

DRET PRIVAT EUROPEU: PER UN ORDRE JURÍDIC ESPONTANI¹

Jan M. Smits²

*Catedràtic de Dret Privat Europeu
Universitat de Maastricht*

1. INTRODUCCIÓ

1.1. PROPÒSIT I SÍNTESE D'AQUEST TREBALL

I. Durant l'última dècada, la comunitat jurídica europea ha presenciat un debat intens relatiu al dret privat europeu. El propòsit del meu treball és reflexionar sobre aquest debat per a un públic format per juristes que no siguin especialistes en dret privat europeu o en dret comparat. Aquest enfocament s'explica perquè l'origen del present article és un report preliminar per a la Societat Jurídica Holandesa, l'organització que aplega tots els juristes professionals neerlandesos, tant si són advocats com si són jutges, professors o exerceixen qualsevol altra professió jurídica. Intento fixar-me en les qüestions cabdals del debat i donar-hi la meua pròpia resposta. Això no vol dir que no presti atenció a les opinions d'altres autors; ben al contrari, utilitzaré aquestes altres opinions per a contrastar les meves respostes. Això mostrarà que la discussió sobre el dret privat europeu afecta qüestions essencials sobre el paper del dret en una societat moderna i que les perspectives sobre aquest paper poden variar considerablement.

El lector s'adonarà que el meu principal centre d'atenció és el dret d'obligacions, la responsabilitat extracontractual i la propietat. Dels tres, el dret d'obligacions té el paper protagonista en els esforços harmonitzadors de la Unió

1. Traducció d'Antoni Vaquer, catedràtic de Dret Civil de la Universitat de Lleida.

2. El meu article s'ha beneficiat de les discussions sobre un esborrany en seminaris a la Universitat de Bonn, el Louisiana State University's Law Center (Baton Rouge), la Tulane School of Law (New Orleans) i la Universitat d'Hèlsinki. Qualsevol error és, però, meu.

Europea i per això la majoria dels meus exemples provenen d'aquesta àrea del dret, la qual cosa no significa que el que escrigui no tingui valor per a d'altres àrees del dret privat, ja que sovint les meves conclusions pretenen tenir un abast general i ser vàlides, per exemple, també per al dret de família o el dret de societats.

L'estructura del treball és la següent: després de donar una ullada a l'*acquis* existent en l'àmbit del dret privat (apartat II), discuteixo la qüestió de si hi ha cap *necessitat* d'harmonitzar (apartat III). És l'harmonització realment necessària per tal d'assolir els objectius que la mateixa Unió Europea s'ha fixat? A continuació, m'ocupo de com s'hauria de dissenyar el dret privat europeu *futur*. Pel que fa al dret d'obligacions, la Comissió Europea segueix una política doble: pretén que es prepari un marc comú de referència (MCR) i que continuï el debat a l'entorn de la possibilitat d'un codi opcional. En l'apartat IV són objecte de discussió un seguit d'aspectes que comprenen no només les implicacions pràctiques sobre els continguts i la manera de preparar aquests dos instruments, sinó també la pregunta més fonamental que respongui si realment contribuiran a resoldre els problemes actuals. Finalment, es considera des d'una perspectiva crítica la influència d'«Europa» en els drets privats nacionals.

El fet que aquest treball fos originàriament concebut per a una audiència general de juristes i professors, explica per què l'apartat II solament conté una descripció genèrica de l'*acquis* existent. En apartats posteriors, el lector és introduït en alguns dels problemes més importants que deriven del debat present. Alhora, les respostes que dono a aquests problemes haurien de provocar la discussió dels especialistes. Va ser inevitable que, quan escrivia, no sempre podia explorar nous camps i m'havia de referir a punts de vista expressats amb anterioritat.³ Tanmateix, he intentat encetar nous camins. Al capdavant, la tesi principal del meu treball és que la integració europea es beneficia de la diversitat legal i de la llibertat d'elecció que se'n deriva.

2. LA INTEGRACIÓ EUROPEA EN EL DRET PRIVAT: VISIÓ GENERAL

2.1. PANORÀMICA

II. En aquesta part sintetitzo els esforços actuals per a assolir un dret privat europeu unificat. Prestaré atenció a tres dimensions distintes de la unifica-

3. Vegeu J. M. SMITS, *The Making of European Private Law*, Antwerp, Oxford i Nova York, 2002, i les obres que cito més endavant.

ció: la dimensió legal, la dimensió política i el que anomeno *la dimensió pràctica*. La dimensió legal implica una descripció de les competències de la Unió Europea i de la manera que, fins ara, aquesta n'ha fet ús (núm. III a VI). La dimensió política es refereix a la discussió sobre una integració en el camp del dret d'obligacions que ultrapassi la que consideren el Parlament i la Comissió Europea (núm. VII). La dimensió pràctica atén les maneres més graduals, però no menys evidents, en què la integració europea i la globalització influeixen en general en la pràctica jurídica (núm. VIII). Tot plegat condueix a la conclusió sobre què implica actualment la integració europea (núm. IX).

2.2. LA BASE: LES COMPETÈNCIES DE LA UNIÓ EUROPEA I EL DRET PRIVAT

III. No hi ha cap dubte que, en els sistemes de *civil law*, el legislador nacional té la competència per a regular qualsevol aspecte o institució del dret privat. Fins i tot en moltes constitucions de països de *civil law* hi ha una norma que imposa expressament l'obligació de codificar el dret privat.⁴ Ben diferent és el cas de la Unió Europea,⁵ ja que només pot actuar en la mesura en què tingui competència sobre el dret privat (en particular, en el Tractat de la Unió).⁶ I aquesta competència només pot resultar d'un dels objectius de la Unió Europea.

Dels nou objectius de la Unió Europea enumerats en l'article 2 del Tractat, el «desenvolupament de les activitats econòmiques» a la Comunitat és, sens dubte, el més important. Aquest objectiu s'assoleix mitjançant la creació d'un mercat comú i d'una unió econòmica i monetària. Tot seguit, l'article 3 del Tractat deixa clar que el mercat interior europeu es caracteritza per la supressió d'obstacles al lliure moviment de béns, persones, serveis i capitals. El mercat interior és el nucli de la Unió Europea: de les 2.400 directives promulgades fins ara, 1.400 hi estan directament relacionades. Cal destacar que en el mercat interior no es pot distorsionar la competència i que la Unió ha de perseguir l'aproximació dels drets dels estats membres en la mesura requerida per al funcionament del mercat comú.

D'aquí es desprèn que la competència més important de la Unió Europea en dret privat és només *indirecta*: la competència per a adoptar mesures, la té la Unió només en la mesura en què el dret nacional és un impediment per al fun-

4. Així, per exemple, els articles 107 de la Constitució neerlandesa i 34 de la Constitució francesa.

5. D'ara endavant, amb el terme *Unió Europea* em refereixo a les competències de les comunitats europees.

6. Versió consolidada del Tractat de la Comunitat Europea, *Diari Oficial* 2002, C 325/33.

cionament del mercat comú. No importa si l'estat membre qualifica aquest dret com a privat, administratiu o d'una altra mena, ja que, des de la perspectiva europea, el dret és només un instrument per aconseguir un objectiu més elevat.⁷ Això ha motivat una gran quantitat de legislació europea en camps com el del dret de la competència, el dret de societats, el dret de les assegurances i el dret ambiental. Inevitablement, aquesta legislació es justifica amb una referència —en el preàmbul de la directiva o del reglament— al mercat comú. Similarment, l'*acquis communautaire* en matèria de dret privat es basa gairebé per complet en el propòsit del mercat comú i interior⁸ (vegeu *infra*, núm. v).

IV. L'article 3 del Tractat de la Comunitat Europea esmenta uns altres dos objectius de la Unió que tenen transcendència per al dret privat. En primer lloc, es refereix a la protecció dels consumidors, un objectiu que es va introduir en el Tractat d'Amsterdam i del qual s'ocupa l'article 153 del Tractat. Aquest precepte gairebé mai no s'ha utilitzat com a fonament d'una legislació europea (correctament, com es veurà en el núm. xv). En segon lloc, des del Tractat de Maastrecht,⁹ però també des del Tractat d'Amsterdam¹⁰ i la subsegüent cimera de Tampere (1999) i el programa de La Haia (2004), un dels objectius explícits de la Unió és la creació d'un «espai de llibertat, seguretat i justícia» per als ciutadans europeus.¹¹ Això no està mancat de relació amb els objectius econòmics de la Unió Europea: segons aquesta mateixa, aquest espai està íntimament lligat al lliure moviment de persones, que s'obstaculitzaria si, en un procediment civil, els documents judicials no es poguessin transferir d'un estat a un altre. Ara, el Tractat de la Comunitat Europea dedica un títol sencer (art. 61 a 69) a «visats, asil, immigració i altres polítiques relacionades amb el lliure moviment de persones». Una d'aquestes altres «polítiques» es refereix al camp de la «cooperació judicial en assumptes civils» (art. 61c, desenvolupat en l'art. 65 del Tractat). Aquest precepte permet mesures en l'àmbit del servei transfronterer de documents judicials i extrajudicials, la cooperació en la pràctica de proves, el reconeixement i

7. Vegeu M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE i J. H. H. WEILER, «Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience: A General Introduction», a M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE i J. H. H. WEILER (ed.), *Integration Through Law*, vol. 1, book 1, Berlín, 1986, p. 15.

8. Devaluen així la distinció subtil entre ambdós, R. BARENTS i L. J. BRINKHORST, *Gron-dlijnen van Europees recht*, 10a ed., Deventer, 2001, p. 272. D'ara endavant usaré primordialment el terme *mercat interior*.

9. DOCE, 1992, C 224.

10. DOCE, 1997, C 340.

11. Vegeu P.-C. MÜLLER-GRAFF (ed.), *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, Baden-Baden, 2005, i M. KRAUS-VONJAHN, *Der Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa*, Frankfurt am Main, 2002.

l'execució de sentències en matèria civil i mercantil, les normes de conflicte, la competència i el desenvolupament dels procediments civils.

Aquesta cooperació en l'àmbit judicial era originàriament (d'acord amb el Tractat de Maastricht) una cooperació intergovernamental (en el famós «tercer pilar»), però ara és (des del Tractat d'Amsterdam) dret comunitari.¹² Això implica¹³ que se segueix —igual que en la presa de decisions amb relació al mercat interior— el procediment de codecisió de l'article 251, i és suficient obtenir la majoria, per bé que la unanimitat és encara necessària per al dret de família (art. 67). Hauria d'afegir que no és gaire especial que Europa tracti la cooperació judicial, atès que això ja succeïa abans del 1992, i n'és el millor exemple la cooperació que va conduir al Tractat de 1968 sobre competència i execució de sentències.¹⁴ El que sí que és especial és que, d'ençà del 1999, la mateixa Unió Europea té competència i les mesures es poden adoptar també contra la voluntat d'un estat membre concret.¹⁵

2.3. L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE

V. Ara cal analitzar en quina extensió es van utilitzar les competències esmentades per a elaborar la legislació en matèria de contractes, danys i propietat. En els darrers trenta anys, almenys s'han aprovat dinou directives que toquen el nucli del dret privat. Deu d'aquestes són sobre dret contractual, dues sobre publicitat comparativa i enganyosa, dues sobre negocis en l'àmbit financer, dues sobre responsabilitat per producte, una sobre la devolució de béns culturals, una sobre comerç electrònic i una sobre pràctiques comercials deslleials entre empreses.¹⁶

12. A diferència de la cooperació en l'àmbit criminal, que segueix essent intergovernamental. Vegeu A. KLIP, «European Integration and Harmonisation and Criminal Law», a D. CURTIN, J. M. SMITS, A. KLIP i J. A. MCCAHERY, *European Integration and Law*, Antwerpen-Oxford, 2006, p. 109 i seg.

13. Després del període de transició de cinc anys (que ja ha expirat) en què es requeria la unanimitat del Consell.

14. Convenció de la Unió Europea sobre competència i execució de resolucions judicials en les matèries civil i mercantil de 27 de setembre de 1968, substituïda pel Reglament Brussel·les I (Reglament 44/2001). Vegeu l'article 293 del Tractat de la Comunitat Europea.

15. Hi ha, encara, altres competències, com la de l'article 308 del Tractat de la Comunitat Europea. Vegeu J. BASEDOW, «Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex», *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 200 (2000), p. 478.

16. La majoria d'aquestes directives es poden consultar a R. ZIMMERMANN, R. SCHULZE i E. ARROYO, *Textos básicos de derecho privado europeo*, Barcelona i Madrid, 2002, a les quals cal afegir la Directiva 2002/47, sobre acords de garantia financera, DOCE, 2002, L 168/43, la Directiva 2002/65, relativa a la comercialització a distància de serveis financers, DOCE, 2002, L 271/16, i la directiva 2005/29, sobre pràctiques comercials deslleials, DOCE, 2005, L 149/22.

La influència del dret comunitari en els drets nacionals ha estat destacada; per exemple, dels 650 articles dels llibres 3 i 6 i del títol 7.1 del Codi civil holandès, aproximadament el deu per cent són conseqüència de la implementació de les directives europees.

Les dinou directives es basen en els articles 94 o 95 del Tractat de la Comunitat. Ambdós preceptes es refereixen a l'objectiu general d'establir el mercat comú interior tal com el considera l'article 3. Així, la justificació per a l'acció europea descansa en el fet que les diferències entre els drets nacionals poden distorsionar el funcionament del mercat comú interior. La majoria de directives persegueixen també la protecció dels consumidors, però el motiu primer és evitar la distorsió de la competència. El raonament pot ser aquest:

[L]es legislacions dels estats membres relatives a las clàusules dels contractes realitzats entre, per una part, el venedor de béns o el prestador de serveis i, per una altra, el comprador són molt distintes, [...] provoca que els mercats nacionals de venda de béns i prestació de serveis als consumidors difereixin entre si i que es puguin produir distorsions de la competència entre els venedors i els prestadors de serveis, en especial quan la comercialització té lloc a altres estats membres.¹⁷

És, doncs, essencial la creació de condicions similars a Europa per al *venedor* (o qui d'una altra manera actui professionalment). La protecció del consumidor esdevé un efecte col·lateral, evidentment no indesitjat. Una tercera motivació que es troba en algunes directives és estimular que el consumidor dugui a terme contractes transfronterers.

Si hom situa l'*acquis* europeu en l'estructura clàssica del dret privat, de seguida s'adona que, fins ara, el legislador europeu no ha estat gaire actiu en l'àmbit dels drets reals. Si deixem de banda la formació del contracte d'aprofitament per torn,¹⁸ només trobem una norma breu i —des del punt de vista de la pràctica jurídica— poc transcendent sobre reserva de domini,¹⁹ una altra sobre restitució de béns culturals²⁰ i algunes sobre protecció de les garanties en el cas de —en particular— cessions de crèdits.²¹

17. Preàmbul de la Directiva 93/13, de clàusules abusives en els contractes de consum, DOCE, 1993, L 095/29.

18. Directiva 94/47, sobre la utilització d'immobles en règim de temps compartit, DOCE, 1994, L 149/22.

19. Art. 4 Directiva 2000/35, sobre la lluita contra la morositat en les operacions comercials, DOCE, 2000, L 200/35.

20. Directiva 93/7, sobre la restitució de béns culturals, DOCE, 1993, L 074/74.

21. Directiva 98/26, sobre la fermesa de la liquidació en els sistemes de pagament, DOCE, 1998 L 166/45, i Directiva 2002/47, sobre acords de garantia financera.

Pel que fa al dret de danys, hi ha més normativa d'origen europeu, no només sobre responsabilitat per producte, sinó també sobre responsabilitat per la publicitat enganyosa i comparativa realitzada per professionals.²² Al costat d'aquestes normatives hi ha preceptes europeus sobre el dret que té el venedor responsable davant del consumidor a rescabalar-se contra el venedor anterior en la cadena comercial²³ i sobre la (manca de) responsabilitat del proveïdor d'Internet.²⁴ Recentment s'ha aprovat una directiva sobre pràctiques comercials deslleials.²⁵

Com he dit abans, la majoria de directives europees toquen el dret d'obligacions. Tanmateix, és una característica comuna d'aquestes directives que no es refereixen al dret d'obligacions en general, sinó que només s'apliquen a aspectes *específics* de contractes *específics*. Així, la formació d'alguns tipus contractuals es regeix per les normes sobre formalitats,²⁶ representació,²⁷ moment de la conclusió²⁸ i prova de la declaració,²⁹ i per la informació que s'ha de proporcionar al consumidor abans de la conclusió del contracte.³⁰ El contingut del contracte està codeterminat per normes europees sobre interpretació,³¹ clàusules abusives³² i condicions generals.³³ Però la majoria dels preceptes són sobre compliment: la Unió Europea ha legislat sobre la conformitat en les vendes de béns de consum,³⁴ els remeis del consumidor davant l'incompliment,³⁵ les garanties comer-

22. Directives 84/450, sobre publicitat enganyosa, DOCE, 1984, L 250/17, i 97/55, sobre publicitat comparativa, DOCE, 1999, L 290/18.

23. Art. 4 Directiva 1999/44, sobre la venda de béns de consum, DOCE, 1999, L 171/12.

24. Art. 6 Directiva 1999/93, sobre la signatura electrònica, DOCE, 1999, L 13/12; art. 12 Directiva 2000/31, sobre el comerç electrònic, DOCE, 2000, L 178/0001.

