



*Contract Law as Fairness. A Rawlsian Perspective on the Position of SMEs in
European Contract Law*

J.G. Klijnsma

Samenvatting

Contract Law as Fairness geeft een Rawlsiaans perspectief op de positie van kleine en middelgrote ondernemingen (KMO's) in het Europees contractenrecht.

Deel I werkt *in abstracto* uit wat de implicaties zijn van een Rawlsiaanse benadering op het contractenrecht als institutie. Een dergelijke conceptie van contractenrecht geïnspireerd door de Rawlsiaanse principes van rechtvaardigheid noem ik '*contract law as fairness*', of 'contractenrecht als billijkheid'. Rawls' theorie van rechtvaardigheid, *justice as fairness* (rechtvaardigheid als billijkheid), heeft, zoals alle liberale theorieën van rechtvaardigheid, als een van zijn grondbeginselen dat mensen voor zichzelf moeten kunnen beslissen wat volgens hen een goed leven is; een leven dat het waard is om geleefd te worden. Het is dus niet aan een liberale theorie van rechtvaardigheid om mensen voor te schrijven hoe zij precies hun leven moeten leiden. In plaats daarvan richt *justice as fairness* zich op principes die een eerlijk systeem creëren waarin mensen op voet van gelijkheid met elkaar kunnen samenleven. Derhalve gaat *justice as fairness* niet over individuele handelingen, maar over wat een rechtvaardige basisstructuur van de samenleving is. De voornaamste sociale instituties, zoals de grondwet en de manier waarop de economie is gereguleerd, zijn de belangrijkste elementen van deze basisstructuur.

Aangezien Rawls zelf ambigu is over de reikwijdte van de basisstructuur, is deze zowel in enge als in ruime zin geïnterpreteerd. Volgens de enge interpretatie bestaat de basisstructuur alleen uit enkele essentiële grondwettelijke elementen en een aantal sociale zekerheidsprogramma's, terwijl volgens de ruime interpretatie de basisstructuur juist uit nagenoeg alle juridische instituties van een samenleving bestaat. Door een kritische beschouwing van het concept van de basisstructuur in *justice as fairness* wordt duidelijk dat de enge en de ruime interpretatie op twee verschillende methoden wijzen om een centraal liberaal doel te garanderen: personen in staat stellen hun conceptie van 'het goede' na te leven binnen bepaalde grenzen die bepaald worden door 'het juiste'. Door dit onderscheid tussen het goede en het juiste kan er een arbeidsdeling ontstaan tussen aan de ene kant de

basisstructuur en haar instituties, welke als doel hebben 'achtergrondrechtvaardigheid' te creëren en te onderhouden, en aan de andere kant individuen die vrij hun doelen kunnen nastreven binnen het door de basisstructuur gestelde raamwerk. Deze arbeidsdeling helpt de aantrekkingskracht van de beperkte reikwijdte van *justice as fairness* te verklaren en maakt inzichtelijk waarom de nadruk op de basisstructuur niet louter een schijnbaar arbitrair onderscheid is tussen verschillende instituties.

De beperkte reikwijdte van *justice as fairness* betekent dat de principes van rechtvaardigheid in de theorie van Rawls alleen van toepassing zijn op de basisstructuur van rechtvaardigheid. Wil *justice as fairness* dus enige implicaties hebben voor het contractenrecht, dan is het noodzakelijk te verdedigen dat contractenrecht deel uitmaakt van de basisstructuur. Dit is echter een controversieel punt. Het schildert contractenrecht af als instrumenteel aan de eisen van distributieve rechtvaardigheid en meer specifiek de versie van distributieve rechtvaardigheid zoals voorgeschreven door de principes van rechtvaardigheid in *justice as fairness*.

Een distributieve functie voor het contractenrecht kan door twee soorten opposanten bekritiseerd worden: zij die een deontologische of anti-instrumentele visie op contractenrecht hebben en zij die het contractenrecht wel als instrumenteel zien, maar de effectiviteit van contractenrecht als wijze om *distributieve* doeleinden na te streven betwisten. Deze twee visies kunnen grofweg gezien worden als tegenargumenten vanuit het perspectief van een *ex post* en een *ex ante* conceptie van contractenrecht. De *ex post* conceptie omvat een terugkijkend perspectief, waar vragen als 'wie heeft er verkeerd gehandeld?' centraal staan, terwijl de *ex ante* conceptie een vooruitkijkend perspectief behelst, waar vragen als 'wat zijn de effecten van een bepaalde regel?' centraal staan. Kort gezegd geloven voorstanders van de deontologische visie dat de regels van het contractenrecht op morele gronden nooit gebruikt mogen worden voor distributieve doeleinden, terwijl voorstanders van de instrumentele visie geloven dat het inefficiënt is om te trachten distributieve doelen na te streven in het contractenrecht.

