

Naar een beter instrument voor Europees contractenrecht

Prof. mr. A.L.M. Keirse, mr. dr. M.-J. van der Heijden en F. Merab Samii*

1 Synopsis

De aandacht voor Europeanisering van het contractenrecht is recentelijk toegenomen door de publicatie van het Groenboek van de Europese Commissie over mogelijke beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht.¹ Daarin nodigt de Europese Commissie alle belanghebbenden, onder wie Europarlementariërs, overheidsinstanties, wetenschappers, praktijkjuristen, ondernemers en consumentenorganisaties, uit om deel te nemen aan het debat over de toekomst van het contractenrecht binnen de Unie. Ook de Klankbordgroep Internationaal Contracteren mengt zich graag in deze discussie over de vraag naar het beste instrument

voor Europees contractenrecht.² Begin dit jaar stuurde de Klankbordgroep een reactie op dit Groenboek. Deze bijdrage betreft een in het Nederlands vertaalde samenvatting van deze reactie, alsook een update van recente ontwikkelingen. Aldus beogen wij bij te dragen aan het lopende debat over Europeanisering van het contractenrecht dat naar alle waarschijnlijkheid nog jaren zal voortduren.

Allereerst worden kort de achtergrond en het doel van het Groenboek geschetst. Daarna volgt een uiteenzetting van de verschillende beleidsopties die in het Groenboek worden gepresenteerd. De voor- en tegenargumenten worden naar voren gebracht, om vervolgens te bepalen aan welke optie(s) de voorkeur zou moeten worden gegeven. Daarbij worden een aantal knelpunten belicht die aangepakt moeten worden, voordat uitvoering gegeven kan worden aan een nieuw instrument van Europees contractenrecht. Deze hebben onder meer betrekking op de integratie van het instrument in de bestaande juridische en maatschappelijke context en op de formele en materiële werkingssfeer ervan. Tot slot geven we de actuele stand van zaken weer en richten we de blik op de eerstvolgende stap in de verdere totstandkoming van een nieuw instrument van Europees contractenrecht.

55

* Prof. mr. A.L.M. Keirse is als hoogleraar burgerlijk recht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Mr. dr. M.-J. van der Heijden is als universitair docent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. F. Merab Samii is als student-assistent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. De auteurs zijn lid van de Klankbordgroep Internationaal Contracteren en vormen de werkgroep die de reactie van de Klankbordgroep op het Groenboek voorbereide en instuurde.

1. Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM(2010) 348 def.

2. De Klankbordgroep Internationaal Contracteren is in de jaren tachtig van de vorige eeuw opgericht door prof. mr. Willem Grosheide verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. De Klankbordgroep heeft als doel wetenschappers en praktijkjuristen op het gebied van (internationaal) contracteren met elkaar om de tafel te brengen om actualiteiten te bespreken en ervaringen uit te wisselen. Het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht dient van aanvang af als thuisbasis. Thans staat de Klankbordgroep onder voorzitterschap van prof. mr. A.L.M. Keirse. Zie voor meer informatie de website van de klankbordgroep:

<<[<](http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/molengraaffinstituutvoorprivaatrecht/onderzoek/Klankbordgroep/)>>

2 De context geschetst

Het Nederlandse privaatrecht wordt in toenemende mate beïnvloed door Europese ontwikkelingen. Deze zogenaamde ‘Europeanisering’ manifesteert zich in het bijzonder op het terrein van het contractenrecht; een terrein dat vele initiatieven tot Europese convergentie kent.³

Europeanisering van het contractenrecht is goeddeels als wetenschappelijk project van start gegaan. Nog altijd leeft er onder academici een Europese privaatrechtbeweging die zich richt op het formuleren van regels, beginselen, gezichtspunten en het verwerven van inzichten, die tezamen uiteindelijk het contractenrecht in Europa op een consistente manier dienen te bestrijken.⁴ Maar ook andere actoren, zoals de Europese en nationale wetgevers en rechters spelen een steeds grotere rol in het proces van Europeanisering. Sinds de opstelling en de implementatie van tal van richtlijnen ten aanzien van specifieke aspecten van het contractenrecht, hebben Europese regels een overheersende invloed gekregen op belangrijke terreinen van het nationale contractenrecht in de lidstaten van de Europese Unie. Belast met de interpretatie en toepassing van ‘*law in books*’ naar ‘*law in action*’, geeft de Europese rechter verdere invulling aan gecodificeerde regels en beginselen van Europees contractenrecht. Dit brengt tevens met zich dat de nationale rechter zich steeds vaker moeten buigen over kwesties die (mede) door Europees recht worden beheerst.⁵

Juridische verschillen in het verbintenissenrecht tussen de lidstaten blijven evenwel in stand: niet alleen lopen nationale rechtsstelsels uiteen op rechtsgebieden die vooralsnog niet door Europees recht zijn gedekt, maar ook vertoont het nationaal recht dat op basis van Europese harmonisatie is geregeld, onderlinge afwijkingen tussen de lidstaten. Een verklaring ligt in de inherente beperkingen van het beleid van de Europese regelgever om voor de beoogde convergentie het instrument van de richtlijn met minimumkarakter te gebruiken.⁶ Doordat de lidstaten de keuzemogelijkheid wordt geboden om bij de implementatie van deze regelgeving strengere voorschriften op te nemen dan minimaal wordt voorgeschreven – een keuzemogelijkheid waar lidstaten veelvuldig gebruik van hebben gemaakt – is het contractenrecht versnipperd geraakt. Daarenboven is versnippering het gevolg van de omstandigheid dat veel aspecten in de richtlijnen zelf niet consequent geregeld zijn of zelfs helemaal buiten beschouwing zijn gelaten. De kwaliteit en coherentie van het Europees contractenrecht verdie-

nen derhalve verbetering. Tegenstrijdigheden moeten worden weggewerkt en leemten in de Europese regelgeving gedicht.⁷

Het is onmiskenbaar dat er een discrepantie bestaat tussen Europeanisering op papier en Europeanisering in werkelijkheid.⁸ Ook de Commissie gaat in haar recente Groenboek uit van de veronderstelling, dat ondanks de inspanningen om nationaal contractenrecht in de Unie te harmoniseren, er nog altijd versnippering heerst en er grote verschillen bestaan tussen het nationale contractenrecht van de verschillende lidstaten die voor rechtsonzekerheid zorgen en de grensoverschrijdende handel belemmeren. Zo constateert de Europese Commissie dat verschillen tussen nationale stelsels van contractenrecht kunnen leiden tot terughoudendheid van met name kleine en middelgrote ondernemingen om grensoverschrijdende transacties aan te gaan.

