hijma, *Dwaling en quanti minoris, Kwartaalbericht NBW* (1990) p. 25-28, op p. 25; J.B.M. Vranken, *Themis en het vermogensrecht nieuw BW, NJB* (1988) p. 675-689, op p. 682; J.H. Nieuwenhuis, *vernietigen, ontbinden of aanpassen; Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?*, *WPNR* 6164 (1995) p. 23-26, *WPNR* 6165 (1995) p. 37-41, op p. 40-41.
 69. Hierover: Asser-Hartkamp II (1997) nrs 480-481; voorts onder meer Hijma, *Kwartaalbericht NBW* (1990) p. 25-28, op p. 25; Vranken, *NJB* (1988) p. 675-689, op p. 682; Nieuwenhuis, *WPNR* 6164 (1995) p. 23-26, *WPNR* 6165 (1995) p. 37-41, op p. 26; M.W. Hesselink, *Het wijzigingsvoorstel; Een vergelijking tussen art. 3.13 UNIDROIT Principles*,

- art. 1432 Codice civile Italiano en art. 6:230 Burgerlijk Wetboek, in: M.E. Franke et al. (red.), *Europees Contractenrecht* (BW-krant jaarboek 1995), W.E.J. Tjeenk Willink, Arnhem 1995, p. 39-56; dez., *Vragen bij de toepassing van art. 6:230 BW*, *WPNR* 6191 (1995) p. 541-545, *WPNR* 6192 (1995) p. 563-567.
70. Lando/Beale (2000) p. 261-265; over art. 3:44 lid 4 BW: Asser-Hartkamp II (1997) nrs 209-216a; M.M. van Rossum, *Misbruik van omstandigheden* (studie-pockets privaatrecht nr 55), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
71. Lando/Beale (2000) p. 263.
72. Hierover de literatuur genoemd in noot 70.
73. Hierover: Asser-Hartkamp II (1997) nrs 480-481 en de daar genoemde literatuur, waaraan toe te voegen: Van Rossum (1998) p. 43-45.
74. Men zie hierover: Asser-Hartkamp II (1997) nrs 312-313 en de daar genoemde literatuur en jurisprudentie.
75. Hierover: Zweigert/Kötz (1996) p. 525-528.
76. Hierover: Asser-Hartkamp II (1997) nrs 313-341 en de daar genoemde jurisprudentie.
77. Lando/Beale (2000) p. 323-324.
78. Lando/Beale (2000) p. 326. Ook over art. 6:111 PECL (destijds: art. 2:117 PECL): Jac. Hijma, *Imprévision*, in: M.E. Franke et al. (red.), *Europees contractenrecht* (BW-krant jaarboek 1995), W.E.J. Tjeenk Willink, Arnhem 1995, p. 57-69; R.P.J.L. Tjittes, *Aanpassing en heronderhandelen bij duurcontracten*, in: B. Wessels/T.H.M. Wechem (red.), *Contracteren in de internationale praktijk/Deel II*, Deventer: Kluwer 1995, p. 9-24, op p. 21-23; A.A. van Rossum, *Imprévision en de hardship-clausule*, in: S.C.J.J. Kortmann et al. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1997, p. 427-440, op p. 437-439.
79. Jac. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis* (oratie), Deventer: Kluwer 1989, p. 14-17; dez. (1995) p. 57-69; voorts M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss.), Boom Juridische uitgever, Den Haag 1999, p. 137-165; Hesselink (1999) p. 348; J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel I: Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 622-627; J.H. Dalhuisen, *De betekenis van de 'hardship' clausule*, *NJB* (1976) p. 173-184, op p. 182; dez., *Changed circumstances and the role of the judiciary*, in: Jessurun d'Oliveira et al. (red.), *'t Exempel dwinght* (Kisch-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975, p. 49-67, op p. 65-67; Van Rossum (1997) p. 427-440, meent op p. 433-435 echter dat men naar geldend Nederlands recht een dergelijke onderhandelingsplicht niet kan baseren op de redelijkheid en billijkheid.
80. Hijma (1995) p. 57-69, op p. 68.
81. Peletier (1999) p. 146-149 en nt. 510 op p. 147.
82. Lando/Beale (2000) p. 366-367.
83. Lando/Beale (2000) p. 364.
84. Lando/Beale (2000) p. 365.
85. Lando/Beale (2000) p. 365-366.
86. Asser-Hartkamp II (1997) nr 516.
87. F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss.), Deventer: Kluwer 1993, p. 260-288; dez., *Wederkerige overeenkomsten en ontbinding wegens tekortkoming* (Mon. NBW B-58), Deventer: Kluwer 1994, nrs 27-28.
88. T. Hartlief, *Ontbinding* (diss.), Deventer: Kluwer 1994, p. 183-221.
89. HR 24 nov. 1995, *NJ* 1996, 160; HR 27 nov. 1998, *NJ* 1999, 197; HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 444; HR 22 okt. 1999, *NJ* 2000, 208; HR 4 febr. 2000, *RvdW* 2000, 44C.
90. P. Abas, *De vordering tot ontbinding wegens wanprestatie aan redelijkheid getoetst?*, *WPNR* 6217 (1996) p. 217-218; M.M. van Rossum, *Het recht op ontbinding en de gerechtvaardigde belangen van partijen*, *NJB* (1996) p. 577-580. W.L. Valk, *Het recht op ontbinding en de Hoge Raad*, *NJB* (1997) p. 1222, meent dat de uitspraak door de beide voornoemde auteurs verkeerd is geïnterpreteerd en ook volgens de Hoge Raad de ernst van de tekortkoming een cruciale rol speelt. Hiertegen weer M.M. van Rossum, *Naschrift*, *NJB* (1997) p. 1222-1223. T. Hartlief meent in *Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht*, *AA* (1997) p. 196-202, op p. 202 dat de formulering van de Hoge Raad wel enige ruimte laat. Men zou, aldus Hartlief, kunnen betogen dat juist bij de vraag van wanprestatie van een contractspartij van dien aard is dat zij ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt, betekenis toekomt aan eventueel alternatieve mogelijkheden, zoals nakoming in combinatie met schadevergoeding of (een vorm van) gedeeltelijke ontbinding.
91. Hierover: H.G. Treitel, *Remedies for Breach of Contract/A Comparative Account*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 318-409. Een vergelijkbare regeling vindt men ook in de *UNIDROIT Principles*: art. 7.3.1.