

Nederlands Juristenblad, Naar een contractenrecht voor de Unie

Vindplaats: NJB 2011, 27	Biggeworkt tot: 14-01-2011
Auteur: Katharina Boele-Woelki, Anne Keirse, Sonja Krusinga ^[1]	

Naar een contractenrecht voor de Unie

Waar de Europese regelgever aan moet denken

Het bestaan van (meer dan) 27 verschillende nationale stelsels van contractenrecht veroorzaakt strubbelingen in de interne markt. Als alternatief voor de traditionele wijze van harmonisatie op specifiek terrein stelt de Europese Commissie een Europese optionele regeling voor om contractenrechtelijke rechtsverhoudingen te reguleren. Een dergelijk optioneel stelsel van delen van het contractenrecht kan voordelen bieden in termen van beter recht en heeft als sterk punt dat de markt bepaalt.

1 Ter inleiding

Afgelopen zomer heeft de Europese Commissie een publieke raadpleging opgezet over de vraag hoe de samenhang van het Europese contractenrecht in het licht van de huidige ontwikkelingen het best kan worden verbeterd.^[2] Met een Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen ligt (onder meer) de vraag voor of een optioneel Europees contractenrecht, het zogenaamde 28ste stelsel van contractenrecht, tot de mogelijkheden behoort. Door invoering van een dergelijk optioneel instrument zouden bijvoorbeeld een Nederlandse handelaar en een Portugese leverancier die zaken met elkaar willen doen en elkaars recht niet kennen, ervoor kunnen kiezen dit optioneel stelsel van Europees contractenrecht op hun contract van toepassing te laten zijn. En de consument die via het internet in het buitenland koopt, zou op de website van de Europese ondernemer de toepasselijkheid van dit Europees contractenrecht kunnen worden aangeboden.

Europarlementariërs, overheidsinstanties, wetenschappers, praktijkjuristen, ondernemers en consumentenorganisaties worden opgeroepen deel te nemen aan het debat. De publieke consultatie loopt tot 31 januari 2011. De geluiden zijn dat de Commissie aan het einde van dit jaar een voorstel voor een instrument voor Europees contractenrecht zal doen. Het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht wil haar stem niet ongehoord laten.

In deze 'reactie op het Groenboek' bespreken wij enkele knelpunten die het Groenboek onbesproken laat. Allereerst belichten wij kort de verschillende opties die voorliggen, lichten wij de optie(s) met de beste papieren eruit en geven wij enkele basisvoorwaarden voor invoering aan (paragraaf 2). Daarna richten wij ons op mogelijke implicaties van de aangewezen vormen van een toekomstig instrument voor Europees contractenrecht. In paragraaf 3 bespreken wij de beleidsopties vanuit het perspectief van het Internationaal Privaatrecht (IPR). Daarbij heeft de verhouding van het toekomstige Europees contractenrecht tot de Rome I Verordening onze aandacht. Vervolgens rijst de vraag hoe het op te zetten instrument voor Europees contractenrecht zich verhoudt tot het eenvormige kooprecht (paragraaf 4). Tot besluit wordt de balans opgemaakt (paragrafen 5 en 6).

2 De ingeslagen koers: zeven opties

Er worden ferme stappen gezet in de richting van een verdergaande Europeanisering van het contractenrecht.^[3] Het aantal geïmplementeerde richtlijnen op het terrein van het contractenrecht is de laatste jaren toegenomen, terwijl ook de thema's die worden bestreken een algemener bereik hebben gekregen. Ter modernisering, verbetering en vereenvoudiging van het acquis circuleert een ontwerp richtlijn consumentenrechten. Ook de voortschrijdende bemoeienis van de Europese regelgever met het ontwerp van een gemeenschappelijk referentiekader ademt de geest van Europeanisering. Het actuele Groenboek vormt hierop een apotheose. Het doel daarbij is het bieden van meer bescherming en uniformering, het verminderen van transactiekosten en rechtsonzekerheid, een en ander ter bevordering van

grensoverschrijdende transacties. De vraag is of de Europese regelgever de verwachtingen die worden gecreëerd met de talrijke debatten, mededelingen en onderzoeken over Europees contractenrecht, zal weten waar te maken. Ligt inderdaad een concreet instrument voor Europees contractenrecht in het verschiet?

Voorgehouden wordt dat een instrument voor Europees contractenrecht uiteenlopende vormen kan aannemen, variërend van een niet-bindend instrument met het doel de samenhang en de kwaliteit van Europese wetgeving te verbeteren tot een bindend instrument dat een alternatief zou bieden voor het groot aantal nationale regelingen inzake contractenrecht. In het Groenboek passeren zeven beleidsopties de revue.

De eerste optie beperkt zich tot de publicatie van een wetenschappelijk gemeenschappelijk referentiekader, zonder goedkeuring op Unieniveau. Het gaat daarbij om een set van niet-bindende aanwijzingen voor de Europese en nationale regelgevers hetgeen 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 wetgevingsinstrumenten. 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. Daarbij kan het in de rede liggen het instrument als optionele regeling te promoten, waarbij contractpartijen 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 nationaal recht van de 27 lidstaten een allesomvattend en zo veel mogelijk op zichzelf staand geheel van contractenrechtelijke regels kunnen worden toegevoegd, dat partijen 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 wetgeving 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. Waar niet alleen overeenkomsten, maar ook andere verbintenissen, zoals de onrechtmatige daad en de zaakwaarneming worden betrokken, zou de noodzaak om terug te vallen op nationale bepalingen, nog verder worden teruggedrongen.

