

Sleutel tot succes: het 28^{ste} stelsel van contractenrecht als sociale norm

Prof. mr. A.L.M. Keirse*

1 Inleiding

De goede verstaander kan het niet missen: de Europese Commissie presenteert in haar Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht de verordening tot vaststelling van een facultatief instrument voor Europees contractenrecht als de gulden middenweg.¹ 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. Op die manier zouden contractspartijen een keuze hebben tussen twee regelingen inzake contractenrecht; het toepasselijke nationale recht of het Europese, het zogenaamde 28^{ste} stelsel van contractenrecht.

De andere beleidsopties worden in het Groenboek als het ware weggeschreven; de eerste drie omdat ze te vrijblijvend zijn, de laatste drie omdat ze hun doel voorbijschieten of te verstrekkend zijn. Daarmee resteert de middelste optie en invoering van een optioneel stelsel van contractenrecht (dit is optie vier van de zeven in het Groenboek) blijkt inderdaad de voorkeur van de Commissie te hebben. Naar verluidt staat zij een optioneel instrument voor dat is gericht op internationale contracten tussen ondernemingen onderling en tussen ondernemingen en consumenten, in het bijzonder op de grensoverschrijdende *koopovereenkomst*.

Het nodige pleit voor deze keuze. Daarover meer in de paragrafen 3 en 4, die volgen op paragraaf 2, waarin de achtergronden kort worden geschetst. Een reflectie op het optioneel instrument brengt evenwel de nodige knelpunten aan het licht. Daarvan wil ik een drietal behandelen in de paragrafen 5, 6 en 7.² Deze drie

* Prof. mr. A.L.M. Keirse is hoogleraar burgerlijk recht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en raadsheer bij het Gerechtshof Arnhem.

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

2 Zie voor enkele andere knelpunten ook K. Boele-Woelki, A.L.M. Keirse & S.A. Kruisinga, 'Naar een contractenrecht voor de Unie; waar de Europese regelgever aan moet denken', *NJB* 2011 (nog te verschijnen).

knelpunten staan niet los van elkaar, maar zijn met elkaar verbonden en verwijzen naar elkaar. Ze vragen dan ook om een gemeenschappelijke oplossing, zoals in de slotparagraaf 8 wordt geduid.

2 Europeanisering is geen eenrichtingsverkeer

De roep om een instrument voor Europees contractenrecht komt inmiddels van verschillende kanten.³ Het is allereerst de rechtswetenschap van waaruit de ontwerpen voor een nieuw Europees privaatrecht ontspruiten. Onder academici leeft al vele jaren een Europese privaatrechtbeweging die zich richt op het formuleren van regels, beginselen, gezichtspunten en het verwerven van inzichten, die tezamen uiteindelijk het privaatrecht in Europa op een consistente manier dienen te bestrijken.⁴ Zo hebben op het terrein van het contractenrecht de *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* en de *Principles of European Contract Law* het licht gezien. Bekend zijn ook de serie de *Common Core of European Private Law* en de *Ius Commune Casebooks for the common law of Europe*. Ik noem ook de *Code Européen des Contrats* en natuurlijk het wetenschappelijk ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader (*Draft Common Frame of Reference*).⁵

Europeanisering van en door rechtswetenschap is zo oud als de privaatrechtswetenschap zelf.⁶ De rechtswetenschap heeft in het verleden een *ius commune* geschapen dat weliswaar het vaderlandse recht nimmer geheel heeft verdrongen, maar dat van een onschatbare waarde is geweest. De vraag rijst of wat toen begonnen is, thans wordt voortgezet. Het streven is een Europese privaatrechtswetenschap met één dogmatiek voor alle betrokken landen alsook het privaatrecht van meerdere landen verenigd in regels van beter recht.

