

PRIVATE LAW IN EUROPEAN CONTEXT SERIES

General Clauses and Standards in European Contract Law

Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification

Edited by
Stefan Grundmann and Denis Mazeaud



KLUWER LAW

INTERNATIONAL

General Clauses and Standards in European Contract Law

**Comparative Law, EC Law
and Contract Law Codification**

edited by

Stefan Grundmann,
Humboldt-Universität zu Berlin

Denis Mazeaud
Université Paris II – Panthéon-Assas

KLUWER LAW

INTERNATIONAL

A C.I.P. catalogue record for this book is available from the Library of Congress.

ISBN 90 411 2432 2

Published by:

Kluwer Law International
P.O. Box 85889
2508 CN The Hague
The Netherlands

Sold and distributed in North, Central and South America by:

Aspen Publishers, Inc.
7201 McKinney Circle
Frederick, MD 21704
USA

Sold and distributed in all other countries by:

Turpin Distribution Services Ltd
Stratton Business Park
Pegasus Drive
Biggleswade
Bedfordshire SG18 8TQ
United Kingdom

Printed on acid-free paper

© 2006 Kluwer Law International

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior written permission of the publishers.

Permission to use this content must be obtained from the copyright owner. Please apply to: Kluwer Law International, Rights and Permissions Department, P.O. Box 85889, 2508 CN The Hague, The Netherlands. E-mail: permissions@kluwerlaw.com. Website: www.kluwerlaw.com

General Clauses and Standards in European Contract Law

Private Law in European Context Series

VOLUME 6

Series Editors:
Martijn Hesselink
Ugo Mattei
Horatia Muir Watt

For the Society of European Contract Law (SECOLA)

Massimo Bianca Hugh Collins Stefan Grundman (President)
Ewoud Hondius Sophie Stijns

Contract law is probably the most dynamic area of European Private Law and also the fundamental private law discipline in all national legal systems. SECOLA was founded to assist the study of European contract law and to enhance its quality. SECOLA organises an open, interdisciplinary, truly international and interdisciplinary discussion platform. The focus of the Society is upon newly enacted European Community legal measures, on core concepts in the field of European contract law, and on proposals for further legislation. The Society organises one or two international conferences each year, arranges for the publication of scholarly discussions in the field including books to be published in this series, and assists with other network activities. In addition, SECOLA is building up an information platform, systematically structured, containing all relevant European legal measures in full text in all official languages of the Community, together with their transposition into national laws and with reference to the pertinent scholarly literature (see www.secola.org).

A list of previous titles in the series may be found at the end of this volume.

Preface

European Contract Law is in a very dynamic phase. The Communications of the EC Commission on European Contract Law of July 2001 and on a More Coherent European Contract Law, Action Plan, of February 2003 clearly put the question of a European Contract Law Code on the political agenda. And Directives such as the Sales and the E-Commerce Directives had already created a completely new playing field, with forerunners such as the Standard Contract Terms Directive. At the same time, national contract law codifications undergo almost revolutionary changes and reforms or celebrate very 'big birthdays'. The German *Bürgerliches Gesetzbuch* in its contract law section has virtually been re-written in 2002, the French Civil Code as the oldest of those great systematic Civil Codes has celebrated its 200th birthday. European Contract Law is in a very dynamic phase.

The general clause or standard, the *clause générale*, the *Generalklausel*, is a core instrument. This book is the first to speak – on the European level – systematically about this concept, i.e. about those legal rules which are not precisely formulated, terms and concepts which in fact do not even have a clear core (*Begriffskern* in German terminology). This refers to the rules which are not formulated by the legislature in a way which lends itself quite readily and directly to application, rules which capture the situation in vague terms and which may capture a rather large range of cases: abuse of rights or also unfairness (*abus de droit*, *Rechtsmissbrauch*), as in the Unfair Contract Terms Directive, good faith (*bonne foi*, *guter Glaube*), as in the Commercial Agents Directive, fairness or duty of loyalty or honesty (*honnêteté*, *Treu- oder Interessenwahrungspflicht*) like in the Investment Services Directive (now Markets in Financial Instruments Directive) which moreover states a duty of care (*prudence*, *Sorgfaltspflicht*) as well.

