

Nederlands Juristenblad, Optioneel instrument van Europees contractenrecht: nieuw gezicht of facelift?

Vindplaats:	NJB 2011/1625	Bijgewerkt tot:	16-09-2011
Auteur:	Ewoud Hondius en Anne Keirse ^[1]		

Optioneel instrument van Europees contractenrecht: nieuw gezicht of facelift?

Het sprookje begon vlak na de eeuwwisseling. Een Europees wetboek van verbintenissenrecht werd aangekondigd. Er kwam geen achterkamertjespolitiek bij van pas: het spel werd transparant gespeeld. De reacties leidden tot geleidelijke bijstelling van het project. Het wetboek maakte plaats voor een 'gemeenschappelijk referentiekader'. Tezelfdertijd werd het initiatief tot een kaderrichtlijn consumentenrechten genomen. Thans lijkt de eindfase in zicht. Een eindfase die niet noodzakelijkerwijs zal uitmonden in een wetboek – het afblazen van het project behoort nog tot de serieuze mogelijkheden. Maar als er ooit politiek momentum voor afkondiging van een optioneel instrument van Europees contractenrecht is geweest, dan is het nu.

Op 3 mei 2011 publiceerde de Europese Commissie de resultaten van een 'feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law'.^[2] Als vaker in communautair jargon behelst deze studie iets anders dan wat men zich bij zo'n studie voorstelt. Het is in feite niets meer of minder dan een geheel nieuw ontwerp voor een 'European contract law for consumers and businesses'.

In deze bijdrage willen wij, na de achtergronden te hebben geschetst (par. 2), ingaan op de inhoud van het voorstel (par. 3). Niet iedereen is gelukkig met het laatste initiatief. In dit blad hebben Castermans en de Leidse zijnen het voorstel van een optioneel instrument van Europees contractenrecht bekritiseerd.^[3] Wij hopen aan te tonen dat de Leidse kritiek niet gerechtvaardigd is (par. 4). Dat betekent niet dat de Europese wetgever nu achterover kan leunen: er is nog heel wat te doen (par. 5). Wij sluiten af met enige conclusies (par. 6).

2 De achtergronden

De Europese Unie is gelijk bekend voortgekomen uit een drietal gemeenschappen waarvan de Europese Economische Gemeenschap de belangrijkste was. Het privaatrecht speelde in de drie gemeenschappen aanvankelijk een ondergeschikte rol. Daar is verandering in gekomen. De eerste voorzitter van de Europese Commissie, Hallstein, spreekt in 1964 van een noodzaak tot uniform privaatrecht in Europa op deelreinen.^[4] Vanaf de jaren tachtig zien Europese privaatrechtelijke richtlijnen het licht. In 1986 voorspelt de toenmalige voorzitter van de Europese Commissie, Delors, dat binnen een tijdsbestek van zeven jaren 80% procent van de economische, financiële en misschien zelfs sociale regelgeving afkomstig zal zijn van Europese bron.^[5] Vragen naar de mogelijkheid en wenselijkheid van een Europees Burgerlijk Wetboek rijzen.

Van de vier belangrijke communautaire organen moesten drie aanvankelijk niets van een Europees BW hebben: Europese Commissie en Europese Raad zagen het project als een bedreiging van het subsidiariteitsbeginsel; het Europese Hof van Justitie zat niet op uitbreiding van het werk te wachten; alleen het Europees Parlement sprak zich in een niet aflatende reeks moties vóór een Europees wetboek uit. In 1989 nam het Parlement voor het eerst een resolutie aan die oproept tot de voorbereidingen van een Europees BW.^[6] Het initiatief wordt echter kritisch onthaald, nu het van weinig realiteitszin zou getuigen. Een direct gevolg blijft dan ook uit en in 1994 vraagt het Europees Parlement opnieuw in een resolutie om de voorbereiding van een Europees Wetboek van privaatrecht.^[7]

Het duurt tot 1999, voordat deze oproep wordt beantwoord op de Europese Raad van Tampere. In het kader van de wens een 'ware Europese rechtsruimte' tot stand te brengen, wordt onder meer gepleit voor 'een grotere convergentie inzake het burgerlijk recht'.^[8] Als daarop het Europees Parlement nog eens in een resolutie benadrukt dat 'een verdere harmonisering op het gebied van het burgerlijk recht van essentieel

belang is geworden in de interne markt' en de Commissie expliciet om een studie dienaangaande verzoekt,^[9] volgt op 25 juli 2000 een antwoord van de Commissie. Zij zegt toe medio 2001 een mededeling voor te leggen 'om een gedetailleerd en alomvattend debat op gang te brengen'.^[10]

Het debat over het Europees verbintenissenrecht en de behoefte aan verdergaande actie op Unieniveau dienaangaande is aldus op gang gebracht en verbreed. Ook het Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie getuigt ervan dat de Europese Commissie een openbare raadpleging is gestart over de problemen die voortvloeien uit de verschillen in het verbintenissenrecht van de lidstaten en over de mogelijke maatregelen op dit gebied.^[11] Er volgt een follow-up van de discussie over consumentenbescherming in 2002, alsook een strategie voor consumentenbeleid.^[12] In 2003 publiceert de Europese Commissie een actieplan onder de titel 'een coherenter Europees verbintenissenrecht'.^[13] Hierin dringt de Commissie er op aan de kwaliteit en coherentie van het Europees contractenrecht te verbeteren door een gemeenschappelijk referentiekader vast te stellen met gemeenschappelijke beginselen, terminologie en modelbepalingen.