Het aanvankelijk door rechtswetenschappers beheerste Europeaniseringsdebat dat zich als een 'bottom up' proces laat karakteriseren, wordt beïnvloed en opgezweept door het 'top down' proces van Europeanisering dat door middel van uniformering en harmonisering door en van regelgeving en rechtspraak plaatsvindt. Een fiks aantal privaatrechtelijke richtlijnen en verordeningen zijn uitgevaardigd en het primaire Unierecht krijgt via de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie in toenemende mate ook verbintenissenrechtelijke betekenis.⁷ Deze Europese regelgeving en rechtspraak van bovenaf leiden op bepaalde terreinen tot convergentie van het nationale verbintenissenrecht van de lidstaten en faciliteren daarmee de Europese privaatrechtbeweging van academici.

³ Lang niet iedereen roept mee; er zijn ook tegenstanders, waarover kort meer in paragraaf IV.

⁴ Zie onder meer: J.B.M. Vranken, 'Europees privaatrecht. "Bridging the gap" tussen wetenschap en praktijk', *TvPr* 2000-I, p. 3; A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van verbintenissenrecht', in: A.L.M. Keirse & P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 87 e.v.; R.P.J.L. Tjittes, 'Europees contractenrecht: it giet oan', *RM Themis* 2010-4, p. 149.

⁵ Voor een beschrijving van deze wetenschappelijke projecten zij verwezen naar Keirse, a.w., p. 89 e.v.

⁶ Zie meer uitgebreid en met verwijzingen Keirse, a.w., p. 87 e.v.

⁷ Hierover meer in Keirse, a.w., p. 15 e.v.

Door de somtijds ondoorzichtige stapeling van beschermingsinstrumenten van Europees op nationaal niveau ontstaan er bovendien inconsistenties die de vraag naar algemene beginselen vergroot. Daarbij komt, en dat is minstens zo belangrijk, dat de instellingen van de Europese Unie de Europeaniserende tendens van de rechtswetenschap niet ongemoeid laten. Integendeel, terwijl het Europese Hof van Justitie op algemene rechtsbeginselen bouwt, roept het Europees Parlement op tot een codificatie van gemeenschappelijke regels, steunt de Europese Commissie de uitvoering van deze projecten en werken veel juristen er onder subsidiëring van de Unie aan.⁸ Aldus wordt de wetenschappelijke discussie over de beste vormgeving van een Europees privaatrecht ook verbreed naar de praktijk en de nationale overheden.

Een terugblik leert dat het de strategie van de Europese privaatswetgever is geweest om Europese economische integratie te bevorderen via minimum harmonisatie door sectorspecifieke richtlijnen. Het merendeel van deze regelgeving is gericht op de bevordering van de werking van de interne markt, al dan niet in combinatie met andere motieven, zoals de versterking van consumentenbescherming en justitiële samenwerking in burgerlijke zaken. Van deze tactiek van minimum harmonisatie wordt thans gezegd dat zij heeft gefaald, reden waarom Europese beleidsmakers reeds enige tijd zoeken naar een nieuwe aanpak.⁹ De kwaliteit en coherentie van het Europees contractenrecht verdient verbetering. Tegenstrijdigheden moeten worden weggewerkt en leemten in de Europese regelgeving gedicht. De vraag die voorligt is hoe de samenhang van het Europees contractenrecht in het licht van de huidige ontwikkelingen het best kan worden verbeterd. Het doel daarbij is het bieden van meer bescherming en uniformering, het verminderen van transactiekosten en onzekerheid, een en ander om het grensoverschrijdend verkeer te doen toenemen en aldus de marktintegratie te bevorderen.

3 Van zeven naar één

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 bestempelen. Daarmee is niet gezegd dat de in dit kader voorgestelde maatregelen niet zouden moeten

⁸ De voorgeschiedenis die tot het huidige Groenboek heeft geleid beschrijf ik in Keirse, a.w., p. 20-25.

⁹ Zie onder meer 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., *PbEG* 2002, C 137, p. 15, alsook Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, een coherenter Europees verbintenissenrecht, een actieplan, COM (2003) 68 def., *PbEU* 2003, C 63, p. 1.

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.¹⁰ Afdoende zijn deze maatregelen echter niet, nu daarmee nog geen effectief instrument voor Europees contractenrecht is gegeven.