De Europese vraag die voorligt, is niet zozeer of maar hoe het Europese contractenrecht zou moeten worden verbeterd. De centrale vraag van het Groenboek betreft de keuze voor het beste instrument voor Europees contractenrecht, waarmee de problemen die ontstaan door uiteenlopende nationale regelgevingen kunnen worden aangepakt zonder dat dit leidt tot extra lasten of complicaties voor consumenten of bedrijven. Volgens het Groenboek dient het te kiezen instrument juridische belemmeringen voor internationale transacties te verminderen, de rechtszekerheid te waarborgen en de regelgeving te vereenvoudigen. Concreet betekent dit bijvoorbeeld dat handelsovereenkomsten tussen commerciële partijen (b2b) uit verschillende lidstaten gemakkelijker uitvoerbaar zouden moeten zijn en dat een consument zonder problemen transacties met een professionele partij (b2c) over de nationale grenzen zou moeten kunnen aangaan. Tegen deze achtergrond presenteert de Commissie de verbetering van de grensoverschrijdende handel in de interne markt door middel van een instrument voor Europees contractenrecht als haar voornaamste doel voor een nieuw Europees instrument. De Europese Commissie legt met haar Groenboek een zevental beleidsopties ter overweging voor. Daarbij roept zij alle geïnteresseerden op om te reageren op deze verschillende opties en om mogelijke vraagpunten aangaande toekomstig Europees contractenrecht te identificeren. De Klankbordgroep Internationaal Contracteren heeft hier graag gehoor aan gegeven door het insturen van een reactie, die in het navolgende samengevat zal worden weergegeven.

3. Evaluatie

3.1 Zeven beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht

Zoals hiervoor vermeld, inventariseert de Commissie in het aangehaalde Groenboek zeven mogelijke beleidsop-

3. Zie meer uitgebreid A.L.M. Keirse, Europeanisering van verbintenissenrecht, in: A.L.M. Keirse & P.M. Veder, Europeanisering van Vermogensrecht, Preadviezen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer, 2010, p. 9-110.

4. Zie A.L.M. Keirse, European impact on contract law; a perspective on the interlinked contributions of legal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law, *Utrecht Law Review*, 2011, 1, p. 34-51.

5. Zie meer uitgebreid Keirse 2010, p. 9-110.

6. Zie Keirse 2010, p. 35-52.

7. Keirse 2010, p. 23.

8. Zie over het proces van Europeanisering en deze discrepantie meer uitgebreid Keirse 2010.

ties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht om de hiervoor genoemde doelen dichter te benaderen. De eerste optie beperkt zich tot de publicatie van een wetenschappelijk gemeenschappelijk referentiekader op het terrein van het contractenrecht, zonder goedkeuring op Unieniveau. Het betreft een tekstbundel van niet-bindende aanwijzingen voor de Europese en nationale wetgevers, die tegelijkertijd ook als inspiratiebron voor contractspartijen kan dienen bij het opstellen van hun algemene voorwaarden.

Als tweede optie denkt de Commissie aan een officiële instrumentarium voor haar als Europese regelgever, dat mogelijk ook regulatief wordt voor het Europese Parlement en de Raad. Een dergelijk meer politiek getint referentie-instrument moet richtinggevend zijn bij de voorbereiding en aanneming van nieuwe Europese regelgeving.

Volgens de derde optie zou de Commissie een instrument voor Europees contractenrecht kunnen aanbevelen aan de lidstaten, waarin deze worden aangemoedigd om het instrument vrijwillig en desgewenst geleidelijk in nationaal recht om te zetten. Dit instrument kan eventueel als een optionele regeling gelden, waarmee contractspartijen een alternatief geboden wordt voor het nationale recht.

De vierde optie gaat een stap verder door een dergelijk optioneel instrument voor Europees contractenrecht als verordening aan de lidstaten op te leggen. Bij verordening zou aan het nationale recht van de 27 lidstaten een allesomvattend en zo veel mogelijk opzichzelfstaand geheel van contractenrechtelijke regels kunnen worden toegevoegd, dat contractspartijen zouden kunnen kiezen als het recht dat hun contracten beheerst. Daarbij rijst de vraag of het instrument uitsluitend van toepassing zou moeten zijn op grensoverschrijdende contracten, of ook op binnenlandse overeenkomsten.

Optie vijf heeft de vorm van een richtlijn van Europees contractenrecht. Deze richtlijn zou het nationale contractenrecht van de verschillende lidstaten kunnen harmoniseren op grond van gemeenschappelijke minimumnormen.

Deze regelgeving kent bij de zesde optie het rechtskarakter van een verordening. Een verordening tot vaststelling van een Europees contractenrecht zou de verschillende nationale regelgevingen vervangen, niet op grond van een keuze van partijen of omdat het in de nationale stelsels moet worden geïmplementeerd, maar omdat het stelsel van Europees contractenrecht rechtstreeks deel uit zou maken van de interne rechtsorde. Evenals bij optie vier kan de reikwijdte van de verordening worden beperkt tot grensoverschrijdende overeenkomsten of worden uitgebreid tot alle overeenkomsten.

Tot slot presenteert de Commissie als zevende en meest vergaande optie de verordening tot vaststelling van een Europees Burgerlijk Wetboek, waarbij niet alleen overeenkomsten maar ook andere verbintenissen, zoals de onrechtmatige daad en de zaakwaarneming, worden betrokken. In het navolgende zal worden onderzocht of deze opties het mogelijk maken om de voorziene doelen te bewerkstelligen.