De Europese Commissie stelt zich voor het referentiekader te hanteren bij haar streven naar een samenhangend en consistent acquis op het gebied van het Europees verbintenissenrecht. Ook nationale wetgevers zouden het kunnen gebruiken, zowel bij de implementatie van richtlijnen als bij wetgeving op verbintenissenrechtelijke gebieden die niet op Europees niveau zijn geregeld. Voorts is de gedachte het referentiekader een rol te laten spelen in de verdere zoektocht naar niet-sectorespecifieke oplossingen, zoals een optioneel instrument. Inmiddels wordt benadrukt dat het niet de bedoeling is een Europees BW voor te stellen waarin het verbintenissenrecht van de lidstaten wordt geüniformeerd.^[14] Hoewel het Europees Parlement aanvankelijk alle opties voor het doel en de juridische inkleding van het referentiekader wilde openhouden en een bindend instrument als eindresultaat geenszins uitsloot, lijkt het zich er bij neer te leggen dat het referentiekader vooralsnog een instrument van 'soft law' blijft.^[15]

Mededelingen en voortgangsverslagen volgen, alsmede een Groenboek Herziening van het consumentenacquis.^[16] Het oordeel luidt dat de tot dan toe gehanteerde wetgevingsaanpak van minimumharmonisatie, waarbij lidstaten bevoegd blijven om strengere voorschriften te hanteren, niet langer dienstig is. Eind 2008 wordt een door academici voorbereid ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader gepubliceerd en in hetzelfde jaar dient de Europese Commissie een voorstel in voor een richtlijn voor consumentenrechten.^[17]

De ambities zijn duidelijk naar beneden bijgesteld. Maar toch: er ligt nu een tekst. De grondgedachte van de tekst is al te vinden in de *Principles of European Contract Law (PECL)* van de *Lando*-commissie, een particulier project dat in Europa veel gezag heeft verworven. Het was de *Study group for a European Civil Code* onder leiding van Christian von Bar die de *PECL* in een ruimere context heeft geplaatst en deze heeft gemoderniseerd en op één lijn met het *acquis communautaire* heeft gebracht. Het werd als *Draft common frame of reference (DCFR)* gepresenteerd.^[18]

Het *DCFR* is een prachtig stuk werk. Er is ook veel op aan te merken.^[19] Om een klein voorbeeld te noemen: vanuit Nederlands perspectief is het ongelukkig dat onze goed functionerende regeling van de aansprakelijkheid van en voor onrechtmatige daden van jeugdigen niet is overgenomen. Ook de stijl is voorwerp van kritiek: deze zou te Duits zijn. Dan zijn er de inconsistenties, veroorzaakt doordat veel groepen onderzoekers tegelijkertijd bezig waren en niet steeds van elkaars resultaten kennis konden nemen. Ten slotte – maar onze afweging is niet uitputtend – zijn er opmerkingen van politieke aard te maken.^[20] Ondanks de kritiek is de nationale doctrine opmerkelijk positief gestemd over het nut van een Europese codificatie – zelfs uit Britse hoek.^[21]

De vraag ligt voor of het *DCFR* op Europees niveau tot regelgeving zal leiden en zo ja, of dat in optionele of verplichtende vorm zal zijn. Zoals begin dit jaar in dit blad bericht,^[22] heeft de Europese Commissie over deze vraag een publieke raadpleging opgezet.^[23] In haar recente Groenboek over Europees contractenrecht presenteert de Commissie de verordening tot vaststelling van een optioneel instrument als gulden middenweg. De gedachte is om aan het nationale recht van de 27 lidstaten een op zichzelf staand geheel van contractenrechtelijke regels toe te voegen, dat partijen kunnen kiezen als het recht dat hun contracten beheerst.

