

Hoofdstuk 1

‘Do justice, Justice’ – Rechterlijke rechtsvorming in het Europees contractenrecht

Chantal Mak^{*}

1.1 Europese rechtspraak in tijden van economische crisis

Veel van de regels die ons dagelijks leven beheersen zijn afkomstig van de Europese instellingen in Brussel. Verordeningen en Richtlijnen van de Europese Unie (EU) beïnvloeden de contractuele transacties waarmee we voorzien in basisbehoeften als koop van levensmiddelen en kleding, levering van diensten op het gebied van energie, vervoer, communicatie en gezondheidszorg, en zelfs beschikking over woonruimte. De Europese wetgever heeft gaandeweg steeds meer delen van het nationale contractenrecht (gedeeltelijk) geannexeerd. Dat ook het Hof van Justitie van de EU in Luxemburg én nationale rechters een steentje bijdragen aan de Europeanisering van het contractenrecht, begint echter pas meer recentelijk door te dringen tot het maatschappelijke en juridische debat. Jurisprudentie over de uitwinning van hypotheek tegen door de economische crisis zwaar beproefde huiseigenaren in Spanje geeft dit treffend weer: prejudiciële vragen van Spaanse rechters hebben het Hof van Justitie van de EU de mogelijkheid gegeven zich te mengen in de beoordeling van de rechtvaardigheid van contractsbedingen die het banken mogelijk maken huiseigenaren en hun gezinnen vrij gemakkelijk uit de woning te zetten bij achterstallige betaling van hypotheektermijnen, wat heeft geleid tot veel media-aandacht en een nog voortdurende hervorming van het nationale procesrecht.

Hoezeer rechtsvormingsvragen samenhangen met maatschappelijke ontwikkelingen komt ook in andere Europese landen, waaronder Nederland, naar voren uit juridische reacties op de gevolgen van de economische crisis. Opvallend is dat civiele rechters een relatief actieve rol innemen in de beoordeling van hoe een rechtvaardige oplossing kan worden gevonden voor soms zeer schrijnende gevallen. Wat betekent dit voor de taakverdeling tussen Europese en nationale rechters en wetgevers? Hoe beïnvloeden methodologische keuzes de uitkomst van privaatrechtelijke geschillen? En hoe zien rechters in de EU hun rol in de evolutie van het recht in het licht van de morele beoordeling van maatschappelijke dilemma's?

1.2 Rechter en moraal

Een prachtige illustratie van het zelfbeeld van een rechter is te vinden in de inleiding van het boek *Justice in Robes*¹ van de vorig jaar overleden rechtsfilosoof Ronald

* Chantal Mak is universitair hoofddocent bij het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) en adjunct-directeur van het Amsterdam Research Institute for Legal Studies (ARILS), beide Universiteit van Amsterdam.

1. R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press 2006.

Dworkin. De anekdote betreft Oliver Wendell Holmes, Associate Justice van het Amerikaanse Supreme Court aan het begin van de twintigste eeuw, die op weg naar het gerechtshof de jonge Learned Hand een lift gaf met zijn koets. Bij het afscheid riep Hand de oude magistraat na: 'Do justice, Justice!.' Holmes antwoordde naar verluid: 'That is not my job!.'

Dworkin gebruikte deze dialoog als introductie op de vraag hoe de morele overtuigingen van een rechter diens oordeelsvorming zouden moeten beïnvloeden. Kan een rechter moreel gehouden zijn van geldend recht af te wijken en, zo ja, onder welke omstandigheden? Holmes en Hand waren beiden van mening dat rechters niet hun eigen, wellicht meer conservatieve, morele opvattingen in de plaats mogen stellen van democratisch tot stand gekomen wetten. Vanuit een theorie van politiek positivisme zouden burgers zelf, via een democratisch proces, moeten uitmaken welke regels op hen van toepassing zijn en zouden deze regels niet opzij moeten kunnen worden gezet door rechters, die geen deel uitmaken van de volksvertegenwoordiging. Dworkin, daarentegen, betoogde dat recht en moraal wel degelijk verweven zijn: rechterlijke rechtsvinding dient plaats te vinden volgens een beginsel van integriteit, op basis waarvan rechters binnen een coherent systeem de best passende oplossing voor het concrete geval zoeken en in voorkomende gevallen regels die botsen met de heersende moraal buiten toepassing laten. Ook naar zijn mening dienden waardeoordelen echter aan de wetgever te worden overgelaten, met het oog op democratische legitimiteit. Ideeën over de morele taak van de rechter zijn in beide visies dus nauw verbonden met opvattingen over de rol van de rechter in een democratische rechtsstaat.

