

DUNCAN KENNEDY EN DE POLITIEK VAN HET EUROPEES CONTRACTENRECHT

Daniël Stein en Nik de Boer

Sinds het begin van de jaren tachtig is er een discussie gaande of een Europees burgerlijk wetboek geïntroduceerd zou moeten worden. Inmiddels zijn op het gebied van het Europees privaatrecht verscheidene academische projecten opgezet, met als bekendste resultaat de *Principles of European Contract Law*. Daarnaast zijn op het gebied van het Europees contractenrecht verschillende wetgevende maatregelen door de Europese instituties uitgevaardigd, in het bijzonder op het gebied van het consumentenrecht. Een belangrijke, recente ontwikkeling is de ontwikkeling van een 'gemeenschappelijk referentiekader' (*Common Frame of Reference*). Het gaat hier om een niet-bindend instrument met algemene regels en beginselen voor het contractenrecht dat onder andere zou kunnen dienen om de coherentie en kwaliteit van de Europese wetgeving op het gebied van het consumentenrecht te verbeteren. Hoewel de introductie van een Europees wetboek voor contractenrecht met de ontwikkeling van het *Common Frame Reference* niet direct tot stand komt, wordt zij daardoor wel steeds reëler.

Een belangrijke vraag is hoe de inhoud van een dergelijk Europees wetboek bepaald zou moeten worden. Ons lijkt het noodzakelijk dat daarbij bepaalde keuzes gemaakt moeten worden tussen verschillende rechtsregels, simpelweg omdat er verschillen bestaan tussen de rechtsregels van de verschillende lidstaten. De vraag is dan: hoe moeten dergelijke keuzes gemaakt worden? Gaat het daarbij om een technisch en wetenschappelijk proces, waarbij gezocht kan worden naar de beste oplossing? Of gaat het veeleer om een proces waarbij in essentie politieke keuzes moeten worden gemaakt?

Dat ook het contractenrecht politiek is, wordt overtuigend betoogd door de Amerikaanse hoogleraar Duncan Kennedy. Kennedy stelt dat regels van contractrecht beoordeeld kunnen worden langs een continuüm van de waarden van individualisme en altruïsme. Aan elke keuze voor een bepaalde rechtsregel ligt de fundamentele afweging tussen de waarden van individualisme en altruïsme ten grondslag. De essentie van individualisme is dat een scherp onderscheid mag worden gemaakt tussen de eigen belangen en de belangen van de ander, waarbij de nadruk ligt op de notie van eigen verantwoordelijkheid. Een altruïstische benadering gaat er van uit dat je niet te veel mag uitgaan van je eigen belang, maar dat je juist rekening moet houden met de belangen van anderen.

Essentieel in de theorie van Kennedy is dat het conflict tussen individualisme en altruïsme gekoppeld is aan een fundamentele conflict tussen verschillende opvattingen over de aard van de mens en de samenleving. Een individualistisch perspectief rust volgens Kennedy op het idee dat waarden subjectief zijn en dat een samenleving daarom gericht moet zijn op het maximaliseren van de vrijheid van individuen hun eigen levensdoel te realiseren, zij het binnen de grenzen van de wet. Het altruïstische perspectief ontkent deze subjectiviteit van waarden. Binnen het recht gaat het juist om een directe toepassing van morele waarden, waarbij rechtvaardigheid bestaat in een ordening van de samenleving volgens gedeelde waarden.

Passen we de theorie van Kennedy nu toe op een eventuele totstandkoming van een wetboek van Europees contractenrecht, dan kunnen we allereerst concluderen dat die totstandkoming politiek zou zijn. De keuze voor rechtsregels in het Europees contractenrecht stelt ons voor een fundamentele politieke keuze tussen altruïsme en individualisme. Dit heeft implicaties voor het totstandkomingsproces, politieke kwesties moeten expliciet gemaakt worden en het proces zal voldoende democratisch moeten zijn. Hoewel de analyse van Kennedy niet iedereen zal overtuigen, wij zijn van mening dat Kennedy's politieke perspectief op contractenrecht in elk geval een waardevol inzicht biedt op de keuzes die in het contractenrecht gemaakt kunnen worden. Het biedt tevens een perspectief waar weinig aandacht wordt besteed in de huidige rechtenstudie. Naar onze mening mag dit veranderd worden.

Zie D. Kennedy, 'Form and Substance in Private Law Adjudication', *Harvard Law Review* 1976, p. 1685-1778, en D. Kennedy, 'The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law', *European Review of Private Law* 2001, p. 7-28.