De Europese Commissie heeft er gelet op de kritiek goed aan gedaan om het project te beperken. Die beperking is op tweeërlei vlak gevonden. In de eerste plaats zal de regeling alleen gaan gelden als partijen

daarvoor hebben gekozen. En in de tweede plaats zal de te regelen materie in hoofdzaak het algemeen deel van het contractenrecht en de koop gaan beslaan. Niet uitgesloten is dat er nog meer beperkingen worden aangebracht, bijvoorbeeld door de werkingssfeer te beperken tot grensoverschrijdende transacties of tot overeenkomsten tussen consument en ondernemer. Wij hopen dat deze laatste beperkingen evenwel niet zullen worden opgelegd.^[24]

Nu de Europese Commissie zelf niet de expertise in huis heeft om een project als het onderhavige tot een goed einde te brengen, heeft zij de hulp van een comité van deskundigen ingeroepen. Deze deskundigen^[25] kregen de opdracht de tekst van het *DCFR* te vereenvoudigen. Hierin lijkt het comité geslaagd. Het Europees Parlement heeft zich hier zeer positief over uitgelaten.^[26]

3 De contouren geschetst

Het document van 3 mei 2011 bestaat uit 189 artikelen, die verdeeld zijn over acht delen, en twee bijlagen. Na een deel met enige inleidende bepalingen (deel I) volgen twee delen algemeen contractenrecht: totstandkoming (deel II) en inhoud (deel III). Vervolgens wordt de koop geregeld (deel IV), gevolgd door enige dienstverleningscontracten (deel V). Schadevergoeding, boetebedingen en rente zijn het onderwerp van deel VI, waarna onverschuldigde betaling (deel VII) en verjaring (deel VIII) de rij sluiten.

De bepalingen kennen (nog) geen toelichting. Daar staat tegenover dat zij grotendeels voortbouwen op het *DCFR*, dat wel een uitvoerige onderbouwing van drieduizend pagina's kent. Omdat ook de verslagen van de bijeenkomsten van de deskundigen openbaar zijn, is het mogelijk om na te gaan waarom voor bepaalde afwijkingen is geopteerd. Het *DCFR* telt een groot aantal taalversies, die men in het nieuwe document moet missen: dat is voornamelijk alleen in het Engels gesteld. Het ontbreken van de Duitse, Finse, Portugese, enz. tekst is evenwel geen groot probleem, nu deze wel in het *DCFR* zijn opgenomen.

Wat leert ons een vergelijking tussen de nieuwe tekst en het *DCFR*? In de eerste plaats is inderdaad sprake van een aanzienlijke vereenvoudiging. Zo wordt in art. 2 van het instrument een zeventiental definities gegeven van begrippen zoals 'business' en 'durable medium' die in de tekst meermalen worden gebruikt. In het *DCFR* was dit overzicht nog in een bijlage opgenomen, hetgeen het risico in zich borg dat de status van de lijst minder duidelijk was en dat zij het gevaar liep over het hoofd te worden gezien. Ook de omschrijvingen zelf zijn gesimplificeerd. 'Business' wordt nu omschreven als 'any natural or legal person who is acting for purposes relating to that person's trade, business, craft or profession'. In de bijlage bij het *DCFR* voorzag de omschrijving ook nog eens in publieke/private eigendom van de onderneming en het winstvereiste. Dat zijn typisch zaken die ook in een toelichting kunnen worden opgenomen.

Men hoort wel zeggen dat nu de thans voorliggende tekst slechts een klein deel van het *DCFR* reproduceert, al dat werk grotendeels voor niets is geweest. Die gedachte is onjuist. Immers juist doordat we nu de context weten waarin straks mogelijke uitbreidingen zullen plaatsvinden, is het nu niet nodig nader over de eigendomsoverdracht, de trust of de overeenkomsten van dienstverlening te discussiëren.

Op het recente Groenboek is de kritiek uitgeoefend dat het geen rekening hield met het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten, hoewel het *DCFR* en het richtlijnvoorstel elkaar ten dele overlappen. Daar is in dit nieuwe concept iets aan gedaan. Regels als die over precontractuele informatieplichten zijn nu afgesteld op het richtlijnvoorstel (dat inmiddels enigszins is uitgekleed).^[27] Op een enkel punt heeft het comité voor een consumentvriendelijker oplossing gekozen dan de voorgestelde richtlijn consumentenrechten. Anders dan in het voorstel wil het comité bij non-conformiteit de keuze tussen reparatie en vervanging niet aan de ondernemer maar aan de consument geven.^[28]

Eén omissie betreuren wij: anders dan in het *DCFR* zijn geen voorschriften inzake discriminatie opgenomen. Er is in Europa – met name in Duitsland – een forse discussie over de vraag of anti-discriminatiebepalingen een plaats verdienen in privaatrechtelijke wetgeving. Het was nu juist de verdienste van de Acquis-groep dat deze de non-discriminatie in het *DCFR* heeft weten binnen te loodsen.