De vijfde optie, die de vorm heeft van een richtlijn van Europees contractenrecht, biedt evenmin uitkomst. Zoals de contractenrechtelijke praktijk heeft uitgewezen, leiden richtlijnen op basis van minimum harmonisatie op zich niet tot eenvormige uitvoering van regels. De toepassing en de omzetting van Europese richtlijnen op privaatrechtelijk terrein blijkt in geen van de lidstaten van problemen ontdoet. Zorgwekkend is onder meer de wijdverspreide praktijk om systematisch extra nationale regels toe te voegen aan Europese normen. Wil men verschillen in nationale regelgevingen wegnemen om kosten van naleving te beperken, dan zijn de mogelijkheden van het instrument van richtlijnen gebaseerd op minimum harmonisatie beperkt. De Europese regelgever heeft dit ook zelf ingezien en na de eeuwwisseling op verbintenissenrechtelijke terrein de weg van maximum harmonisatie verkend.¹¹ Een richtlijn gebaseerd op maximum harmonisatie wordt in het Groenboek evenwel uitdrukkelijk niet voorgesteld. Overigens kan dit nauwelijks verwonderen, zodra men de onderhandelingen aanschouwt over de ontwerprichtlijn consumentenrechten die juist wel in de toepassing van het beginsel van volledige harmonisering voorziet.¹² De politieke wenselijkheid alsook de juridische werkbaarheid van maximum harmonisatie 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.

¹⁰ Zie nader Keirse, a.w.

¹¹ 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.; Keirse, a.w., p. 45 e.v.

¹² 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: Bju 2009; G. Howells & R. Schulze (red.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München: Sellier 2009; Keirse, a.w., p. 47 e.v.

De opties zes en zeven doen op hun beurt gevoelige vragen rijzen met betrekking tot de bevoegdheden van de Unie,¹³ en daarbij ook met betrekking tot de eis dat elk regelgevend ingrijpen op Unieniveau dient te stroken met de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. Bij deze opties gaat het immers om een verordening tot vaststelling van een Europees contractenrecht of zelfs een Europees Burgerlijk Wetboek ter vervanging van de verschillende nationale regelingen; dit niet op grond van een keuze van partijen, of omdat de regeling in de nationale stelsels moet worden geïmplementeerd, maar omdat het nieuwe stelsel van Europees recht rechtstreeks deel zou uitmaken van de interne rechtsorde. 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 handel in de interne markt aan te pakken.

Daarmee blijft over optie vier; de verordening tot vaststelling van een facultatief instrument voor Europees contractenrecht. Het gaat daarbij om een optioneel 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 alternatief. Wel gaat het 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.

4 Vrij spel

De keuze voor optie vier als middenweg beoogt mogelijk te maken dat burgers en bedrijven in de hele Unie met elkaar kunnen contracteren op basis van een 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 partijen desgewenst kunnen opteren. Aan partijen is 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. Geboden is dat een keuze voor het 28^{ste} stelsel het nationale stelsel dat anders van toepassing zou zijn opzij zet.

Onder het huidige recht hebben partijen niet de vrijheid het recht dat hun overeenkomsten beheerst volledig zelf te bepalen, althans niet waar belangen van consumenten zijn betrokken. Op grond van de Rome I Verordening is de rechtskeuze van partijen immers beperkt in het kader van onder meer overeenkomsten

¹³ 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, a.w., p. 66-69.

aangaande vervoer, consumentenzaken, verzekeringen en arbeid.¹⁴ 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 rekenen. Welnu, waar niet partijen, maar de Europese Unie regels van materieel verbintenissenrecht vaststelt, kan worden bepaald dat partijen voor deze regels kunnen opteren met uitsluiting van andere.¹⁵

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.