This type of rule is a core instrument, because the most prestigious set of 'principles' of contract law in Europe, the European Principles of Contract Law drafted by the so-called Lando group, made abundant use of this type of regulation. And it is a core instrument, because also the *acquis communautaire* uses this instrument quite extensively and moreover because, over the last few years, the European Court of Justice has increasingly built up case law on these rules in the *acquis*. Experience in the national systems is paramount, because national laws largely differ in their approach to general clauses and standards, Germany probably being the country most inclined to

PREFACE

use them as a fundamental concept in its legal system, the common law probably being most reluctant, at least traditionally. The experience is so important because it seems clear that on the one hand, general clauses and standards have an important potential of flexibility and of adaptation to individual cases, whereas at the same time they can be problematic with respect to legal certainty and also with democratic legitimation. And experience shows that combinations, profiting from strong points on both sides, seem possible and that strong and weak points are of differing importance in different fields of the law.

This systematic discussion of the general clause or standard, the *clause générale*, the *Generalklausel*, this systematic presentation of the concepts named, is based on a conference organized jointly by the Society of European Contract Law and by the Association Henri Capitant (*des amis de la culture juridique française*). The one serves as the largest discussion platform in European Contract Law, the other constitutes the largest and most internationally expanding national legal academic association. European and core national law, *acquis communautaire* and comparative law, these two approaches are combined here. The organizers hereby present the results of this endeavour. They wish to express their particular and deeply felt thanks to Mrs. Corinna Jahns and Mrs. Anette St. Quintin for style review and language review. They are happy and proud for having found the support by such a highly prestigious circle of scholars discussing the general clause or standard, la *clause générale*, the *Generalklausel* in European Law, both on the level of the Member States, of existing European Contract Law and also of coming European Contract Law.

Berlin and Paris, Spring 2005

Préface

Le droit européen des contrats est en plein essor. La Communication de la Commission européenne sur le droit européen des contrats, de juillet 2001 et celle plaidant pour un droit européen des contrats, connue sous le nom de 'le Plan d'Action', datant de février 2003 ont placé la question d'un Code européen des contrats sur l'agenda politique. Les directives telles que celle sur la vente ou sur le commerce électronique avaient déjà créé un terrain d'action nouveau. Dans le même temps, les codifications nationales sur le droit des contrats ont subi des changements ou des réformes quasi révolutionnaires, ou bien encore célébré de très importants anniversaires. Le code civil allemand (BGB), dans sa partie relative au droit des contrats, a pratiquement été réécrit en 2002; le Code civil français, le plus ancien des grands codes civils, a célébré son deux centième anniversaire. Le droit européen des contrats est en plein essor.

La 'clause générale' (*Generalklausel*) ou standard est un instrument essentiel. Cet ouvrage est le premier à traiter de ce concept de manière systématique et sur un plan européen, de ces règles légales qui ne sont pas formulées de manière précise, de ces termes et concepts qui ne recouvrent pas un champ précis (*Begriffskern*). La notion se réfère aux règles qui ne sont pas formulées par le législateur d'une manière qui se prête à une application directe, aux règles formulées en des termes vagues et qui peuvent embrasser un large champ de situations: abus de droit ou *unfairness*, ou *Rechtsmissbrauch*) dans la Directive sur les clauses abusives; bonne foi, *good faith*, *guter Glaube*, dans la Directive sur les agents commerciaux; *fairness* ou devoir de loyauté ou d'honnêteté, *Treu- oder Interessenwahrungspflicht*, dans la directive sur les services financiers (désormais *Markets in Financial Instruments Directive*) laquelle énonce en outre une *duty of care* (devoir de prudence, *Sorgfaltspflicht*).