4 Kritiek op de kritiek

Het kon niet uitblijven. Eerst het Groenboek en vervolgens het werk van de deskundigengroep zijn van verschillende zijden onder vuur komen te liggen, zelfs van binnen uit. Dat laatste deed zich voor toen de Oxford-hoogleraar Simon Whittaker zich terugtrok, omdat hij het niet met de teneur van het uit te brengen rapport eens kon zijn. Kritiek is er voorts op de samenstelling van de groep. Die betreft niet de statuur van de

leden, die merendeels hoog is. De kritiek richt zich op het feit dat veruit de meeste leden een 'voorgeschiedenis' van betrokkenheid bij eerdere projecten van de Europese Commissie hebben gehad. Volgens Walter Doralt kunnen zij daarom niet geacht worden tot een onafhankelijk advies te zijn gekomen. ^[29] Eenzelfde geluid is afkomstig van Stefan Riesenhuber. ^[30] Een vergelijkbare kritiek is er op eurocommissaris Viviane Reding, die zich al voor het uitbrengen van het advies voor een van de opties had uitgesproken. Een Leids team heeft kritiek op de keuze voor een optioneel instrument: 'Zal de contracterende Europeaan daadwerkelijk de vrije keuze hebben tussen het optioneel instrument en (enig) nationaal recht?'. ^[31] Met name voor consumenten zal er in hun ogen meestal niets te kiezen zijn. Wij hebben begrip voor de kritiek, maar delen deze niet. Natuurlijk zou het prachtig zijn geweest om met een geheel nieuwe groep deskundigen aan te vangen, maar men moet niet de grootte van het aantal werkelijke experts overschatten. Het is een kwestie van jaren voordat men goed in de materie is ingewerkt. Een voordeel van de eerdere betrokkenheid is ook dat bij de samenstelling met eerdere standpunten rekening kon worden gehouden. Hierdoor ontstond een in onze ogen mooie mix van nationaliteiten, politieke prioriteiten, beroepsmatige activiteiten en deskundigheid in bepaalde rechtsonderdelen. De kritiek op eurocommissaris Reding delen wij niet: het verdient juist bijval als de bewindspersoon aan wie een advies zal worden uitgebracht niet eerst na het uitbrengen van het eindrapport met eigen ideeën komt. En wat de kritiek op het optioneel instrument van Europees contractenrecht betreft: natuurlijk hebben onze collega's van de andere zijde van Woerden gelijk dat de natuurlijke neiging om zich aan een onbekende regeling te onderwerpen gering zal zijn. Maar daar kan wel wat aan worden gedaan. Eind jaren zeventig dacht de Consumentenbond een remedie tegen onredelijk bezwarende ondernemersvoorwaarden te hebben gevonden. Zij stelde aan al haar leden setjes 'consumentenvoorwaarden' ter beschikking met de suggestie deze voortaan in de onderhandeling met de ondernemer in te brengen. Dat had natuurlijk geen enkel resultaat, maar wat wel gebeurde was dat enkele winkelketens uit publiciteitsoverwegingen zelf de consumentenvoorwaarden gingen hanteren. Met name grote Europese winkelketens zouden, mits daartoe voldoende aangemoedigd, best wel eens voor een vergelijkbare strategie kunnen opteren. Voor Europees opererende bedrijven kan het aantrekkelijk zijn om op basis van een en dezelfde verbintenissenrechtelijke regeling transacties aan te kunnen gaan in de hele Europese Unie en zelfs daarbuiten. Toegegeven zij dat afdoende bewijs ontbreekt om de stelling te kunnen dragen dat een uniforme regeling van contractenrecht op Europees niveau geboden is in het belang van de grensoverschrijdende handel zoals de Europese Commissie ons voorhoudt. Dat factoren als afstand en verschil in taal beter kunnen verklaren dat men liever dicht bij huis blijft om zaken te doen en te consumeren, is zeer wel denkbaar. Maar met invoering van een optioneel instrument van contractenrecht kan nu juist de (on)juistheid van de veronderstelling dat de grensoverschrijdende handel wordt belemmerd zolang partijen kunnen worden geconfronteerd met het recht van een andere lidstaat, worden geverifieerd of gefalsificeerd. ^[32] Het wordt immers aan de markt overgelaten of het optionele instrument al dan niet wordt toegepast. Partijen zijn geenszins genoodzaakt hun handelwijze aan te passen; ze kunnen desgewenst op traditionele, nationale wijze zaken blijven doen. Alleen zij die er hun voordeel mee kunnen doen, zullen ervoor kiezen te investeren in toepassing van het nieuwe instrument. Bestaat daarmee niet het risico dat de consument zich aan een tekst vol valkuilen onderwerpt? Dat is geenszins noodzakelijk. Het is wellicht aan de ondernemers het optionele instrument al dan niet aan te bieden, maar zij bepalen niet de inhoud van het instrument. Het optionele instrument kan het beste van verschillende werelden als referentie nemen en zich bijvoorbeeld richten op het beste niveau van consumentenbescherming dat in de lidstaten te vinden is. Uit alles blijkt dat de inzet is om een bovengemiddeld hoog niveau van consumentenbescherming te bieden. ^[33] Een consumentvriendelijk regime hoeft de Europese ondernemer niet af te schrikken, nu er ook voor hem voordelen tegenover (kunnen) staan. Een kleine online onderneming die in Europa handel drijft, kan door structureel te kiezen voor een optioneel Europees contractenrecht naar verluidt per markt ongeveer € 9000 besparen aan juridische kosten en vertaalkosten en naar schatting meer dan € 200 000 wanneer zij in de hele Unie actief is. ^[34] Daarbij komt dat de eventuele prijs die voor een hogere consumentenbescherming moet worden betaald, aan de consument kan worden doorberekend. Bovendien zal het nieuwe gezicht van contractenrecht en het daarin te bepalen niveau van bescherming het nationale recht van de verschillende lidstaten beïnvloeden en naar elkaar doen toegroeien.