Hier ligt misschien wel een sleutel tot succes. Het optionele instrument kan het beste niveau van consumentenbescherming dat in de lidstaten te vinden valt, als referentie nemen. Het kan voordelen bieden in termen van beter recht en bijdragen tot een eenvoudiger, begrijpelijker en gebruiksvriendelijker regelgeving.¹⁶ Het 28^{ste} stelsel zou ook onderworpen zijn aan de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie hetgeen een uniforme toepassing door de nationale rechters kan faciliteren. Het zal op een transparante wijze in het leven moeten worden geroepen en informatie erover zal in alle talen van Europa beschikbaar moeten zijn. Bepaald kan worden dat de lacunes worden gedicht niet door terug te vallen op een bepaald nationaal rechtsstelsel, 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. Geenszins ondenkbaar is dat het zo ook voor ondernemingen aantrekkelijk is te opteren voor het 28^{ste} stelsel, ondanks het voor de wederpartij hoge beschermingsniveau. Zij kunnen dan immers zowel hun binnenlandse als grensoverschrijdende transacties baseren op dezelfde regeling en zodoende de juridische transactiekosten reduceren. In de gehele Unie kan worden geopteerd voor dezelfde contractvoorwaarden die nimmer aanpassing aan nationaal recht vergen, maar zijn gebaseerd op het 28^{ste} stelsel en uniform worden uitgelegd.

14 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, *Pb EG L177/6* (Rome I Verordening).

15 Zie Overweging 14 van de Preambule bij de Rome I Verordening. Dit neemt niet weg dat het 28^{ste} stelsel van contractenrecht en de Rome I Verordening op elkaar moeten worden afgestemd. Zie daarover Boele-Woelki, Keirse & Krusinga, a.w.

16 Zie ook het Advies van de afdeling Interne markt, productie en consumptie over de 28^{ste} regeling, een alternatief voor minder regelgeving op communautair niveau (initiatiefadvies), INT/499, p. 4.

Bovendien zal het de consument zijn, en niet de ondernemer, die de eventuele prijs voor de hogere consumentenbescherming betaalt. De ondernemer kan immers een verhoging van de rekening(en) doorberekenen in de door hem te hanteren tarieven en verkoopprijzen.

De keuze voor optie vier biedt ook als vanzelf een weerwoord tegenover de tegenstanders van een instrument voor Europees contractenrecht. Jegens degenen die menen dat het ijs veel te dun is voor een geharmoniseerd Europees contractenrecht,¹⁷ luidt het antwoord dat het aan de markt wordt overgelaten of het optionele instrument al dan niet wordt toegepast. Toegegeven zij dat afdoende empirisch bewijs ontbreekt om de stelling te kunnen dragen dat eenmaking van het contractenrecht op Europees niveau geboden is in het belang van de grensoverschrijdende handel en om de concurrentie op de interne markt te bevorderen alsook de welvaart te verhogen. Goed denkbaar is bijvoorbeeld 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. Maar met invoering van het optionele stelsel 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. Immers, indien een 28^{ste} stelsel wordt gecreëerd blijkt vanzelf in welke mate er gebruik van wordt gemaakt.¹⁸

Ook zij die vrezen voor verlies van lokale eigenheid, culturele waarden of plaatselijke tradities en daarom oproepen de uiteenlopende nationale preferenties te respecteren,¹⁹ kunnen op deze middenweg worden gepareerd. Het optionele instrument laat immers de rechtscultuur en (de coherentie van) het nationale rechtsstelsel intact en kosten die gepaard gaan met een wijziging van verbintenissenrecht, kunnen worden vermeden. Partijen zijn namelijk geenszins genoodzaakt hun handelwijze 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 toepassing van het nieuwe instrument. Een verdere fragmentering van en bemoeienis met het nationale rechtsstelsel worden aldus voorkomen. Dit alles maakt een groter politiek draagvlak denkbaar.

5 Europese filosofie

Al met al kan men, zo lijkt het, moeilijk tegen de gulden middenweg zijn. Door invoering van het 28^{ste} stelsel van contractenrecht zouden bijvoorbeeld een Nederlandse handelaar en een Spaanse leverancier die zaken met elkaar willen

17 Onder meer Tjittes, a.w., p. 149; C. Cauffman, M.G. Faure & T. Hartlief, *Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa: consequenties voor Nederland*, Den Haag: Bju 2009, p. 220 e.v.