3.2 Optie 1: Publicatie van een wetenschappelijk gemeenschappelijk referentiekader

Vanuit de ambitie om een *Common Frame of Reference* (gemeenschappelijk referentiekader) tot stand te brengen is in 2005 een samenwerkingsverband opgezet onder de naam *Common Principles of European Contract Law (CoPECL) Network of Excellence*, ook wel aangeduid als *Joint Network on European Private Law*. Hiertoe hebben zich meer dan 150 onderzoekers vanuit alle EU-landen verenigd in een netwerk van verschillende universiteiten, instellingen, organisaties en onderzoeksgroepen. Dit netwerk heeft eind 2007 onder de titel *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* een *Draft Common Frame of Reference* gepresenteerd, waarvan een herziene en definitieve, zesdelige versie met inbegrip van toelichting in oktober 2009 is uitgegeven.⁹ Dit ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader bevat algemene beginselen, definities en modelregels voor Europees verbintenissenrecht en goederenrecht. De Europese Commissie heeft inmiddels aangekondigd grote delen van dit wetenschappelijk ontwerp niet te zullen gebruiken. Vorig jaar heeft de Commissie een deskundigengroep opgericht om haar te helpen de delen van het wetenschappelijk ontwerp die van direct of indirect belang zijn voor het contractenrecht te selecteren, alsook de geselecteerde bepalingen te herstructureren, te herzien en aan te vullen.¹⁰ In het Groenboek stelt de Commissie voor deze selectie van de door haar ingeschakelde deskundigengroep te publiceren.

Deze eerste beleidsoptie verdient zonder meer navolging. De selectie van onderdelen van het wetenschappelijk ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader in een gepubliceerd document zou de regelgevers op nationaal en Europees niveau enige richting kunnen geven, terwijl een dergelijke tekst bovendien vruchtbaar kan zijn voor wetenschappelijk onderzoek naar en onderwijs in Europees privaatrecht. Afdoende is de uitvoering van deze beleidsoptie echter niet, nu daarmee nog geen effectief instrument voor Europees contractenrecht is gegeven. Hoewel de tekst voor de contractspartijen een bron van inspiratie kan zijn bij het opstellen van hun overeenkomsten, kan dit de obstakels in de handel niet op korte termijn slechten of verminderen, nu deze optie alleen voorziet in een juridisch niet-bindende gereedschapskist.

3.3 Optie 2: Een politiek referentie-instrument

In tegenstelling tot de eerste optie is het referentiekader in de tweede optie een officiële instrumentarium voor de Europese regelgever met een formele status. Op basis van de resultaten van de deskundigengroep en de gemaakte selectie zou de Commissie een besluit kunnen

9. Beale, H., C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano. & F. Zoll (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference. Outline Edition*, Munich: Sellier european law publishers 2009.

10. Besluit van de Europese Commissie van 26 april 2010 tot oprichting van de deskundigengroep voor het gemeenschappelijke referentiekader op het gebied van het Europees contractenrecht (2010/233/EU), PbEU 2010, L 105/109.

nemen over Europees contractenrecht dat door haar als referentie-instrument moet worden gebruikt om de samenhang en kwaliteit van toekomstige Europese regelgeving zeker te stellen. Dit referentiekader zou ook kunnen worden vastgesteld in een interinstitutionele overeenkomst tussen de Commissie, het Parlement en de Raad, zodat er consequent kan worden verwezen naar de bepalingen ervan bij het opstellen van en onderhandelen over wetgevingsvoorstellen op het terrein van het contractenrecht.

Wanneer deze optie wordt aangenomen, kan hiermee betere en meer consequente regelgeving worden bewerkstelligd. Verschillende interpretaties van begrippen die binnen het Unierecht worden gehanteerd – denk bijvoorbeeld aan de verschillende omschrijvingen van de term ‘consument’ die momenteel circuleren – kunnen daarmee worden voorkomen. Een dergelijk instrument zou bij voorkeur niet alleen de Europese Commissie, maar ook andere Uniemachten zoals de Raad en het Europees Parlement moeten leiden. Naast de Europese regelgever kan ook het Europese Hof van Justitie dit kader in overweging nemen, verwijzen naar de bepalingen ervan of nadere interpretaties aanbieden. Daarnaast zal het uiteraard ook als inspiratiebron dienst kunnen doen voor de nationale regelgevers, rechters, rechtswetenschappers en andere rechtsbeoefenaren.

Aangezien het proces van Europeanisering van contractenrecht hoofdzakelijk bestaat uit incidentele harmonisatie van diverse nationale regelgevingen, die wordt bewerkstelligd door de uiteenlopende implementaties van richtlijnen, ontbreekt een coherent systeem van contractenrecht op Europees niveau. Tegen deze achtergrond kan een gemeenschappelijk referentiekader de ontwikkeling van een meer samenhangende benadering van het contractenrecht vergemakkelijken. Een effectief instrument voor contractenrecht is hiermee echter nog niet direct gegeven. Het brengt immers op korte termijn geen eenvormige toepassing van Europees contractenrecht tot stand, nu het op de Europese regelgever gerichte instrumentarium niet bindend is voor Europese en nationale rechters, nationale regelgevers en overige rechtsbeoefenaren.

3.4 Optie 3: Aanbeveling over Europees contractenrecht

Als derde optie stelt de Europese Commissie voor dat zij zonder bindende kracht de lidstaten een instrument van Europees contractenrecht aanbeveelt. Hierbij is denkbaar dat de lidstaten worden geprikkeld om hun nationaal contractenrecht vrijwillig en desgewenst geleidelijk te vervangen door het aanbevolen Europese instrument (optie 3a). Maar ook kan het in de rede liggen het instrument als facultatief instrument te promoten, waarbij partijen de mogelijkheid wordt geboden te kiezen tussen het anders toepasselijke nationale contractenrecht of het Europese instrument (optie 3b).

Deze optie van een facultatief instrument (optie 3b) verdient onzes inziens de voorkeur boven een vervanging van nationaal recht door Europees recht (optie 3a). En wel om de navolgende redenen. In de eerste plaats kan

een wezenlijke rechtskeuze economisch en juridisch wenselijk zijn vanuit het oogpunt van concurrentie: daar waar rechtspluralisme meer keuzemogelijkheden biedt, zouden ook rechtsstelsels kunnen concurreren.¹¹ Hier dient echter te worden opgemerkt dat, om verbetering in plaats van verslechtering te garanderen, er enkele waarborgen nodig zullen zijn, onder andere ten aanzien van de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Ten tweede zal een facultatief instrument leiden tot minder problemen vanuit een constitutioneel oogpunt. Ten derde kan er, zodra de markt zelf besluit om het optionele instrument toe te passen, meer legitimiteit worden bewerkstelligd; het wordt niet aan de partijen opgelegd, ervan uitgaande dat zij autonoom voor het instrument kunnen kiezen.