25. Art. 5 Directiva 1005/29.

26. Art. 4 Directiva 87/102, sobre crèdit al consum, DOCE, 1987, L 42/48; article 4.2 Directiva 90/314, sobre viatges combinats, DOCE, 1990, L 158/59; art. 4 Directiva 94/47 (aprofitament per torns); article 9.1 Directiva 2000/31 (comerç electrònic) i article 3 Directiva 2002/47 (acords de garantia financera).

27. Art. 9.1 Directiva 2000/31 (comerç electrònic).

28. Art. 11 Directiva 2000/31 (comerç electrònic).

29. Art. 5 Directiva 1999/93 (signatura electrònica).

30. Art. 3.4 Directiva 90/314 (viatges combinats); article 3 Directiva 94/47 (aprofitament per torns); articles 4 i 5 Directiva 97/7, sobre contractes a distància, DOCE, 1997, L 144/19; articles 5 i 6 Directiva 2000/31 (comerç electrònic); articles 3 a 5 Directiva 2002/65 (comercialització a distància de serveis financers).

31. Art. 5 Directiva 93/13 (clàusules abusives).

32. Directiva 93/13 (clàusules abusives).

33. Vegeu, entre d'altres, l'article 10.3 Directiva 2000/31 (comerç electrònic).

34. Art. 2 i 3 Directiva 1999/44 (venda de béns de consum), article 5.2 Directiva 90/314 (viatges combinats).

35. Art. 5 Directiva 85/577, sobre negocis realitzats fora d'establiments comercials, DOCE, 1985, L 372/31; article 4 i 5 Directiva 90/314 (viatges combinats); article 5 Directiva 94/47 (aprofi-

cials del consumidor,³⁶ el temps en què s'ha de complir i l'interès que s'ha de pagar en cas d'incompliment.³⁷

En els darrers anys, aquest *acquis* més o menys familiar ha estat suplementat amb mesures en «l'espai de llibertat, seguretat i justícia». Són mesures que no s'ocupen originàriament del dret privat substantiu, sinó del dret processal i del dret internacional privat.³⁸ El mateix val per al Tractat de Roma.³⁹ Tampoc les llibertats fonamentals dels articles 5 al 7 del Tractat de la Comunitat Europea no tenen gaire influència —llevat del cas de les assegurances, la competència i el dret de societats— en els drets nacionals en matèria d'obligacions, danys i propietat.⁴⁰

2.4. UNA CARACTERITZACIÓ DE L'ACQUIS: QUATRE QUALIFICATIUS NEGATIUS

VI. És hora de presentar les característiques de l'*acquis* actualment existent. Si es fa des de la perspectiva del legislador europeu, cal ser crític. De fet, les inconsistències de l'*acquis* van ser una de les raons de l'inici, l'any 2001, del debat engegat per la Comissió Europea sobre el futur del dret privat europeu.

Quines són les deficiències? Crec que l'*acquis* pot ser caracteritzat mitjançant quatre qualificatius negatius: és fragmentari, arbitrari, incoherent i ineficaç.⁴¹ Deixeu-me elaborar aquests quatre punts.

En primer lloc, l'*acquis* és fragmentari, ja que les directives europees només cobreixen algunes matèries.⁴² Així, les directives sobre dret d'obligacions no-

tament per torn); article 6 Directiva 97/7 (contractes a distància); article 3 Directiva 1999/44 (venda de béns de consum); article 6 Directiva 2002/85 (comercialització de serveis financers a distància).

36. Art. 6 Directiva 1999/44 (venda de béns de consum).

37. Art. 3 Directiva 2000/35 (lluita contra la morositat).

38. Reglament 1346/2000, sobre la insolvència; Reglament 1348/2000, sobre els documents judicials i extrajudicials; Reglament 44/2001 (Brussel·les I); Reglament 1206/2001, sobre la prova; Reglament 2201/2003 (Brussel·les II); Reglament 805/2004, sobre el títol executiu europeu.

39. Tractat de Roma de 1980 sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals, versió consolidada DOCE, 1998, C 27/34. Es considera la possibilitat de convertir aquest tractat en reglament: vegeu el llibre verd sobre la transformació del Tractat de Roma en instrument comunitari i la seva modernització, COM (2002) 654 (01).

40. Vegeu O. REMIEN, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrags*, Tübingen, 2003.

41. Vegeu, també, amb alguna variació, J. M. SMITS, «Europa en het Nederlands privaatrecht», *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, núm. 21 (2004), p. 490-500.

42. Es tracta de la crítica prou coneguda segons la qual les directives són «illes en el mar del dret nacional»: F. RITTNER, «Das gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration», *Juristenzeitung* (1995), p. 851.

més s'ocupen de contractes específics (com l'agència o el crèdit al consum) i només regulen aspectes concrets d'aquests contractes (com ara el deure d'informar o l'existència d'una facultat de desistiment). Aquest fet preocupa la majoria de juristes europeus continentals, acostumats a un Codi civil complet i coherent, atès que aquest ideal és destorbat per la llei procedent d'un legislador distint. Des d'una perspectiva europea, aquest enfocament fragmentari és poc desitjable, perquè els «fragments» europeus, un cop implementats, estan massa subjectes a la influència del dret nacional, de manera que resten encapsulats dins de la legislació nacional i sovint ja no es reconeix que es tracta de dret europeu. El problema és que els tribunals nacionals estan obligats a interpretar aquests fragments de manera diferent als preceptes nacionals, és a dir, d'acord amb la redacció i el propòsit de la directiva.⁴³ És precisament aquesta fragmentació la que ha emmenat el Parlament europeu a advocar per l'elaboració d'un Codi civil europeu.⁴⁴ La resposta és una mica naïf, ja que l'única manera d'evitar aquesta fragmentació és substituir els drets nacionals per un dret uniforme a tota la Unió Europea, amb independència que es tracti d'una relació jurídica transfronterera o merament nacional, cosa que no pot esdevenir-se atesa la manca de competència de la Unió per a aprovar un codi paneuropeu.

En segon lloc, que algunes matèries formin part de l'*acquis* i d'altres no és bastant arbitrari. Per què sí el crèdit al consum o els viatges combinats, i no el contracte d'assegurança? Si l'objectiu de la Unió Europea és regular aquelles qüestions que poden obstaculitzar el funcionament del mercat interior, hi ha molt més per a regular del que s'ha fet. I, per què només s'han dictat normes sobre els remeis adreçats a obtenir el compliment i la resolució, i no se n'han dictat sobre la indemnització de danys i perjudicis? Les raons són més de pura coincidència o derivades de la influència dels grups de pressió, que no pas realment convincents. De fet, l'explicació d'aquesta arbitrarietat pot arribar a ser fins i tot banal: algunes direccions generals de la Comissió Europea (n'hi ha quatre que poden prendre la iniciativa per a una acció legislativa en el camp del dret privat) són més actives que altres. Això pot ser una *explicació*, però no és cap *justificació*.

En tercer lloc, l'*acquis* és inherentment incoherent.⁴⁵ De vegades, normes oposades s'apliquen a la mateixa situació. Pensem, per exemple, en el cas d'un dret d'aprofitament per torn que es contracta al domicili del comprador. En aquest

43. Vegeu *infra*, núm. 32.

44. Resolucions A2-157/89 (DOCE, 1989, C 158/400), A3-00329/94 (DOCE, 1994, C 205/518), B5-0228/2000 (DOCE, 2000, C 377/323) i C5-0471/2001 (DOCE, 2002, C 140 E/538). Vegeu també la Resolució P5-TA (2003) 0355, DOCE, 2004, C 076 E/95.

45. Vegeu la comunicació de la Comissió al Parlament i al Consell «Un dret contractual més coherent — Pla d'acció», COM (2003) 68 final, DOCE, 2003, C 63/01, núm. 16 i seg.

cas, el consumidor té dret a desistir del contracte, però els períodes per a desistir són diferents: de set dies perquè és un contracte realitzat fora de l'establiment comercial, però de deu dies perquè es tracta d'un dret d'aprofitament per torn. El Tribunal de Justícia Europeu (TJE) ha hagut d'intervenir a fi d'assenyalar quin termini preval.⁴⁶ Prou sovint els períodes per a desistir d'un contracte no són aplicables alhora, sinó que divergeixen sense cap raó suficient. Així, segueix essent dubtós per què el període és de set dies naturals en el cas de les vendes a domicili, de set dies laborables per a les vendes a distància, de deu dies per al dret d'aprofitament per torn i de catorze dies en el cas de la comercialització a distància de serveis financers.⁴⁷

Finalment, l'*acquis* no és gaire eficient, perquè amb certa freqüència no aconsegueix assolir el nivell requerit. Això es deu al fet que les directives sovint recorren a termes mancats d'interpretació europea uniforme. Per exemple, diverses directives empenen mots com *dany*, *compensació* o *ús fraudulent*, però no és clar com s'han d'interpretar «a l'europea»; si el «dany» inclou el dany moral o s'ha de calcular de manera abstracta o més concreta, segueix essent una qüestió oberta. Si un problema interpretatiu s'eleva al TJE —que es pot prendre el seu temps—, és probable que la seva interpretació es fonamenti principalment en la mateixa directiva, amb la qual cosa poden coexistir diversos conceptes de *dany*. El TJE⁴⁸ ha negat que un mateix terme tingui el mateix significat en directives distintes, de manera que, fins ara, no existeix una interpretació a la vista de l'*acquis* entès com un tot, sinó únicament una interpretació sobre la base de cada directiva en particular, la qual cosa no és la millor per a promoure una harmonització reeixida.

Una altra raó que explica la ineficiència de l'*acquis* és que pràcticament tota la legislació tocant al dret privat pretén una harmonització de mínims,⁴⁹ és a dir, que cada estat membre pugui establir preceptes més exigents per tal de protegir els consumidors, més enllà del que prevegi la directiva. La conseqüència és que les empreses continuen havent-se d'enfrontar amb drets distints en cada estat

46. Vegeu la Sentència del TJE de 22 d'abril de 1999, assumpte C-423/97, ECR I-2195 (Travel Vac/Sanchis). Vegeu també la comunicació de la Comissió al Consell i al Parlament Europeu sobre dret contractual europeu, COM (2001) 398 final, núm. 35.

47. Art. 5 Directiva 85/577; article 6 Directiva 97/7; article 5 Directiva 94/47; article 6 Directiva 2002/65. Vegeu també J. M. SMITS i R. R. R. HARDY, «De toekomst van het Europees contractenrecht», *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, núm. 6513 (2002), p. 830.

48. Sentència del TJE de 12 de març de 2002, cas C-168/00, ECR 2002-I, 2631 (Simone Leitner/TUI Germany).

49. Aquesta és la política prou coneguda de la Comissió Europea des del llibre blanc sobre la culminació del mercat interior.

membre i, per tant, es manté el fre per a desenvolupar les seves activitats arreu. En altres paraules, la qüestió és si el mecanisme de l'harmonització de mínims és adient per a aconseguir l'objectiu de la promoció del mercat interior, la creació d'un *level playing field* per als empresaris europeus. Per descomptat, així també es promoció la protecció del consumidor, ja que, per raó de les directives, el consumidor pot confiar en un nivell uniforme mínim de protecció a la Unió Europea. Sembla que la solució a aquest problema és prescindir de l'harmonització de mínims, i, de fet, hi ha indicis d'aquesta tendència en el legislador europeu.⁵⁰ Tornaré sobre aquest tema (vegeu *infra*, núm. XXII).

Al capdavant, doncs, sembla excessiu concloure que l'*acquis* hagi emmenat a un dret privat europeu en les àrees que ha cobert. Com diu Christian Joerges, hom pot dir que «hi ha tants drets europeus com discursos jurídics relativament autònoms, que s'organitzen principalment mitjançant línies nacionals, lingüístiques i culturals».⁵¹ Aquest és un dels aspectes que vol remeiar la Comissió Europea mitjançant l'elaboració del marc comú de referència (vegeu *infra*, núm. VII).

2.5. LA DIMENSÍO POLÍTICA: PLANS DE FUTUR

VII. Al costat del dret privat europeu actualment existent, en forma d'*acquis*, hi ha també un debat *polític* intens. Aquesta introducció no seria completa si no en diguéssim alguna cosa.⁵² És prou sabut que fins ara la Comissió ha publicat tres «comunicacions» sobre el futur del dret contractual europeu.⁵³ Això ha provocat que el debat, ja iniciat l'any 1989 pel Parlament europeu amb la crida a un codi civil europeu,⁵⁴ hagi guanyat intensitat. El desig de la Comis-

50. Per exemple, article 4 Directiva 2002/65 (comercialització a distància de serveis financers) i article 3 Directiva 2005/29 (pràctiques comercials deslleials). Vegeu, també, l'article 1.9 Directiva 97/55 (publicitat comparativa).

51. C. JOERGES, «The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline», *EUI Working Paper Law* núm. 12 (2004), p. 12.

52. Vegeu, per a una altra mena de dimensió política, M. W. HESSELINK, «The Politics of a European Contract Law: Who has an Interest in what Kind of Contract Law for Europe?», a S. GRUNDMANN i J. STUYCK (ed.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, La Haia, 2002, p. 181 i seg.

53. Comunicació [...] sobre dret contractual europeu, COM (2001) 398 final, DOCE, 2001, C 255/1; comunicació [...]: «Un dret contractual més coherent — Pla d'Acció», COM (2003) 68 final, DOCE, 2003, C 63/01; comunicació [...] sobre dret contractual europeu i la revisió de l'*acquis*: el camí que s'ha de seguir, COM (2004) 651 final, DOCE, 2005, C 14/6 (a partir d'ara, comunicació 2004).

54. Resolució A2-157/89, DOCE, 1989, C 158/400.

sió Europea d'eixamplar el debat doctrinal sobre el dret privat europeu als juristes pràctics i als governs nacionals s'ha complert: només cal observar les més de tres-cents reaccions a la Comunicació de 2001 i al Pla d'acció de 2003.⁵⁵

L'ampli debat va dur la Comissió Europea a enunciar dues mesures.⁵⁶ La primera consisteix a millorar l'*acquis* present i futur mitjançant l'elaboració d'un marc comú de referència (MCR). Segons la Comissió, l'MCR tindrà un triple contingut. En primer lloc, definicions de termes jurídics com ara *contracte* o *dany*. En segon lloc, principis fonamentals (com ara la llibertat contractual, la força vinculant o la bona fe).⁵⁷ I, sobretot, «principis fonamentals i models de regles coherents de dret d'obligacions, basades en l'*acquis* comunitari i en les solucions millors que ofereixen els ordenaments jurídics dels estats membres».⁵⁸

Si l'MCR es completa, el seu principal objectiu és servir de «caixa d'eines» al legislador europeu,⁵⁹ en el sentit que aquest el podrà utilitzar⁶⁰ per a promulgar noves directives o revisar l'*acquis* ja existent. Alhora, el legislador nacional en podrà fer ús quan hagi de transposar directives o d'elaborar el seu dret propi. L'MCR també podrà constituir una font d'inspiració per al TJE i els tribunals nacionals. Altres funcions, encara, serien que els tribunals arbitralis poguessin acudir a l'MCR per a trobar una solució equilibrada a l'hora de resoldre una disputa i que l'MCR formés part dels contractes que la mateixa Comissió Europea conclogués amb tercers.

Cal ser conscients, però, que aquest instrument no és en absolut vinculant ni per al legislador europeu ni per als estats membres.⁶¹ L'autoritat de l'MCR ha de provenir de la qualitat de les seves regles. Amb aquesta finalitat es preveu una ronda de consultes extensa i que, quan el grup de professors i acadèmics hagi enllestit el seu *draft* l'any 2007, es demani l'opinió dels anomenats *stakeholders* i se sotmeti l'MCR a un «test de practicabilitat».⁶² Després de consultar els estats membres i de traduir l'MCR a totes les llengües de la Unió Europea, la Comissió hauria d'adoptar l'MCR l'any 2009.

55. Les reaccions es poden consultar a <http://europa.eu.int/comm/consumers>. En aquest web s'hi pot trobar també una visió general dels nous desenvolupaments.

56. Una tercera mesura, consistent en la promoció de l'ús d'una terminologia europea mitjançant la creació d'un web, es va abandonar més tard; vegeu el primer report anual sobre el progrés en matèria de dret contractual europeu i la revisió de l'*acquis* 2005, COM (2005) 456 final, p. 11.

57. Comunicació 2004, p. 12 i annex 1, p. 16.

58. Comunicació 2004, p. 3; vegeu també la p. 12.

59. Comunicació 2004, p. 14.

60. Comunicació 2004, p. 3.

61. Comunicació 2004, p. 6.

62. Comunicació 2004, p. 13.

La segona mesura consisteix a continuar el debat sobre un «instrument opcional» (alguna forma de codi europeu de contractes). D'acord amb les seves pròpies paraules, no és voluntat de la Comissió «proposar un “Codi civil europeu” que harmonitzi el dret d'obligacions dels estats membres». ⁶³ No obstant això, l'MCR podria servir de base per a un instrument d'aquesta mena. ⁶⁴ Les qüestions que suscita l'MCR i l'instrument opcional són abordades en l'apartat 4.

2.6. LA INTEGRACIÓ PROGRESSIVA: LA IMPORTÀNCIA DE L'EUROPEÏTZACIÓ I LA GLOBALITZACIÓ

VIII. Del que s'ha dit es desprèn que la Unió Europea espera molt del *dret* com a mètode per a integrar els mercats nacionals. ⁶⁵ Per una banda, el dret europeu ha *creat* un mercat interior europeu. Per l'altra, el *regula* tot reglamentant els seus efectes negatius. De tota manera, cal plantejar-se si la integració dels mercats (i els seus possibles efectes negatius) no es deu principalment a factors sobre els quals el legislador europeu té una influència limitada. Vull fer un parell d'observacions respecte a aquesta qüestió.