18 Aldus ook J.M. Smits, 'Europees recht als alternatief: de charme van het 28^{ste} rechtsstelsel', *TPR* 2009-4, p. 1734.

19 Vergelijk bijvoorbeeld C.C. van Dam, 'Who is Afraid of Diversity? Cultural diversity, European Co-operation, and European Tort Law', *KLJ* 2009, p. 281-308.

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. Echter voordat het zover kan zijn, zijn er nog de nodige vragen te beantwoorden. Vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief vraagt de verhouding van het Europese contractenrecht tot de Rome I Verordening aandacht en ook vergt het optionele instrument een nadere plaatsbepaling en afbakening ten opzichte van het eenvormige kooprecht zoals neergelegd in de CISG.²⁰ Een andere belangrijke kwestie die hier nog onberoerd is gebleven, ziet op de reikwijdte van het instrument; zou het optionele stelsel uitsluitend van toepassing moeten zijn op grensoverschrijdende contracten of zich ook moeten uitstrekken tot binnenlandse overeenkomsten?

De geluiden in de wandelgangen zijn dat de Europese Commissie het toepassingsbereik van het 28^{ste} stelsel voornamelijk wil beperken tot de internationale overeenkomst. Vanuit pragmatisch oogpunt is hier wat voor te zeggen; een facultatief instrument van contractenrecht dat uitsluitend voor de grensoverschrijdende handel kan worden ingezet en dat het recht voor nationale zaken geheel onverlet laat, stuit op de korte termijn wellicht niet of nauwelijks op weerstand. Gelet op het verzet tegen Europeanisering in het huidige politieke en sociale klimaat,²¹ is het verstaanbaar dat de Commissie geneigd is genoegen te nemen met een dergelijke pragmatische tussenoplossing om de politieke haalbaarheid te vergroten. De vraag is echter hoe dit in te passen in de filosofie van de Europese Unie die zich wil laten kennen als één interne markt zonder discriminatie tussen grensoverschrijdende transacties en soortgelijk binnenlands verkeer.

Een beperking tot grensoverschrijdend verkeer is mijns inziens moeilijk in lijn te brengen met de Europese filosofie van het streven naar een vrije markt zonder grenzen. Groot goed daarbij is immers dat handelsbelemmeringen in internationaal en nationaal verband in beginsel gelijk moeten zijn, willen ze toelaatbaar zijn. En aanspraken ontleend aan Europees recht mogen in principe niet anders worden behandeld dan aanspraken naar nationaal recht. In ander verband beredeneerde Advocaat Generaal Sharpston recentelijk dat het onlogisch is om een grensoverschrijdend element noodzakelijk te achten voordat een Unieburger rechten kan ontlenen aan zijn Unieburgerschap.²² Daarbij komt dat het feitelijk

20 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. Zie over het IPR perspectief en de verhouding tot de CISG: Boele-Woelki, Keirse & Krusinga, a.w.

21 Een recente aanleiding voor Euroscepticisme is de financiële crisis. Zie M. Monti, *Een nieuwe strategie voor de eengemaakte markt*, 2010. Zie ook de brief van J.M. Barroso, Voorzitter van de Europese Commissie, d.d. 20 oktober 2009, Pres (2009) D/2250.

22 Conclusie van E. Sharpston van 30 september 2010 in de zaak Gerardo Ruiz Zambrano v Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening (C-34/09). Anders: Conclusie van Advocaat Generaal J. Kokott van 25 november 2010 in de zaak Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department (C-434/09). Vergelijk ook HR 12 november 2010, LJN BK0360 en de daarin aan het Hof van Justitie gestelde prejudiciële vraag met betrekking tot de uitlegging van het gemeenschapsrecht.

erg lastig is de nationale en internationale contracten scherp van elkaar te onderscheiden.