Niet alleen in de Verenigde Staten, maar ook aan deze kant van de Atlantische Oceaan heeft de vraag naar de grenzen van rechterlijke rechtsvorming nog weinig aan actualiteit ingeboet. Dit is goed zichtbaar in beschouwingen over het contractenrecht, dat overeenkomsten tussen particulieren beheerst. Op dit terrein bestaat een duidelijke spanning tussen grotere gedachten over de rol van het recht in markt en maatschappij en specifieke ideeën over rechtvaardige oplossingen in het individuele geval – een spanning die vaak wordt vertaald in een taakverdeling tussen wetgever (sociale rechtvaardigheid) en rechter (*Einzelfallgerechtigkeit*). Het risico bestaat dat iets verloren gaat in deze vertaalslag. Zo stelde Jan Vranken al in zijn *Asser Algemeen deel*^{****2} 'dat ons denken in het burgerlijk recht gevangen zit in het schema wetgeving-rechtspraak (...), en dat met behulp hiervan aan de intrinsieke veranderlijkheid van het recht niet voldoende tegemoetgekomen kan worden' (nr. 70). Discussies over de ontwikkeling van het contractenrecht getuigen hiervan voor zover de nadruk wordt gelegd op verfijning van het Burgerlijk Wetboek en rechterlijke rechtsvorming enkel wordt gezien als bijproduct van geschillenbeslechting. Zoals Vranken terecht opmerkt, kan een dergelijk denkraam de gedachtevorming over de rol van de rechter beperken en bergt het bovendien het gevaar in zich dat andere rechtsvormers (bijvoorbeeld private regelgevers) buiten beeld worden gelaten.

In dit essay zal aan Dworkins visie op de verwevenheid van recht en moraal in rechterlijke oordeelsvorming inspiratie worden ontleend voor het huidige debat

2. J. Vranken, *Asser/Algemeen deel*^{***}, Deventer: Kluwer 2005.

over de rol van rechters in het Europees privaatrecht. Met name Dworkins opvattingen over de taken van wetgever en rechter in een democratisch systeem bieden aanknopingspunten voor de verdere ontwikkeling van het theoretisch kader voor rechtsvinding en rechtsvorming in privaatrechtelijke geschillen op het snijvlak van nationaal en Europees recht. De gedachte is daarom niet alleen om recente ontwikkelingen te duiden op het gebied van het Europees contractenrecht, dat hier wordt gedefinieerd als het samenstel van nationale en supranationale regels dat contracten in de Europese interne markt beheerst. Ook wordt beoogd een bijdrage te leveren aan de kritische reflectie op het juridisch denkraam dat praktijk en theorie bindt, met name waar de keuze tussen rechtsvormende instituties aan de orde is.

In het navolgende zal ik betogen dat in het bijzonder met het oog op de toenemende invloed van Europees recht op het Nederlandse contractenrecht een grotere inmenging van de rechterlijke macht in de evolutie van dit rechtsgebied zowel noodzakelijk als wenselijk is. Als leidraden en maatstaven voor de analyse dienen de twee eerdergenoemde Dworkiniaanse beginselen, dat van integriteit van het recht (par. 1.4), en dat van democratie (par. 1.5). Gesteld zal worden dat de voortschrijdende Europeanisering van het contractenrecht noopt tot een herdefiniëring van de idee van democratische rechtsvorming, indien respect voor de integriteit van recht en rechtspraak wordt nagestreefd. Rechters zijn in die context soms in een betere positie dan wetgevers om adequaat in te spelen op maatschappelijke ontwikkelingen (par. 1.6). De eerdergenoemde recente Spaanse jurisprudentie geeft hiervan, om te beginnen, een mooi voorbeeld (par. 1.3).