Pel que fa a l'aparició d'un mercat europeu integrat, cal destacar que la importància de les fronteres nacionals i les distàncies s'ha reduït enormement en les darreres dècades. Sens dubte, l'existència de la Unió Europea ha reforçat aquest procés, però probablement hauria tingut lloc igualment —si més no en alguna mesura— sense aquesta influència europea. El desenvolupament d'una economia mundial i d'una globalització que no cessa ha conduït a una disminució de les barreres per als negocis transfronterers. ⁶⁶ És molt possible que aquesta globalització sigui més influent del que els legisladors estan disposats a acceptar. El paper de les empreses internacionals (i dels despatxos d'advocats) no hauria de ser, doncs, subestimat.

63. Comunicació 2004, p. 8. En el mateix sentit, la Comissió en el llibre verd sobre la conversió del Tractat de Roma de 1980, COM (2002) 654 final, p. 14.

64. Comunicació 2004, p. 6.

65. Vegeu C. JOERGES, *On the Legitimacy of Europeanising Private Law*, Maastricht, 2003, sèrie «Ius Commune Lecture», núm. 6, p. 2.

66. Vegeu R. MICHAELS, «Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung?», *Rabels Zeitschrift*, núm. 69 (2005), p. 525 i seg.; G. I. ZEKOS, «Cyberspace and Globalization», *Law, Social Justice & Global Development Journal*, núm. 1 (2002), descriu la globalització com una «growing global interconnectedness of people through the reduced effects of distances and borders, including a reduced role for the State and an increasing role for non-State actors».

Tampoc no s'ha de subestimar la importància del dret amb relació a la regulació del mercat. La conseqüència més vistenta de l'europeïtzació i la globalització amb relació al dret privat és que la conducta d'empreses i de consumidors es regeix cada cop menys pel «seu» dret nacional, sense que un altre ordenament jurídic equivalent ocupi el seu lloc. En altres paraules, la globalització condueix a la superació del dret nacional a favor, en el cas dels negocis entre societats, d'alguna cosa semblant a la *lex mercatoria*.⁶⁷ Es tracta d'un sistema que, en bona mesura, es regula privadament.⁶⁸ Però no és així, sinó que es redueix el paper del legislador nacional: les societats també poden esquivar el dret europeu si transfereixen la seva producció des de la Unió Europea a països on el treball infantil i altres pràctiques prohibides a Europa són tolerades. Des d'aquest punt de vista, el comerç no legitimat democràticament i les indústries tenen un paper rellevant en el disseny de la nova «aldea global».⁶⁹

2.7. INTEGRACIÓ EUROPEA, HARMONITZACIÓ I UNIFICACIÓ

IX. Com s'ha de valorar la integració europea en matèria de dret privat que s'acaba de descriure? Només es pot donar un judici sobre l'èxit o el fracàs de la integració si hi ha un criteri de valoració. No és clar, però, quin ha de ser aquest criteri. Si es tracta del grau en què la integració ha emmenat a un dret uniforme, el judici sobre l'*acquis* europeu ha de ser certament negatiu, ja que el mètode present de l'harmonització de mínims deixa massa espai per a implementacions nacionals divergents. Si es tracta de l'extensió de la protecció del consumidor, el resultat és sens dubte més positiu. Si el punt de vista és la promoció del mercat interior, el dret europeu hi ha contribuït de manera positiva, si bé aquesta contribució no s'ha de sobrevalorar a la vista de l'europeïtzació i la globalització generals.

Abans de donar la meua pròpia resposta a la pregunta de si la integració europea ha estat reeixida, sembla escaient definir millor els conceptes d'*integració*, *harmonització* i *unificació*. Sovint, aquests termes «completament flexibles i indeterminats»⁷⁰ són usats indistintament. Segons la meua opinió, la integració

67. Vegeu P. ZUMBANSEN, «Transnational Law», a J. M. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2006, p. 738 i seg.

68. W. TWINING, *Globalisation and legal theory*, Londres, 2000, p. 51.

69. N. HERTZ, *The Silent Takeover: Global Capitalism and the Death of Democracy*, Londres, 2001.

70. M. BOODMAN, «The Myth of Harmonization of Laws», *American Journal of Comparative Law*, núm. 39 (1991), p. 699 i seg.

inclou totes les vies possibles mitjançant les quals ordenaments jurídics distints poden esdevenir més uniformes. La integració, doncs, és possible per mitjà del *dret*, però també per mitjà d'altres mecanismes (polítics o econòmics, per exemple). Per consegüent, l'harmonització constitueix només un dels mètodes d'integració, aquell en què l'aproximació dels drets nacionals té lloc per mitjà de la legislació europea.⁷¹ I aquesta harmonització es pot produir a baixa escala (el reconeixement mutu de resolucions judicials, com per exemple es considera en el Reglament Brussel·les I), però també pot pretendre ser total (la substitució de la norma nacional per una altra d'europea). Tocant al dret privat, l'harmonització acostuma a traduir-se en diversitat, perquè només s'harmonitza un estàndard mínim, per la qual cosa el resultat final no ha de ser idèntic en tots els països europeus. Atès que l'harmonització sempre es produeix mitjançant directives, el dret europeu necessita el dret nacional a fi d'esdevenir efectiu: la forma i els mitjans procedeixen tothora el dret nacional. La unificació es refereix al procés que condueix al dret uniforme, i tant pot ser resultat de la integració com resultat de l'harmonització. No obstant això, rarament s'assoleix aquest objectiu. Al capdavall, el dret uniforme pressuposa que els ordenaments nacionals desapareixen completament i que un nou dret uniforme s'aplica de manera uniforme arreu d'Europa.⁷² Per a mi, això és una utopia.

Penso que l'èxit de la integració, l'harmonització i la unificació del dret s'ha de mesurar d'acord amb el propòsit que es perseguia, ja que la integració del dret no és un objectiu en si mateix. Si el que es pretén és la promoció d'un mercat interior europeu, encara s'ha de veure en quina extensió es pot aconseguir mitjançant aquestes tècniques. I per a avaluar l'èxit d'aquestes tècniques és essencial prendre en consideració les experiències *nacionals* respecte a la legislació europea. En altres paraules, la mesura de l'èxit de l'harmonització només es pot establir atenent *tant* el grau de contribució de la mesura a l'objectiu disposat per la mateixa Unió Europea *com* els efectes de la mesura a escala nacional. L'harmonització significa que els elements europeus i nacionals d'un mateix ordenament jurídic formen un tot coherent, per la qual cosa, si no hi ha una cooperació fluïda entre ambdós tipus d'elements, es fa difícil considerar-la reeixida.⁷³

71. Vegeu C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, 2004, p. 506. M. BOODMAN, «The Myth», p. 708, qualifica l'harmonització com a «conceptually and methodologically indeterminate».

72. Per això la unificació se sol descriure com a procés. Vegeu M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE i J. H. H. WEILER, «Integration», p. 12.

73. M. BOODMAN, «The Myth», p. 700: «Harmonization [...] implies a state of consonance or accord.»

La perspectiva que s'ha ofert de l'*acquis* actual ens retorna a dues qüestions més fonamentals. La primera és per què és necessària ara l'harmonització del dret privat (apartat 3). La segona és com s'ha de valorar la influència de la Unió Europea en el dret nacional (apartat 5). Íntimament lligada a aquestes dues qüestions, n'apareix una altra: com s'hauria de dissenyar un dret privat europeu òptim (apartat 4).

3. LA NECESSITAT D'HARMONITZAR EL DRET PRIVAT

3.1. INTRODUCCIÓ

X. Sovint es concep l'harmonització del dret privat com un objectiu en si mateix, sobre la base de la idea que les diferències entre els països europeus han d'ésser eradicades perquè són *dolentes*. Per què la propietat d'un bé moble es transmet amb el contracte a Bèlgica i a Holanda necessita, a més, la tradició? Per què la víctima d'un accident ha de ser menys protegida a Portugal que a Holanda? No comparteixo aquesta línia de raonament, sinó que crec que han d'existir motius reals per a eliminar les diferències entre ordenaments jurídics.

En aquest apartat es reflexiona sobre el valor veritable d'aquests motius. Del que s'ha dit abans se segueix que l'objectiu més important del Tractat de la Comunitat Europea és la promoció del mercat interior. Necessita aquest mercat interior l'harmonització del dret privat (núm. XI a XIV)? Lligat a aquesta qüestió hi ha el motiu de la protecció de la part feble (normalment el consumidor, núm. XV). Finalment, se suggereix que la unificació del dret privat és útil per al desenvolupament d'una identitat o cultura europea (núm. XVI).

3.2. PRIMER MOTIU: LA PROMOCIÓ DEL MERCAT INTERIOR

XI. L'harmonització promou el desenvolupament del mercat comú interior? Aquesta qüestió presenta aspectes fonamentals i aspectes pràctics que cal valorar. És fonamental perquè, si no el promou, seria millor que no es produís, si més no per aquesta raó. Des d'un punt de vista pràctic, la resposta és molt transcendent, perquè, en la seva sentència de l'any 2000 sobre la publicitat del tabac,⁷⁴ el TJE va manifestar que l'article 95 del Tractat de la Comunitat Euro-

74. Sentència del TJE de 5 d'octubre de 2000, assumpte C-376/98, ECR 2000, I-8419 (Alemanya/Parlament Europeu i Consell).

pea no atorga una competència general per a regular el mercat interior. D'acord amb les seves paraules, ara ja famoses:

[U]na mesura adoptada sobre la base del art. 95 del Tractat ha de tenir com a objecte genuí la millora de les condicions per a l'establiment i el funcionament del mercat interior. Si la mera descoberta de divergències entre les normes nacionals i d'un risc abstracte d'obstacles a l'exercici de les llibertats fonamentals i de distorsions a la competència susceptibles de derivar-se'n fossin suficient per justificar l'elecció de l'article 95 com a fonament jurídic, el control jurisdiccional del respecte a la base jurídica podria quedar mancat d'eficàcia.

Ben al contrari, ha d'haver-hi obstacles *actuals* —o, almenys, *probables*— per al funcionament del mercat interior si l'article 95 ha de constituir la base. A més, la supressió dels obstacles ha de ser el propòsit de la mesura. Si no es compleixen aquests pressupòsits, la directiva manca de base jurídica i pot ser anul·lada pel TJE.⁷⁵

XII. Per a molts defensors de l'harmonització del dret privat, no hi ha dubte que l'existència de més de vint-i-cinc ordenaments jurídics⁷⁶ a Europa constitueix un obstacle per al funcionament del mercat interior. El millor exemple és el de l'empresari d'un país (per exemple, Itàlia) que vol tancar un acord amb una altra part d'un altre país (per exemple, Holanda), però li ho impedeix el seu co-neixement insuficient del dret neerlandès.⁷⁷ La Comissió Europea ho explica en aquests termes:⁷⁸

Per als consumidors i en particular les PIMes, el desconeixement d'altres sistemes de dret contractual pot desincentivar la realització de transaccions transfrontereres. [...] Els proveïdors de béns i serveis poden fins i tot no oferir els seus béns i serveis a consumidors d'altres països perquè ho considerin econòmicament inviable. [...] A més, l'existència de normes nacionals divergents pot comportar majors costos de transacció [...]. Aquests majors costos de transacció poden ser un desavantatge competitiu, per exemple en aquells supòsits en què un proveïdor estranger competeixi amb un proveïdor establert en el mateix país que el client potencial.

75. W.-H. ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz und das BGB», *Juristenzeitung*, 2001, p. 475 i seg., entén que, per exemple, la Directiva 2000/35, de lluita contra la morositat en les operacions comercials, no compleix els requisits establerts pel TJE. Vegeu també *infra*, núm. 15.

76. A banda de vint-i-cinc ordenaments jurídics estatals, alguns països (de manera especial la Gran Bretanya i Espanya) contenen dins de les seves fronteres una diversitat de drets privats.

77. Vegeu, per exemple, O. LANDO, «Is Codification needed in Europe?», *European Review of Private Law* (ERPL), núm. 1 (1993), p. 157.

78. Comunicació 2001, núm. 30-32; Pla d'acció 2003, núm. 34.

Encara que sembli un raonament plausible, no és prou satisfactori. Aquest argument econòmic només se sosté si: *a)* les parts contractuals realment detesten el dret privat divergent d'un altre país i els costos d'un contracte transfronterer són realment més elevats que els d'un contracte «nacional» (núm. XIII); i *b)* els costos de crear un dret harmonitzat no superen els costos derivats d'aquesta diversitat jurídica (núm. XIV). A més, qualsevol argument econòmic a favor de l'harmonització sempre haurà de ser sospesat amb altres arguments *en contra de* l'harmonització (núm. XVII).

Hauria d'afegir que un argument econòmic similar també pot ser aportat per l'harmonització de les garanties⁷⁹ i del dret de danys.⁸⁰ En aquests camps, igualment, es pot sostenir que la diversitat jurídica emmena a costos que no es tindrien si s'hagués obtingut la garantia en el propi país o si allà s'hagués estat la víctima d'un dany. Tanmateix, em concentraré en el dret contractual.

XIII. En si mateix, l'argument dels defensors de l'harmonització —que la conclusió d'un contracte transfronterer és més costosa que un contracte en el propi país— és correcte. No deixa de ser cert que les parts contractuals poden resoldre la diversitat jurídica si escullen la llei aplicable al contracte, però això no impedeix l'aplicació al contracte de la llei nacional imperativa. Això suposa un problema específic, ja que el dret del consum nacional sovint conté normes detallades diferents de les del dret contractual general,⁸¹ que obliguen la part a obtenir assessorament sobre una normativa que no li és familiar. Tres qüestions sorgeixen: totes les parts s'enfronten amb aquest problema amb la mateixa extensió, quins són els costos exactes relacionats amb la contractació transfronterera i, finalment, si ocasiona aquests costos la diferència en les normes jurídiques o hi ha altres causes.

Abans que res, cal distingir entre diversos tipus de societats. La diversitat jurídica sembla sobretot un problema per a les PIME, ja que les grans companyies normalment tenen més experiència en el comerç internacional i poden aprofitar millor la seva posició negociadora. A més, les societats més grans s'embarquen més sovint en grans negocis per als quals els costos de transacció són menys cars. Els costos no s'incrementen perquè les grans empreses acostumen a dictar les seves pròpies condicions, amb independència d'on radiquin les altres

79. Vegeu M. BOODMAN, «The Myth», p. 712.

80. M. FAURE, «How Law and Economics May Contribute to the Harmonisation of Tort Law in Europe», a R. ZIMMERMANN (ed.), *Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden, 2003, p. 59 i seg.

81. Vegeu les reaccions a la comunicació de 2001, p. 7: «Businesses are discouraged from cross-border transactions more by differences in the details of different consumer protection regimes than by diversity in the overall level of protection afforded.»

parts contractuals.⁸² No succeeix el mateix amb les PIME, que habitualment no predisposen les clàusules contractuals, sinó que confien en el dret supletori. Si desconeixen el dret estranger, eviten contractar,⁸³ atès que per a les PIME el cost d'obtenir assessorament legal és sovint desproporcionat amb relació al valor de la transacció.⁸⁴ El mateix argument val per als consumidors: no contracten fora de les seves fronteres si desconeixen el dret estranger. La seva posició és encara més limitada, ja que no poden negociar l'elecció de la llei aplicable del venedor estranger ni les altres condicions del contracte.

En segon lloc, ens hem de preguntar quins són exactament els costos que assumeixen aquestes empreses i els consumidors. Teòricament, es tracta dels costos d'obtenir informació sobre quin és el dret aplicable, quin és el seu contingut i en què es diferencia del dret propi. Si acceptéssim que les parts tenen aquestes despeses quan contracten a l'estranger (després m'hi referiré), la unificació sens dubte estalviaria costos. Idealment, la unificació s'hauria d'estendre aleshores a altres camps, a més del del dret privat. En particular, si se segueix aquest raonament, el dret fiscal i el dret processal semblen idonis per a la unificació.

L'harmonització reduiria o eliminaria de debò aquests costos? Mentre es tracti d'una harmonització mitjançant directives, la resposta serà negativa, ja que aquestes permeten encara diferències significatives entre els ordenaments jurídics europeus. Però fins i tot en un escenari d'unificació completa —en què els drets nacionals fossin substituïts per un dret privat europeu realment uniforme—, és dubtosa l'eradicació dels costos de la contractació transfronterera. Al capdavant, no és només la llei la que crea la barrera. Vull esmentar el conegut treball de Macaulay i Weintraub⁸⁵ que demostra que les parts comercials habitualment no estan interessades en el disseny jurídic de llurs relacions o en l'exigència de remeis contractuals. La redacció de contractes s'acostuma a concebre com a massa cara i laboriosa i no compensa el nombre de litigis relativament petit

82. C. OTT i H.-B. SCHÄFER, «Die Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts: Ökonomische Notwendigkeit oder akademisches Interesse?», a C. OTT i H.-B. SCHÄFER (ed.), *Vereinheitlichung und Diversität des europäischen Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, Tübingen, 2002, p. 209.

83. C. OTT i H.-B. SCHÄFFER, «Die Vereinheitlichung», p. 213.

84. Vegeu D. STAUDENMAYER, «The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?», ERPL, núm. 10 (2002), p. 255, i les contribucions de G. WAGNER i H. WAGNER a J. M. SMITS (ed.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives*, Groningen, 2005.