Aangezien deze derde beleids optie slechts een aanbeveling inhoudt, blijft convergentie afhankelijk van de bereidheid van de lidstaten. Bovendien kan het ontbreken van een zekere gebondenheid het daadwerkelijk toepassen van een optioneel instrument belemmeren. Vanuit constitutioneel oogpunt is vrijwilligheid wellicht wenselijk, maar het maakt dat de doelen van de Commissie met dit facultatief instrument niet kunnen worden bereikt. Lidstaten kunnen de aanbeveling op verschillende manieren, op verschillende momenten of in het geheel niet uitvoeren. Een enkele aanbeveling zou aldus geen werkbaar instrument zijn, nu het de partijen niet in staat zal stellen om binnen de gehele Europese Unie overeenkomsten te sluiten onder dezelfde set van bepalingen.

3.5 Optie 4: Optioneel instrument van Europees contractenrecht

Optie vier houdt in dat een optioneel instrument van Europees contractenrecht wordt vastgesteld, niet als aanbeveling, maar als verordening; daarmee wordt aan de lidstaten opgelegd dat contractspartijen een alternatieve, Europese regeling wordt geboden. Dit betekent dat een volledig en tamelijk onafhankelijk pakket van regels van contractenrecht wordt toegevoegd aan het nationale recht van de 27 lidstaten.

Een optioneel instrument kenmerkt zich door de omstandigheid dat de toepasselijkheid afhankelijk is van de keuze van contractspartijen. In deze vorm vervangt het Europese instrument derhalve niet het nationale contractenrecht, maar voorziet het contractspartijen van een alternatief. Het gaat hierbij om veel meer dan een keuze voor bepaalde contractvoorwaarden; het gaat om een keuze voor toepasselijk recht, om een keuze voor een zogenoemd ‘28^{ste}’ stelsel als een alternatief voor de nationale jurisdicties. Het beoogt mogelijk te maken dat burgers en bedrijven in de hele Europese Unie met elkaar kunnen contracteren op basis van één, gestandaardiseerd en uniform wettelijk kader dat in alle lidstaten geldig is. Daartoe is nodig dat de optionele regeling in elke lidstaat als tweede regeling geldt waarvoor partij-

11. Zie W. Kerber en S. Grundmann on the assessment from an L&E perspective albeit in respect of an earlier European contract law initiative, in: An Optional European Contract Law Code: Advantages and Disadvantages, Eur J Law Econ, 2006, 21, p. 215-236.

en desgewenst kunnen opteren. Aan partijen is het dan de keuze tussen het vertrouwde stelsel dat door de nationale wetgever is vastgesteld en een nieuw stelsel dat door de Europese regelgever is uitgevaardigd en daarmee tevens deel uitmaakt van de nationale rechtsordes in de lidstaten. Dientengevolge dienen reeds bestaande optionele regelgevende instrumenten en bestaande regels van internationaal privaatrecht te worden meegenomen bij het bepalen van de reikwijdte van het nieuwe instrument (zie verder par. 4).

Het optionele stelsel zal in Europees verband moeten worden vastgesteld en door de Europese regelgever van een formele, verplichte status moeten worden voorzien, wil het van de grond komen. Immers, zonder een dergelijk ingrijpen van bovenaf moet de optionele regeling, teneinde een uniforme toepassing in alle lidstaten mogelijk te maken, overeenstemmen met de meest beperkende nationale wetgeving. Dit zal de populariteit van het optionele instrument bij het bedrijfsleven niet ten goede komen en het gebruik in de praktijk daarom minimaliseren. Geboden is dat een keuze voor het 28^{ste} stelsel het nationale stelsel dat anders van toepassing zou zijn, opzijzet.

Dat het optionele instrument de anders toepasselijke regels van dwingend recht opzij moet kunnen zetten, vraagt om de uitdrukkelijke waarborg van een hoog niveau van consumentenbescherming. Het 28^{ste} stelsel moet met andere woorden ook dwingende bepalingen omvatten die, waar nodig, de zwakkere partij bescherming bieden. Het beschermingsniveau moet minstens vergelijkbaar zijn met het niveau dat thans door Europese en nationale regelgevers pleegt te worden opgelegd, anders is de politieke onhaalbaarheid gegeven. Het dient te gaan om een volledig uitgewerkt optioneel instrument, dat tevens voorziet in een mechanisme voor het opvullen van leemtes. Bepaald kan bijvoorbeeld worden dat de lacunes worden gedicht niet door terug te vallen op een bepaald nationaal rechtstelsel, maar door een beroep te doen op de algemene rechtsbeginselen die het recht van de lidstaten gemeen hebben – en die bijvoorbeeld vastgelegd kunnen worden in een gemeenschappelijk referentiekader (zie ook optie twee). Het Europese Hof van Justitie kan deze autonome Europese interpretaties verder definiëren.

In deze optie wordt het aan de markt overgelaten of het optionele instrument al dan niet wordt toegepast. Bijkomend voordeel daarvan is dat de juistheid van de veronderstelling dat de grensoverschrijdende handel wordt belemmerd zolang partijen kunnen worden geconfronteerd met het recht van een andere lidstaat, aldus kan worden geverifieerd of gefalsificeerd.¹² Immers, indien een 28^{ste} stelsel wordt gecreëerd, blijkt vanzelf in welke mate er gebruik van wordt gemaakt. Juist door hun aard zouden Europees opererende bedrijven, met inbegrip van met name *societas europaea* (SE's), bereid kunnen

zijn om het optionele instrument van Europees contractenrecht te gaan toepassen; ze kunnen het strategisch aanwenden als een middel om hun afzetmarkt te vergroten. Zij kunnen dan immers zowel hun binnenlandse als grensoverschrijdende transacties baseren op dezelfde regeling die uniform wordt uitgelegd, en zodoende de juridische transactiekosten reduceren.

Een ander belangrijk voordeel is dat het optionele instrument de rechtscultuur en het nationale rechtstelsel intact laat. De kosten die gepaard gaan met een wijziging van verbintenissenrecht, kunnen aldus worden vermeden. Partijen zijn niet genoodzaakt hun handelswijze aan te passen; ze kunnen op traditionele, nationale wijze zaken blijven doen. Alleen zij die er hun voordeel mee kunnen doen, zullen ervoor kiezen te investeren in de toepassing van het nieuwe instrument. Een verdere fragmentering van en bemoeienis met het nationale rechtstelsel worden aldus voorkomen.