1.3 Spaanse toestanden

De zaak *Aziz*³ bereikte als vlaggenschip van de vloot van Spaanse geschillen over de toetsing van hypotheekcontracten als eerste het Hof van Justitie van de EU. De casus betrof de heer Mohamed Aziz, die een kredietovereenkomst was aangegaan met de Catalunyaacaixa bank ter financiering van de koop van een gezinswoning in een voorstad van Barcelona en tevens de bank als zekerheid een hypotheekrecht had gegeven op de woning. Rond de tijd dat de economische crisis de Europese arbeidsmarkt en huizenmarkt trof, verloor Aziz zijn baan en was niet meer in staat de maandelijkse termijnen van de hypotheek af te lossen. De bank maakte daarop gebruik van haar contractuele optie om de hypothecaire lening vroegtijdig te beëindigen en Aziz aan te spreken tot volledige betaling van de hoofdsom plus rente. Vervolgens startte zij een hypothecaire uitwinningsprocedure. Naar Spaans recht kan slechts op beperkte gronden tegen een dergelijke uitwinning van het verhypothecarde goed worden opgekomen en geen van deze gronden was in casu van toepassing. Aziz tekende bovendien geen verzet aan tegen de uitwinning, noch wist hij, begrijpelijkerwijs, de executoriale verkoop te voorkomen door alsnog het resterende bedrag van de lening te voldoen. Uiteindelijk werd het de bank daardoor mogelijk de woning bij een publieke verkoop die geen andere bidders aantrok zelf te verwerven voor een bedrag van slechts 50% van de contractueel vastgestelde waarde. Aziz verloor de eigendom van het huis en behield een restschuld van €

3. HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-415/11 (*Aziz/Catalunyacaixa*).

40.000 jegens de bank. Om de bank het bezit van het goed te verschaffen, werd Aziz ten slotte met zijn gezin uit de woning gezet.

In een baanbrekend oordeel bepaalde het Hof van Justitie van de EU op 14 maart 2013 dat het Spaanse civiele procesrecht in strijd kwam met Europees recht, voor zover het geen mogelijkheid gaf de uitwinningprocedure te stuiten zolang geen duidelijkheid bestond over de geldigheid van de contractuele bedingen die banken hadden opgelegd aan cliënten als Aziz. Het Spaanse recht bood cliënten enkel een eventuele financiële compensatie achteraf, indien bleek dat de voorwaarden van de bank de toets aan Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten niet konden doorstaan. Een dergelijk resultaat deed volgens het Hof niet op een adequate en effectieve manier recht aan de doelstelling van consumentenbescherming die aan de Richtlijn ten grondslag ligt.

In het kielzog van *Aziz* doorloopt inmiddels een aantal vergelijkbare Spaanse zaken de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de EU. Op 17 juli jl. bepaalde het Hof bijvoorbeeld in *Sánchez Morcillo*⁴ dat de procesregels betreffende de mogelijkheid tot beroep tegen een stuiting van de uitwinningprocedure evenmin in overeenstemming waren met het EU-recht; zij bevoordeelde de bank, die al in een eerdere fase beroep kon aantekenen dan de huiseigenaren. Partijen dienen juist over gelijkwaardige verweermiddelen te beschikken.

Wat opvalt in de *Aziz*-sage, is de actieve rechtsvormende rol van zowel de nationale magistratuur als het Europese Hof. De rechter uit Barcelona die de *Aziz*-zaak naar Luxemburg doorstuurde, José María Fernández Seijo, is inmiddels beroemd in Spanje vanwege zijn kritiek op het in zijn ogen immorele recht dat de woningmarkt beheerst. De uitspraak van het Hof van Justitie van de EU in deze zaak speelde zelfs een belangrijke rol in de aanzet tot hervorming van het civiele procesrecht. Het Hof van Justitie van de EU leek zich niet minder bewust van zijn invloed, met name in zoverre als het zeer gedetailleerde richtsnoeren voor de toetsing van hypothecaire contractbedingen aan de nationale rechter meegaf. De laatste nam op zijn beurt bovendien de gelegenheid te baat om te benadrukken dat de zaak niet op zichzelf stond en dat aandacht voor de sociale context waartegen zij zich afspeelde in belangrijke mate bijdroeg aan het begrip van de belangen die in het individuele geval in het geding waren.

1.4 Rechterlijke integriteit

Zoals het Spaanse voorbeeld laat zien, kan een nationale rechter aan het Europese recht argumenten ontlenuen om een regel van civiel procesrecht opzij te zetten, en zelfs een wetsvorming af te dwingen, in het licht van een supranationale morele opvatting over de verplichtingen die bank en cliënt over en weer in acht dienen te nemen. De vraag rijst of een dergelijke handelwijze valt te rijmen met het eerdergenoemde Dworkiniaanse beginsel van integriteit van het recht, dat in dit betoog als een van de analytische en normatieve aanknopingspunten is gekozen. Volgens

4. HvJ EU 17 juli 2014, zaak C-169/14 (*Sánchez Morcillo en Abril García/Banco Bilbao*).

dit beginsel dient een rechter in het individuele geval aansluiting te zoeken bij aan het rechtssysteem ten grondslag liggende beginselen.