85. S. MACAULAY, «Non-contractual relations in business: a preliminary study», *American Sociological Review*, núm. 28 (1963), p. 55 i seg., confirmat per H. BEALE i T. DUGDALE, «Contracts between businessmen», *British Journal of Law & Society*, núm. 2 (1975), p. i seg., i R. J. WEINTRAUB, «A Survey of Contract Practice and Policy», *Wisconsin LR* (1992), p. 1 i seg.

que poden arribar a produir-se. La importància del dret (contractual) no ha de ser sobreestimada.

Així ho confirmen les reaccions a la Comunicació de 2001. La Comissió Europea va preguntar a empresaris, juristes pràctics i consumidors si havien experimentat dificultats com a conseqüència de la diversitat de drets. La reacció majoritària dels empresaris⁸⁶ va ser que potser el funcionament del mercat interior no era òptim, però que això es devia, més a que les diferències entre els drets privats, a les barreres lingüístiques, les diferències culturals, les distàncies, els costums nacionals i les divergències en els camps del dret fiscal i el dret processal.⁸⁷ Les barreres *de facto* pesen més que el dret. Tampoc els consumidors van considerar la varietat de drets privats el problema més rellevant. És molt possible que la confiança dels consumidors en la protecció contra el venedor quan es tracta de contractes transfronterers, sigui menor (31 %) que en el cas de les compres dins del mateix estat (56 %),⁸⁸ però un altre cop és més un resultat de les diferències de llenguatge i de les distàncies.⁸⁹

Penso que, si la qüestió de la diversitat de drets és realment un obstacle per al mercat interior, només pot ser resposta mitjançant una recerca empírica extensa sobre l'efecte de la unificació en el comerç transfronterer, que no s'ha fet. Per als economistes, es tracta d'una *terra incognita* i no diuen res sobre quin tipus de dret contractual minimitzaria els costos de transacció.⁹⁰ No obstant això, és veritat que els costos de transacció elevats encareixen els preus, la qual cosa es tradueix en menys inversió, menys consum i menys producte nacional.⁹¹ Els psicòlegs (que sobretot s'ocupen del comportament humà) haurien d'investigar la influència de la unificació en aquest capteniment. El camp relativament nou de l'«economia del comportament» —en el qual el treball de Sunstein ha estat

86. Vegeu les reaccions a la comunicació de 2001, p. 6 i seg.

87. Vegeu, per exemple, la reacció del Govern britànic, que es pot consultar a <http://europa.eu.int/comm/consumers>. Trobo que la reacció d'Orgalime (una organització de 130.000 companyies de la indústria de l'enginyeria) és prou representativa: «[I]t will of course always to some extent be easier to trade with companies and persons from your own country. This has, however, more to do with ease of communication, traditions and other factors, which are not dependent on contract law.»

88. http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/events/event42_en.html (enquesta sobre les actituds dels consumidors EOS Gallup Europe de gener 2002).

89. Vegeu també el memoràndum explicatori de la Proposta de directiva sobre pràctiques comercials deslleials entre empresaris i consumidors en el mercat interior, COM (2003) 356 final, núm. 13.

90. H. WAGNER, «Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty: The Example of the European Union», a J. M. SMITS (ed.), *The Need for a European Contract Law*, p. 30 i seg.

91. Quant a aquesta cadena, vegeu H. WAGNER, «Economic Analysis», p. 32 i seg.

pioner—⁹² podria oferir un enfocament més fecund a fi d'entendre els fenòmens psicològics associats amb l'efecte de la unificació. Així, la «tendència al *statu quo*» indica que les parts prefereixen mantenir el *statu quo* encara que un enfocament alternatiu sigui millor per als seus interessos.⁹³ Això palesa que les parts poden escollir preferentment un ordenament que ja coneixen que un dret uniforme que possiblement sigui de major qualitat. Així ho confirma l'experiència amb la Convenció de Viena sobre la venda internacional, que sovint és exclosa per grans companyies precisament perquè ofereix moltes incerteses. A més a més, en casos en què sí que és aplicable, la Convenció tampoc no regiria completament el contracte, ja que les normes nacionals imperatives en altres àrees també li seran aplicables.⁹⁴

XIV. Si suposéssim que els costos de la diversitat jurídica actual fossin realment considerables, significaria que el dret privat nacional hauria de deixar pas a un dret privat europeu uniforme? Crec que l'argument econòmic a favor de la unificació encara hauria de ser contrastat amb els costos que comportaria la unificació. Des d'una perspectiva econòmica, els costos que comportaria la unificació inclouen els costos de transició a un nou sistema jurídic. Aquests costos de transició són elevats: comprenen els costos de la decisió política d'emprendre el procés i els costos d'implementar el nou règim jurídic (per exemple, els costos de revisar contactes i de familiaritzar els juristes amb el nou dret).⁹⁵ Els costos de transició també són difícils de calcular, encara que, certament, amb el temps desapareixen. En tot cas, haurien de ser molt elevats per tal de pesar més —des d'una perspectiva merament econòmica— que els costos de la diversitat jurídica.

No importa com es valora l'argument econòmic, perquè no pot ser mai decisiu, ja que, a favor —o en contra— de l'harmonització, sempre ha de ser sopesat tenint en compte altres arguments.

92. C. SUNSTEIN (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, 2000, p. 3 i seg.

93. Vegeu també H. KERKMEESTER, «Uniformity of European Contract Law: An Economic Study Between Logic and Fact», a J. M. SMITS (ed.), *The Need for a European Contract Law*, p. 69 i seg., i J. J. RACHLINSKI, «The Psychology of Conflicts of Laws», igualment a J. M. SMITS (ed.), *The Need for a European Contract Law*, p. 93 i seg.

94. R. I. V. F. BERTRAMS, *Enige aspecten van het Weens Koopverdrag*, Lelystad, 1995, p. 72.

95. Sobre aquesta mena de «path dependence», vegeu J. M. SMITS, «The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolutionary Theory», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, núm. 31 (2002), p. 79 i seg. [N. del t.: *Path dependence* és una teoria adoptada per l'economia d'acord amb la qual el món està regit per canvis històrics insignificants.]

3.3. SEGON MOTIU: LA PROTECCIÓ DE LA PART CONTRACTUAL FEBLE I UN CODI CIVIL EUROPEU PER A PROTEGIR ELS «VALORS SOCIALS»

XV. Un segon motiu per a l'harmonització europea és la protecció de la part contractual feble, protecció que tradicionalment s'ha vehiculat per mitjà de la protecció del consumidor mitjançant directives. Són pocs els qui neguen que la protecció és un contrapès a les forces del lliure mercat. Des d'aquesta perspectiva, la legislació europea és reeixida, ja que, si s'hagués deixat la protecció del consumidor als estats membres, el nivell actual de protecció probablement no s'hauria assolit.

En aquest context, és certament estrany que la protecció del consumidor estigui mancada d'una base autònoma en el Tractat de la Comunitat Europea. En general, s'entén que l'article 153, introduït l'any 1999, no proporciona aquesta base, sinó que únicament fonamenta la norma sobre mercat interior⁹⁶ en què es fonamenten les directives. Hauria de quedar clar que el desavantatge d'aquesta base és que la protecció del consumidor depèn de si l'harmonització promou el mercat interior, cosa que ja s'ha demostrat que és dubtosa. Roth,⁹⁷ doncs, afegeix que algunes directives —fa esment de les vendes domiciliàries, les condicions abusives i les vendes de béns de consum— potser no compleixen els requisits exigits per l'article 95 d'acord amb la interpretació que cal donar a aquest després de la sentència del tabac del TJE. Per consegüent, semblaria més escaient inserir un fonament separat per a la protecció del consumidor en el Tractat de la Comunitat Europea i basar en aquest les noves directives.

Últimament s'ha plantejat si la necessitat de protegir la part feble i donar peu a la protecció de «valors socials» no empeny cap a una europeïtzació més intensa del dret privat. Des d'aquest punt de vista, solament un codi europeu vinculant podria constituir un contrapès a la creixent globalització i a les «injustícies» que aquesta causa. L'eslògan d'Ugo Mattei «Un codi imperatiu ara!»⁹⁸ va ser assumit pel Grup d'Estudis sobre la Justícia Social en el Dret Privat Europeu,⁹⁹ un grup d'autors encapçalats per Martijn Hesselink que advoquen perquè un futur dret privat europeu reflecteixi, en bona mesura, la justícia social com a contrapès al mercat que en definitiva és essencialment la Unió Europea.

96. Vegeu W.-H. ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz», p. 477.

97. Vegeu W.-H. ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz», p. 478.

98. U. MATTEI, «Hard Code Now! A Critique and a Plea for Responsibility in the European Debate over Codification», a U. MATTEI, *The European Codification Process: Cut and Paste*, La Haia, 2003, p. 107 i seg.

99. STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, «Social Justice in European Contract Law: a Manifesto», *European Law Journal* (ELJ), núm. 10 (2004), p. 653 i seg.

Segons la seva opinió, l'interès d'un codi civil europeu no rau tant en la indústria europea com en la protecció *contra* la indústria europea.

De seguida es veurà (núm. XXII) que no puc compartir aquesta perspectiva. La meua primera objecció és que un nivell elevat de protecció social no hauria de ser dictat de manera centralista i paternalista. Això no respon ni a l'interès dels empresaris ni a l'interès dels consumidors europeus (que, com a conseqüència, hauran d'afrontar preus més alts). Alhora, crec que la Unió Europea és responsable de garantir un nivell mínim de protecció del consumidor, un nivell que —sobretot construït sobre la base de deures d'informació al consumidor— estimo suficient. Vull afegir que, si el desig polític és fomentar un nivell uniforme de protecció social a Europa, la petició d'un salari mínim europeu, d'una seguretat social europea i d'un sistema sanitari europeu és més adient que la petició de justícia social al dret *privat*.¹⁰⁰

3.4. TERCER MOTIU: UN CODI CIVIL EUROPEU PER A REFORÇAR LA IDENTITAT EUROPEA

XVI. Finalment, alguns han argumentat que un tercer motiu per a l'harmonització del dret privat es troba en el desig de crear una identitat europea: una Europa requereix un dret privat.¹⁰¹ El paral·lelisme amb les codificacions del segle XIX és evident: igual que aquestes codificacions nacionals van ser un mitjà per a crear una identitat nacional que distingís d'altres pobles, un codi civil europeu esdevindria el símbol d'una Europa unida i de la solidaritat entre els estats membres.¹⁰² La integració europea es converteix, així, en un «metavalor» independent de qualsevol motivació econòmica.¹⁰³ Aquest argument està íntimament lligat al desig d'enterrar una vegada per sempre la destrucció de guerra entre els països europeus i superar, així, el trauma de la Segona Guerra Mundial.¹⁰⁴ Incidentalment, això també explicaria d'alguna manera per què en el debat doctrinal so-

100. Vegeu M. FAURE, a R. ZIMMERMANN, «Grundstrukturen», p. 68.

101. Per exemple, G. ALPA, «European Community Resolutions and the Codification of Private Law», ERPL (2000), p. 333, i T. M. J. MÖLLERS, «The Role of Law in European Integration», *American Journal of Comparative Law*, núm. 48 (2000), p. 679 i seg.

102. La solidaritat s'esmenta en l'article 2 del Tractat de la Comunitat Europea. Vegeu també el preàmbul de la Constitució europea (2004), que evoca el «destí comú» dels pobles d'Europa.

103. M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE i J. H. H. WEILER, «Integration», p. 6: «[A] meta-value in itself above any mundane cost-benefit analysis.»

104. Entre d'altres, Winston S. CHURCHILL, «We must build a kind of United States of Europe», conferència feta a Zuric el 19 de setembre de 1946, a W. S. CHURCHILL, *The Speeches of Peace: Post War Speeches*, Londres, 1948.

bre la integració europea —amb excepcions— els professors de més edat sovint estan més a favor de la codificació del dret privat i les generacions més joves adopten una posició més contemporitzadora.

No penso que l'argument de la identitat sigui gaire convincent. Per a mi, el nucli de la identitat europea no és la uniformitat, sinó la pluralitat europea de llengües, cultures i dret. En paraules de Bruno Frey:¹⁰⁵

[T]he essence of Europe is its *variety*. The strength of Europe is its wide range of different ideas, cultures and policies. Diversity, and not unity, has been the crucial element of Europe's rise in history and continues to do so. A homogenized Europe loses its *raison d'être*, and will lose its economic and political role.

I té raó Thomas Wilhelmsson quan afirma que un dret uniforme per a Europa afebliria la identitat europea en comptes de reforçar-la. Si hi ha alguna cosa semblant a una identitat europea, no és prou motiu per a unificar el dret privat. A tot estirar, obligaria a una política exterior específica.¹⁰⁶ Podem recórrer a l'exemple nord-americà: els Estats Units no tenen un dret privat uniforme i, en canvi, difícilment es pot sostenir que no hi ha una identitat nord-americana.

3.5. LA MEVA POSICIÓ DAVANT LA NECESSITAT D'HARMONITZACIÓ: A FAVOR DE LA LLIURE ELECCIÓ

XVII. El meu al·legat consisteix a abordar seriosament els dubtes expressats abans sobre la necessitat d'harmonització del dret privat. Mentre no sigui clar que l'harmonització realment promou l'objectiu i el funcionament del mercat interior, no hauria de ser imposada des de dalt. L'única bona raó que queda per a defensar l'harmonització és la protecció de la part feble en el mercat europeu.

105. B. S. FREY, «A Europe of variety, not harmonization», a A. MARCIANO i J.-M. JOSSE-LIN (ed.), *The Economics of Harmonizing European Law*, Cheltenham, 2002, p. 209 i seg.

106. T. WILHELMSSON, «The Legal, the Cultural and the Political — Conclusions from Different Perspectives on Harmonisation of European Contract Law», *European Business Law Review*, (2002), p. 546, i T. WILHELMSSON, «The Ethical Pluralism of Late Modern Europe and Codification of European Contract Law», a J. M. SMITS (ed.), *The Need for a European Contract Law*, p. 123 i seg.

Però no vull aturar-me en aquest argument *contra* l'harmonització. També hi ha un argument, a favor de la diversitat d'ordenaments jurídics a Europa. Aquest argument, el va plantejar originalment Charles Tiebout (1924-1968).¹⁰⁷ Tiebout descriu les necessitats d'empreses i consumidors en termes de preferències diferenciades. Si els diversos ordenaments jurídics competeixen entre ells, es poden satisfer més necessitats, ja que consumidors i empreses poden elegir aquell ordenament que, segons el seu parer, protegeixi millor els seus interessos. Atès que poden apartar-se d'aquell dret que no els plau, els governs nacionals són estimulats a convertir-lo en el més atractiu possible. La introducció d'un dret uniforme eliminaria aquesta via de sortida i conduiria a una menor satisfacció de preferències.

La diversitat d'ordenaments jurídics té també l'avantatge que la innovació del dret vigent és més fàcil. L'observació de les solucions que donen altres països als problemes jurídics mostra si aquelles funcionen o no, i d'aquesta manera els estats esdevenen veritables «laboratoris d'experimentació».¹⁰⁸ Un experiment en un altre lloc pot ser il·luminador o aterridor.¹⁰⁹ Així, el reconeixement del matrimoni homosexual als Països Baixos ha estat —i és— un exemple per a altres països. Si el legislador europeu hagués desautoritzat els matrimonis homosexuals, Holanda no hagués estat legitimada per al seu reconeixement i no hi hauria cap exemple de com s'ha d'incorporar de manera reeixida aquesta institució al dret de família vigent. Amb una harmonització del dret de família a escala europea, el matrimoni homosexual probablement no s'hagués introduït. Crec que no hi ha cap raó que ho justifiqui: per què, posem per exemple, els neerlandesos han de ser forçats a tenir un dret de família similar al dels irlandesos?¹¹⁰ En l'àmbit del dret de societats, el TJE ha obert el camí al lliure moviment de

107. C. TIEBOUT, «A Pure Theory of Local Expenditures», *Journal of Political Economy*, núm. 64 (1956), p. 416 i seg. Vegeu també A. OGUS, «Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law», *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 48 (1999), p. 405 i seg., i G. WAGNER, «The Virtues of Diversity in European Private Law», a J. M. SMITS (ed.), *The Need for a European Contract Law*, p. 5 i seg.

108. L. BRANDEIS, a *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262: «To stay experimentation in things social and economic is a grave responsibility. Denial of the right to experiment may be fraught with serious consequences to the Nation. It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.»

109. F. A. HAYEK, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, Kieler Vorträge N.S. 56, Kiel, 1968.

110. L'exemple està pres de G. WAGNER, a J. M. SMITS (ed.), *The Need for a European Contract Law*, p. 11: «Diversity allows "avant-garde" jurisdictions to boldly move ahead and prove to the others that it is safe to follow.»

companyies,¹¹¹ que poden escollir el dret que se'ls aplicarà. Si els empresaris o les dones consideren un determinat tipus de societat de responsabilitat limitada com una forma més adient per a la seva empresa que la BV holandesa o la GmbH alemanya, poden escollir-lo.

XVIII. Que m'hagi decantat per aquesta línia de pensament¹¹² no significa que m'oposi a la unificació del dret, sinó que simplement no crec que la necessitat d'un dret uniforme hagi de ser imposada per la doctrina o pel legislador europeu. Són *aquells per als quals la llei existeix* els qui han de decidir quines normes serveixen millor als seus interessos. No crec que la diversitat legislativa sigui resultat de l'atzar, sinó que més aviat deriva del fet que unes normes són aparentment més adients per a determinats països que per a d'altres.¹¹³ És massa paternalista imposar una preferència uniforme a tothom. I no sóc l'únic que pensa així. Als Països Baixos, juntament amb els meus col·legues de Maastricht Faure i Hartlief,¹¹⁴ vaig ser titllat de *fundador de l'«escola jurídica romàntica de Maastricht»* perquè tot sovint poso l'èmfasi en la singularitat dels drets francès, alemany i neerlandès.¹¹⁵ Però decidir des de dalt què és just per a tots els europeus —com argumenta Nieuwenhuis— esdevé, segons el meu parer, una violació de la llibertat d'elecció de consumidors i empreses.