3.6 Optie 5: Richtlijn van Europees contractenrecht

Optie vijf betreft een richtlijn van Europees contractenrecht. Deze optie beoogt de stelsels van nationaal contractenrecht te harmoniseren op grond van gemeenschappelijke minimumnormen. Dit zou niet onze voorkeur hebben. Zoals de contractenrechtelijke praktijk heeft uitgewezen, leiden richtlijnen op basis van minimum harmonisatie op zich niet tot eenvormige uitvoering van regels. De omzetting en de toepassing van Europese richtlijnen op privaatrechtelijk terrein blijken in geen van de lidstaten van problemen ontbloot. Zorgwekkend is onder meer de wijdverspreide praktijk om systematisch extra nationale regels aan Europese normen toe te voegen. De aard van minimale harmonisatie geeft lidstaten de ruimte om een eigen kleur te geven aan het geharmoniseerd Unierecht. Zo zouden bedrijven die internationaal goederen en diensten aanbieden, zich nog altijd moeten houden aan verschillende nationale contractenrechtelijke regels voor consumenten.

Wil men verschillen in nationale regelgevingen wegnemen om kosten van naleving te beperken en de rechtszekerheid te vergroten, dan zijn de mogelijkheden van het instrument van richtlijnen gebaseerd op minimumharmonisatie dus beperkt. De Europese regelgever heeft dit ook ingezien en na de eeuwwisseling op verbintenissenrechtelijk terrein de weg van maximumharmonisatie verkend.¹³ Een richtlijn gebaseerd op maximum harmonisatie wordt in het Groenboek evenwel uitdrukkelijk niet voorgesteld. Overigens kan dit nauwelijks verwonderen wanneer men de onderhandelingen over de ontwerprichtlijn Consumentenrechten aanschouwt, die juist wel in de toepassing van het beginsel van volle-

12. A.L.M. Keirse, Sleutel tot succes: het 28ste stelsel van contractenrecht als sociale norm, in: M.W. Hesselink e.a., Groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 139.

13. Zie o.a. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006, COM (2002) 208 def., p. 14; Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM (2008) 614 def.

dige harmonisering voorziet.¹⁴ De politieke wenselijkheid alsook de juridische werkbaarheid van maximumharmonisatie door middel van richtlijnen worden met recht sterk in twijfel getrokken. Een aanpak gebaseerd op volledige harmonisatie kan wellicht goed werken waar het gaat om technische regels en goed afgebakende terreinen die volledig door de desbetreffende richtlijn worden beheerst, maar zou voor het bredere terrein waarop het Groenboek ziet tot mislukken zijn gedoemd. Nu anderzijds juridische onzekerheid en transactie- en nalevingkosten blijven bestaan indien zou worden gekozen voor minimumharmonisatie, kan worden geconcludeerd dat het instrument van de richtlijn geen gewenste optie is.

3.7 Optie 6: Verordening van Europees contractenrecht

Voor een verordening tot vaststelling van een Europees contractenrecht dat het nationale contractenrecht van de 27 lidstaten vervangt, zoals optie zes voorstelt, lijkt de tijd nog niet rijp. Nog afgezien van de inhoudelijke problemen die een dergelijk voorstel ontmoet, ontbreekt bij velen de politieke wil. Een nieuw stelsel van Europees contractenrecht dat rechtstreeks deel uitmaakt van de interne rechtsorde, zou talrijke nationale juridische tradities opzijzetten, zonder te voorzien in een afdoende Europese juridische traditie waarin het kan wortelen. Verder doet het gevoelige vragen rijzen met betrekking tot de bevoegdheden van de Unie¹⁵ en daarbij ook met betrekking tot de eis dat elk regelgevend ingrijpen op Unieniveau dient te stroken met de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. Zoals ook de Europese Commissie zich realiseert, valt het zeer te betwijfelen of het vervangen van nationale regelingen door een Europese set van regels, vooral wanneer dit ook op binnenlandse contracten betrekking heeft, een evenredige maatregel is om de belemmeringen voor de (grensoverschrijdende) handel in de interne markt aan te pakken.

3.8 Optie 7: Europees Burgerlijk Wetboek

Een Europees Burgerlijk Wetboek dat de nationale rechtsstelsels op het terrein van het verbintenissenrecht

uniformeert, ligt nog ver achter de horizon. Door het gebrek aan een mandaat en een gebrek aan bereidheid om een Europees Burgerlijk Wetboek te introduceren is deze optie thans geen haalbaar alternatief. Voor een dergelijk streven ontbreekt een rechtsgrondslag. Daar komt nog bij dat een Europees Burgerlijk Wetboek niet de toets van proportionaliteit en subsidiariteit zal kunnen doorstaan.

3.9 Onze keuze

De minst vergaande beleidsopties die in het Groenboek worden gepresenteerd, beogen weinig meer dan het bijdragen aan een vrijwillige convergentie van de nationale regelgevingen (optie één) dan wel het bieden van een (dwingend) richtsnoer voor de Europese regelgever (optie twee), of laten de lidstaten in ieder geval de vrijheid om te bepalen of, hoe en wanneer zij een aanbevolen instrument voor Europees contractenrecht in hun nationale recht omzetten (optie drie). Het ligt voor de hand deze opties als onvoldoende slagvaardig te bestemmen. Daarmee is niet gezegd dat de in dit kader voorgestelde maatregelen niet zouden moeten worden doorgevoerd. Integendeel, de onmiddellijke publicatie van de selectie uit het wetenschappelijk ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader door de door de Commissie ingeschakelde deskundigengroep (optie één) is zonder meer geboden, en de opstelling van een politiek gemeenschappelijk referentiekader als officieel instrumentarium (optie twee) met een bredere reikwijdte dan het optionele instrument (optie vier) is gewenst. Afdoende zijn deze maatregelen echter geenszins, nu daarmee nog geen effectief instrument voor Europees contractenrecht is gegeven. Optie drie wordt niet aanbevolen vanwege het vrijwillige karakter ervan en de daarmee gepaarde gaande onzekerheid en afhankelijkheid van de lidstaten bij de implementatie. De vijfde optie, die de vorm heeft van een richtlijn van Europees contractenrecht, biedt evenmin uitkomst, nu een dergelijke harmonisatie op zich niet tot eenvormige uitvoering van regels zal leiden. Vanuit het oogpunt dat elk (Europees) regelgevend ingrijpen op Unieniveau dient te stroken met de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, zijn de opties zes en zeven momenteel politiek en juridisch niet haalbaar. In geen geval is een totale vervanging van nationaal (contracten)recht wenselijk. Daarmee blijft de middelste optie over: de verordening tot vaststelling van een optioneel instrument van Europees contractenrecht. Deze optie wordt aanbevolen als de meest haalbare zet voor vooruitgang in het Europees contractenrecht. Het gaat daarbij om een facultatief instrument dat zich kenmerkt door de omstandigheid dat de toepasselijkheid afhankelijk is van de keuze van contractspartijen. In deze vorm vervangt het Europese instrument derhalve niet het nationale contractenrecht, maar voorziet het contractspartijen van een Europees alternatief als toepasselijk recht.