Het Leidse alternatief is een Europese vorm van zelfregulering, naar analogie van het Nederlandse overleg onder auspiciën van de Sociaal-Economische Raad. Dat klinkt sympathiek – wij zijn beiden als voorzitter bij dit overleg betrokken – maar wat de auteurs kennelijk niet beseffen is dat op Europees niveau de Nederlandse polderverhoudingen ver te zoeken zijn. Niet alleen zijn de verhoudingen tussen ondernemers en consumenten er veel minder harmonieus, ook binnen beide groepen zijn er veel grotere tegenstellingen dan bij ons. Daarenboven zullen op Europees niveau overeengekomen algemene voorwaarden minder gezag uitstralen dan een in het Publicatieblad opgenomen officiële tekst. Dat gezag zal er zeker zijn in de Nederlandse doctrine, die zich nu al vrij algemeen met *PECL* en *DCFR* inlaat. Maar voor de rechterlijke macht zal het ervan afhangen. Advocaat-generaal bij de Hoge Raad Mark Wissink bepleit vergaande verwijzingen in de rechtspraak naar het optioneel instrument.^[35] Een dergelijke oproep zal alleen succes kunnen hebben als dit instrument een Europees *imprimatur* heeft ontvangen.

In een eerder stadium was ook de Europese Commissie zelf voorstander van zelfregulering. Zij gaf aan de ontwikkeling van Europese algemene voorwaarden te willen stimuleren die in de hele Unie toepasselijk zouden moeten kunnen zijn.^[36] Deze weg heeft de Commissie echter niet vervolgd. Dit laatste is volgens ons met goede reden. Bij de huidige stand van het Europese verbintenissenrecht is de ontwikkeling van een set Europese algemene voorwaarden niet erg realistisch. Immers, teneinde een dergelijke set toepasbaar te laten zijn in alle rechtstelsels van de Unie, moeten de bedingen overeenstemmen met de meest beperkende nationale wetgevingen. Naar huidig recht hebben partijen niet de vrijheid het recht dat hun overeenkomsten beheerst, volledig zelf te bepalen. Op grond van het geldende internationaal privaatrecht moeten bepalingen van bijzonder dwingend recht die openbare belangen beschermen – zoals de politieke, sociale of economische organisatie van een betrokken land – worden toegepast onafhankelijk van het recht dat op de overeenkomst van toepassing is (art. 9 Verordening (EG) nr. 593/2008 (Rome I-Verordening)). Voor overeenkomsten aangaande vervoer, consumentenzaken, verzekering en arbeid beperkt het internationaal privaatrecht de rechtskeuze van partijen (art. 5 t/m 8 Verordening (EG) nr. 593/2008). In dit verband is met name het regime voor de internationale consumentenovereenkomst van belang. 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 rechtstelsel geniet. Deze regel beoogt te garanderen dat consumenten op het hun vertrouwde beschermingsniveau kunnen vertrouwen. Waar niet de Europese Unie, maar partijen zelf regels van materieel verbintenissenrecht vaststellen, kunnen partijen dus niet voor dergelijke regels opteren met uitsluiting van alle andere. Dit maakt algemene voorwaarden onaantrekkelijk. Dat geldt zeker in vergelijking tot het voorgestelde optionele instrument, waarvan de kracht juist kan zijn dat binnen de gehele Unie kan worden geopteerd voor dezelfde contractvoorwaarden die geen aanpassing aan nationaal recht vergen. Daarbij komt dat ook de algemene voorwaarden in de praktijk moeten worden uitgelegd, hetgeen tot onzekerheden kan leiden nu de Europese rechtstelsels het leerstuk der contractsuitleg op verschillende wijzen benaderen. Ook deze voorwaarden dienen te worden ingebed in een nationaal privaatrecht en publiekrecht en kunnen derhalve in 27 lidstaten een eigen, verrassende uitwerking hebben. Zo zal bijvoorbeeld het objectief toepasselijke nationale recht geraadpleegd moeten worden als de vraag speelt of er tussen partijen (op onaantastbare wijze) overeenstemming tot stand is gekomen over de algemene voorwaarden. Zelfregulering heeft bovendien als nadeel dat de eenheid van toepassing niet kan worden gewaarborgd door rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Dit is anders voor het optionele instrument, dat onderworpen zou worden aan de Europese rechtspraak, hetgeen een zo veel mogelijk uniforme toepassing door de nationale rechters kan faciliteren. Het is ons dan ook onduidelijk waarom Castermans en de zijnen de onzekerheden waarvoor zij waarschuwen bij hun bekritisering van het optionele instrument, niet minstens evenzeer vrezen in het geval Europese algemene voorwaarden worden ingezet.