XIX. No he de negar que poden posar-se objeccions contra la competència entre ordenaments jurídics.¹¹⁶ No obstant això, la consistència d'aquestes objeccions depèn molt de com es concep el dret privat europeu. Discutiré tres objeccions.

La primera objecció és que, encara que sigui cert que la competència entre ordenaments jurídics pugui emmenar a la unificació del dret, ho seria a un nivell mínim entre tots els ordenaments que competeixen. El fet que persones o empreses es desplacin de l'ordenament A a l'ordenament B, que consideren més adient amb les seves necessitats, pot conduir que l'ordenament A s'aproximi al B a fi d'evitar que migrin més consumidors o firmes. Aquest «principi de con-

111. Sentència del TJE de 9 de març de 1999, assumpte C-212/97, ECR 1999-I, 1459 (Centros).

112. Vegeu, per exemple, J. M. SMITS, «The Harmonisation» p. 79

113. Vegeu també L. E. RIBSTEIN i B. H. KOBAYASHI, «An Economic Analysis of Uniform State Laws», *Journal of Legal Studies*, núm. 25 (1996), p. 141.

114. M. FAURE i T. HARTLIEF, «Naar een harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht in Europa?», *Nederlands Juristenblad*, 2003, p. 170 i seg.; J. M. SMITS, *The Good Samaritan in European Private Law*, Deventer, 2000.

115. J. H. NIEUWENHUIS, «De romantische rechtsschool van Maastricht», *RM Themis* (2003), p. 61 i seg.

116. Vegeu, per exemple, J. M. SMITS, *The Making of European Private Law*, p. 66 i seg.

trol del país d'origen» desembocaria en un dret basat en l'estàndard mínim. Tanmateix, sempre que s'enuncia aquesta por per una «cursa cap al fons» o «*dumping* social», a penes s'aporten proves empíriques que la fonamentin.¹¹⁷ I encara hi ha un altre fet més important: tampoc no és desitjable una competència total entre els ordenaments jurídics, ja que, precisament, l'objectiu de l'harmonització mínima és permetre només la «cursa» amb certes restriccions. De vegades cal que la llei sigui imperativa si ha d'oferir protecció.

Una segona objecció és que l'elecció d'un altre ordenament jurídic també té els seus costos. La presumpció de Tiebout —que persones i empreses poden migrar lliurement de l'estat A a l'estat B si aquest ofereix un ordenament jurídic millor— no és certa, ja que en aquest cas es generen costos.¹¹⁸ A més, la qüestió és si la mera existència d'un dret *privat* divergent és un factor decisiu quan s'aborda aquesta elecció. Podem tendir un altre cop a sobrevalorar la rellevància d'aquest àmbit del dret en comparació amb el dret fiscal, laboral, etc.¹¹⁹ La solució a aquest problema és que les parts no s'hagin de moure *físicament* d'un ordenament jurídic a un altre, sinó que sigui suficient que tinguin la capacitat per a escollir el dret estranger aplicable. Aquesta és, precisament, la conseqüència de la Sentència Centros del TJE per al dret de societats, i no veig per què no es pot aplicar també al dret d'obligacions (vegeu *infra*, núm. XXIII). És evident que, aleshores, les parts han de conèixer quin és l'ordenament jurídic que millor s'adiu amb els seus interessos. Ara com ara, sovint manca una informació suficient sobre altres ordenaments. Un contractant neerlandès rarament coneix el dret anglès o l'alemany, i encara menys el polonès o el txec.¹²⁰ Això no succeeix als Estats Units, on hi ha disponible molta més informació sobre les més de cinquanta jurisdiccions que hi ha, i tota en un mateix idioma. Penso que una solució a aquest problema podria ser, a més de la promoció de la competència entre ordenaments, facilitar codis opcionals «altament informatius». Tornaré sobre aquest argument en el número XXVII.

117. C. BARNARD, «Social dumping and the race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware», *European Law Review*, núm. 25 (2000), p. 57 i seg., i R. van den BERGH, «Forced Harmonization of Contract Law in Europe: Not to be Continued», a S. GRUNDMANN i J. STUYCK (ed.), *An Academic Green Paper*, p. 260. Vegeu també M. FAURE, a R. ZIMMERMANN (ed.), *Grundstrukturen*, p. 49, per a una «cursa pel cim».

118. Quant als «costos de migració», vegeu G. WAGNER a J. M. SMITS (ed.), *The Need for a European Contract Law*, p. 7.

119. G. WAGNER, *The Need for a European Contract Law*, p. 9: «[T]o suggest that “[T]he people” would vote a government out of office for the reason of it inaugurating an efficient contract law or leaving such inferior law in place is simply absurd.»

120. Vegeu R. van den BERGH, «Regulatory Competition or harmonization of laws? Guidelines for the European regulator», a A. MARCIANO i J.-M. JOSSELYN (ed.), *The Economics*, p. 33.

Una tercera objecció és que actualment sovint no es té la llibertat per a escollir un dret estranger, cosa que és imprescindible per a una competència reeixida.¹²¹ Tocant al dret d'obligacions, la possibilitat d'elecció està en particular limitada pels articles 3.3 i 5 del Tractat de Roma. L'article 3.3 restringeix la possibilitat d'eleger la llei en el cas d'un contracte merament nacional, ja que no es pot apartar el dret imperatiu d'un país si el contracte només està relacionat amb aquest país. Per consegüent, les parts que volen evitar l'aplicació del seu dret nacional s'han de desplaçar a un altre país. Per això proposo que es pugui escollir la llei aplicable en casos de relacions merament nacionals.¹²² L'article 5 del Tractat de Roma protegeix el consumidor que contracta en un altre país, tot oferint-li la protecció de la llei del seu lloc de residència encara que se sotmeti a la llei d'un país distint. Però alguns autors defensen la supressió d'aquest precepte, ja que limita massa la facultat d'elecció del consumidor.¹²³ Jo penso, però, que encara hi ha motiu per a mantenir aquesta norma, perquè continua sent necessari un nivell de protecció mínim.

En conclusió, en el meu model d'ordenaments jurídics competitius, la necessitat d'unificació del dret privat està abans que res determinada per la mateixa pràctica jurídica, i l'harmonització no és imposada des de dalt. Les possibles objeccions contra aquest model poden ser rebutjades si el dret privat europeu es concep d'una determinada manera. Ara passo a ocupar-me del disseny ideal del dret privat europeu tot discutint els plans de la Comissió Europea sobre el marc comú de referència i el codi opcional.

4. DISSENYANT UN FUTUR DRET PRIVAT EUROPEU: EL MARC COMÚ DE REFERÈNCIA I EL MODEL OPCIONAL

4.1. INTRODUCCIÓ

XX. Després de deliberar sobre l'*acquis* vigent i la necessitat d'harmonització, podem passar ara a una de les qüestions més controvertides del dret pri-

121. Vegeu R. van den BERGH, a A. MARCIANO i J.-M. JOSSELIN (ed.), *The Economics*, p. 30 i seg., el qual assenyalava que, mentre els conceptes d'*estoppel* i *privity* romanguin dubtosos per als juristes de *civil law*, no hi haurà competència.

122. Vegeu E.-M. KIENINGER, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tübingen, 2002, p. 284 i seg.

123. Per exemple, C. KIRCHNER, «An Optional European Civil Code (OECC): Initiating a Learning Process», a S. GRUNDMANN i J. STUYCK (ed.), *An Academic Green Paper*, p. 399 i seg.; i J. MICHAELS, «Welche Globalisierung», p. 580 i seg.

vat europeu: quin és el millor camí que s'ha de seguir? No pretenc repetir el debat doctrinal de la dècada passada sobre la millor manera d'unificar el dret privat. Ben al contrari, el meu punt de partida és la decisió de la Comissió Europea d'introduir un MCR i de continuar discutint sobre un codi opcional de dret contractual. Aquests dos projectes plantegen diverses qüestions. Així, no és gaire clar per què es requereix un MCR per a solucionar els problemes actuals de l'*acquis* (núm. XXI). Jo preferiria una via menys complicada (núm. XXII). Una altra qüestió és quina és la millor manera de dissenyar l'MCR i el pretès codi opcional. En els propers anys, el debat se centrarà indubtablement en aquest aspecte, i per això m'hi dedicaré més extensament (núm. XXIII a XXIX).

4.2. CAL L'MCR PER A RESOLDRE ELS PROBLEMES ACTUALS DE L'ACQUIS?

XXI. No hi ha unanimitat sobre la funció exacta de l'MCR i sobre com s'ha d'elaborar. La Comunicació de 2004 permet diverses interpretacions. D'una banda, és clar que la Comissió Europea considera l'MCR una eina per a millorar l'*acquis* i per a aprovar textos legislatius millors. També s'espera que el TJE utilitzi l'MCR com un instrument per a interpretar el dret comunitari vigent.¹²⁴ Considerat d'aquesta manera, l'MCR seria sobretot una mena de manual legislatiu.¹²⁵ D'altra banda, la Comissió també concep l'MCR com la base per a un codi de contractes opcional, cosa que confirma l'annex a la Comunicació de 2004, que conté una classificació detallada de principis, definicions i normes que suposen una reminiscència d'un codi civil nacional real. Per això, alguns autors¹²⁶ veuen en l'MCR un precursor del codi civil europeu.

És indispensable, per a fer una valoració vàlida de l'MCR, determinar si de debò només serveix per a millorar l'*acquis* present i futur o si es tracta d'un codi civil europeu *in fieri*. Hi ha un seguit d'indicadors que apunten que l'MCR tendeix cap a aquesta darrera proposta, ja que en realitat no és imprescindible per a millorar l'*acquis*. Encara més, la qüestió és si de l'MCR pot ajudar gaire a resoldre els problemes que suscita l'*acquis*.

124. Vegeu *supra*, núm. 7.

125. El mateix opina L. A. D. KEUS, «De Europeanisering van het vermogensrecht, in het bijzonder van het contractenrecht», a G. J. M. CORSTENS *et al.* (ed.), *Europeanisering van het Nederlands recht* (W. E. Haak-bundel), Deventer, 2004, p. 194 i seg.

126. «Manifesto», p. 662; M. W. HESSELINK, «The Politics of a European Civil Code», ELJ, núm. 10 (2004), p. 689, i M. W. HESSELINK, «Naar een coherenter Europees contractenrecht?», *Nederlands Juristenblad*, (2003), p. 2086; M. T.J. BOUWES, «Harmonisatie van het burgerlijk recht door de achterdeur», *Nederlands Juristenblad* (2005), p. 944 i seg.

Com s'ha indicat abans (núm. VII), la part més important de l'MCR consisteix en «principis fonamentals i models coherents de normes de dret contractual inspirades en l'*acquis* comunitari i en les millors solucions recollides als ordenaments jurídics dels estats membres». ¹²⁷ Es tracta, doncs, de models de normes d'una àmplia àrea del dret d'obligacions i de contractes que cobreix matèries clàssiques com ara la formació del contracte, les formalitats, la validesa, la interpretació i el contingut del contracte, la representació, les obligacions precontractuals, el (in)compliment, la pluralitat de parts, la cessió de crèdits i la prescripció. Tanmateix, no és gaire clar com aquests models de normes poden contribuir a millorar l'*acquis*. Si són similars als Principis de Dret Contractual Europeu (PECL) —i és molt probable que sigui així,¹²⁸ ja que s'han de destil·lar «les millors solucions recollides als ordenaments jurídics dels estats membres»—,¹²⁹ no s'assemblaran gaire a l'*acquis* vigent. Al capdavant, els PECL estan basats substancialment en els ordenaments jurídics europeus, mentre que l'*acquis* té una orientació més funcional. Si les directives vigents s'han d'acomodar als preceptes (probables) de l'MCR, hauran de ser modificades notablement. La qüestió subsegüent, aleshores, és quina influència tindrà l'MCR (no vinculant)¹³⁰ en la revisió de l'*acquis*; segurament, i malgrat l'MCR, a l'hora de renegociar el contingut de les directives, aquestes continuaran sent en bona mesura el compromís entre les diverses opinions que s'expressin en el Consell de Ministres.

Per això, jo comparteixo el punt de vista dels governs d'Alemanya, França i la Gran Bretanya,¹³¹ que defensen que no s'hauria d'esperar que es completi l'MCR l'any 2009 per tal de revisar l'*acquis*. La revisió és perfectament possible sense l'MCR. La qualitat i la coherència de l'*acquis* poden ser millorades refontent la pluralitat de directives en una de sola que sigui més homogènia. Aquesta directiva també podria contenir algunes definicions de termes abstractes que fossin vinculants per als estats membres, a diferència de l'MCR, que no té aquest caràcter. L'estructura actual de l'MCR —que inclou matèries i tipus contractuals que no regula cap de les directives vigents— és massa àmplia per a resoldre de manera adient i ràpida els problemes que hem vist en el número VI.

127. Comunicació 2004, p. 3.

128. Vegeu també M. W. HESSELINK, «Capacity and Capability in European Contract Law», ERPL (2005), p. 494.

129. Comunicació 2004, p. 3. Aquesta és igualment la pretensió dels Principis de dret contractual europeu: O. LANDO i H. BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law*, parts I i II, La Haia, 2000, p. XXII.

130. Comunicació 2004, p. 6.

131. Vegeu el resum de les reaccions al Pla d'acció, que es pot consultar a <http://europa.eu.int/comm/consumers>.

4.3. LA MEVA OPCIO: UNA DIRECTIVA DE MÍNIMS SISTEMÀTICA EN L'ÀMBIT DE LA PROTECCIÓ DELS CONSUMIDORS

XXII. L'alternativa menys ambiciosa que proposo consisteix en una sistematització vinculant de l'*acquis* vigent. Un instrument d'aquesta mena —que substituiria totes les directives vigents— és fàcil d'elaborar. A més, en aquest «Codi europeu de protecció del consumidor» s'hi podria incloure la legislació europea futura. D'aquesta manera s'evitaria haver d'escollir entre un enfocament vertical (la revisió individual de les directives vigents) i un enfocament més horitzontal (en què s'elaboren normes per a cada tipus de contracte —compra-venda, viatge combinat, etc.).¹³² Seria suficient una llista de definicions i la sistematització de les normes, en particular dels deures d'informació i de les facultats de desistiment. Per descomptat, si calgués, alhora es podria revisar més profundament l'*acquis*, però estic d'acord amb Grundmann¹³³ que la presumpció hauria de ser que no es modifiqués cap norma llevat que sigués clar que hagués de ser reemplaçada per una norma millor, la qual cosa té l'avantatge addicional que el contingut d'aquest nou instrument estaria format per l'*acquis* vigent i ja estaria legitimat políticament i implementat nacionalment.¹³⁴

Com s'hauria de dissenyar un instrument com aquest? L'*acquis* vigent es caracteritza per un nivell mínim de protecció del consumidor. Tanmateix, ja s'ha assenyalat que el punt just d'equilibri desitjat no es pot assolir sense un nivell mínim d'estandarització, i és per això que la Comissió Europea ja ha indicat que voldria revisar la seva política d'harmonització de mínims.¹³⁵ No comparteixo aquest criteri, ja que l'única manera d'impedir una implementació divergent pels estats membres és promulgar directament un reglament vinculant.¹³⁶ Ara bé, el remei seria pitjor que la malaltia. Un reglament orientat a una harmonització màxima suposaria que els estats membres no podrien oferir una protecció superior a aquest nivell europeu, i països com Holanda o Alemanya haurien de retrocedir en la seva legislació de consum. Seria un error impedir una preferència

132. D'acord amb la Comissió: primer report anual sobre progrés en el dret contractual i la revisió de l'*acquis*, 2005, p. 10.

133. S. GRUNDMANN, «European Contract Law(s) of What Colour?», *European Review of Contract Law*, núm. 1 (2005), p. 208.

134. S. GRUNDMANN, «The Optional European Code on the Basis of the *Acquis Communautaire* — Starting Point and Trends», *ELJ*, núm. 10 (2004), p. 701 i seg.

135. Comunicació 2004, p. 3; estratègia per a la protecció dels consumidors 2002-2006, COM (2002) 208, DOCE, 2002, C11/1. Vegeu també *supra*, núm. 6.

136. El mateix S. LEIBLE, «The Approach to European Law in Domestic Legislation», *German Law Journal*, núm. 4 (2003), p. 1266.

nacional per un nivell de protecció més elevat, ja que, segons Easterbrook, «buscar un punt just d'equilibri escapçant els cims i obligant-nos a viure a les valls no és recomanable».¹³⁷ En realitat, per què França no hauria d'estar legitimada per a prohibir les vendes a domicili de certs productes¹³⁸ i per què s'haurien de posar traves al desenvolupament econòmic de Txèquia o de Polònia a causa de la concepció de l'Europa occidental sobre quin és el nivell «just» de protecció del consumidor o del medi ambient? Jo m'inclino per una altra solució: un punt just d'equilibri es promou millor mitjançant diversos codis opcionals que ofereixin nivells distints de protecció del consumidor (vegeu *infra*, núm. XXVII).