3 Het internationaal privaatrechtelijk perspectief

Twee van deze zeven opties vragen om bijzondere aandacht vanuit IPR-perspectief. Het gaat om de opt-out en de opt-in regeling. Het is opvallend dat in beide gevallen wordt gesproken over een Europees optioneel stelsel van contractenrecht, terwijl men zich kan afvragen of deze aanduiding wel correct is als het gaat om de opt-out benadering. Optioneel betekent immers facultatief en dientengevolge – als het gaat om de toepasselijkheid van regelgeving – zal zoals in het IPR gebruikelijk is de wil van partijen op een of andere wijze beslissend moeten worden geacht. Hoe hiermee rekening kan worden gehouden zal eerst ten aanzien van de meest vergaande optie worden besproken.

3.1 Optie zes: opt-out

Optie zes leidt tot geünificeerd materieel contractenrecht dat in navolging van het eenvormige kooprecht, zoals neergelegd in de CISG,^[4] automatisch van toepassing zou moeten zijn indien partijen bijvoorbeeld zijn gevestigd in verschillende lidstaten. Met de wil van partijen zou alleen rekening worden gehouden indien zij

de toepasselijkheid van het 28ste stelsel uitdrukkelijk of stilzwijgend kunnen uitsluiten (opt-out). Trekken we de vergelijking met de CISG door dan rijst bij optie zes de vraag of het 28ste stelsel ook toegepast kan worden wanneer volgens de IPR-regels van het forum – uitgaande van de verwijzingsregels van de Rome I Verordening^[5]– het nationale recht van een lidstaat wordt aangewezen. Op deze wijze zou het toepassingsgebied van het 28ste stelsel aanmerkelijk worden uitgebreid.

Immers, contracten met partijen gevestigd buiten de Unie zouden dan ook door het Europese contractenrecht worden beheerst. Ten slotte zou bij optie zes te overwegen zijn om het Europese contractenrecht door partijen te laten kiezen (opt-in) ook al zijn zij in het geheel niet verbonden met de Unie. Dat zou betekenen dat partij A, gevestigd in Zwitserland en partij B, gevestigd in de Verenigde Staten, een keuze kunnen maken die ingeval van een geschil dat aan een lidstaat-rechter op grond van een forumkeuze wordt voorgelegd zou moeten worden erkend.

Zoals aangegeven in het Groenboek zullen bij de opt-out regeling de nationale regelingen door de eenvormige Europese regeling worden vervangen in ieder geval als het gaat om grensoverschrijdende overeenkomsten. Dit heeft tot voordeel dat het nieuwe contractenrecht ook daadwerkelijk in de praktijk wordt toegepast en geen dode letter blijft. Ofwel partijen geven de voorkeur aan het eenvormige Europese contractenrecht door het niet uit te sluiten, of zij zijn zich van de automatische toepasselijkheid ervan niet bewust en worden ermee verrast. In beide gevallen zal het Europese contractenrecht een significante rol gaan spelen die te vergelijken zal zijn met de betekenis die het eenvormige kooprecht in het internationale handelsrecht heeft. Aangezien ook consumentenovereenkomsten onder het Europese contractenrecht zullen vallen zal bij de realisatie van optie zes zelfs sprake zijn van een 'revolutie' in het internationale overeenkomstenrecht.

De kans dat bij de afweging van de belangen van ondernemingen, consumenten, rechters en arbiters alsook die van de Europese instituties en lidstaten^[6] de weegschaal de opt-out optie zal aanwijzen is echter gering. Alleen al het Verenigd Koninkrijk dat niet eens partij is bij de CISG, zal zich namelijk met hand en tand verzetten tegen de automatische toepasselijkheid van een Europees contractenrecht.^[7] Toch dient ter afsluiting van de bespreking van optie zes vanuit IPR-perspectief te worden opgemerkt dat indachtig het adagium Geünificeerd materieel recht gaat vóór een conflictenrechtelijke toets het internationale overeenkomstenrecht aanzienlijk zou vereenvoudigen indien in grensoverschrijdende gevallen het Europese contractenrecht automatisch toepassing vindt mits partijen niet een andere keuze hebben gemaakt. Dit positieve gevolg zou echter nog moeten worden gezien in het licht van de afbakening van de toepasselijkheid van het Europese contractenrecht ten opzichte van het eenvormige kooprecht (zie onder 4).

3.2 Optie vier: opt-in

In de tekst van de Rome I Verordening die in juni 2008 werd aangenomen werd de totstandkoming en kiesbaarheid van een Europees contractenrecht aangekondigd. Overweging 14 van de Preambule bepaalt 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.' Dat betekent dat het instrument waarin het Europese contractenrecht wordt gegoten de opt-in mogelijkheid in de omschrijving van het toepassingsgebied uitdrukkelijk moet opnemen. Sterker nog, alleen indien partijen voor de toepassing van het 28ste stelsel hebben gekozen zal het kunnen worden toegepast.