5 Europese regelgever, quo vadis

Maar we zijn er nog niet. In de eerste plaats heeft de Europese Commissie ons enig huiswerk opgegeven. Een zevental vraagpunten diende vóór 1 juli 2011 te worden beantwoord. De eerste vraag behelst een algemene evaluatie: is de thans voorliggende tekst enerzijds voldoende omvattend voor de dagelijkse praktijk en aan de andere kant voldoende gebruikersvriendelijk en dus concies? Het antwoord is in onze

ogen positief, zij het dat hier en daar verfijningen dienen te worden aangebracht.^[37]

De tweede vraag is of de controle van oneerlijke contractsbepalingen die in het huidige acquis is beperkt tot algemene voorwaarden, moet worden uitgebreid tot individueel onderhandelde bepalingen. Onenigheid over deze vraag tussen Duitsland (*contra*) en Frankrijk (*pro*) leidde indertijd tot een lastig compromis in de Europese richtlijn. In onze ogen toont de Scandinavische praktijk – waar par. 36 Overeenkomstenwet mede op individuele bepalingen ziet – aan dat met een ruime werkingssfeer enerzijds goed te leven valt, terwijl anderzijds gevallen die daartoe aanleiding geven terecht onder de toets vallen.

In vraag drie vraagt de Commissie of een regeling voor onvoorziene omstandigheden (*imprévision*) toegevoegde waarde heeft, in het bijzonder voor consumentencontracten. Het antwoord luidt in onze ogen bevestigend. Twee recente onderzoeken tonen aan dat er op het punt van de onvoorziene omstandigheden een tweedeling valt te maken.^[38] Enerzijds zijn er stelsels die als ‘open’ of ‘receptive’ kunnen worden aangeduid, anderzijds zijn er de ‘closed’ stelsels, ook wel ‘unreceptive’ genoemd.^[39] Ongetwijfeld zal de aanwezigheid van een wettelijke bepaling eraan bijdragen dat een stelsel als ‘open’ oftewel ‘receptive’ kan worden gekwalificeerd.

Vraag vier ziet op de mogelijkheid voor de bevoegdheid van de bedrijfsmatige verkoper om bij ondeugdelijke levering het defect te herstellen. Wij zijn uit milieuoverwegingen voor het toekennen van deze bevoegdheid die de levenscyclus van producten alleen maar kan verlengen. Terecht geldt deze regel niet (automatisch) voor consumententransacties, immers de consument kan vanwege het defect alle vertrouwen in de verkoper hebben verloren en dient dat te kunnen omzetten in onmiddellijke beëindiging van de relatie.

Het voorgestelde art. 177 van het voorliggende concept legt bij ontbinding het risico voor tenietgaan bij de koper, terwijl art. 178 het risico voor waardevermindering grotendeels bij de verkoper legt. Vraag vijf is of dit een juiste afweging behelst, in het bijzonder bij consumententransacties.^[40] Ons inziens is hier wel iets voor te zeggen, omdat het in het eerste geval de koper is die nog enigszins in zijn macht heeft of de zaak teniet gaat, terwijl dat in het andere geval juist de verkoper is.

Vraag zes stelt aan de orde of de consument pas dertig dagen na informatie hieromtrent de wettelijke rente moet betalen. Deze regel geldt bij ons al voor handelsovereenkomsten (art. 6:119a lid 2 BW) en niet valt in te zien waarom deze ook niet bij consumententransacties zou mogen gelden.

Vraag zeven ten slotte ziet op de kwestie of het optioneel instrument bijzondere regels dient te bevatten omtrent de duurzame drager (art. 7:514 onderdeel m BW). Het is ongetwijfeld juist dat de huidige regels, waarvan de oortekst dateert van het predigitale tijdperk, niet volledig zijn toegesneden op het huidige handelsverkeer. Het is echter de vraag of het ooit mogelijk zal zijn om niet alleen de huidige maar ook toekomstige technische ontwikkelingen te voorzien. Beter dan met specifieke bepalingen kan de toekomst met beginselen en open normen tegemoet worden getreden.

Niet opgeworpen vragen betreffen de wijze waarop de Europese Commissie een optioneel instrument onder de aandacht van haar justitiabelen denkt te gaan brengen. De ervaringen met dergelijke ‘blue buttons’ – de term is van Hans Schulte-Nölke – is immers niet onverdeeld gunstig. De Eenvormige koopwet, voorganger van het Weens Koopverdrag, bevatte indertijd in de Britse versie een optin-model en nimmer is bij ons weten van deze mogelijkheid gebruikgemaakt. Recentere voorbeelden, zoals de betalingsbevelprocedure en de Europese vennootschap, stemmen echter meer hoopvol.^[41] Willen contractspartijen het kiezen, dan moet het instrument breed gedragen worden in de Europese samenleving. Veel moet daarom worden geïnvesteerd in de wijze waarop het instrument in de markt wordt gezet en dat in alle (uit)hoeken van de Europese Unie. Van belang is voorts dat de transparante wijze waarop de koers richting een nieuw instrument van Europees contractenrecht is ingezet, wordt volgehouden.