Duidelijk is dat de Europeanisering van contractenrecht, van Spanje tot Nederland, een ondermijning vormt van de conceptualisering van dit rechtsgebied als autonoom en nationaal bepaald. De doorwerking van EU-recht interfereert met nationale stelsels, zoals onder meer uit de jurisprudentie over toetsing van algemene voorwaarden in het licht van Richtlijn 93/13/EEG is gebleken. Als gevolg van deze voortschrijdende Europese invloeden komt systeemdenken op lidstaatsniveau onder druk te staan. De uitkomst van een contractueel geschil zal vandaag de dag immers veelal afhangen van de wisselwerking tussen nationaal contractenrecht en Europese en internationale regels. Dit brengt mee dat vanuit ‘law as integrity’ gedacht moet worden in termen van ofwel (a) één overkoepelend Europees systeem van contractenrecht, ofwel (b) een harmonieus samenspel van subsystemen, ofwel (c) een pluraliteit van nationale stelsels die onderling niet op elkaar afgestemd kunnen worden.

De taakinfilling van de rechter zal enkel aan het integriteitsbeginsel voldoen indien deze binnen een coherent systeem blijft. Vanuit dat oogpunt zou de *Aziz*-rechtspraak kunnen worden verklaard en gerechtvaardigd op basis van de zojuist onder (a) en (b) benoemde theoretische kaders. In navolging van de door Dworkin gecreëerde fictieve ideale rechter Hercules – ‘a lawyer of superhuman skill, learning, patience, and acumen’ – zouden de rechter in Barcelona en het Hof van Justitie van de EU in dat geval hebben nagestreefd een antwoord op de casus te vinden door vast te stellen welk beginsel van toepassing was vanuit ofwel (a) het Europese systeem, ofwel (b) het in een pluralistische constellatie aangewezen subsysteem. In casu zou het de Europeesrechtelijke invulling van consumentenbescherming zijn geweest, die het Spaanse civiele procesrecht buitenspel zette. Wanneer wordt uitgegaan van een radicaal pluralistische visie (c), daarentegen, lijkt de nationale rechter zijn bevoegdheid juist te buiten te zijn gegaan door via zijn prejudiciële vraag de procedurele autonomie van de lidstaat ingrijpend aan te tasten.

In het licht van dit laatste punt een terzijde: was het echt nodig de Europese weg te bewandelen om een wijziging in de uitoefening van het hypotheekrecht te bewerkstelligen? Interessant genoeg zocht een Nederlandse rechter in een met *Aziz* vergelijkbare casus de oplossing binnen het nationale systeem. De Rechtbank Amsterdam oordeelde op 13 mei 2013⁵ dat een hypotheekhouder *misbruik van recht* maakte door tot openbare verkoop van een woning over te gaan en nam daarbij in acht dat ‘in deze tijd, waarin het economisch gezien niet goed gaat met Nederland en veel huizen, zoals ook het onderhavige, “onder water staan”, dat wil zeggen de hypotheekschuld hoger is dan de waarde van het huis, van een bank meer coulance mag worden verwacht dan in economisch goede tijden. Dit betekent dat een bank tot het uiterste dient te gaan voor zij het middel van een openbare veiling kiest en dat als het in redelijkheid nog mogelijk lijkt dat door middel van een regeling een grote restschuld kan worden voorkomen, daarvoor moet worden gekozen’. De Nederlandse rechter komt op deze wijze substantieel tot een min of meer gelijke