^[8]De vraag rijst hoe zich deze keuze door partijen verhoudt tot de verwijzingsregels van de Rome I Verordening. Welk instrument heeft voorrang? Hoeft Rome I niet meer te worden geraadpleegd indien het 28ste stelsel door partijen wordt gekozen? Aangezien het Groenboek met geen enkel woord over Rome I rept, zou verondersteld kunnen worden dat de Europese wetgever er inderdaad aan denkt om beide instrumenten van elkaar gescheiden te houden en niet verder op elkaar af te stemmen.

Dat zou echter een misstap betekenen. Welk recht zou bijvoorbeeld moeten worden geraadpleegd over de kwestie of er overeenstemming tussen de partijen tot stand is gekomen over de keuze van het Europese contractenrecht en of deze overeenstemming geldig is? Deze vragen kunnen alleen volgens art. 3 lid 5 Rome I door de artt. 10 (bestaan en geldigheid van de overeenkomst), 11 (vormvereisten) en 13 (handelingsbekwaamheid) van de Verordening worden beantwoord. Aan deze conflictregels bestaat behoefte ingeval van een geschil over de geldigheid van een rechtskeuze en daarmee dient ook vanuit het 28ste stelsel rekening te worden gehouden. Alleen al om deze redenen dient de Rome I Verordening de

uitbreiding van de rechtskeuze die de communautaire regelgever voor ogen staat expliciet in art. 3 op te nemen temeer nu er verschil van mening bestaat over de vraag of alleen statelijk contractenrecht kan worden gekozen.

In dit verband heeft Overweging 13 van de Preambule de nodige stof tot discussie geleverd.^[9]Daarin is aangegeven dat de Rome I Verordening partijen onverlet laat in hun overeenkomst een niet-statelijk recht of een internationale overeenkomst op te nemen. Aangezien volgens optie vier het Europese contractenrecht wordt omschreven als een 'secundaire regeling' in elke lidstaat en partijen op deze wijze de mogelijkheid wordt geboden tussen 'twee binnenlandse regelingen inzake contractenrecht' te kiezen zal ook in de formulering van art. 3 lid 1 Rome I duidelijk moeten worden gemaakt dat er geen verschil bestaat tussen de keuze voor nationaal of communautair contractenrecht. Dit heeft naast rechtszekerheid voor partijen een bijkomend voordeel. Door opname van de kiesbaarheid van het Europese contractenrecht in de Rome I Verordening wordt tegelijkertijd duidelijk dat de rechtskeuze conflictenrechtelijke werking heeft, dat wil zeggen dat het dwingende recht van het objectief toepasselijke recht opzij zal worden gezet en zal worden vervangen door de al dan niet dwingendrechtelijke bepalingen van het gekozen recht. Uit de toelichting op optie vier blijkt dat de opstellers van het Groenboek dit effect willen toekennen aan de keuze van het optionele contractenrecht. Indien de Europese wetgever deze lijn zal volgen dan kan dit alleen binnen het kader van de Rome I Verordening.

Daarnaast dient rekening te worden gehouden met bepalingen van bijzonder dwingend recht die de politieke, sociale of economische belangen van een land beschermen. Ook indien partijen hebben gekozen voor het Europese contractenrecht moet het mogelijk zijn om met dergelijke bepalingen rekening te houden. Dat kan wederom alleen indien het Rome I regime wordt toegepast waar in art. 9 is aangegeven welke bepalingen als bijzonder dwingend recht zijn te beschouwen en onder welke voorwaarden zij dienen te worden toegepast onafhankelijk van het recht dat op de overeenkomst van toepassing is.

Tenslotte moet worden nagedacht over de vraag welke gevolgen de keuze van het Europese contractenrecht heeft indien alle overige op het tijdstip van de keuze bestaande aanknopingspunten zich bevinden in één land (interne of binnenlandse overeenkomst). Art. 3 lid 3 Rome I laat bij een overeenkomst die geen buitenlandse aanknopingspunten heeft alleen een materieelrechtelijke keuze toe. Zou deze beperking moeten blijven gelden als het Europese contractenrecht wordt gekozen?

Last but not least. Internationale consumentenovereenkomsten zijn volgens Rome I onderworpen aan een speciaal regime. De rechtskeuze is volgens art. 6 lid 2 beperkt. De consument mag niet de bescherming verliezen welke hij geniet op grond van dwingende bepalingen van het recht van zijn gewone verblijfplaats. Afhankelijk van het (hoge) beschermingsniveau van het Europese contractenrecht dat voor consumenten zal gelden moet door de Europese regelgever ten aanzien van de positie van dwingende consumentenbeschermende bepalingen een standpunt worden ingenomen.

Bovenstaande vragen illustreren dat het materieelrechtelijke instrument – om effectief toegepast te kunnen worden – een internationaal privaatrechtelijke inbedding nodig heeft en deze heeft de communautaire wetgever zelf geschapen. De rechter hand moet weten wat de linker hand doet en dat betekent dat beide instrumenten op elkaar afgestemd moeten worden. In de Rome I Verordening dient de mogelijkheid om het Europese contractenrecht te kunnen kiezen in art. 3 lid 1 te worden genoemd.