Niet alleen de Commissie dient zich hierop te beraden. De doctrine dient dat ook te doen – en doet dat al ten dele. De rechtspraak dient zich verder te bezinnen op de hiervoor vermelde suggestie van Wissink, alsook over samenwerking met buitenlandse collega’s.^[42] En de praktijk? Tja, die blijft zich raadselachtig gedragen. De afgelopen vijftig jaar leek het Weens Koopverdrag een triomftocht door de wereld te maken, maar het bedrijfsleven lag dwars. Hetzelfde dreigt zich te gaan voordoen bij het Europees optioneel instrument. Gelukkig zijn er ook tekenen die wijzen op toegenomen belangstelling.^[43]

6 Conclusie

Een Europees Burgerlijk Wetboek wordt door menigeen als bedreiging gezien. Bedreiging voor de nationale

rechtscultuur, voor de rechtszekerheid, voor de ongecompliceerdheid van een enkelgelaagd rechtssysteem. De huidige tekst neemt niet volledig de bezwaren van de tegenstanders weg, maar komt daar wel in belangrijke mate aan tegemoet. Zij is ook nog niet volledig. Net als indertijd in 1992 bij ons burgerlijk wetboek ontbreken veel bijzondere overeenkomsten. Het aansprakelijkheidsrecht en het goederenrecht moeten nog een plaats krijgen. Daarnaast dienen rechters zich met elkaar te verstaan en dient de doctrine de praktijk beter voor te lichten. Mogelijk kan het zojuist opgerichte *European Law Institute* hierbij een leidende rol spelen. Daarnaast pleit er ook veel vóór een nieuw instrument van Europees contractenrecht. Zoals Christoph Schmid het uitdrukt – ‘verliehe es dem Privatrecht unter den europarechtlichen Disziplinen ein stärkeres Gewicht, und der EuGH (oder ein spezialisiertes europäisches Gericht) avancierte nolens volens zum Wächter über seine Systemkohärenz’.^[44]

Voetnoot

- [1] Prof. mr. E.H. Hondius en prof. mr. A.L.M. Keirse zijn beiden als hoogleraar (Europees) privaatrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.
- [2] Zie http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies_consumer_intro_en.htm.
- [3] J. Cartwright e.a., ‘Grensoverschrijdend contracteren?’, *NJB* 2011/972, afl. 19, p. 1246-1250.
- [4] W. Hallstein, ‘Angleichung des privatund prozessrechts in der Europäischen wirtschaftsgemeinschaft’, *Rabelzeitschrift* 1964, p. 221-229.
- [5] J. Delors, *Debates of the European Parliament*, No. 2-366/155-157’, 15 juni 1988.
- [6] *PbEG* 1989, C 158, 26 juni 1989, p. 400.
- [7] *PbEG* 1994, C 205, 25 juli 1994, p. 518.
- [8] SI (1999) 800/SN 200/99, nr. 39.
- [9] *PbEG* 2000, C 377, p. 323.
- [10] COM (2001) 398 def., *PbEG* 2001, C 255, p. 5.
- [11] COM (2001) 531 def.
- [12] COM (2002) 289 def.; COM (2002) 208 def., *PbEG* 2002, C 137, p. 2.
- [13] COM (2003) 68 def., *PbEU* 2003, C 63, p. 1.
- [14] Zie COM (2004) 651 def.; *PbEU* 2010, C 115/1, p. 16.
- [15] P6_TA(2007) 0615 ; P6_TA(2008)0397, PI 2009, C 295 E/31.
- [16] COM (2004) 651 def.; COM (2005) 456 def.; COM (2007) 447; COM (2006) 744 def.
- [17] COM (2008) 614 def. Op 23 juni 2011 is de (uitgedunde) tekst in eerste lezing aangenomen door het Europees Parlement.
- [18] C. von Bar, E. Clive & H. Schulte-Nölke (red.), *Principles, definitions and model rules of European private law/Draft common frame of reference (DCFR)/Full edition*, München: Sellier 2009.
- [19] E pluribus: H. Collins en M. Fabre-Magnan e.a., ‘The Draft common frame of reference’, *European Review of Contract Law* 2008, p. 223-454; H. Eidenmüller e.a., ‘The Common frame of reference for European private law – policy choices and codification problems’, *Oxford Journal of Legal Studies* (2008), p. 1-50; M.W. Hesselink, *CFR & social justice*, München: Sellier 2008; *Juridica International* oktober 2008; M. Schmidt-Kessel (red.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen/Entstehung, Inhalte, Anwendung*, München: Sellier 2009; Special issue: ‘Draft Common Frame of Reference’, *European Review of Private Law* 2009, p. 483-744; G. Wagner e.a., ‘Vom akademischen zum politischen DCFR’, *ZEuP* 2008, p. 677-812; G. Wagner (red.), *The Common frame of reference: a view from law & economics*, München: Sellier 2009.
- [20] Zie R. Brownsword e.a. (red.), *The foundations of European private law*, Oxford: Hart 2011.
- [21] H. Collins, *The European Civil Code/The way forward*, Cambridge: University Press 2008.
- [22] Zie K. Boele-Woelki, A.L.M. Keirse & S.A. Kruisinga, ‘Naar een Europees contractenrecht voor de Unie’, *NJB* 2011/27, afl. 2, p. 58-65.
- [23] COM (2010) 348 def.
- [24] Zie E.H. Hondius, ‘De rode bundel, het groenboek en de blauwe knop’, in: M.W. Hesselink e.a., *Groenboek Europees contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 53 e.v. en