5. Rb. Amsterdam 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0869.

conclusie als de Spaanse rechter (de bank zal niet zonder meer tot openbare veiling mogen overgaan, zeker niet indien de cliënt met een restschuld blijft zitten) en betreft eveneens uitdrukkelijk de maatschappelijke omstandigheden in haar oordeel. Zij lijkt bovendien, net als de nationale en Europese rechters in de Spaanse prejudiciële procedures, uit te gaan van een meer teleologische dan grammaticale uitleg van het recht; waar strikte toepassing van het hypotheekrecht leidt tot onbillijke gevolgen, dient zij achterwege te blijven. Toch kunnen verschillende redenen worden genoemd voor het volgen van de *Aziz*-lijn: ten eerste levert de Amsterdamse oplossing geen blijvende verandering van het recht op en zijn huiseigenaren dus afhankelijk van de beoordeling door de rechter of sprake is van misbruik van recht. In dat kader verdient vermelding dat in rechtspraak en literatuur vaak zeer terecht wordt benadrukt dat het hypotheekrecht strekt tot zekerheid van de bank, onder meer ook door advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie bij *Sánchez Morcillo*, en dat de uitoefening van dit recht dus slechts op goede gronden kan worden tegengehouden. Ten tweede gaat de Spaanse zaak verder dan de Nederlandse, voor zover de redelijkheid van de door de bank gebruikte voorwaarden aan de kaak wordt gesteld – in dat kader is de Europese Richtlijn over algemene-voorwaardentoetsing van wezenlijk belang. Ten derde bleef een adequate respons van de Spaanse wetgever op de beperkingen die het civiele procesrecht opwierp voor een dergelijke toetsing lang achterwege. Gezien het feit dat de rechtsvraag in *Aziz* en daaropvolgende zaken zozeer verweven was met het Europese consumentenrecht, mag het niet verwonderlijk heten dat de rechter in Barcelona de zaak naar het Hof in Luxemburg verwees om meer duidelijkheid te verkrijgen over de toelaatbaarheid van de Spaanse oplossing en deze zo nodig te kunnen verwerpen.

Ervan uitgaand dat het in principe mogelijk is deze rechterlijke taakopvatting in overeenstemming met het beginsel van integriteit van recht en rechtspraak uit te leggen, volgt in tweede instantie de vraag: is het vanuit democratisch oogpunt te rechtvaardigen dat de rechtspraak een dergelijke grote(re) rechtsvormende taak speelt in het Europees contractenrecht? Voor een antwoord dient het beginsel van democratie in het verhaal te worden betrokken.

1.5 Democratische rechtspraak

In navolging van de Duitse filosoof Jürgen Habermas kan worden vastgesteld dat een Dworkiniaanse benadering van de verhouding tussen wetgever en rechter overeenstemt met een democratisch beginsel dat stelt dat in een rechtsstaat degenen die door regels gebonden worden inspraak moeten hebben in de totstandkoming van de regels. Het democratische wetgevingsproces is in dat geval de sfeer waarin moraliteit ingang vindt in rechtsvorming:

‘Dworkins Theorie der Rechte beruht auf der Prämisse, daß in der Rechtsprechung moralische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, weil das positive Recht unvermeidlicherweise moralische Gehalte assimiliert hat. Für eine Diskurstheorie des Rechts, die davon ausgeht, daß auch moralische Gründe über das demokratische Verfahren der Gesetzgebung – und die Fairneßbedingungen der Kompromißbildung – ins Recht eingehen, bedeutet diese Prämisse keine Überraschung. Sie bedarf gleichwohl der Er-

läuterung, weil moralische Gehalte, indem sie in den Rechtskode *übersetzt* werden, eine rechtsformspezifische Veränderung ihrer Bedeutung erfahren.⁶

De rol van de rechter in de democratie, gemodelleerd naar de figuur van de bovenmenselijke Hercules, is in dat geval om in geschillenbeslechting aansluiting te zoeken bij de publieke moraal die in wetgeving tot uiting komt.

Maar wat nu als de rechter in een concreet geval de geldigheid van een wettelijke bepaling aan de orde stelt, zoals de Spaanse en Europese rechters in *Aziz* deden onder verwijzing naar het EU-recht? Op basis van Dworkins theorie van rechtsvinding, met name zijn visie op constitutionele toetsing van wetgeving, zou kunnen worden verdedigd dat het Europese recht in dat geval dient als toetssteen voor nationale wetgeving die binnen de werkingssfeer van het EU-recht valt. De rechter zoekt aansluiting bij democratisch geformuleerde beginselen die uiting geven aan de publieke moraal. Hij ondergraaft daarmee juist niet de publieke wil, maar bekrachtigt haar:

‘Hercules is no usurping tyrant trying to cheat the public of its democratic power. When he intervenes in the process of government to declare some statute or other act of government unconstitutional, he does this in service of his most conscientious judgment about what democracy really is and what the Constitution, parent and guardian of democracy, really means.’⁷