La meva opció per un nivell mínim de protecció està inspirada també per la idea que no és absolutament certa l'eficàcia de la protecció del consumidor. L'èmfasi que Europa posa en el «consumidor actiu i segur»,¹³⁹ que compra lliurement a Internet i més enllà de les seves fronteres, no sempre s'adiu amb la pràctica jurídica, i la qüestió és si aquest consumidor actiu necessita tanta protecció. La recerca empírica mostra que el deure dels professionals de proporcionar informació només reforça la posició del consumidor amb un patrimoni important, i no la dels consumidors que realment ho necessiten.¹⁴⁰ Tot i amb això, la majoria de directives europees tenen com a objectiu reparar les asimetries en la informació, intentant situar la part feble —tant com sigui possible— en la posició en què hagués estat si hagués tingut el mateix poder negociador que el professional. Si coneixem poc els efectes susceptibles de produir aquestes normes, no seria millor deixar els experiments per als legisladors nacionals i aprendre de llurs experiències? Només així se sabria quina és la «millor» norma.

4.4. ELOGI DEL CODI OPCIONAL

XXIII. Atès que no es requereix la protecció (mínima) de la part feble, subscriu¹⁴¹ de tot cor l'opció de la Comissió Europea per un codi opcional (un

137. F. H. EASTERBROOK, «Federalism and European Business Law», *International Review of Law and Economics*, núm. 14 (1994), p. 132.

138. Sentència del TJE de 16 de maig de 1989, assumpte C-382/87, ECR (1989), 1235 (Buet).

139. Vegeu S. WEATHERILL, «Prospects for the development of European private law through 'Europeanisation' in the European court», *ERPL*, núm. 3 (1995), p. 314.

140. Vegeu el clàssic estudi de W. C. WHITFORD, «The Function of Disclosure Regulation in Consumer Transactions», *Wisconsin LR*, núm. 2 (1973), p. 400 i seg.

141. Igual que L'Europarlament: Resolució P5_TA (2003) 0355, DOCE, 2004, C 076 E/95. La posició del Consell Europeu és menys clara i sembla que només ha acceptat l'MCR. Vegeu el Consell Europeu de Brussel·les de 4 i 5 de novembre de 2004, 14292704, p. 31. Vegeu una valoració

«26è ordenament»¹⁴² senzillament perquè un sistema jurídic opcional s'adiu perfectament amb la idea de la competència entre ordenaments. Tanmateix, l'èxit d'un codi depèn dels seus continguts, de la seva legitimitat i de la seva aplicabilitat.¹⁴³ Són diverses les variables que s'han de considerar. El codi podria contenir normes generals per a tots els contractes (en la línia dels PECL), però també podria limitar-se als contractes mercantils o als contractes amb consumidors, o fins i tot a la compravenda; podria contenir només dret dispositiu o també normes imperatives; aplicar-se a contractes transfronterers o també a contractes nacionals; ocupar-se només del dret d'obligacions i de contractes o també d'altres àrees del dret privat; ser promulgat en forma de reglament o de recomanació; ser legitimat democràticament pels parlaments nacionals o ser només el treball d'universitaris; ser aplicable llevat que se n'exclouï l'aplicació (*opt-out*) o només si les parts s'hi sotmeten expressament (*opt-in*). Solament una sàvia combinació d'aquests factors determinarà si es compleixen els requisits per a una competència reeixida (vegeu *supra*, núm. XIX). Discutiré aquests factors a continuació.

4.5. ELS LÍMITS D'UN CODI OPCIONAL

XXIV. Quines normes caldria incloure en el codi opcional? La resposta a aquesta pregunta no està condicionada pels continguts de l'*acquis* vigent, puix el seu lloc ja està reservat per al codi de consum. Això deixa el camí lliure per a una discussió més essencial quant als continguts d'un futur dret privat europeu. Permeteu-me recordar que em guia el disseny de tenir el codi opcional competint amb els ordenaments jurídics nacionals, la qual cosa advoca per una reducció dels costos de la familiarització amb solucions estrangeres.¹⁴⁴

La primera qüestió, doncs, és si el codi opcional hauria d'estar restringit al dret contractual, tal com apunta la Comunicació de 2004. Això significa que les parts contractuals continuen enfrontant-se amb un dret estranger desconegut, i aquesta és una raó important per la qual les parts sovint exclouen la Convenció

dels règims opcionals en el dret de societats a J. A. MCCAHERY, «Harmonisation in European Company law: The Political Economy of Economic Integration», a D. CURTIN, J. SMITS, A. KLIP i J.A. MCCAHERY, *European Integration*, p. 155 i seg.

142. Per a aquest terme (ja que no es consideren prou justificats els drets escocès i català), primer report anual sobre el dret contractual europeu i la revisió de l'*acquis*, p. 12.

143. Quant a aquests paràmetres, vegeu J. M. SMITS, «Toward a Multi-Layered Contract Law for Europe», a S. GRUNDMANN i J. STUYCK (ed.), *An Academic Green Paper*, p. 387 i seg.

144. Sobre els pros i els contres dels sistemes opcionals, vegeu J. A. MCCAHERY, «Harmonisation», p. 183 i seg.

de Viena, que també ofereix un model opcional. Sorgeix, doncs, la necessitat d'un codi opcional que reguli completament les relacions jurídiques de les parts, i que inclogui, per consegüent, normes imperatives de dret contractual, transmissió de la propietat de béns mobles, garanties, etc. És clar que aleshores s'ha de deixar clara quina és la relació entre el model opcional i la llei nacional implicada. Seria possible, així, crear una garantia europea, però solament seria eficaç si trobés recer en l'ordenament nacional i tingués prioritat sobre els drets «nacionals» de tercers. Per aquest motiu ha fracassat l'intent de la Comissió Europea d'introduir una reserva de domini europea, ja que els estats membres van considerar que la seva introducció era una violació del seu ordenament jurídic nacional (i, per tant, una violació dels interessos de tercers).¹⁴⁵ Actualment, la Comissió sospesa la introducció d'un vint-i-sisè sistema per al crèdit hipotecari,¹⁴⁶ cosa que em satisfà enormement.

Un altre problema amb el codi opcional és la seva aplicació al dret de danys. Si el codi opcional requereix que les parts l'escullin, la responsabilitat no en pot ser part, en principi. Per descomptat, es pot argumentar que les parts sempre poden sotmetre's al sistema de responsabilitat d'un estat membre, però el nucli del dret de danys —les normes relatives a la relació entre causant del dany i víctima que no tenen relació abans del fet danyós— no pot resultar afectat.¹⁴⁷

4.6. ELS CONTINGUTS: JUSTÍCIA SOCIAL?

XXV. Fins ara no he prestat atenció a la qüestió del tipus de preceptes que hauria de contenir el codi opcional. El Grup d'Estudis sobre Justícia Social en el Dret Privat Europeu¹⁴⁸ i els seus membres Mattei¹⁴⁹ i Hesselink¹⁵⁰ han subratllat recentment el valor de la «justícia social». El seu argument és que, per raó

145. Vegeu l'actual article 4 de la Directiva sobre lluita contra la morositat, que només preveu la reserva de domini amb efecte entre les parts.

146. Llibre verd sobre el crèdit hipotecari a la UE, COM (2005) 327 final. I també el llibre verd sobre la política per als serveis financers, COM (2005) 177 final.

147. Vegeu N. JANSEN, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, Tübingen, 2004, p. 16, i —esmentant algunes excepcions— R. MICHAELS, «Private or International? Two Economic Models for Private International Law of Torts», *Duke Law School Research Paper Series*, núm. 73 (2005), p. 26 i seg.

148. «Manifesto», p. 653 i seg. Vegeu també C. U. SCHMID, «The Instrumentalist Conception of the *Acquis* Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code», *European Review of Contract Law*, núm. 1 (2005), p. 211.

149. U. MATTEI, «Hard Code Now!», p. 107 i seg.

150. M. W. HESSELINK, «The Politics», p. 675 i seg.

de l'èmfasi unilateral que la Unió Europea posa en el mercat interior, manca un concepte de *justícia* «europeu» en el dret contractual. Certament, Europa ha contribuït força a la protecció del consumidor, però temen que una major integració europea emmeni a una situació distinta, i per aquest motiu ha de ser desenvolupada una «agenda social europea».¹⁵¹ Però, què és la justícia social?

At the heart of the social justice agenda beats the concern about the distributive effects of the market order. The rules of contract law shape the distribution of wealth and power in modern societies. [...] A modern statement of the principles of the private law of contract needs to recognise its increasingly pivotal role in establishing distributive fairness in society.¹⁵²

Per a aquests autors, la creació d'un futur dret privat europeu és sobretot un procés *polític*; per consegüent, les normes de dret contractual que estableixen la mesura justa entre el lliure mercat i la justícia (i que són *totes* normes de dret d'obligacions),¹⁵³ haurien de ser determinades de manera democràtica. No n'hi ha prou amb demanar el parer a la pràctica jurídica pel que fa a l'elaboració de l'MCR, cal involucrar-hi el Parlament Europeu i els legisladors nacionals.¹⁵⁴

XXVI. Com s'ha de valorar aquesta aportació? No queda clar per què un dret privat «socialment just» hauria de ser implementat a escala europea. Al capdavall, la qüestió és si la interrelació entre el dret europeu i el dret nacional no hauria de tenir lloc de manera que aquest remeiés el caràcter potser menys social de la legislació europea. Mentre coexisteixin un dret europeu amb els drets nacionals —i així serà encara força temps—, no cal patir. Les meves objeccions són de caràcter més fonamental.

La meva primera objecció es refereix a la vaguetat del concepte de *justícia social*. Aquest concepte és difícil de posar en pràctica,¹⁵⁵ ja que es refereix a un ideal, però ningú no sap com assolir-lo. Certament, el Grup d'Estudis és conscient que, a causa de les diferències culturals i econòmiques, cada ordenament

151. «Manifesto», p. 664.

152. «Manifesto», p. 665.

153. La ideologia basada en els estudis jurídics crítics («Critical Legal Studies») ja ha estat resumida recentment per als lectors europeus per D. KENNEDY, «The political stakes in “merely technical” issues of contract law», ERPL, núm. 10 (2002), p. 7 i seg.

154. «Manifesto», p. 669.

155. T. WILHELMSSON, «Varieties of Welfarism in European Contract Law», ELJ, núm. 10 (2004), p. 714: «[...] “social justice” in contract law does not represent a coherent structure of ideas that as such could be used as a basis for a coherent assessment and development of European contract law.»

jurídic nacional pot atorgar un pes diferent a la justícia social,¹⁵⁶ però això encara complica més la decisió sobre quin és l'ideal que s'ha atènyer. Significa potser la «justícia social» que el venedor professional ha de comunicar sempre els defectes en la cosa venuda al consumidor? Que els contractes que no assoleixen el preu just són ineficaços? O que cal eliminar les diferències en els ingressos de les persones? La resposta a aquestes preguntes no es pot trobar en un concepte obert de *justícia social*.

Subjacent a la perspectiva del Grup d'Estudis hi ha la idea de com hem de considerar el dret i com s'ha de desenvolupar. Aquesta idea s'expressa en la frase «les normes de dret contractual han de determinar la distribució de riquesa i poder».¹⁵⁷ La meua segona objecció està relacionada amb aquesta idea. De debò la distribució de riquesa i poder és el resultat d'un *disseny* conscient? La creença que s'expressa que la societat és manejable (*Makeability*, *Machbarkeit*) —el terme *manifesto* evoca un altre document escrit el 1848— no és meua. La decisió de quines són les millors normes per a Europa no pot ser presa, penso, per un legislador totpoderós que té la capacitat de canviar la distribució de poder i de riquesa (si això és el que vol). L'ordenament jurídic vigent és fruit d'un llarg procés de *posar a prova* i d'*equivocació* mitjançant el qual s'ha format un ordre parcialment espontani. No nego, és clar, que el legislador de vegades ha d'intervenir per a protegir els interessos dels més febles, però això no significa que la relació completa entre autonomia de la voluntat i protecció hagi de ser reorganitzada. Crec que el dret és el resultat no tant d'una elecció conscient com d'una evolució espontània. En aquest sentit, reconec la influència sobre mi del premi Nobel Friedrich Hayek.¹⁵⁸

La meua tercera objecció va contra la idea que el dret contractual hauria de servir a la justícia distributiva.¹⁵⁹ Com és sabut, la justícia distributiva exigeix que es prengui aquella decisió política sobre la distribució de riquesa que reflecteixi millor els objectius col·lectius de la societat. Tradicionalment, això ha pertangut al reialme dels polítics. Per exemple, la idea d'una imposició progressiva és un mitjà típic de la justícia distributiva. S'hi oposa la justícia correctiva, que no demana una decisió sobre un objectiu col·lectiu social, econòmic o polític, sinó que simplement corregeix una situació injusta.¹⁶⁰ Habitualment, s'ha

156. «Manifesto», p. 666. Vegeu també R. BROWNSWORD, G. HOWELLS i T. WILHELMSSON (ed.), *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth, 1994.

157. *Supra*, núm. 25.

158. F. A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Londres, 1973-1979; *The Fatal Conceit*, Londres, 1988.

159. Així, ja, A. KRONMAN, «Contract Law and Distributive Justice», *Yale LJ*, núm. 89 (1980), p. 472 i seg.

160. E. J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Cambridge, 1995, p. 211 i seg.

considerat que, per al dret privat, només aquest darrer tipus de justícia és rellevant.¹⁶¹ Si se sotmetés el dret privat al domini de la justícia distributiva, se'l subordinaria a un objectiu públic, de manera que, si no s'aconseguís, hauria «fracassat».¹⁶² Crec que això és erroni. El govern no ha de decidir *ex ante* què és un dret contractual just; això és únicament paternalisme¹⁶³ i esvaeix els avantatges de la competència.¹⁶⁴ En tot cas, el *resultat* només pot ser avaluat *ex post* i tenint en compte si satisfà la justícia. I deixo de banda l'argument que la redistribució de riquesa mitjançant el dret d'obligacions està condemnada al fracàs perquè probablement no es voldrà contractar amb parts febles que necessitin protecció.¹⁶⁵

4.7. ELS CONTINGUTS: ORDENAMENTS JURÍDICS DIVERSOS I ALTAMENT INFORMATIUS A L'ABAST DE TOTHOM

XXVII. Proposo una solució diferent: no que l'estat decideixi què ha de ser un dret privat socialment just per a Europa, sinó que siguin *les mateixes parts* les que decideixin quin dret privat volen adoptar. En aquells sectors del dret en què no cal un codi protector, la simple competència entre els ordenaments ho ha de permetre. No obstant això, perquè un model europeu opcional pugui competir amb els ordenaments jurídics nacionals, cal bastir un sistema opcional que sigui prou atractiu. Això es pot aconseguir si evitem que el vint-i-sisè ordenament pateixi la mateixa mancança que molts sistemes estrangers: la dificultat de conèixer els seus continguts. Alhora, el model opcional hauria de ser atractiu per a diverses classes de parts contractants, la qual cosa advoca per no assumir un conjunt general de principis com els PECL, que presenten una formulació tan general que no poden sobreviure a la competència amb els ordenaments nacionals.¹⁶⁶ Les parts seguiran estimant-se més la certesa jurídica del sistema nacional.

161. Per exemple, l'article 6:248(2) del Codi civil holandès.

162. La qual cosa emmena a l'esvaniment de la distinció entre dret públic i dret privat: «Manifesto», p. 668, i I. W. HESSELINK, *The New European Private Law*, La Haia, 2002, p. 228 i seg.

163. J. R. SPENCER, «Why is the harmonisation of penal law necessary?», a A. KLIP i H. van der WILT (ed.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, 2002, p. 44: «This set of rules is the best. So you must have it, because it will be good for you. And what is good for you is something we decide.»

164. El «Manifesto», p. 672, vol deixar espai a la competència, però la qüestió és com compatibilitzar-la amb aquesta lluita per la «justícia social»: per a què la competència, si d'antuvi ja sabem qui guanyarà? Vegeu F. A. HAYEK, *Der Wettbewerb*.

165. C. FRIED, *Contract as Promise*, Cambridge, 1981, p. 106.

166. Vegeu J. M. SMITS, «Waarom harmonisering van het contractenrecht (via beginselen onwenselijk is)», *Contracteren*, núm. 3 (2001), p. 73-74.

M'inclino, doncs, per crear —a més d'un conjunt de normes comunes per a tots els contractes— diversos models opcionals *l'un al costat de l'altre*. Si un sistema opcional que atorgui (per exemple) un paper preponderant a la bona fe, prevegi una responsabilitat àmplia en cas de trencament de negociacions i accepti la doctrina del preu just, se situa al costat d'un altre en què un contracte és només un contracte,¹⁶⁷ de seguida se sabrà quin és el que prefereixen les parts. Òbviament, aquests ordenaments hauran de contenir normes imperatives i hauran de deixar molt clara la possibilitat d'optar per ells.¹⁶⁸ A més, caldria distingir entre contractes comercials i contractes de consum.¹⁶⁹ A continuació, els contractes comercials es podrien subdividir en tipus contractuals específics (venda comercial, franquícia, lísing, etc.). Un model opcional de contracte de consum hauria d'oferir nivells diversos de protecció per sobre del mínim que ara existeix. Aquests codis de consum podrien ser escollits per les parts.¹⁷⁰ Per tal de millorar el valor informatiu dels codis en comparació amb els ordenaments jurídics nacionals, haurien de contenir normes detallades.¹⁷¹

Configurar diversos codis opcionals en comptes d'un únic codi europeu opcional encara té un altre avantatge. La recerca psicològica¹⁷² demostra que —a l'inrevés del que suggereix la teoria de l'elecció racional— les parts no sempre fan allò que més els convé des d'un punt de vista objectiu, i sovint prefereixen un dret supletori ineficient que haver de redactar les seves pròpies clàusules contractuals òptimes. Per això, Russell Korobkin argumenta que el legislador hauria d'elaborar diversos *statu quo* alternatius l'un al costat de l'altre, cosa que permetria a les parts evitar la «tendència al *statu quo*» mitjançant l'elecció de la llei que estimin millor.¹⁷³ Això també aconsella contra l'existència d'un únic codi europeu general. Assenyala Korobkin:¹⁷⁴

167. G. WAGNER, «The Economics of Harmonization: the Case of Contract Law», *Common Market Law Review*, núm. 39 (2002), p. 1002.