De vraag blijft of partijen een dergelijke keuze (vaak) zullen doen. Uit ervaringen met de Haagse Koopverdragen van 1964 waarbij het Verenigd Koninkrijk bij ratificatie het voorbehoud had gemaakt het eenvormige kooprecht alleen toe te passen op basis van een keuze door partijen, blijkt dat de terughoudendheid van de Engelse wetgever ook in de praktijk werd gehanteerd. Engelse rechters hebben tot op heden geen enkel geschil aan de hand van het oude eenvormige kooprecht beslist omdat het nooit door partijen en hun juridische adviseurs werd gekozen.^[10]Of vandaag de dag dezelfde terughoudendheid niet alleen in het Verenigd Koninkrijk maar in de hele Unie zou worden ingenomen is twijfelachtig. Sindsdien is er veel veranderd, waarbij vooral het Internet tot een ongekennde toename van grensoverschrijdende overeenkomsten heeft geleid. Dat verklaart de maatregelen die de Europese wetgever nu heeft aangekondigd en zou er toe kunnen leiden dat consumenten via de Blue Button het Europese contractenrecht gaan kiezen.^[11]Empirisch onderzoek ontbreekt en het is moeilijk te voorspellen of de keuze van een Europees contractenrecht een hoge vlucht zal nemen.

4 Het CISG perspectief

Lang voordat het Groenboek werd gepubliceerd is reeds opgemerkt dat bij het ontwerpen van een instrument voor Europees contractenrecht acht moet worden geslagen op de samenhang, of mogelijke overlap, van een dergelijk instrument met de CISG.^[12] Het is opmerkelijk dat in het Groenboek ook deze vraag in het geheel niet aan de orde komt. Dit sterkt het vermoeden dat de Europese Commissie een optioneel contractenrecht voor ogen heeft. Indien het toekomstige instrument voor Europees contractenrecht van toepassing is op grensoverschrijdende commerciële contracten kan overlap tussen beide instrumenten ontstaan.

Tegelijkertijd heeft de Europese Commissie een deskundigengroep samengesteld die tot taak heeft om de Commissie bij te staan bij de voorbereiding van een voorstel voor een gemeenschappelijk referentiekader op het gebied van het Europees contractenrecht.^[13] Het gaat hierbij met name om het selecteren en, waar nodig, herzien of aanvullen van het ontwerp van het gemeenschappelijk referentiekader, ook wel aangeduid als het DCFR. In dit kader rijst de vraag wat het DCFR in commerciële verhoudingen toevoegt aan de CISG.^[14] Het DCFR, dat begin 2008 werd gepubliceerd, bouwt immers voort op alle eerdere projecten voor de unificatie van privaatrecht in de UNIDROIT Principles, de Principles of European Contract Law, de EG richtlijn consumentenkoop en de Uniform Act van OHADA. Alle voornoemde projecten zijn nadrukkelijk gebaseerd op de CISG.^[15]

In deze paragraaf komt aan de orde welke lessen te leren zijn uit de ervaringen met het toepassingsgebied van de CISG en welke betekenis dit heeft voor een toekomstig instrument voor Europees contractenrecht. Daarnaast zal worden besproken wat de rol is van de CISG, of wat de rol van de CISG zou moeten zijn, verondersteld dat het toekomstige instrument voor Europees contractenrecht van toepassing is op grensoverschrijdende handelscontracten. De vraag rijst of, en zo ja in hoeverre, de in het Groenboek voorgestelde opties wat betreft de vorm van het instrument interfereren met het toepassingsgebied van de CISG. Deze vraag is met name relevant voor de door de Commissie genoemde opties vier en zes.

4.1 Optie zes en de CISG

Optie zes in het Groenboek noemt de mogelijkheid dat Europees contractenrecht wordt opgenomen in een verordening, die in de plaats komt van het nationale recht. Zou een dergelijke verordening ook van toepassing worden verklaard op grensoverschrijdende, commerciële contracten, dan rijst de vraag hoe een dergelijk instrument zich verhoudt tot de CISG. Uniform privaatrecht gaat in beginsel boven EU recht, hetgeen ertoe leidt dat de CISG prevaleert boven een dergelijke verordening. Hoewel op grond van art. 90 CISG geldt dat de CISG niet prevaleert boven internationale overeenkomsten, valt een EU verordening volgens de heersende leer niet onder dit begrip 'internationale overeenkomsten'.^[16] Al eerder is geopperd dat de Europese Commissie zou kunnen overwegen de EU lidstaten die de CISG (nog) niet hebben geratificeerd op te roepen over te gaan tot ratificatie van dit verdrag, teneinde een uniform regime van kooprecht te creëren voor grensoverschrijdende koopcontracten binnen de EU.^[17] Via deze weg kan een mogelijke overlap tussen een Europees instrument en de CISG op eenvoudige wijze worden voorkomen. Het betekent ook dat commerciële koopcontracten moeten worden uitgesloten bij het vaststellen van het toepassingsgebied van het optionele instrument.