Dit lijkt aan te sluiten bij de taakopvatting van Europese rechters zoals die recentelijk is verwoord door Koen Lenaerts, vice-president van het Hof van Justitie in Luxemburg:

‘[N]ational diversity and EU legislative consensus must both comply with values which are regarded as all-European, i.e. those that are the object of a constitutional consensus at EU level.’⁸

Voor zover wordt gesproken van toetsing van wetgeving die binnen de sfeer van het EU-recht valt, lijkt hiermee de kous af. Aangezien burgers in lidstaten op grond van hun Europese burgerschap invloed hebben op EU-wetgevingsprocessen, onder meer via vertegenwoordiging door het Europees Parlement, kan gesteld worden dat een rechter die nationale wetgeving toetst aan de doelstelling van consumentenbescherming die aan de Richtlijn oneerlijke bedingen ten grondslag ligt, handelt binnen een democratisch bepaald beoordelingskader. Wetgeving die niet overeenstemt met ‘all-European values’ blijft buiten toepassing.

Toch ligt het niet zo eenvoudig. Probleem is immers dat EU-regels interfereren met nationale systemen van privaatrecht, die voor een groot gedeelte *niet* binnen de

6. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1992, p. 250.

7. R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard: Harvard University Press 1988, p. 399.

8. K. Lenaerts, ‘Upholding Union Values in Times of Societal Change: The Role of the Court of Justice of the European Union’, lezing, Durham European Law Institute, 17 februari 2014, www.dur.ac.uk/resources/deli/events/annual%20lecture%202014/Lenaerts_2014_Durham.pdf.

bevoegdheidssfeer van de Europese wetgever vallen. De Spaanse jurisprudentie vormt wederom een treffende illustratie, voor zover zij betrekking heeft op regels van civiel procesrecht: rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU neemt een beginsel van procedurele autonomie van de lidstaten in acht, wat betekent dat slechts in uitzonderingsgevallen wordt ingegrepen in de wijze waarop handhaving van EU-recht op nationaal niveau plaatsvindt. Toetsing aan de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit is hier leidend. Voor zover de afweging van deze Europeesrechtelijke beginselen door het Hof een interventie in nationaal procesrecht meebrengt, kan weerstand ontstaan tegen EU-inmenging met binnen de nationale rechtsorde op democratische wijze vastgestelde wetten, die uiting geven aan de morele opvattingen van de burgers van het betreffende land.

Een aandachtige lezer zal hebben opgemerkt dat we hiermee zijn teruggekeerd bij het dilemma op welk niveau van regelgeving het integriteitsbeginsel werking dient te hebben. Een theorie die uitgaat van een overkoepelend Europees systeem, de eerdergenoemde optie (a), kan wellicht de rechterlijke rechtsvorming vanuit het EU-recht verklaren en normeren. Het is echter niet uitgesloten dat nationale en Europese rechters en burgers dit model niet zullen accepteren, wat zich bijvoorbeeld kan uiten in kritiek op rechterlijke navolging van morele opvattingen die botsen met de waarden die zich weerspiegelen in het bestaande nationale recht. Een theoretisch model dat dergelijke kritiek een plaats zou kunnen geven, is de gematigd pluralistische versie (b), waarin op basis van coördinerende beginselen wordt bepaald welke rechter, op welk niveau het laatste woord heeft. Deze optie wijkt echter op een belangrijk punt af van de overkoepelende, monistische theorie: waar model (a) uitgaat van één Europees systeem van contractenrecht waarin democratie en integriteit samenvallen, bewegen beide beginselen in model (b) zich in een ingewikkelder samenstel. In het gematigd pluralistische kader, gezien vanuit Dworkins theorie van rechtsvinding, beheerst het integriteitsbeginsel zowel het meta-niveau waarop coördinatie plaatsvindt, als het nationale contractenrecht van de lidstaten. Op vergelijkbare wijze moet, wederom in navolging van Dworkins theorie, rechterlijke rechtsvinding geschieden in overeenstemming met het beginsel van democratie, zowel op nationaal als Europees niveau. Er bestaan echter spanningen tussen de manier waarop de democratische inspraak in rechtsvormingsprocessen institutioneel en substantieel is gewaarborgd – op Europees niveau, maar ook tussen lidstaten onderling.