14. Verwezen zij naar Advies van het Comité van de Regio's over consumentenrechten (2009/C 200/14), *PbEU* 2009, C 200/76; Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, *PbEU* 2009, C 317/54; Zie ontwerpverslag over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten (COM (2008) 0614 – C7-0349/2008 – 2008/0196(COD)); Commissie interne markt en consumentenbescherming (Rapporteur: Andreas Schwab - PE442.789v03-00); Werkdocument van de Commissie interne markt en consumentenbescherming van het Europees Parlement over het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten van 3 maart 2010 (Rapporteur: Andreas Schwab), p. 8; Kamerstukken II 2010-2011, 21 501-30, nr. 246. Zie ook M.W. Hesselink & M.B.M. Loos (red.), Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: Een Nederlands Perspectief, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009; G. Howells & R. Schulze (red.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München: Sellier 2009; Keirse 2010, p. 47 e.v.

15. Zie M.W. Hesselink, J.W. Rutgers & T.Q. de Booy, *The Legal Basis for an Optional Instrument on European Contract Law*, 2007; K. Gutman, *The Constitutionality of European Contract Law* (diss. Leuven), 2010; Keirse 2010, p. 66-69.

4. Inbedding van het optionele instrument

4.1 De materiële en territoriale werkingssfeer

Met recht richt de Europese Commissie zich niet alleen op de vraag in welke vorm het Europees contractenrecht zou moeten worden gegoten, maar ook op de vraag wat het Europese deel van het contractenrecht inhoudelijk zou moeten uitdragen. Bij de zoektocht naar het beste instrument voor een Europees contractenrecht rijzen immers bijkomende vragen met betrekking tot het toepassingsbereik ervan. Daarbij gaat het met name om de materiële werkingssfeer en het territoriale toepassingsbereik van het instrument.

Aangezien het oogmerk van het Groenboek de bevordering en toename van grensoverschrijdende handel is, menen wij dat de materiële werkingssfeer van het optionele instrument niet alleen op consumentencontracten (b2c) maar ook op contracten tussen ondernemingen (b2b) onderling van toepassing dient te zijn. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid heeft een regeling die van toepassing is op alle contracten de voorkeur. Dit zou onduidelijkheden die rijzen uit verschillende noties over terminologie en afbakening tussen consumentencontracten en commerciële handel minder nijpend maken. Tevens wordt het risico van overlappingen en tegenstrijdigheden vermeden. Met een dergelijk optioneel stelsel dat een gemeenschappelijke regeling biedt voor overeenkomsten in het algemeen en bijzondere overeenkomsten in het bijzonder, met aanvullende en afwijkende bepalingen voor de consumentenovereenkomst, kunnen ondernemingen hun transacties baseren op dezelfde regeling en zodoende de juridische transactiekosten reduceren onafhankelijk van de vraag met wie ze zaken doen.

Een andere belangrijke kwestie betreft de territoriale reikwijdte van het instrument: zou het optionele stelsel uitsluitend van toepassing moeten zijn op grensoverschrijdende contracten of zou het zich ook moeten uitstrekken tot binnenlandse overeenkomsten? Wij willen ervoor pleiten een keuze voor het rechtsinstrument mogelijk te maken voor zowel nationale als grensoverschrijdende transacties. Ook hier gaan de argumenten van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid op. Een instrument van contractenrecht dat uitsluitend ziet op grensoverschrijdende handel valt moeilijk te rijmen met het algemene streven naar één interne markt zonder discriminatie tussen grensoverschrijdende transacties en vergelijkbaar binnenlands verkeer.¹⁶ Bovendien is de steeds maar toenemende handel met en afhankelijkheid van het buitenland voor ook binnenlandse overeenkomsten een extra argument vóór een meeromvattend instrument, namelijk een instrument dat ook van toepassing is op nationale transacties. Het onderscheid tussen internationale en zuiver nationale overeenkomsten is meer dan

eens niet zinvol te maken. Dit geldt met name voor handel op het internet (e-commerce), waarbij territoriale verschillen vrijwel slechts kunstmatig zijn.¹⁷ Bij het digitaal contracteren zou het niet uit moeten maken of partijen zich in dezelfde of in andere lidstaten bevinden. Voorts zou het optionele instrument aanzienlijk aan aantrekkingskracht inboeten als een rechtskeuze daarvoor uitsluitend in het geval van een grensoverschrijdende overeenkomst tot de mogelijkheden behoort. In dat geval is het namelijk nog altijd niet mogelijk dat contractspartijen die in de interne markt actief zijn, hun transacties op basis van één contractenrechtelijke regeling aangaan.

Een optioneel instrument met een ruim toepassingsbereik kan een mogelijk bezwaar tegen verdergaand Europees ingrijpen in het nationale recht en de soevereiniteit van lidstaten wellicht afdoende pareren. Met een optioneel instrument blijft immers het nationale rechtstelsel intact, nu het de partijen zelf zijn die ervoor kiezen om het nieuwe instrument al dan niet toe te passen. Verdere fragmentering van en bemoeienis met het nationale rechtstelsel wordt aldus voorkomen, en de partijautonomie wordt gerespecteerd. Tegen deze achtergrond pleiten wij derhalve voor een ruim toepassingsbereik van het facultatief instrument, dat zowel op binnenlandse als grensoverschrijdende transacties ziet.