Deel I laat zien waarom deze tegenargumenten geen overtuigende redenen vormen om het contractenrecht niet tot de basisstructuur van de samenleving te rekenen. Wellicht belangrijker is dat Deel I ook een positief argument geeft over waarom het aantrekkelijk is het contractenrecht als deel van de basisstructuur te zien. Zoals hierboven gezegd is het de taak van de basisstructuur om achtergrondrechtvaardigheid te creëren en onderhouden. Ik beargumenteer dat het contractenrecht als institutie een belangrijke rol kan spelen in het behalen van deze twee kerndoelen van de basisstructuur. Ten eerste, in een samenleving waarin de basisstructuur productie mogelijk maakt is binnen die basisstructuur minimaal een bepaalde vorm van eigendom en een bepaalde vorm van rechtsgeldige transacties noodzakelijk. Zonder een dergelijke structuur zou het onmogelijk zijn voor personen om hun eigen conceptie van het goede te verwezenlijken, of zouden zij tenminste oneigenlijk afhankelijk zijn van anderen in een dergelijke verwezenlijking. Het contractenrecht is een van de voornaamste instituties die dergelijke transacties mogelijk maakt. Ten tweede zorgt het contractenrecht voor het onderhouden van de achtergrondrechtvaardigheid. Het creëert een raamwerk waarbinnen mensen kunnen handelen zonder zelf de distributieve consequenties van elke individuele transactie in de gaten te houden.

De conclusie dat contractenrecht deel uitmaakt van de basisstructuur betekent dat Rawls' twee principes van rechtvaardigheid van toepassing zijn op het contractenrecht. *Contract law as fairness* is een uitwerking van wat dit impliceert voor het contractenrecht. Het eerste principe van rechtvaardigheid – elke persoon dient een gelijk recht te hebben op het meest uitgebreide stelsel van gelijke fundamentele vrijheden zoals verenigbaar met een vergelijkbaar stelsel voor anderen – speelt een rol met betrekking tot de horizontale werking van fundamentele rechten in het contractenrecht. Dit principe is niet alleen van belang in de verticale relatie tussen burger en staat, maar ook in de horizontale relatie tussen burger en burger. Ongeacht wie een gevaar vormt voor deze fundamentele vrijheden – de staat of een andere burger – *justice as fairness* eist hun bescherming. Zodoende dienen de Rawlsiaanse fundamentele vrijheden horizontale werking te hebben in het contractenrecht. Dit betekent concreet dat contracten die inbreuk

maken op fundamentele vrijheden niet met behulp van de staat afdwingbaar zouden moeten zijn. Het tweede principe van rechtvaardigheid – sociale en economische ongelijkheden dienen zo ingericht te zijn dat ze zowel (a) in het grootste voordeel van de minstbedeelden zijn, en (b) verbonden zijn aan posities en ambten die toegankelijk zijn voor iedereen onder de voorwaarde van eerlijke gelijkheid van kansen – speelt een rol in het contractenrecht met betrekking tot non-discriminatieregels en de bescherming van zwakkere partijen. Non-discriminatieregels zijn normatief wenselijk omdat ze trachten te garanderen dat posities voor iedereen toegankelijk zijn. De bescherming van zwakkere partijen is normatief wenselijk omdat deze beoogt de positie van de slechtst bedeelden in de samenleving te verbeteren. Een contractenrecht dat vormgegeven is naar deze principes is wat ik noem: '*contract law as fairness*'.

Deel II richt zich vervolgens op de toepassing van deze conceptie van *contract law as fairness* op het Europees contractenrecht en meer specifiek op de positie van kleine en middelgrote ondernemingen. Waar Deel I eindigt met een pleidooi voor de categorische bescherming van zwakkere partijen, probeert Deel II uit te werken wat een dergelijke bescherming zou inhouden in het Europees contractenrecht. Echter, specificeren wat het zeer abstracte tweede principe van rechtvaardigheid, het verschilbeginsel (*difference principle*), exact vereist van één aspect van één institutie is noch haalbaar, noch aantrekkelijk. Over de beoordeling van wat het optimale niveau is van bescherming van zwakkere partijen kan redelijkerwijs van mening worden verschild. Beslissingen daaromtrent dienen dus open te zijn voor democratische besluitvorming. Aan de ene kant toont dit de beperkingen van *justice as fairness* voor specifieke vragen van economisch beleid, aan de andere kant schept het ruimte voor een betekenisvol democratisch proces. Zodoende helpt de bespreking van *justice as fairness* in relatie tot contractenrecht niet alleen bij de normatieve beoordeling van het contractenrecht, maar blijkt het ook instructief te zijn voor een beter begrip van *justice as fairness* als een politiek liberale theorie van rechtvaardigheid.