Een andere mogelijke oplossing is dat de EU lidstaten, die partij zijn bij de CISG, aangeven dat ze het voorbehoud in de zin van art. 94 CISG willen maken. Deze bepaling ziet op twee of meer verdragsluitende staten die dezelfde rechtsregels hebben met betrekking tot onderwerpen die onder de CISG vallen. Op grond van art. 94 CISG kunnen dergelijke verdragsluitende staten verklaren dat de CISG niet moet worden toegepast op koopovereenkomsten waarbij de partijen hun vestiging in die staten hebben.^[18] De Europese Commissie zou de EU lidstaten die de CISG hebben geratificeerd kunnen oproepen om dit voorbehoud te maken. In tegenstelling tot andere voorbehouden geldt dat het voorbehoud in de zin van art. 94 CISG op elk moment kan worden gemaakt.^[19] Het is van groot belang dat een dergelijk voorbehoud ook later nog kan worden gemaakt, omdat de bedoeling van deze regeling is te voorkomen dat staten aanleiding zouden zien de CISG op te zeggen als gevolg van regionale unificatie van recht. Schwenzer en Hachem merken bij art. 94 CISG nadrukkelijk op dat in geval van een toekomstige Europese unificatie van contractenrecht, een dergelijk voorbehoud moet worden overwogen.^[20] Het maken van dit voorbehoud zou betekenen dat de

CISG niet van toepassing is op koopcontracten tussen contractspartijen die beide in de EU gevestigd zijn. Voor contracten waarbij één van de contractspartijen buiten de EU is gevestigd geldt het voorbehoud echter niet. In dat geval kan de CISG dus wel van toepassing zijn.

Indien het instrument voor Europees contractenrecht opting-out toestaat, rijst de vraag of een rechtskeuze voor een bepaald nationaal recht uitsluiting van het Europees instrument impliceert. Op het terrein van de CISG rijst de vraag welke betekenis toekomt aan een expliciete keuze voor het recht van een, buiten de EU gelegen, verdragsluitende staat. Naar verwachting leidt een dergelijke rechtskeuze wel tot toepassing van de CISG.^[21]

4.2 Optie vier en de CISG

Zal optie vier interfereren met het eenvormige kooprecht? Bij invoering van optie vier kunnen contractspartijen ervoor kiezen om hun overeenkomst te onderwerpen aan het 28ste stelsel in plaats van het anders toepasselijke nationale recht. Dit betekent ook dat er concurrentie ontstaat tussen een dergelijk optioneel instrument en de CISG voor internationale, commerciële koopcontracten.

De vraag rijst of contractspartijen daadwerkelijk zullen kiezen voor de toepassing van Europees contractenrecht. De ervaringen met de positie van de CISG tonen immers aan dat het bedrijfsleven niet veel interesse heeft voor een 'neutraal' internationaal instrument.^[22] Hoewel hierover geen precieze cijfers bekend zijn, is wel duidelijk dat de CISG nog steeds met enige regelmaat wordt uitgesloten in internationale contracten.^[23] Art. 6 CISG biedt hiertoe immers de mogelijkheid. De in de literatuur genoemde redenen voor de uitsluiting van de CISG zijn onder meer: de onbekendheid met de CISG in de praktijk, de mogelijke voorkeur voor een rechtskeuze voor het eigen, nationale recht als de onderhandelingspositie van een partij dit toestaat en het feit dat partijen wellicht nog niet overtuigd zijn van de voordelen van de CISG in vergelijking met ander, nationaal recht.^[24] In Nederland blijkt dat de CISG veelal van toepassing is – blijkens in ieder geval de Nederlandse rechtspraak – in contracten die worden gesloten in het midden- en kleinbedrijf, veelal zónder rechtskeuzebeding. Dit bevestigt de indruk dat de CISG veelal wordt uitgesloten en met name van toepassing is in contracten, waarbij niet is onderhandeld over het toepasselijk recht, althans waarbij daarover geen overeenstemming is bereikt. Dit leidt tot de veronderstelling dat er in het bedrijfsleven weinig belangstelling bestaat voor ander recht dan nationaal recht. Het is de vraag of dit anders zal zijn in geval van een Europees contractenrecht. Er bestaat derhalve een gerede kans dat een dergelijk instrument een dode letter blijft voor internationale, commerciële contracten.

De door de Europese Commissie genoemde mogelijkheid van een optioneel instrument zal op het eerste gezicht dus weinig implicaties hebben voor het toepassingsgebied van de CISG. Wanneer contractspartijen echter kiezen voor de toepassing van het optioneel instrument, dan rijzen nieuwe vragen. Zou in een dergelijk geval de CISG bijvoorbeeld ook van toepassing zijn op grond van art. 1 CISG, dan moet het toepassingsgebied van beide instrumenten helder zijn. Het lijkt aannemelijk dat in een dergelijk geval wordt aangenomen dat partijen met de keuze voor het optioneel instrument hebben afgeweken van de bepalingen in de CISG, hetgeen is toegestaan op grond van art. 6 CISG. Het is echter niet aannemelijk dat een keuze voor het optioneel instrument volledige uitsluiting van de CISG zou impliceren. Het is wel mogelijk dat een bepaald onderwerp niet in het optionele instrument is geregeld, maar wel in de CISG. In dat geval ontstaat de onwenselijke situatie dat naast het optioneel instrument, ook de CISG én nationaal recht toepasselijk kunnen zijn in een bepaald geval.