Habermas, voorvechter van verdergaande Europese en internationale samenwerking, zoekt de oplossing van dit vraagstuk in een Europese regeringsvorm, waarin burgers op twee niveaus participeren in democratische vaststelling van regels: nationaal, binnen de eigen lidstaat, en supranationaal, als EU-burgers. Op die manier kunnen burgers als normadressanten in beide sferen een stem laten horen in de juridische vertaling van gedeelde waarden. Het principe van democratie krijgt een duaal karakter.

Zonder af te doen aan deze gedachtegang, kan de vraag worden gesteld of het mogelijk is een dergelijke theorie op zodanige manier te ontwikkelen dat zij recht doet aan de pluraliteit van regelgevingsprocessen die voor het Europees contractenrecht van belang zijn, én de morele opvattingen die binnen verschillende systemen

van regels tot uitdrukking komen. In deze context mogen ook de eerdergenoemde door Vranken gesignaleerde private regelgevers niet worden vergeten. Model (c), een radicaal pluralistische visie, kan ons binnen het bestek van het huidige betoog weinig verder helpen, nu het integriteitsbeginsel daarin op overkoepelend niveau wordt losgelaten. Concluderend kan dan ook worden gepleit voor de verdere invulling van een van de andere twee opties.

1.6 Imperfecte alternatieven

‘Do justice, Justice.’ In het voorgaande heb ik betoogd dat het vanuit een Dworkiniaans begrip van ‘law as integrity’ noodzakelijk en wenselijk is dat rechters in het Europees contractenrecht een belangrijke rol spelen bij de interpretatie en toepassing van Europese en nationale regelgeving in het licht van de morele opvattingen die aan de regels ten grondslag liggen. Een stap verder gaand, zou ik willen toevoegen dat het zelfs noodzakelijk en wenselijk is dat rechters in bepaalde gevallen meer doen dan rechtsvinding, dat wil zeggen het formuleren van een antwoord voor het individuele geval op basis van bestaand recht, namelijk ook rechtsvorming, dat wil zeggen het geven van een oplossing die afwijkt van geldend recht om bij te dragen aan sociale rechtvaardigheid. Het buiten toepassing laten van een regel van Spaans civiel procesrecht in de *Aziz*-casus vormt een goed voorbeeld, voor zover de rechter in Barcelona de Europese consumentenbeschermingsgedachte inriep om huiseigenaren in Spanje een sterkere positie te geven ten opzichte van banken die bijzonder ongunstige contractuele hypotheekvoorwaarden aan hen hadden opgelegd. Zoals we zagen, valt een dergelijke werkwijze niet eenvoudig te verenigen met een theoretisch model waarin EU en nationale regels van contractenrecht als één systeem worden gezien – de Europese en nationale regels die hier botsen vloeien immers voort uit verschillende processen, waardoor het integriteitsbeginsel en democratiebeginsel niet op één niveau worden verenigd. Een gematigd pluralistisch model lijkt kansrijker, aangezien de beginselen daarin op twee niveaus werken – burgers hebben invloed op de totstandkoming van nieuwe regels op nationaal en Europees niveau, en rechters stellen in het concrete geval op basis van coördinerende meta-beginselen vast welke regel, en onderliggende morele overtuiging, voorgaat.

Vanzelfsprekend kan worden tegengeworpen dat op deze manier wel erg veel ruimte wordt vrijgemaakt voor rechterlijke rechtsvorming in het Europees contractenrecht, terwijl andere instituties in een betere positie zouden zijn om bijvoorbeeld regels vast te stellen voor de Europese woningmarkt. In dit kader kan worden gewezen op de Richtlijn woningkredietovereenkomsten die op 4 februari 2014 door de EU-wetgever is aangenomen en waarin voor *Aziz*-achtige gevallen is bepaald: ‘De lidstaten stellen maatregelen vast die de kredietgever aansporen een redelijke mate van tolerantie aan te houden alvorens een procedure tot gedwongen verkoop in te leiden’ (artikel 28). De redelijk vlotte aanneming van de Richtlijn zou als argument kunnen worden gebruikt om te verdedigen dat in een democratisch proces van regelgeving consensus kan worden gevonden over het (minimum)beschermingsniveau voor huiseigenaren in hypotheekcontracten. Dit zou een meer democratische en wellicht minder kostbare wijze van rechtsvorming zijn dan de vele procedures die via nationale rechters en het Europese Hof worden gevoerd.