4.2 De verhouding tot het huidige instrumentarium

Een volgend aandachtspunt bij de invoering van een optioneel instrument voor Europees contractenrecht ligt in de mogelijke overlapping met andere regelingen die eveneens van toepassing zijn op grensoverschrijdende contracten. Verscheidene internationale instrumenten zijn ontwikkeld door internationale organisaties om in de behoeften van het bedrijfsleven en de praktijk te voorzien. Bekende voorbeelden zijn de *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, de *Principles of European Contract Law* en de *Convention on the International Sales of Goods* (CISG), hierna ook aan te duiden als het Weens Koopverdrag. Het optionele instrument vergt met name een nadere plaatsbepaling en afbakening ten opzichte van het Weens Koopverdrag. Het Weens Koopverdrag kent immers de *opt-out* methode, waarbij de regels van het verdrag als aanvullend recht gelden, tenzij partijen ze buiten toepassing verklaren. Daarmee kan het in een concreet geval van toepassing zijn zonder dat partijen zich dit realiseren. Toegegeven zij dat het verdrag bij menig rechtsbeoefenaar juist vooral bekend is vanwege de vaak voorkomende contractuele bepaling die de toepassing ervan uitsluit. Maar ingeval het internationaal handelskoopcontract ter zake niets voorziet, is het verdrag van toepassing indien hetzij de partijen gevestigd zijn in verschillende verdragsstaten, hetzij het volgens het internationaal privaatrecht van de bevoegde

16. Zie meer uitgebreid Keirse 2011, p. 140-141. Zie echter voor de discussie van overeenkomstige toepassing in een andere context ook: HvJ EU 5 mei 2011, zaak C-434/09 (Shirley McCarthy).

17. Zie met betrekking to e-commerce en enige internationale aspecten bijvoorbeeld: HvJ EU 7 december 2010, zaak C-585/08 (Pammer v. Reederei Karl Schlüter) and HvJ EU 7 december 2010, zaak C-144/09 (Hotel Alpenhof v. Heller).

rechter toepasselijk recht het recht is van een verdragsstaat.¹⁸ Bovendien komt het voor dat de set algemene voorwaarden waarin de toepasselijkheid van het verdrag contractueel is uitgesloten, in een concreet geval niet van toepassing blijkt te zijn.

Indien er ook voor het nieuwe Europese instrument gekozen wordt voor de zogenoemde *opt-out* methode, ontstaat het gevaar dat meerdere instrumenten tegelijk van toepassing zijn. Een antwoord op dit probleem van overlapping zou kunnen worden gevonden door het nieuwe instrument te voorzien van een uitdrukkelijke clausule met de strekking dat het niet toepasselijk is indien het Weens Koopverdrag dat al is. Het ligt evenwel veeleer in de lijn der verwachtingen dat voor het nieuwe instrument voor de *opt-in* benadering wordt gekozen. Het probleem van overlapping zou in dat geval worden vermeden doordat daar waar het Weens Koopverdrag van rechtswege van toepassing is, het optioneel instrument alleen geldt als partijen expliciet voor het laatste instrument hebben gekozen. Indien partijen het Weens Koopverdrag buiten toepassing verklaard hebben – hetgeen is toegestaan op grond van artikel 6 van het Weens Koopverdrag en door de meeste grote bedrijven veelvuldig wordt gedaan¹⁹ – is het aannemelijk dat zij kunnen opteren voor het Europese instrument. Voor zover partijen de toepassing van het Weens Koopverdrag niet expliciet hebben uitgesloten, is het echter nog maar zeer de vraag of een keuze voor het optionele instrument een uitsluiting van het Weens Koopverdrag kan impliceren. Daarbij verdient opmerking dat het mogelijk is dat een bepaald onderwerp niet in het optionele instrument is geregeld, maar wel in het Weens Koopverdrag. In dat geval ontstaat de onwenselijke situatie dat naast het optioneel instrument op eenzelfde situatie ook het Weens Koopverdrag én het nationaal recht toepasselijk kunnen zijn. Dit kan ook gebeuren als de algemene voorwaarden waarin de toepassing van het Weens Koopverdrag is uitgesloten, niet op de overeenkomst van toepassing blijken te zijn, terwijl daarnaast wel een rechtsgeldige keuze is gemaakt voor het optionele instrument. Een precieze vaststelling van het inhoudelijke toepassingsbereik van het instrument is dus geboden.²⁰

Deze gedachtegang brengt ons bij de Rome I Verordening inzake het toepasselijk recht op internationale contracten.²¹ Op grond van de Rome I Verordening wordt de rechtskeuze van partijen beperkt in het kader van

onder meer overeenkomsten aangaande vervoer, consumentenzaken, verzekeringen en arbeid.²² De regels van internationaal privaatrecht schrijven hier voor dat de voorschriften die de zwakkere partij beschermen, van toepassing moeten zijn. Wanneer in een overeenkomst met een consument een ander recht is gekozen dan dat van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft en dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest, kan het contract er niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest die hij op grond van zijn eigen rechtsstelsel geniet. Deze regel beoogt te garanderen dat consumenten op het hun vertrouwde beschermingsniveau kunnen vertrouwen. De vraag is hoe deze verwijzingsregels van de Rome I Verordening zich verhouden tot de eventuele wens van partijen om voor het optionele instrument te kiezen. De tekst van de Rome I Verordening geeft enigszins richting. In overweging 14 van de Preambule staat namelijk dat “*in een besluit waarbij de Gemeenschap regels van materieel verbintenissenrecht, waaronder standaardvoorwaarden, vaststelt, kan worden bepaald dat de partijen ervoor mogen kiezen deze regels toe te passen*”. Verdedigbaar is dat hieruit is af te leiden dat waar niet partijen maar de Europese Unie regels van materieel contractenrecht in een optioneel instrument vaststelt, kan worden bepaald dat partijen voor deze regels kunnen opteren met uitsluiting van andere regels van nationaal en internationaal contractenrecht.