Ce type de règle est devenu un instrument essentiel, non seulement parce que la codification doctrinale la plus prestigieuse relative au droit des contrats en Europe, les Principes du droit européen du contrat, élaborés par la Commission Lando, a abondamment utilisé le procédé, mais aussi parce que l'*acquis communautaire* l'utilise de manière extensive et que, ces dernières années, la Cour de Justice des Communautés européennes a de plus en plus fondé sa jurisprudence sur les règles de l'*acquis*. L'expérience des systèmes juridiques nationaux est essentielle parce que les lois nationales adoptent des approches très différentes en ce qui concerne les clauses

PREFACE

générales et les standards, l'Allemagne étant probablement le pays le plus enclin à les utiliser en tant que concepts fondamentaux, tandis que la *common law* reste sans doute la plus réticente, du moins selon l'approche traditionnelle. L'expérience est particulièrement importante car il paraît clair que, d'une part, les clauses générales et les standards ont un grand potentiel de flexibilité et d'adaptation aux cas individuels et que, d'autre part, dans le même temps, ils peuvent susciter des problèmes au regard de la sécurité juridique et de la légitimité démocratique.

Cette analyse systématique de la *general clause* ou standard, ou 'clause générale', ou *Generalklausel* et des concepts nommés est fondée sur une conférence organisée conjointement par la SECOLA et l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. La première constitue la plus grande plateforme de discussion en droit européen des contrats; la seconde est l'association académique la plus grande et la plus étendue internationalement. Droit européens et droits nationaux, *acquis communautaire* et droit comparé, ces deux approches sont ici combinées. Les organisateurs souhaitent exprimer leurs remerciements les plus sincères à Mesdames Corinna Jahns et Anette St. Quintin pour la correction des textes. Ils sont heureux et fiers d'avoir pu rassembler un cercle très prestigieux d'universitaires pour débattre de la clause générale ou standard ou *Generalklausel* en droit européen, tant du point de vue des législations des Etats membres que du droit européen des contrats, existant ou à venir.

Berlin et Paris, Printemps 2005

Table of Contents/Table de Matières

Preface	xi
Préface	xiii
Chapter 1. General Standards and Principles, <i>Clauses Générales</i> and <i>Generalklauseln</i> in European Contract Law – A Survey	1
<i>Stefan Grundmann, Humboldt-Universität zu Berlin</i>	
I. The Overall Design of the Inquiry	1
1. The Concept of General Clauses and Standards	1
2. Why General Clauses and Standards Matter in a – Multi-Level – European Contract Law	4
3. Integration of the Different Perspectives and Levels in this Inquiry on General Clauses and Standards in European Contract Law	6
II. The Comparative Law Survey (Part 1)	7
III. The EC Contract Law Context (Part 2)	10
IV. Fundamental Considerations and the European Codification Dimension (Part 3)	14
V. Some Concluding Remarks	18
Part 1. Comparative Law	21
Chapter 2. Theorie et Pratique de la Clause Générale en Droit Français Et Dans Les Autres Systèmes Juridiques Romanistes	23
<i>Camille Jauffret-Spinosi, Université Paris II – Panthéon-Assas</i>	
I. Existe-t-il, dans les différents systèmes de droit romaniste, des ‘clauses générales’?	26
1. La clause générale en Allemagne	27
2. Equivalents des clauses générales	29
II. Les pouvoirs d’intervention juge dans le contrat	33
1. Le rôle du juge dans les systèmes de droit	34
2. Les raisons de l’utilisation des clauses générales dans le champs contractuel	36