Hoewel deze tegenwerping niet onwaar lijkt, is zij niettemin naar mijn mening niet overtuigend. De creatieve ruimte van de rechter wordt inderdaad grotendeels bepaald door de verhouding van de rechtspraak tot andere instituties. In zijn werk over 'comparative institutional analysis'⁹ heeft Neil Komesar met verve verdedigd dat bij de beantwoording van specifieke beleidsvragen steeds een keuze zal vallen tussen drie instituties: marktwerking, het politieke proces en de rechtspraak. De laatste van de drie is zeker niet altijd de meest efficiënte optie op grond van een kosten-batenanalyse. Echter, Komesar benadrukt terecht dat elk van de drie instituties zowel voor- als nadelen heeft. Een institutionele keuze betekent dan ook altijd een afweging tussen imperfecte alternatieven en een allocatie van (een deel van) de beleidsbeslissing aan de in een gegeven situatie minst onvolmaakte institutie. In het voorbeeld van de Spaanse hypotheekcontracten was de weg via de rechters in Barcelona en Luxemburg wellicht niet de meest efficiënte om een verandering van de Spaanse regels betreffende uitoefening van hypotheekrechten te bewerkstelligen. Het was echter wel een effectieve manier om de regels over snelle tenuitvoerlegging buiten toepassing te kunnen laten in het individuele geval en een wetsherziening in gang te zetten op nationaal niveau. Bovendien werd in principe voldaan aan het integriteitsbeginsel, voor zover de Spaanse en Europese rechters in het licht van het beginsel van effectieve consumentenbescherming dat aan Richtlijn 93/13/EEG ten grondslag ligt beredeneerden dat de nationale regels van civiel procesrecht niet voldeden – op grond van een afweging tussen het beginsel van procedurele autonomie van de lidstaten en het effectiviteitsbeginsel kan worden verdedigd dat de bevoegdheid tot dit oordeel bij het Hof van Justitie van de EU in Luxemburg berustte.

Vanuit democratisch oogpunt, tot slot, blijft rechterlijke rechtsvorming in het Europees contractenrecht een lastig vraagstuk. Inspraak van burgers in het politieke proces geschiedt immers op meer directe manier dan invloed op rechtsvorming via de rechtspraak. Dit neemt echter niet weg dat rechters in bepaalde gevallen in een betere positie verkeren dan wetgevers om adequaat op maatschappelijke ontwikkelingen te kunnen reageren. Zo kwam de wetshervorming in Spanje sneller tot stand via de Aziz-rechtspraak dan via het politieke proces. Bovendien kunnen de toegankelijkheid van rechtspraak, de vertegenwoordiging van rechtsprekende instanties op alle Europese niveaus, en de mogelijkheid van publiek debat over spraakmakende zaken worden genoemd als factoren die het democratisch gehalte van rechterlijke rechtsvorming in het Europees contractenrecht doen toenemen. Rechtvaardigheid draagt vanuit die democratische visie dan ook wel degelijk regelmatig een toga.

9. N.K. Komesar, 'In Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative', *Michigan Law Review* 1981, Vol. 79, No. 7, pp. 1350-1392.

1.7 Geraadpleegde literatuur

J. Habermas, *Zur Verfassung Europas*, Berlin: Suhrkamp Verlag 2011.

A.S. Hartkamp, Asser/Hartkamp 3-I*, *Vermogensrecht algemeen: Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, 2^e druk, Deventer: Kluwer 2011.

M.W. Hesselink, 'Democratic Contract Law', paper voor symposium 'Private Law and the Basic Structure of Society', Universiteit van Amsterdam, 31 januari 2014.

N.K. Komisar, *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago: University of Chicago Press 1994.

N.K. Komisar, *Law's Limits. The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2001.

M. Kumm, 'Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law', *German Law Journal* 2006, p. 341-369.

K. Lenaerts, 'The Principle of Democracy in the Case Law of the European Court of Justice', *International and Comparative Law Quarterly* 2013, p. 271-315.

H.-W. Micklitz, 'Monistic Ideology versus Pluralistic Reality – Towards a Normative Design for European Private Law', in: L. Niglia (ed.), *Pluralism and European Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 29-51.

C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (preadviezen NJV 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 187-242.

1.8 Rechtspraak

Juzgado de lo Mercantil no 3 de Barcelona, 2 mei 2013, SJM B 21/2013, www.poderjudicial.es/stfls/SALA_DE_PRENSA/NOVEDADES/J.Mercantil_3_Barcelona.pdf.