De precieze omschrijving van het toepassingsgebied van een optioneel Europees contractenrecht is dus van groot belang. Dit betekent dat de Europese regelgever grote behoedzaamheid moet betrachten bij de keuze van de onderwerpen die in het instrument worden geregeld. Daarbij moet ook aan de orde komen of een dergelijk instrument een bepaling moet bevatten betreffende gapfilling, zoals is neergelegd in art. 7 lid 2 CISG. Aldus is het geboden niet alleen de vorm van het instrument, maar juist ook het precieze, inhoudelijke toepassingsbereik ervan nader te bepalen.

5 De gulden middenweg of pragmatische tussenoplossing

De eerste drie opties die het Groenboek noemt, dragen bij aan een vrijwillige convergentie van de nationale regelgevingen inzake contractenrecht (optie één), geven de Europese regelgever een richtsnoer (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). Tussen de regels door leest men evenwel duidelijk dat een dergelijke vrijblijvende aanpak op het terrein van het contractenrecht niet de voorkeur van de Commissie heeft. Anderzijds valt moeilijk te missen dat de Commissie de opties vijf, zes en zeven niet goed haalbaar acht. In de afweging bij optie vijf geeft de Commissie zich er rekenschap van dat de praktijk heeft uitgewezen dat richtlijnen op basis van minimum harmonisatie op zichzelf niet tot eenvormige uitvoering en uitlegging van contractenrechtelijke regels leiden. Ondernemingen die over de grens zaken doen, zouden bij invoering van optie vijf nog steeds verschillende regels inzake consumentencontracten in al die landen moeten naleven en derhalve in dat kader kosten moeten blijven maken. Maximum harmonisatie middels een richtlijn wordt uitdrukkelijk niet voorgesteld, nu twee jaren intens onderhandelen over de ontwerprichtlijn consumentenrechten in het Europees Parlement en de Raad hebben aangetoond dat er grenzen zijn aan een dergelijke aanpak die op volledige harmonisatie is gebaseerd. De opties zes en zeven doen gevoelige vragen rijzen in verband met de eisen van subsidiariteit en evenredigheid. De Commissie zelf betwijfelt al 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 handel in de interne markt aan te pakken. Daarmee blijft de middelste optie over en de geluiden in de wandelgangen zijn inderdaad dat invoering van een optioneel stelsel van contractenrecht de sterke voorkeur van de Commissie heeft.^[25] Meer precies gesteld zijn de verwachtingen dat de Commissie vooralsnog een optioneel instrument voorstaat dat is gericht op zowel de internationale, commerciële als ook de niet- commerciële koopovereenkomst. Een optioneel instrument kenmerkt zich door de omstandigheid dat de toepasselijkheid afhankelijk is van de keuze van contractspartijen.

Hoewel onze voorkeur ernaar zou uitgaan een keuze voor het rechtsinstrument mogelijk te maken voor zowel binnenlandse als grensoverschrijdende transacties, bevroeden wij dat dit vooralsnog een te grote stap zal blijken te zijn.^[26] Zo is alom aandacht gevraagd voor de beperkte rechtsgrondslag voor een (optioneel) instrument voor Europees contractenrecht.^[27] Met een stap voor stap benadering is de Commissie mogelijk op de goede weg. Gestart kan worden met de ontwikkeling van een optioneel instrument gericht op de (niet- commerciële) koop op afstand. Gezien het verzet tegen Europeanisering in het huidige politieke klimaat, kan het inderdaad raadzaam zijn genoeg te nemen met een dergelijke pragmatische tussenoplossing. Een optioneel instrument voor Europees contractenrecht dat uitsluitend voor de grensoverschrijdende handel kan worden ingezet en dat het recht voor nationale zaken geheel onverlet laat, zal op weinig weerstand stuiten; men kan daar moeilijk tegen zijn. Er is evenwel wel winst te behalen; in geval van een succesvolle implementatie kan het instrument een voorbeeldfunctie vervullen en uitgroeien naar een meer volwaardig instrument voor Europees contractenrecht. Een optioneel instrument wordt naar aard getoetst aan de rechtspraktijk die het beoogt te dienen. Het besluit over de toepassing van het instrument wordt immers aan de markt overgelaten. Alleen als belanghebbende partijen er het voordeel van inzien zal het instrument gaan leven.

Evenwel, om de eventuele invoering succesvol te kunnen doen laten zijn, dient de plaatsbepaling van het instrument in zijn internationale context nader te worden bepaald en zijn bovendien enkele basisvoorwaarden in acht te nemen. Als een opstap naar een uitbreiding in de toekomst ligt een opt-in instrument weliswaar voor de hand, maar gelet op het doel dat de Commissie thans voor ogen lijkt te staan met een instrument voor contractenrecht beperkt tot grensoverschrijdende overeenkomsten is de vorm van een opt-out verordening de overweging waard.

Vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief is bovendien aan te bevelen om het Europese contractenrecht niet los te zien van de Rome I Verordening. Indien voor een optioneel instrument wordt gekozen dient deze keuzemogelijkheid expliciet in de Rome I Verordening te worden opgenomen. Dat schept duidelijkheid en rechtszekerheid met betrekking tot de gevolgen die een dergelijke rechtskeuze heeft. Daarbij komt dat het nog maar de vraag is of voor internationale commerciële koopcontracten wel behoefte bestaat aan een Europees instrument. Er bestaan immers reeds bepalingen voor dergelijke contracten in de CISG, die door de meerderheid van de EU lidstaten is geratificeerd. Contractspartijen blijken de toepassing van dit verdrag regelmatig uit te sluiten. In de praktijk lijkt dus geen behoefte te bestaan voor een ander stelsel dan het nationale recht.

Er is meer. Daar het optionele instrument de anders toepasselijke regels opzij zet, is een uitdrukkelijke

waarborg van een hoog niveau van consumentenbescherming geboden. Het 28ste stelsel zal met andere woorden ook dwingendrechtelijk bepalingen moeten omvatten die de zwakkere partij beschermen. En wil de politieke onhaalbaarheid niet bij voorbaat gegeven zijn, dan moet het beschermingsniveau minstens vergelijkbaar zijn met het niveau dat thans door de Europese en nationale regelgevers pleegt te worden opgelegd. Het optionele stelsel zal het beste niveau van consumentenbescherming dat in de lidstaten te vinden valt, als referentie dienen te nemen. Niet ondenkbaar is dat het desondanks ook voor ondernemingen aantrekkelijk is te opteren voor het 28ste stelsel, ook al is er sprake van een voor de wederpartij hoog beschermingsniveau. Ondernemingen die over de grens zaken doen kunnen dan immers hun transacties baseren op dezelfde regeling en zodoende de juridische transactie kosten reduceren; in de gehele Unie kan worden geopteerd voor dezelfde contractvoorwaarden die geen aanpassing aan onbekend, nationaal recht vergen, maar zijn gebaseerd op het 28ste stelsel en door het Europese Hof van Justitie uniform worden uitgelegd.

Niet alleen de inhoud dient met zorg en aandacht te worden vastgesteld, ook de wijze waarop het instrument in de markt wordt gezet is van vitaal belang. Wil het optionele instrument een kans van slagen hebben, dan moet heel veel worden geïnvesteerd in de pr van het instrument, en dit in alle talen alsook alle uithoeken van de Europese Unie. Een onderschatting van het belang van een goede marketing, voorlichting en informatievoorziening over het instrument zou funest zijn.

6 Tot besluit

Het bestaan van (meer dan) 27 verschillende nationale stelsels van contractenrecht veroorzaakt strubbelingen in de interne markt. Tot nog toe heeft de Europese regelgever voornamelijk getracht deze problemen op te lossen door harmonisatie middels sectorspecifieke richtlijnen. Deze tactiek heeft echter niet tot het gewenste resultaat geleid. Er is ook nu nog eenheid in verscheidenheid en er wordt nog steeds slechts in beperkte mate gehandeld over de grenzen heen. Daarenboven heeft de harmonisatie op nationaal niveau de coherentie van de rechtssystemen aangetast. Als alternatief voor de traditionele wijze van harmonisatie op specifiek terrein wordt thans een Europese optionele regeling voorgesteld om contractenrechtelijke rechtsverhoudingen te reguleren. Een dergelijk optioneel stelsel van delen van het contractenrecht kan voordelen bieden in termen van beter recht en heeft als sterk punt dat de markt bepaalt.

Voetnoot

- [1] Prof. dr. K. Boele-Woelki, prof. mr. A.L.M. Keirse & mr. S.A. Krusinga zijn verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, prof. dr. K. Boele-Woelki als hoogleraar internationaal en vergelijkend privaatrecht en familierecht; prof. mr. A.L.M. Keirse als hoogleraar burgerlijk recht en mr. S.A. Krusinga als universitair hoofddocent handelsrecht.
- [2] COM(2010) 348 def.
- [3] Zie meer uitgebreid en met verwijzingen: A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van verbintenissenrecht', in: A.L.M. Keirse & P.M. Veder, Europeanisering van vermogensrecht, Preadviezen 2010 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2010, p. 11 e.v.
- [4] Convention on the International Sales of Goods. Algemeen gebruikte afkorting voor het Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken; Wenen, 11 april 1980.
- [5] 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.
- [6] Zie K. Boele-Woelki, Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws, Hague Academy of International Law, 2010, pp. 144-157.
- [7] Idem p. 157.
- [8] Het Verdrag tussen Duitsland en Frankrijk over de keuze van het regime van winst en verlies (Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl- Zugewinnngemeinschaft) dat op 3 februari 2010 werd gesloten (nog niet in werking getreden) bevat een vergelijkbare benadering. Art. 3 lid 1 bepaalt: "Die Ehegatten können