Deze beperkingen betekenen niet dat er niets te zeggen valt over de bescherming van zwakkere partijen vanuit een Rawlsiaans perspectief. De focus moet dan echter

liggen op de vraag *wie* als zwakkere partij moet worden gezien, gegeven het niveau van bescherming van zwakkere partijen dat tot stand gekomen is in een dergelijke democratische procedure. Een dergelijke categorische benadering van de bescherming van zwakkere partijen past goed bij de werking van het verschilbeginsel in het algemeen, en bij *contract law as fairness* specifiek. Om de positie van KMO's in het Europees contractenrecht te beoordelen vanuit een Rawlsiaans perspectief is dan de volgende vraag cruciaal: moeten KMO's gezien worden als zwakkere partijen wat betreft het contractenrecht? Als dat het geval is biedt *contract law as fairness* een normatieve grond voor de bescherming van KMO's. Een dergelijke afweging kan alleen gemaakt worden in het licht van de bestaande regels over de bescherming van zwakkere partijen en hun onderliggende principes. Aangezien consumentenbescherming de dominante vorm van bescherming van zwakkere partijen in het Europees contractenrecht is, is het passend om consumentenrecht als ijkpunt te nemen en te onderzoeken of deze regels en hun grondgedachten het maken van een categorisch onderscheid tussen consumenten en KMO's met betrekking tot bescherming van zwakkere partijen rechtvaardigen.

De kern van Deel II heeft betrekking op deze vraag, zowel in het algemeen als specifiek gericht op de voornaamste methoden van consumentenbescherming. Om een antwoord op de vraag te formuleren worden de regels van precontractuele informatieplichten, herroepingsrechten en oneerlijke bedingen in zowel de Richtlijnen die hierop van toepassing zijn – de Richtlijn Consumentenrechten en de Richtlijn Oneerlijke Bedingen – en het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (GEKR) besproken. Daarbij wordt een vergelijking getrokken tussen de positie van consumenten en KMO's in de toepassing van deze regels. Deze vergelijking toont aan dat KMO's consequent minder beschermd worden dan consumenten.

Zowel de Richtlijnen als het GEKR kennen een zeer restrictieve notie van wie valt aan te merken als consument. Dit resulteert erin dat KMO's effectief uit deze categorie worden uitgesloten. Ik beargumenteer dat, in het licht van *contract law as fairness*, de grondgedachten achter een dergelijke beperking in reikwijdte dit

categorisch onderscheid niet ondersteunen. In het algemeen delen KMO's de kenmerkende eigenschappen met consumenten die bescherming rechtvaardigen. Derhalve zouden KMO's tot dezelfde categorie als consumenten dienen te worden gerekend met betrekking tot de bescherming van zwakkere partijen in het Europees contractenrecht. Daarbij komt dat ook de specifieke grondgedachten achter de regels van precontractuele informatieplichten, herroepingsrechten en oneerlijke bedingen geen goede redenen bieden voor een dergelijk onderscheid tussen consumenten en KMO's in relatie tot deze specifieke methoden van consumentenbescherming. De redenen waarom deze instrumenten zwakkere partijen beschermen gaan evenzeer op voor KMO's als voor consumenten. Gezien de normatieve aantrekkelijkheid van de categorische bescherming van zwakkere partijen in *contract law as fairness* is het zonder overtuigende rechtvaardiging uitsluiten van KMO's van de bescherming van zwakkere partijen vanuit Rawlsiaans perspectief onrechtvaardig.

Tegelijkertijd wijs ik op het voorbehoud dat dit argument sterker is wanneer de KMO's relatief klein zijn en hun wederpartij relatief groot. Derhalve is het mogelijk gerechtvaardigd KMO's beperkter te definiëren dan nu het geval is, bijvoorbeeld door de categorie van KMO's te beperken tot micro en kleine ondernemingen. Het is echter niet mogelijk een exacte definitie voor KMO's af te leiden uit *contract law as fairness*. Dit voorbehoud meegenomen, pleit ik ervoor dat vanuit het perspectief van *contract law as fairness* Europees consumentenrecht geherconceptualiseerd moet worden als het recht van zwakkere partijenbescherming. Daarbovenop verdedig ik de stelling dat er geen legitieme gronden zijn om een onderscheid te maken tussen consumenten en KMO's met betrekking tot wie geldt als zwakkere partij. In andere woorden, de implicatie van het toepassen van een Rawlsiaans raamwerk op het Europees contractenrecht voor de positie van KMO's is dat ze dezelfde bescherming verdienen als consumenten.