TABLE OF CONTENTS

Chapter 3.	The Functions of General Clauses, Exemplified by Regarding Germanic Laws and Dutch Law	41
	<i>Peter Schlechtriem, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg</i>	
I.	Concretization of Contractual Obligations	43
II.	Gap Filling	43
	1. Creation of New Obligations and Burdens	45
	2. Controlling of Contractual Agreements	46
	3. Creation of New Remedies	46
	4. Limiting Rights	47
III.	Values and Standards	48
	1. Generalization of Values and Standards	48
	2. Concrete Values and Standards	49
	a. Constitutional values and standards	49
	b. Values and standards in other rules and provisions of private law	52
	c. Common convictions	53
Chapter 4.	Theory and Practice of the ‘General Clause’ in English Law: General Norms and the Structuring of Judicial Discretion	57
	<i>Simon Whittaker, St. John’s College, University of Oxford</i>	
I.	‘General Clauses’ and the Normative Layers of English Law	58
II.	‘General Norms’ in English Law: Three Types of Examples	64
	1. The Language of Principle	65
	2. ‘Roving’ Corrective Techniques	69
	3. Use of Open-Textured Concepts (With Particular Reference to Reasonableness)	70
III.	Conclusion	76
Part 2.	The EC Contract Law Context	77
Chapter 5.	Shifting Power from Legislations to Judges and from the Central Level to the National Level	79
	<i>David Edward, Judge of the European Court of Justice</i>	

Chapter 6.	Les clauses générales dans le droit du travail européen – Les règles internes et leur impact dans le droit communautaire	85
	<i>Robert Rebhahn, Universität Wien</i>	
I.	Introduction	85
II.	Clauses générales de portée générale en droit du travail	87
1.	Notion de salarié : travail subordonné	87
a.	Droits internes	87
b.	Droit communautaire	89
2.	Principe de faveur	90
a.	Droits internes	90
b.	Droit communautaire	92
3.	Principes nationaux – Exemples	92
a.	Allemagne	92
b.	Angleterre	94
c.	Autres pays	95
III.	Règles générales	96
1.	Obligation de travailler	96
a.	Droits internes	96
b.	Clause de type ‘système mobile’	97
2.	Prohibitions de discrimination et règle d’égalité	98
a.	Observations générales et prohibitions de discrimination	98
b.	Règle d’égalité	100
3.	Obligations accessoires	102
a.	Allemagne et Angleterre	102
b.	France et Italie	103
4.	Protection de la santé	104
5.	Limites au licenciement	106
6.	Autres clauses générales du droit communautaire	108
7.	Clauses générales du droit commun	108
IV.	Réflexion	109
Chapter 7.	Social Rights, General Clauses, and the Acquis Communautaire	111
	<i>Hugh Collins, London School of Economics</i>	
I.	General Clauses in the Common Law	113
1.	Three Types of General Clause	114
2.	Analogies in Common Law systems	117

TABLE OF CONTENTS

3.	Evolving Trends in the Common Law	121
II.	General Clauses in European Social Policy	124
1.	Mandatory Standards with Procedural Derogations	124
2.	Typologies and European Regulatory Legislation	129
3.	Principles Subject to a Proportionality Qualification	132
III.	The Scope of the Acquis Communautaire in General Contract Law	136
IV.	General Clauses in European Private Law	139
Chapter 8.	The General Clause or Standard in EC Contract Law Directives – A Survey on Some Important Legal Measures and Aspects in EC Law	141
	<i>Stefan Grundmann, Humboldt-Universität zu Berlin</i>	
I.	The Examples: Abuse of Rights, Good Faith and Punctilio of an Honour the Most Sensitive	141
1.	Abuse of Rights, as in the Unfair Contract Terms Directive	144
2.	Good Faith, as in the Commercial Agents Directive	148
3.	High Standard of Duty of Care and Honesty or Loyalty (Punctilio of an Honour the Most Sensitive), as in Investment Services	149
II.	The Functions of General Clauses or Standards in EC Contract Law	150
1.	Limiting Rights, Filling Gaps, Creating New Remedies	151
2.	Minimum Clauses, Categorization and Mandatory Principles Subject to Structured Derogation	153
III.	General Clause or Standard in EC Directives – A Dual Shift of Power?	154
1.	A Shift of Power from Legislature to the Courts?	154
2.	A Shift of Power from National Law to EC Law?	155
IV.	Structuring the General Clause or Standard and Systemizing the Level of Protection	158
1.	Adding the Criteria of How to Structure the General Clause and Standard	159
2.	Establishing an Order of the Different Levels of Protection Guaranteed by General Clauses and Standards	160