- durch Ehevertrag vereinbaren, dass die Wahl-Zugewinnngemeinschaft ihr Güterstand ist." Zie A. Fötschl, *The Common Optional Matrimonial Property Regime of Germany and France – Epoch-Making in the Unification of Law*, *Yearbook of Private International Law* 2009, pp. 395-404, ook gepubliceerd in de *European Review of Private Law* 2010, pp. 881-889.
- [9] Het gaat daarbij vooral om de vraag of soft-law zoals de UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts of hard-law zoals het Weense Koopverdrag als het recht dat de overeenkomst beheerst kunnen worden gekozen. Zie Boele-Woelki, a.w., pp. 192 e.v.
- [10] Zie U.G. Schroeter, *Schaffung und Akzeptanz einheitlichen Privatrechts in Europa*, *Lehren aus der Anwendung des UNKaufrechts für ein Europäisches Vertragsrecht*, *Internationale Juristenvereinigung Osnabrück, Jahreshaft 2007 (2008)*, p. 55.
- [11] S. Leible & M. Müller, *Der 'blue button' für den Internetshop, Ein optionales Instrument für den E-Commerce?*, *Kommunikation und Recht*, 2009 p. 7-14.
- [12] Vgl. de 'Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A More Coherent European Contract Law, An Action Plan, 12 februari 2003, COM (2003) 68 final, p. 17 en de reacties op het Actieplan inzake een coherenter Europees verbintenissenrecht, raadpleegbaar via <http://ec.europa.eu>.
- [13] Besluit van de Commissie van 26 april 2010 tot oprichting van de deskundigengroep voor het gemeenschappelijk referentiekader op het gebied van het Europees contractenrecht, *Publicatieblad EG L 105/109* 27 april 2010.
- [14] Vgl. ook J.M. Smits, N. Kornet & R.R.R. Hardy, *Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees contractenrecht*, *WPNR* 2004, 6603. Al eerder werd deze vraag ook opgeworpen door E.H. Hondius, *CISG and a European Civil Code*, *RabelsZ Bd. 71 (2007)*, p. 105.
- [15] I. Schwenzer & P. Hachem, *The CISG – Successes and Pitfalls*, 57 *Am J. Comp. L.* 2009, p. 457. Vgl. ook over de invloed van de CISG op het DCFR, met de stelling dat het DCFR is gebaseerd op het voorbeeld van de CISG: U. Huber, *Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht*, *ZEUP* 2008, p. 708-744.
- [16] P. Schlechtriem, I Schwenzer & P. Hachem, in: I. Schwenzer (red.), *Slechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: Oxford University Press 2010, Art. 90, Rn. 4-5, p. 1175-1176 en U. Magnus, 'The CISG's Impact on European Legislation', in: F. Ferrari (red.), *The 1980 Uniform Sales Law*, Milaan: Sellier European Law Publishers 2003, p. 130.
- [17] Vgl. U.G. Schroeter, *Global Uniform Sales Law – With a European Twist? CISG Interaction with EU Law*, 13 *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration (1/2009)* 179-196, U. Drobnig, *Scope and general rules of a European civil code*, *ERPL* 1998/5, p. 490 en J. Basedow, *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, *Common Market Law Review* 2000/3, p. 701-702. Uitdrukkelijk tegen deze optie is V. Mak, *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2009, p. 31.
- [18] Schlechtriem, Schwenzer & Hachem, a.w. Art. 94, Rn. 1-3, p. 1186-1187.
- [19] Schlechtriem, Schwenzer & Hachem, a.w. Art. 94, Rn. 3, p. 1187.
- [20] Schlechtriem, Schwenzer & Hachem, a.w. Art. 94, Rn. 3, p. 1187.
- [21] Schlechtriem, Schwenzer & Hachem, a.w. Art. 94, Rn. 8, p. 1189.
- [22] Vgl. Hondius, a.w., p. 110-111.
- [23] Vgl. Boele-Woelki, a.w., p. 134-137 en Schwenzer & Hachem, *The CISG – Successes and Pitfalls*, 57 *Am J. Comp. L.* 457 2009, p. 463. Vgl. hierover ook 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) en R.J. Tjittes, *Europees contractenrecht: It giet oan*, *RM Themis* 2010/4, p. 149.
- [24] Schwenzer & Hachem, a.w., p. 463/464 en Boele-Woelki, a.w., p. 134-137.
- [25] Zie C. von Bar, *Working Together Toward a Common Frame of Reference*, *Juridica International X/2005*, p. 22-23; Keirse, a.w., p. 75; J.M. Smits & R.R.R. Hardy, *Privaatrecht Actueel*, *WPNR* 2010, 6858; E. Terryn, *The Common Frame of Reference: an optional instrument?*, te raadplegen via www.europarl.europa.eu, p. 6. Zie ook de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees economisch en sociaal comité en het comité van de regio's, *Een digitale*

agenda voor Europa, COM (2010) 245 definitief 12, p. 13-15 en de Toespraak van Viviane Reding, Vice-President van de Europese Commissie verantwoordelijk voor Justitie, Fundamentele Rechten en Burgerschap, A European Law Institute: an Important Milestone for an Ever Closer Union of Law, Rights and Justice Speech at the European University Institute Florence, 10 April 2010 (Speech 10/154); te raadplegen via www.europa.eu.

[26] Zie hierover uitgebreider Keirse, a.w. p. 73 e.v.

[27] Zie onder meer de Kabinetsreactie op het Wetgevings- en Werkprogramma 2010, COM(2010) 135 def., Kamerstukken II 2009/10, 22 112, nr. 1007; House of Lords, 'European Contract Law: the Draft Common Frame of Reference', 12th Report of Session 2008-09, met nadere verwijzingen.

Copyright © Kluwer 2011

Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 02-12-2011

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.