- A.L.M. Keirse, *Sleutel tot succes*, in: dezelfde bundel, p. 133 e.v.
- [25] Hugh Beale (GB), Eric Clive (GB), Susanne Czech (A), Fernando Gomez (E), Luc Grynbaum (F), Torgny Håstad (S), Martijn Hesselink (NL), Miklos Kiraly (H), Irene Kull (EST), Pierre Levêque (F), Paulo Mota Pinto (P), Jerzy Pisulinski (PL), Bob Schmitz (L), Hans Schulte-Nölke (D), Jules Stuyck (B), Anna Veneziano (I), Ioana Lambrina Vidican (RO), Simon Whittaker (GB). Zie *PbEU* 2010, L 105/109. Simon Whittaker (GB) is tussentijds uitgetreden.
- [26] Op 8 juni 2011 heeft het Europees Parlement met 521 tegen 145 stemmen bij 8 onthoudingen in grote meerderheid zijn steun uitgesproken voor het Optioneel instrument – Persbericht Europese Commissie 8 juni 2011, IP/11/693.
- [27] M.B.M. Loos, 'Harmonisatie van het consumentencontractenrecht', *NJB* 2011/342, afl. 7, p. 408-414.
- [28] Art. 112.
- [29] W. Doralt, 'Strukturelle Schwächen in der Europaisierung des Privatrechts', *RabelsZ* 2011, p. 260-285.
- [30] S. Riesenhuber, Secola-conferentie Leuven januari 2011, wordt gepubliceerd in de *European Journal of Contract Law*.
- [31] J. Cartwright e.a., a.w., p. 1247.
- [32] Aldus ook J.M. Smits, 'Europees recht als alternatief', TPR 2009/4, p. 1734 en A.L.M. Keirse & P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht*, Kluwer: Deventer 2010, p. 72.
- [33] Zie ook de discussie rondom het 'richtlijnvoorstel consumentenrechten', waarover Keirse, a.w. 2010, p. 49 e.v.
- [34] Zie Persbericht van de Europese Commissie van 8 juni 2011, IP/11/693.
- [35] M.H. Wissink, 'Beter contractenrecht', *NTBR* 2011, p. 208-210.
- [36] COM (2003) 68 def., *PbEU* 2003, C 63/1, p. 6-8.
- [37] Wij hopen daarover meer in een later stadium en in ander verband te schrijven.
- [38] E.H. Hondius & H.C. Grigoleit (red.), *Unexpected circumstances in European contract law*, Cambridge: University Press 2011; R. Momberg Uribe, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2011.
- [39] Hondius-Grigoleit, a.w. 2011, p. 12-12; Momberg, a.w., p. 261-270.
- [40] Deze vraag is ingegeven door het belang dat stakeholders hier aan hechten – zie *Operational conclusions of the meeting of the European key stakeholders'* Round table (RT) on European contract law on 12 April 2011, onder II.
- [41] M.W. Hesselink, 'An optional instrument on EU contract law', in: M.W. Hesselink e.a. (red.), a.w., p. 9, 12.
- [42] Zie hierover B. van Lierop, 'Found in translation', in: T. Baumé e.a.(red.), *Today's multi-layered legal order*, Zutphen: Paris 2011, p. 175-181.
- [43] Op het Groenboek over de herziening van het consumentenacquis (COM (2006) 744 def.) volgden 307 reacties, vooral van de zijde van ondernemingen (150), maar ook van consumentenorganisaties (53), overheidsinstanties op nationaal en lokaal niveau (39), praktijkjuristen (33) en academici (32). Op het Groenboek van 1 juli 2010 mocht de Europese Commissie 322 reacties ontvangen. Een en ander is te raadplegen via de website van de Europese Commissie (ec.europa.eu).
- [44] C. Schmid, 'Die Instrumentalisierungsthese aus der Vogelperspektive', in: C. Joerges & T. Pinkel (red.), *Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht – Europäisches Privatrecht ohne Demokratie?*, Bremen : ZERP-Diskussionspapier 1/2011, p. 24, 40.