Part 3.	Fundamental Considerations and the European Codification Dimension	163
Chapter 9.	L'analyse économique de la clause générale <i>Jacques Ghestin, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne</i>	165
I.	L'exigence de bonne foi au regard de l'analyse économique du droit des contrats	172
1.	L'exigence de bonne foi au regard de l'analyse économique des règles régissant les contrats	172
2.	L'exigence de bonne foi au regard de l'analyse économique du système juridique régissant les contrats	176
II.	L'exigence de bonne foi au regard de l'analyse économique des pratiques contractuelles	179
1.	La confiance et le calcul rationnel	181
2.	La confiance et le contrat	183
Chapter 10.	Le devoir de se comporter de bonne foi dans les contrats de consommation	189
	<i>Jean Calais-Auloy, Université Montpellier</i>	
I.	La bonne foi du professionnel qui contracte avec un consommateur	190
1.	La bonne foi du professionnel, idée sous-jacente du droit de la consommation	191
2.	La bonne foi du professionnel, spécialement visée par le droit des clauses abusives	192
II.	La bonne foi du consommateur qui contracte avec un professionnel	193
1.	La bonne foi du consommateur, spécialement visée en cas de surendettement	193
2.	La bonne foi du consommateur, exigence plus générale	194
III.	Conclusion	194
Chapter 11.	The Duty to Deal Fairly in Commercial Contracts	197
	<i>Willem Grosheide, Universiteit Utrecht</i>	
I.	Introductory Remarks: Setting the Scene	197
II.	A Closer Look at the Businesses View of General Clauses: between Fair and Certain	199
III.	Final Remarks: Falling of the Curtain?	203

TABLE OF CONTENTS

Chapter 12.	General Clauses and Specific Rules in the Principles of European Contract Law: The ‘Good Faith’ Clause	205
	<i>Hugh Beale, University of Warwick</i>	
I.	Introduction	205
II.	Roles and Meanings of Good Faith	207
III.	Role and Meaning of Good Faith and Fair Dealing in PECL	208
IV.	The Role of Good Faith and Fair Dealing in PECL	210
	1. An Underlying Principle	210
	2. Source of New Norms?	210
	3. An Overarching Control Mechanism?	211
	4. Excluder or Source of Positive Duties?	213
	5. Not to Act Unreasonably or to Act Reasonably?	216
V.	Conclusion	218

1. General Standards and Principles, *Clauses Générales*, and *Generalklauseln* in European Contract Law – A Survey

Stefan Grundmann, Humboldt-Universität zu Berlin

I. THE OVERALL DESIGN OF THE INQUIRY¹

1. The Concept of General Clauses and Standards

General Clauses and Standards, *Clauses Générales*, and *Generalklauseln* – or in French: *La clause générale dans le droit européen des contrats, aujourd'hui*

¹ The Paris Conference of the Society of European Contract Law was organized in collaboration with the Association Henri Capitant, i.e. with my colleagues Michel Grimaldi and Denis Mazeaud. Our host was Guy Canivet, Premier Président de la Cour de Cassation, in fact the conference took place in the 'Grande Salle' of the French Supreme Court. While the introduction as to the subject matter is taken up in the following in section 1 (in English translation), the second part of my opening speech in Paris (*une proposition 'bipartite' en style français*), was devoted to the two associations, and mainly to the Association Henri Capitant. It read as follows:

Mon deuxième point parle des associations responsables et je ne voudrais pas trop insister sur leur rôle mais plutôt laisser parler ce colloque. Mais permettez-moi quelques mots au sujet de l'Association Henri Capitant. Il s'agit de la plus grande association – à ma connaissance – qui a comme but de créer une communauté internationale de juristes. Elle est donc le modèle même d'une communauté de juristes, érudits et professionnels, dans la Communauté Européenne. Elle peut facilement entrer en concurrence avec cette Communauté aussi du point de vue ancienneté. Et ce qui est plus: Si nous partons vraiment d'une Europe pluriculturelle, pluriculturelle aussi juridiquement, il y a quand même des cultures qui sont particulièrement importantes. Et celle qui a produit le premier grand code, le premier système écrit d'une telle clarté et cohérence est celle représentée par l'association Henri Capitant. Pour cela je suis ravi d'entendre que cette association veut jouer un rôle actif dans le processus du développement d'un système européen des contrats y conclu un Code Européen – il serait certainement dans la tradition de cette association qu'elle aussi advoque un Code Européen optionnel. Et SECOLA?... SECOLA est la première – et seule – association qui réunie les érudits et professionnels de toute l'Europe pour discuter et

et demain – is a core building block in European Contract Law.² Even the terms of such an inquiry are difficult to define: *clause générale*, *Generalklausel*, general clause or rather general standard.³

This book talks about those legal rules which are not precisely formulated, terms and concepts which in fact do not even have a clear core (*Begriffskern*

développer le droit européen des contrats (voir www.secola.org). Et aujourd'hui, certainement la discussion est tout aussi importante que l'élaboration de propositions pour un Code Européen. SECOLA a été conçu pour discuter scientifiquement, de manière internationale et aussi interdisciplinaire, l'acquis communautaire pertinent aux contrats – ceci sans exclure une vision comparative des questions. Et SECOLA, comme je l'ai dit, s'est très fortement prononcée en faveur d'un dessin optionnel du Code Européen, pour une richesse de cultures juridiques des contrats en Europe – parce que la richesse est plus adaptée à la complexité et la dynamique de notre époque. Et enfin la Cour de Cassation? Il coule très naturellement de ce qu'il a été dit que les systèmes nationaux et ainsi les cours nationaux, notamment les cours suprêmes, jouent un rôle absolument indispensable et central dans un droit européen des contrats. Maintenant, il y a un certain nombre de cours suprêmes des États Membres, mais quelques-unes entre elles – permettez-moi de quitter pour un moment le grand idiome francophone – 'are more equal' et la Cour de Cassation est certainement la première à être citée entre elles. Enfin donc, last but not least, la Cour de Cassation: Nous n'aurions pas pu souhaiter une place et une personne plus nobles qui nous accueillent que la grande salle et le premier président de la Cour de Cassation. Merci beaucoup.

² For some literature see: Bauer-Bernet, 'Notions indéterminées et droit communautaire', in: Perelman/Vander Elst (eds), *Les notions à contenu variables en droit* (1988), 268; Collins, 'European Private Law and the Cultural Identity of States', *European Review of Private Law* 3 (1995) 353; id., 'Formalism and Efficiency: Defining European Contract Law', *European Review of Private Law* 8 (2000) 211; Franzen, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft* (1999), 504-574; Klauer, 'General clauses in European Private Law and 'Stricter' National Standards, The Unfair Terms Directive', *European Review of Private Law* 8 (2000) 187; Remien, 'Die Vorlagepflicht bei Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe', *RebelsZ* 202 (2002) 503; Roth, 'Generalklauseln im Europäischen Privatrecht – zur Rollenverteilung zwischen Gerichtshof und Mitgliedstaaten bei ihrer Konkretisierung', *Festschrift für Drobnig* (1998), 135; Schmidt-Kessel, 'Rechtsmißbrauch im Gemeinschaftsprivatrecht, Folgerungen aus den Rechtssachen Kefalas und Diamantis', *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2001 (2001), 61; Stein, *The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy?* (1991); Teubner, 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences', *Modern Law Review* 61 (1998) 11; Weatherill, 'Prospects for the Development of European Private Law through 'Europeanization' in the European Court – the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts', *European Review of Private Law* 3 (1995) 307.

³ The concept, the famous *Generalklauseln*, is more prominent in Germany than anywhere else (see below section 2). Hence the important role German literature plays in this respect. The concept also, however, as we will see, features quite prominently in EC Law and European Codification perspectives.