168. Això requeriria adaptar l'article 3.3. del Tractat de Roma, ja que es discuteix en quina mesura aquest precepte permet escollir un dret diferent del dret nacional.

169. Comunicació 2004, p. 12 i 13.

170. Això vol dir les mateixes parts contractuals. No cal dir que els *legisladors* nacionals podrien inspirar-se també en el contingut del codi opcional a l'hora de configurar el dret nacional; vegeu *infra*, núm. 37.

171. El suggeriment de G. de GEEST, «Towards Extremely Detailed International Standard Codes», *Working Paper CIAV*, Utrecht, 2001, de redactar un codi civil europeu molt detallat, no és, per consegüent, tan exòtic com de vegades es diu.

172. R. KOROBKIN, «Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law», a C. SUNSTEIN (ed.), *Behavioral Law*, p. 137 i seg.

173. R. KOROBKIN, «Behavioral Economics», p. 138; vegeu H. KERKMEESTER, «Uniformity of European Contract Law», a J. M. SMITS (ed.), *The Need for a European Contract Law*, p. 69 i seg.

174. R. KOROBKIN, «Behavioral Economics», p. 140.

The lawmaker charged with determining a tailored default term must ask not what term *most* contracting parties would have agreed to had they made provisions for a contingency—a question that does not require an inquiry into the specifics of any one transaction—but what term two *particular* parties would have agreed to had they provided for the contingency.

Vull subratllar que, en el meu model de competència, les parts haurien de poder sotmetre's també als ordenaments jurídics *nacionals*. Correspon al legislador europeu fer-ho possible modificant l'article 3 del Tractat de Roma (vegeu *supra*, núm. XIX).

4.8. APLICABILITAT I LEGITIMITAT DEL CODI

XXVIII. El codi, hauria de ser aplicable als negocis transfronterers o també a relacions merament nacionals? Penso que, sens dubte, el codi ha de poder ser escollit per a ambdós tipus de relacions. Una raó de pes és que, si només s'apliqués a contractes transfronterers,¹⁷⁵ no hi hauria prou assumptes per a fer del codi un instrument que donés prou certesa jurídica. El codi seria aleshores comparable amb la Convenció de Viena, respecte de la qual no es dicten a l'any més de deu sentències en la majoria de casos.¹⁷⁶

El disseny de crear sistemes jurídics tan informatius con sigui possible dóna també la resposta a si el codi ha de ser aplicable per la via *opt-in* o per a la via *opt-out*. Sent el codi aplicable *llevat* que s'exclougui, és de la màxima importància que el codi es redacti per a cobrir tants contractes i tipus de parts com sigui factible, perquè aleshores les parts podran confiar en el codi com a reflex dels seus millors interessos. Aquest és un argument a favor del codi *opt-in*. A més, en la pràctica, un codi *opt-out* implicaria reemplaçar el dret nacional vigent,¹⁷⁷ la qual cosa ens retorna a la qüestió de si la Unió Europea és competent per a promulgar un instrument amb aquestes característiques.

XXIX. Aquest èmfasi en el fet que els actors del mercat *escullin* ells mateixos el dret que ha de regir la seva relació encara té un altre avantatge: no cal discutir la legitimitat del codi europeu. Alguns autors van plantejar la qüestió,

175. Així, U. DROBNIG, «A Subsidiary Plea: A European Contract Law for Intra-European Border-Crossing Contracts», a S. GRUNDMANN i J. STUYCK (ed.), *An Academic Green Paper*, p. 343.

176. Vegeu S. GRUNDMANN i W. KERBER, «European System of Contract Laws — a Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-Making», a S. GRUNDMANN i J. STUYCK (ed.), *An Academic Green Paper*, p. 312.

177. S. GRUNDMANN i W. KERBER, «European System», p. 311.

encertadament, de com es legitima l'MCR o un codi opcional.¹⁷⁸ A escala nacional, asseguruen l'acceptació del dret privat, la informació recíproca i les influències controladores de la legislació, la pràctica jurídica, la ciència i el públic.¹⁷⁹ Com es podria garantir això a escala europea? És suficient el procés de consultes previst per la Comissió Europea?¹⁸⁰

Hi ha dues perspectives possibles. Per una banda, hom pot concebre el codi com una obra acadèmica, la legitimitat de la qual deriva de la seva qualitat indubtable.¹⁸¹ Aquesta no és només la concepció de la Comissió Europea, sinó que també és la de von Bar i altres.¹⁸² Es col·loquen en la tradició de Windscheid i altres reputats juristes alemanys,¹⁸³ de manera que el codi imposa la seva legitimitat perquè és *dogmàticament* correcte. Per altra banda, hom pensa que el codi necessita legitimitat *política*. Aquesta és la postura del «Manifesto»: europeïtzació i globalització emmenen a la manca de governació, com a conseqüència de la influència minvant dels governs nacionals democràticament legitimats. Això s'hauria de contrarestar amb (almenys) un dret privat europeu legitimat pel Parlament Europeu.¹⁸⁴ Només així s'evitaria causar la impressió que el codi és introduït per la porta del darrere, en un exercici merament tècnic i no pas polític.¹⁸⁵

A quina perspectiva s'ha de donar suport? Jo diria que la segona d'aquestes perspectives s'assembla massa a un codi nacional vinculant.¹⁸⁶ Si la Unió Europea realment hagués d'imposar un codi civil europeu des de dalt, caldria que aquest tingués legitimitat democràtica. Però si es tracta d'un codi opcional, la legitimitat rau essencialment en l'*elecció* realitzada per les mateixes parts. A més, sembla inevitable que la integració europea porti a una certa pèrdua de democràcia: si competències que abans eren exclusivament nacionals es transfereixen

178. «Manifesto», p. 653 i seg.; U. MATTEI, «The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Developments», *Hastings International and Comparative Law Review*, núm. 21 (1998), p. 883 i seg.

179. C. JOERGES, «The Science of Private Law and the Nation State», a F. SNYDER (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford, 2000, p. 82.

180. Vegeu *supra*, núm. 9.

181. Vegeu C. JOERGES, «The challenges», p. 11.

182. C. von BAR, O. LANDO i S. SWANN, *Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code* [en línia] (2001), <<http://europa.eu.int/comm/consumers>>, núm. 63: «an impartial formulation of principles in the light of detailed comparative research».

183. C. JOERGES, «The challenges», p. 10.

184. «Manifesto», p. 669, i M. W. HESSELINK, «The Politics», p. 692.

185. U. MATTEI, «The Issue», p. 898: «Avoiding political choices in the name of neutrality is itself a political choice in favour of the strongest market actor.»

186. Seria un exemple de «nacionalisme metodològic»; vegeu R. MICHAELS, «Welche Globalisierung», p. 525 i seg.

a una instància superior, és evident que el ciutadà estarà menys involucrat en el procés de presa de decisions.¹⁸⁷

4.9. CONCLUSIÓ: UN DRET PRIVAT EUROPEU ESTRATIFICAT

XXX. La conclusió és clara: un futur dret privat europeu ideal no pot consistir en un únic instrument, sinó que ha de tenir una estructura estratificada. Resoldre els problemes actuals de l'*acquis* europeu requereix un altre enfocament que no sigui només cercar les «solucions millors» per a un codi opcional. Mentre que el primer s'aconseguiria millor amb una directiva general de mínims, el segon pressuposa una distinció entre diferents tipus de contractes i de parts. No crec que sigui gaire fructífer intentar aplegar ambdós enfocaments sota un mateix paraigua, l'MCR.

5. INFLUÈNCIA SOBRE EL DRET NACIONAL

5.1. INTRODUCCIÓ

XXXI. M'ocupo ara de l'últim tema que vull debatre: quina és la influència del dret europeu en el dret contractual, el dret de danys i els drets reals nacionals. En plantejar aquesta qüestió, abandono el futur que he discutit fins ara i em centro en el present.¹⁸⁸ Primer faré una ullada a la influència (en particular) de les directives europees (núm. XXXII-XXXIII). Després tractaré de les possibles estratègies dels legisladors del països de *civil law* enfront de la legislació europea (núm. XXXIV-XXXVI).

5.2. L'EROSIÓ D'UN SISTEMA COHERENT

XXXII. El dret privat dels països de l'Europa continental ha estat considerat un sistema coherent i nacional almenys des de les codificacions del segle XIX. És coherent perquè no conté una col·lecció dispersa de normes, estàndards, conceptes i principis, sinó que forma un tot consistent. Sobre aquesta base es po-

187. J. M. CAPPELLETTI, J. M. SECCOMBE i J. H. H. WEILER, «Integration», p. 7, ja es refereix a una tensió entre integració i democràcia.

188. No tractaré de la influència de l'europeïtzació en la ciència jurídica.

den decidir nous casos que, al seu torn, s'integren també en aquest tot coherent.¹⁸⁹ Deixant de banda la puresa sistemàtica, aquesta coherència serveix al propòsit d'una justícia igual (i, per consegüent, de la certesa jurídica), ja que, només si les normes i els principis s'apliquen de manera uniforme, els casos semblants poden ser tractats idènticament. En un sistema com aquest, és evident que el jurista pot lluitar per la consistència interna. Però, tan bon punt intervenen actors aliens al sistema nacional, deixa de poder aconseguir-se la pretensió d'un sistema nacional complet i coherent.¹⁹⁰ És útil investigar com la legislació europea destorba la coherència dels sistemes nacionals.¹⁹¹ Això s'esdevé per tres raons.

La primera és que la legislació europea és difícil d'incorporar als ordenaments jurídics nacionals perquè, com ja he dit, té una orientació funcional. Mentre que el dret civil nacional ofereix regles generals, les directives només proporcionen normes per a aspectes específics com els deures d'informació, la facultat de desistiment o certs tipus de conductes il·lícites. Això comporta que assumptes als quals s'han d'aplicar les normes generals del codi civil, estiguin també sotmesos a normes europees. Aquests fragments de dret europeu provoquen interferències. No hi ha problema si una directiva europea regula un cert tipus de menjar (les salsitxes) i no un altre (els pebrots), però si una directiva només conté normes per als remeis contractuals, i no per a la formació del contracte, es percep una lesió en la coherència del sistema que, tradicionalment, reglamenta tots els temes.¹⁹² Atès que el legislador europeu no vol abdicar dels seus poders, ens trobem amb dos legisladors que s'ocupen del mateix tema. Teubner¹⁹³ va encunyar per a aquest cas l'expressió *legal irritants*: la norma d'origen europeu no s'assimila bé dins de l'ordenament jurídic nacional i hi provoca desordre.

189. Vegeu R. DWORKIN, *Law's Empire*, Londres, 1986, p. 211: «law as integrity» significa que hem de pensar en el dret com un conjunt de principis coherents sobre la justícia i l'equitat. Vegeu J. HAGE, «Law and Coherence», *Ratio Juris*, núm. 17 (2004), p. 87 i seg.

190. R. ZIMMERMANN, «Codification: History and Present Significance of an Idea», ERPL (1995), p. 95 i seg., i P. LEGRAND, «Against a European Civil Code», *Modern Law Review*, núm. 60 (1997), p. 45 i seg.: un codi civil és un «self-contained and self-referential system».

191. Vegeu també J. M. SMITS, «The Europeanisation of National Legal Systems: Some Consequences for Legal Thinking in Civil Law Countries», a M. van HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, 2004, p. 229 i seg.

192. W.-H. ROTH, «Transposing "Pointillist" EC Guidelines into Systematic National Codes — Problems and Consequences», ERPL (2002), p. 769.

193. G. TEUBNER, «Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences», *Modern Law Review*, núm. 61 (1998), p. 12: «Legal irritants cannot be domesticated; they are not transformed from something alien into something familiar.»

En segon lloc, les directives sovint contenen normes molt detallades i utilitzen una terminologia jurídica que se separa de la nacional.¹⁹⁴ Conscientment, el legislador europeu tria uns termes neutres, com ara *facultat de desistiment o reducció del preu*,¹⁹⁵ que tot seguit han de ser transposats al dret nacional. Això seria relativament fàcil si l'estat membre fos lliure de transposar la directiva com volgués i, fins i tot, d'abstenir-se de transposar perquè el dret intern ja pot ser interpretat de conformitat amb la directiva. Però amb freqüència el legislador està mancat de llibertat, ja que, d'acord amb el TJE, els drets «europeus» han de ser reconeguts immediatament al consumidor. Els estats membres tenen, doncs, el deure de transposar meticulosament les directives; i, segons el TJE, un tribunal que interpreti el dret nacional vigent d'acord amb la directiva en l'àmbit del dret del consum, no pot aconseguir la claredat i la precisió que exigeix el requisit de la certesa jurídica.¹⁹⁶ Per tant, si el dret europeu atorga el dret a la reducció del preu en els casos de manca de conformitat en la venda de consum, no n'hi ha prou que el tribunal nacional reconegui el dret a una resolució parcial, sinó que el legislador ha d'establir expressament que es concedeix el dret a reduir el preu (per exemple, ara a Holanda en l'art. 7:22 del Codi civil). Aquesta obligació de transposar preceptes molt detallats pertorba molt l'ordenament nacional, perquè allò que ja resulta del sistema propi ha de tornar a ser codificat específicament.

En tercer lloc, la unitat de l'ordenament jurídic nacional queda afectada per la manera en què s'ha d'interpretar el dret europeu transposat. Com és sabut, el dret transposat s'ha d'interpretar «a la llum de la redacció i el propòsit de la directiva».¹⁹⁷ El propòsit del legislador, tal com es dedueix de l'*iter* legislatiu i del sistema de la directiva —tan important per a interpretar el dret nacional—, és molt menys rellevant. Això s'explica fàcilment, ja que el procediment d'elaboració i el sistema de la directiva (si en té) són complicats de conèixer. Aquí s'observa un paral·lelisme evident amb l'*exclusionary rule* del dret anglès, en el qual, en principi, la història legislativa no ha de ser consultada perquè «les normes que vinculen els ciutadans han de poder ser conegudes per ells amb re-

194. W.-H. ROTH, «Transposing», p. 761 i seg., les anomena *pointillistes*, perquè pateixen d'obsessió pel detall (W.-H. ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz», p. 485).

195. Art. 6 Directiva 97/7 (contractes a distància) i article 3 Directiva 1999/44 (venda de béns de consum).

196. Sentència del TJE de 10 de maig de 2001, assumpte C-144/99, ECR 2001, I-3541 (Comissió/Països Baixos).

197. Sentència del TJE de 10 d'abril de 1984, assumpte C-14/83, ECR 1984, 1891 (Von Colson i Kamann/Nordrhein-Westfalen).

ferència a fonts identificables i accessibles al públic».¹⁹⁸ La certesa jurídica, que els països de *civil law* pretenen establir mitjançant la sistematització, el Tribunal de Justícia la troba en una interpretació de directives bàsicament literal i teològica.

Un exemple de la divergència conceptual¹⁹⁹ causada per aquests distints mètodes hermenèutics és la interpretació del terme *venta de consum* en l'article 7:5 del Codi civil holandès. En dret holandès s'acostuma a entendre que la interpretació d'aquest terme ha de ser subjectiva, de manera que, si el venedor no sabia —ni havia de saber— que el comprador adquiria per a fins privats (perquè legítimament pensava que el comprador adquiria en el seu exercici professional), el comprador és igualment protegit com a consumidor.²⁰⁰ No succeeix el mateix quan el terme europeu *consumidor* ha de ser interpretat, ja que s'adopta el criteri objectiu.²⁰¹ Així, un terme similar del Codi civil holandès (o del Codi alemany o francès) genera dos significats distints. Podria esmentar altres exemples. Per exemple, hi ha dos tipus d'interpretació dels contractes *contra proferentem* en el dret holandès; si es dubta sobre com s'ha d'interpretar una clàusula no negociada individualment, la interpretació s'ha de fer a favor del consumidor (la norma «europea»), mentre que la interpretació *contra proferentem* no és obligatòria per a altres contractes (la norma «holandesa».²⁰² Hi ha també conceptes divergents de la (manca de) conformitat per a la venda de consum (europea) i la venda normal (holandesa).²⁰³ Només es pot preveure un augment en el futur d'aquests tipus de divergència, que el TJE proporcioni interpretacions «europees» de totes les normes transposades i que aquestes interpretacions difereixin de les nacionals.²⁰⁴

198. *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.*, [1981] AC 251, 279 per Diplock LJ. Vegeu, sobre el canvi de postura després de *Pepper v. Hart*, [1993] 1 All ER 42, S. VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Tübingen, 2001.

199. W.-H. ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz», p. 482, parla d'«illots conceptuals» i d'«escissió de conceptes».

200. Vegeu (críticament) ASSER-HIJMA 5-I, *Koop en ruil*, 6a ed., Deventer, 2001, núm. 77 i seg.

201. Vegeu, en el context de l'(ara) article 15 del Reglament Brussel·les I, la Sentència del STJE de 20 de gener de 2005, assumpte C-464/01 (Gruber/Bay Wa).

202. Art. 5 Directiva 93/13 (clàusules abusives), article 6:238.2 Codi civil holandès i Hoge Raad de 18 d'octubre de 2002, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2003, p. 258.