Het laatste woord is hiermee echter nog niet gezegd. De verhouding tussen het optionele instrument en de Rome I Verordening zal door de Europese regelgever verder bepaald moeten worden. Te denken valt bijvoorbeeld aan een conflictsituatie tussen contractsluitende partijen over de totstandkoming of geldigheid van hun rechtskeuze: naar welk recht dienen deze kwesties te worden beoordeeld?²³

5. Afsluitende opmerkingen

Alles afwegende gooit optie vier, een optioneel instrument van Europees contractenrecht, de hoogste ogen. Daarnaast verdienen ook de eerste twee beleidsopties navolging: de beschikbaarstelling van een wetenschappelijk en politiek gemeenschappelijk referentiekader, mede aan de hand waarvan het optioneel instrument kan functioneren. De mate van succes van het optioneel instrument zal sterk afhankelijk zijn van de promotie en de kwaliteit van het instrument. Bij de implementatie van het instrument in het bestaande recht is het zaak dat er afstemming zal plaatsvinden met de relevante bestaande rechtsinstrumenten, zoals het Weens Koopverdrag en de dwingende regels van nationaal recht en

18. Zie Keirse 2010, p. 30.

19. Vgl. K. Boele-Woelki, *Unifying and Harmonising Substantive Law and The Role of Conflict of Laws* (The Pocket Books of the Hague Academy of International Law), Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2010, p. 134-137 en 23; Schwenzer & Hachem, *The CISG – Successes and Pitfalls*, 57 *Am J. Comp. L.* 457 2009, p. 463; J. Meyer, *UN Kaufrecht in der deutschen Anwaltspraxis*, *RabelsZ* 69 (2005), p. 457-486, M. Reimann, *The CISG in the US*, 71 *RabelsZ* 129 (2007); R.J. Tjittes, *Europees contractenrecht: It giet oan*, *RM Themis* 2010/4, p. 149.

20. Zie K. Boele-Woelki, A.L.M. Keirse & S.A. Krusinga, *Naar een contractenrecht voor de Unie*. Waar de Europese regelgever aan moet denken, *Nederlands Juristenblad* 2011, 86, 2, p. 63.

21. Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europese Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEG* L177/6.

22. Zie de artikelen 5 t/m 9 van Verordening 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEG* L177/6 (Rome I Verordening).

23. Zie verder over deze (meer) ipr gerelateerde vragen: Boele-Woelki, Keirse & Krusinga 2011, p. 60.

het huidige (Europese) internationaal privaatrecht. Wij bepleiten voorts een ruim toepassingsbereik van het optioneel instrument, opdat zowel commerciële handelscontracten als consumentenovereenkomsten eronder zullen vallen, ongeacht of deze grensoverschrijdend of zuiver nationaal zijn.

Welke optie uiteindelijk ook wordt gekozen, verdere openbare raadplegingen zijn nodig om, rekeninghoudend met de sociaaleconomische realiteit van de hedendaagse Unie, zo goed als mogelijk in de behoeften van alle belanghebbenden te kunnen voorzien. Dat brengt immers het Europees contractenrecht meer onder de aandacht en kan het draagvlak voor het nieuw in te voeren instrument vergroten. In dit licht is enig optimisme over de ontwikkeling van een Europees contractenrecht aanwezig. De Europese Commissie heeft 320 reacties op het Groenboek ontvangen.²⁴ Dit aanzienlijke aantal wijst op een breed gedeelde interesse voor het Europees contractenrecht.

Hoewel velen geïnteresseerd lijken om deel te nemen aan dit debat, heeft niet iedereen diepgaand willen reageren op de aard, de vorm, de omvang en de inhoud van het te kiezen instrument voor een Europees contractenrecht zonder nader door de Europese regelgever geboden houvast. Daarbij heeft men gewezen op het belang van nadere studies naar beweerde obstakels voor de interne markt die Europees ingrijpen zouden kunnen rechtvaardigen. Kort samengevat kan worden aangegeven dat een merendeel van de reacties steun geeft aan de eerste twee, minst vergaande opties. Optie drie kan daarentegen niet op veel steun rekenen. De reacties op optie vier zijn vervolgens overwegend positief. Verschillende lidstaten en de meerderheid van de inzenders verkiezen optie vier boven de andere opties, zij het veelal onder bepaalde voorwaarden, zoals een hoge mate van consumentenbescherming, het gebruiksgemak van het instrument en de eis van voldoende aansluiting met verwante regelgeving. Een kleiner percentage geeft echter de voorkeur aan optie zes.

Het algemene beeld van de ingestuurde commentaren is derhalve dat een politiek referentiekader (optie twee) en een optioneel instrument (optie vier) breed gedragen mogelijkheden zijn. Aan de eerste optie is inmiddels uitvoering gegeven. De door de Commissie aangestelde deskundigengroep heeft 189 bepalingen geselecteerd voor een in te voeren optioneel instrument; dit is tezamen met een zevental vraagpunten op 3 mei 2011 op het net gepubliceerd.²⁵

Nu de eerste aanzet tot en de resultaten van het onderzoek naar de haalbaarheid van een mogelijk optioneel instrument van Europees contractenrecht zijn gepubliceerd, verdienen zowel de opgestelde bepalingen voor een mogelijk optioneel instrument als de nieuwe vragen nadere bestudering en discussie. De vragen zijn van uiteenlopende aard. Allereerst wordt gevraagd naar de gebruiksvriendelijkheid van het document, een aspect dat voor contractspartijen uitermate belangrijk is. Voorts gaat het om meer inhoudelijk vragen, zoals de vraag naar de wenselijkheid van een bepaling die wijziging van het contract in geval van onvoorziene omstandigheden mogelijk maakt. Vraag zeven getuigt van realiteitszin; deze vraagt naar de overeenkomstige toepassing van bepalingen op onderwerpen die te maken hebben met technologische toepassingen en vooruitgang. Maar ook buiten de zeven geformuleerde vragen kan men kanttekeningen plaatsen bij de bepalingen zelf. In dit recent gepubliceerde document wordt iedere geïnteresseerde partij opnieuw opgeroepen tot nadere reacties voor 1 juli 2011. Op deze manier wordt het debat over de totstandkoming van een nieuw instrument van Europees contractenrecht voortgezet. Het is aan de lezer om hierop in te springen.

24. Zie A European Contract Law for Consumers and Business: publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback, published on 3 May 2011, en beschikbaar via: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf>> (laatstelijk bezocht op 6 mei 2011).

25. Zie: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf>> (laatst bezocht op 6 mei 2011).