203. Articles 7:17 i 7:18 Codi civil holandès.

204. Incloent-hi el dret «excessiu» («supererogatory»): si una norma deriva d'una directiva i és aplicable més àmpliament del que pretenia la directiva, la norma ha d'ésser igualment interpretada de manera coherent i uniforme. Vegeu la Sentència del TJE de 17 de juliol de 1997, assumpte C-28/95, ECR I-4161 (Leur-Bloem).

5.3. LEGISLACIÓ MULTINIVELL: UNA TASCA INCESSANT

XXXIII. L'orientació funcional i el caràcter detallat de l'*acquis*, juntament amb el deure d'implementar la legislació nacional d'acord amb les directives, han conduït a un procés d'erosió dels ordenaments jurídics estatals. El dret privat s'estructura en diversos nivells l'un *al costat de* l'altre i *encavalcats*. Els estudiosos de la ciència política han encunyat el terme *governança multinivell*:²⁰⁵ la integració europea emmena inevitablement a la superposició dels legisladors nacional i europeu. Mentre els drets europeu i nacional no es refonguin en un —la qual cosa, de moment, no és concebible—, els tribunals i els legisladors han d'aprendre a haver-se-les amb aquesta legislació a diversos nivells. Cada cop més, el dret privat serà com un edifici projectat per dos arquitectes, un a cada capital nacional i un a Brussel·les.²⁰⁶

No s'hauria de jutjar negativament aquest procés. Potser sí que l'observació de Philippe Malaurie «je ne connais pas le droit européen et je ne l'aime pas»²⁰⁷ reflecteix el pensament de molts juristes, però és molt més útil intentar acomodar el dret europeu tan bé com es pugui dins de l'ordenament nacional. Per als tribunals estatals, això suposa que han d'aprendre a tractar amb les normes de maneres distintes en funció del seu origen.²⁰⁸ Correspon al legislador la coordinació òptima de la coexistència d'aquests dos tipus distintos d'ordenaments. Ara tractaré de les diverses estratègies que pot seguir el legislador nacional, amb una atenció especial a la situació als Països Baixos.

5.4. ESTRATÈGIES PER A IMPLEMENTAR: EL LEGISLADOR HOLANDÈS

XXXIV. Com pot el legislador europeu transposar les directives europees al dret intern?²⁰⁹ El legislador ha de fer dues eleccions essencials. La primera és decidir *on* vol transposar el dret europeu, si dins o fora del codi civil. La se-

205. Vegeu, per a una definició, G. MARKS *et al.*, «Competencies, Cracks and Conflicts: Regional Mobilization in the European Union», *Comparative Political Studies*, núm. 29 (1996), p. 167: «[O]verlapping competencies among multiple levels of governments and the interaction of political actors across those levels.»

206. Quant a aquesta metàfora, vegeu W.-H. ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz», p. 488.

207. Vegeu H. GAUDEMET-TALLON, «Droit privé et droit communautaire: quelques réflexions», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 2000, p. 228.

208. A. FLESSNER, «Juristische Methode und europäisches Privatrecht», *Juristenzeitung* (2002), p. 14 i seg., i S. VOGENAUER, «Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts — Plädoyer und Programm», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (2005), p. 234 i seg.

209. Vegeu W.-H. ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz», p. 484 i seg., i W.-H. ROTH, «Transposing», p. 761 i seg.

gona, si la directiva europea s'ha d'incorporar a l'ordenament nacional de manera coherent o si simplement s'hi ha d'inserir *tal com és*, amb el risc de crear inconsistències entre les normes europees transposades i el dret nacional originari. Ambdues qüestions no han de coincidir, ja que és factible la sistematització de les directives europees fora del codi civil.²¹⁰

El legislador holandès va apostar per la implementació sistemàtica dins del Codi civil. Recentment, el ministre de Justícia ha explicat que, si es vol conservar l'ordenament jurídic ben organitzat, les directives europees s'han d'incorporar al dret nacional en aquell lloc que els és més proper.²¹¹ Segons l'opinió del ministre, això és possible pel caràcter «obert» del Codi civil, que li permet absorbir els nous desenvolupaments europeus. La transposició dins del Codi civil permet analitzar les conseqüències de la directiva per al dret nacional, àdhuc on el dret nacional requereix, en consideració a la coherència de l'ordenament, ajustaments més enllà dels que estrictament obligaria a fer la directiva. Només si es permet a les directives aquest camp d'aplicació més gran, es pot garantir la coherència del sistema.²¹² La solució consistent a transposar les directives fora del Codi civil emmenaria a polítiques de «pedaços» i a una «massa pobrament organitzada de lleis separades, amb la conseqüència d'incongruències internes i preceptes difícils de trobar i obscurs».²¹³

Certament, quan ha estat possible, el legislador neerlandès ha transposat les gairebé vint directives al Codi civil, sovint fent ús de la «implementació excessiva»,²¹⁴ de manera que situacions que no recaurien en l'àmbit de la directiva s'inclouen en el Codi civil a fi de mantenir el sistema. Així, normes que el legislador europeu només pensava per als consumidors, tenen un abast més general i s'apliquen a altres contractes. Per exemple, és el cas del deure d'utilitzar un llenguatge planer i intel·ligible propi de les clàusules generals i el concepte de *manca de conformitat* en les vendes de consum.²¹⁵ Aquesta tècnica és igualment coneguda a Alemanya, on la directiva sobre venda de béns de consum es

210. Una altra possibilitat seria la introducció asistemàtica en el Codi civil.

211. Handelingen EK d'1 de març de 2005, EK 17-759 i seg.

212. Handelingen EK 2005, 17-760 i 17-768.

213. Handelingen EK 2005, p. 17-760.

214. Quant a aquest terme («supererogatory implementation»), vegeu S. LEIBLE, «The Approach», p. 1268: la norma nacional que implementa la Directiva abasta no només els casos coberts per aquesta, sinó també d'altres. Vegeu també M. H. WISSINK, «Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, Deventer, 2001 p. 256, que empra l'expressió «spontaan doorharmonisieren», i W.-H. ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz», p. 482 («überschiessende Umsetzung» or «spin-off effect»: W.-H. ROTH, «Transposing», p. 770).

215. Article 4.2 Directiva 93/13 (clàusules abusives) i article 2.2 Directiva 1999/44 (venda de béns de consum).

va fer aplicable també a contractes entre empresaris i entre consumidors (§ 43 i seg. BGB).

XXXV. Quina opinió mereix aquesta estratègia? Té dos avantatges obvis: no solament intenta crear un tot coherent, sinó que, a més, condueix que el codi civil nacional conservi el seu rol com a nucli central del dret privat. Aquesta és la raó per la qual, l'any 2002, el legislador alemany va girar en rodó²¹⁶ i va decidir incorporar totes les lleis de transposició al BGB en comptes de seguir la dinàmica de transposar per mitjà de lleis especials, una pràctica que havia començat a desembocar en una «descodificació».²¹⁷

No obstant això, aquest enfocament també té els seus punts febles. Un és que aquest eixamplament sistemàtic de l'àmbit d'aplicació del codi civil té de vegades conseqüències inesperades. Proporciona un bon exemple d'això el recent rebuig per la cambra baixa del Parlament neerlandès del Projecte de llei que transposava la directiva sobre acords de garantia financera.²¹⁸ Encara que la directiva es limitava a les grans institucions financeres, el Govern holandès va decidir ampliar el seu camp d'aplicació a totes les companyies a fi de remeiar el caràcter dispers de la regulació, tot considerant que el dret holandès havia d'oferir allò que mancava a la directiva (una regulació coherent per a totes les societats). Per a la cambra baixa neerlandesa era anar massa lluny; el sol argument que el camp d'aplicació havia de ser eixamplat per raons *sistemàtiques* —sense cap altre motiu substantiu— no va ser prou convincent. Un altre projecte d'abast més reduït ha estat presentat amb posterioritat.²¹⁹

Encara hi ha una altre motiu per a criticar la política holandesa d'implementació. La qüestió és si l'ampliació de l'àmbit de les directives realment perfecciona la coherència. I és que, fins i tot després de la implementació excessiva, dues de les tres causes de pertorbació de la congruència del sistema romanen intactes, a saber, el caràcter detallat de les normes europees i la manera en què han de ser interpretades. Willem van Boom²²⁰ té raó quan indica que, com a conseqüència de l'opció per la transposició dins del Codi civil, aquest s'ha convertit

216. Projecte de llei de modernització del dret d'obligacions: fonamentació, BT-Drucks. 14/6040 (2001), p. 79: «das Bürgerliche Gesetzbuch als zentrale Zivilrechtskodifikation». Tanmateix, la Produkthaftungsgesetz (Llei de responsabilitat per producte) de 1989 segueix en vigor.

217. S. LEIBLE, «The Approach», p. 1273, i T. M. J. MÖLLERS, «European Directives on Civil Law: The German Approach», ERPL (2002), p. 777 i seg.

218. Draft Uitvoering van Richtlijn 2002/74 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, EK 2003-2004, 28874.

219. TK 2004-2005, 30138.

220. W. H. van BOOM, «Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht», *RM Themis* 2003, p. 299. Vegeu també J. B. M. VRANKEN, *Algemeen deel: een vervolg*, Deventer, 2005, núm. 75.

en un castell de sorra: el dret europeu és una marea creixent que no retrocedeix²²¹ i que condemna el castell a desaparèixer, amb independència dels esforços que hi esmerci el legislador nacional.

Crec, doncs, que el legislador europeu ha adoptat una manera massa complexa d'implementar el dret europeu. A banda de les dues objeccions ja esmentades, la transposició al codi civil emmena a un codi molt complicat que requereix una actualització permanent i sovint no queda clar quines són les normes d'origen europeu. Encertadament, un diputat holandès²²² ha assenyalat que el Govern holandès sempre vol demostrar la seva capacitat als altres estats membres, amb la conseqüència que sovint es posa en perill la finalitat de la directiva, i posar la legislació al seu lloc costa força temps.

5.5. ESTRATÈGIES PER A IMPLEMENTAR: LA TRANSPOSICIÓ FORA DEL CODI CIVIL

XXXVI. S'hauria de preferir un altre tipus d'implementació? La transposició del dret europeu fora del codi civil ha estat durant molt de temps l'estratègia a Alemanya i encara preval, per exemple, a França, Àustria i Espanya. En aquests països, la major part de directives s'han inserit en una mena de codi separat.²²³ Itàlia també ha incorporat les directives essencialment fora del seu codi civil,²²⁴ mentre que aquesta ha estat l'única opció a la Gran Bretanya.

Aquesta via té alguns avantatges.²²⁵ Atès que les normes europees detallaes i funcionalment diferents no han de ser incorporades al codi civil nacional, no cal ampliar l'àmbit d'aplicació de la directiva i no es posa en perill l'estil del codi, alhora que s'evita la modificació permanent i la reenumeració dels articles. A més, resta clar d'antuvi quines normes tenen origen europeu, de manera que s'afavoreix que els tribunals apliquin el mètode d'interpretació propi que requereix el TJE.²²⁶

221. DENNING, a *Bulmer Ltd. v. Bollinger SA* [1974] Ch. 401, p. 418.

222. El diputat Rabbinge, Handelingen EK 2005, p. 17-750.

223. Vegeu el Code de la consommation, la Konsummentenschutzgesetz i, en molta menor mesura, la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

224. Llevat de les directives sobre clàusules abusives (article 1469 bis i seg.), agència comercial (article 1742 i seg.) i la venda de consum (article 1519 bis i seg. Codice civile).

225. Vegeu W.-H. ROTH, «Transposing», p. 773 i seg., i W.-H. ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz», p. 484 i seg.

226. Sentència del TJE de 10 de maig de 2001, assumpte C-144/99, ECR 2001, I-3541 (Comissió/Països Baixos).

Malgrat aquests avantatges, no es pot negar que la transposició fora del codi civil té un desavantatge important, que és que emmena a un tot organitzat pobrament, amb legislació disseminada i incongruent.²²⁷ Es podria dir que aquest temor només es fa realitat si —com ha succeït amb el Code de la consommation francès— simplement s'apleguen les directives sense cap mena de sistematització. No seria aleshores millor ordenar les normes comunitàries en un codi «nacional europeu» separat? Les antinòmies entre el Codi civil nacional i la col·lecció de normes europees romandrien, però són inevitables pel caràcter individual del dret europeu. Si les opcions contraposades són esborrar les anomalies dins del Codi civil (cosa que seria endebades) o mostrar obertament les incongruències, jo m'inclino per aquesta darrera.

No vull amagar l'existència d'altres arguments que aconsellen la transposició fora del Codi civil. Un és que una codificació separada de l'*acquis* comunitari s'assemblaria molt a un codi de consum. Però un codi com aquest, si no es volen aixecar falses expectatives,²²⁸ hauria de contenir tota la legislació rellevant per als consumidors, la qual cosa suposaria repetir parts del Codi civil (o de la jurisprudència nacional), una reiteració que no és desitjable. A més, el codi de consum no podria contenir aquelles directives que no són específicament de protecció del consumidor (com la de lluita contra la morositat en les operacions comercials i la de comerç electrònic).

El dilema, doncs, es fa evident. El dret europeu no pot ser transposat d'una manera completament satisfactòria. Pel caràcter particular del dret europeu, una implementació coherent dins del Codi civil no es pot aconseguir mai, mentre que si es realitza fora d'aquest es danya la idea de codi com a tot complet i consistent. Hi ha alguna altra solució?

5.6. LA MEVA PROPOSTA: UN LLIBRE SEPARAT DINS DEL CODI CIVIL

XXXVII. És factible transposar el dret privat europeu dins del Codi civil i alhora evitar els inconvenients d'aquest mètode d'implementació? Això suposaria que el codi civil segueix complint el seu paper de codificació completa del dret privat, però sense que el seu estil es vegi amenaçat i sense el risc de divergències conceptuals; tampoc no caldrien l'adaptació permanent i la reenumeració.

L'única manera d'aconseguir-ho és dedicar una part separada del codi civil nacional a la legislació europea. La redacció d'un llibre separat que contingui el

227. Vegeu *supra*, núm. 34.

228. Vegeu més arguments a W.-H. ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz», p. 486 i seg.

dret privat europeu «nacional» (transposat) permetria sistematitzar el dret europeu d'acord amb les seves finalitats. Si tots els països de *civil law* implemmentessin així l'*acquis*, encara no existiria un *level playing field*, però sí que es contribuiria a discernir les distintes transposicions nacionals. En aquest sentit, l'MCR podria tenir un paper de font d'inspiració, per bé que jo esperaria més de la preparació de diversos codis (de consum) europeus, cadascun amb un nivell de protecció diferent, la qual cosa permetria als legisladors nacionals escollir a la carta (vegeu *supra*, núm. XXVII).

La meua proposta, doncs, és que sigui més el legislador *nacional* que no pas l'europeu el qui s'esforci per a una codificació del dret privat europeu. El nucli d'aquesta codificació, el formaria la transposició de la directiva general de mínims en el camp del dret del consum que propugno, però podria ser sistematitzada i organitzada al gust del legislador nacional. Hauria de tractar-se d'una sistematització senzilla a fi que permetés una transposició còmoda de noves directives. El mètode prevalent en l'actualitat consumeix massa temps i sovint porta a retards en la transposició. Aquesta és una de les raons per les quals Alemanya va aturar la transposició de directives dins del seu codi civil, ja que cal una massa crítica per tal que es pugui estructurar correctament.²²⁹ Aquesta estructuració és la que els alemanys van escometre l'any 2000 quan van introduir no només les definicions de *consumidor* i *comercials* (§ 13 i 14 BGB), sinó també un període general de desistiment dels contractes de dues setmanes (§ 355(1) BGB).²³⁰ A Alemanya és probable que, en el futur, les noves directives siguin transposades primer fora del Codi civil.²³¹ Inserir un llibre separat dins del codi civil permetria als estats membres transposar-hi les directives de manera simple sense estar obligats immediatament a sistematitzar-ne els preceptes.

6. CONCLUSIONS

XXXVIII. He començat aquest treball amb la promesa de prestar atenció a algunes de les qüestions transcendentals que sorgeixen del debat sobre el dret privat europeu i de donar-hi algunes respostes. En fer-ho, conscientment he buscat contrastar *les meves* respostes amb les d'altres. La meua visió es resumeix prou bé en el títol de l'article, ja que m'inspiro en la idea que la integració eu-

229. W.-H. ROTH, «Transposing», p. 773.

230. S. LEIBL, «The Approach», p. 1255 i seg.

231. Com ja ha succeït amb la Directiva sobre acords de garantia financera: Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG [...] de 5 d'abril de 2004, BGBl, 2004, I, núm. 15, p. 502 i seg. (encara que la majoria de modificacions afecten la Hypothekbankgesetz).

ropea es beneficia de la diversitat jurídica i de la llibertat per a escollir que es deriva d'aquesta. Tanmateix, no estic cec davant dels punts febles de la competència entre ordenaments jurídics. Aquesta competència només hauria de tenir lloc per sobre d'un nivell de protecció mínim per al ciutadà europeu. Cal reconèixer també que l'elecció d'un ordenament jurídic aliè no serà òptima si manca la informació sobre aquests altres ordenaments. Per consegüent, he proposat un remei contra les deficiències en la competència per a afavorir així un ordre jurídic espontani. Finalment, he cridat el legislador dels Països Baixos a no perseverar a intentar transposar sistemàticament l'*acquis* dins l'estructura del Codi civil holandès, perquè està condemnat al fracàs per les raons que he apuntat.

JURISPRUDÈNCIA