Het optionele instrument zou bovendien aanzienlijk aan aantrekkingskracht inboeten als een rechtskeuze daarvoor uitsluitend in het geval van een grensoverschrijdende overeenkomst tot de mogelijkheden behoort. In dat geval kunnen contractpartijen die zich op de interne markt begeven, immers nog steeds niet voor elkaar boksen dat ze op basis van één en dezelfde verbintenissenrechtelijke regeling transacties kunnen aangaan in de hele Europese Unie. De nationale overeenkomst wordt dan nog immer anders behandeld dan de transnationale variant.

Wat dies meer zij, volgt men de politieke keuze het toepassingsbereik van het 28^{ste} stelsel te beperken tot de grensoverschrijdende handel, dan voegt men voor het overgrote merendeel van de contracten niets toe. De handel vindt immers goeddeels op de binnenlandse markt plaats. Voor de internationale handelskoopcontracten betreffende roerende zaken bestaat daarenboven al met de CISG een zo goed als wereldwijde standaard die van toepassing is als partijen geen ander toepasselijk recht hebben gekozen.

Toegegeven zij dat contractpartijen die zich op de nationale markt begeven, ervoor kunnen kiezen om het instrument voor Europees contractenrecht inhoudelijk in hun contracten op te nemen door aanpassing van hun (algemene) contractvoorwaarden. Maar in een dergelijk geval moet nog steeds op het nationale recht worden teruggevallen. Zo zal het nationale recht geraadpleegd moeten worden over de kwestie of er overeenstemming tussen partijen tot stand is gekomen over de keuze van het Europese contractenrecht en over de vraag of deze overeenstemming geldig is. Bovendien kan op deze wijze niet worden afgeweken van nationale regels van dwingend recht. Daarbij komt dat deze mogelijkheid om voor Europese contractvoorwaarden te opteren ook thans al bestaat; het staat partijen (binnen grenzen) vrij het recht te kiezen dat hun contract beheerst. Zij kunnen bijvoorbeeld in hun contracten verwijzen naar de *Principles of European Contract Law*. Echter, in de praktijk wordt van deze mogelijkheid niet of nauwelijks gebruik gemaakt.²³

Aldus zal deze pragmatische tussenoplossing niet veel toevoegen in het streven naar 'an ever closer Union' en voor het Europese imago weinig tot niets goeds doen. Dat zou zoals uit de volgende paragraaf moge blijken, psychologisch gezien mogelijk funest kunnen zijn; daarbij gaat het over het nut en de noodzaak van de positieve keuze.

²³ T.Q. de Booys, E.J.A. de Volder & D. Raic, *Bestaat er behoefte aan een gemeenschappelijk referentiekader voor Europees contractenrecht? Een quick scan van het Nederlandse bedrijfsleven*, HiIL 2009.

6 Sociale norm

Voorstanders van het optionele stelsel veronderstellen dat het geven van een (extra) keuze een positief effect heeft. Dat is niet verwonderlijk; doorgaans wordt er vanuit gegaan dat mensen beter af zijn naarmate zij meer keuze hebben. Concurrentie heeft de naam kwaliteit te doen groeien. En combineert men de wetenschap dat meer vrijheid meer welbehagen brengt met de constatering dat vrijheid toeneemt naarmate er meer keuzes zijn, dan is de gedachte al snel dat een toename van keuzemogelijkheden tot stijging van het welbehagen leidt. Hier stuit men echter op een paradox; *more is less*.²⁴ Te veel concurrentie zet kwaliteit onder druk en te veel keuze verlamt, leidt tot verkeerde beslissingen of passiviteit alsook tot ontevredenheid. Hoe meer keuze er is, hoe moeilijker het is te kiezen; hoe meer ook de perfecte keuze lonkt, maar hoe minder groot de voldoening is die wordt gevoeld nadat een keuze is gemaakt. Immers hoe meer opties men heeft gehad, hoe groter de kans dat men achteraf denkt de verkeerde keuze te hebben gemaakt. En waar de opties tot een andere keuze talrijk waren, is het waarschijnlijk dat het de verkeerde keuze is die is gemaakt. Daarbij komt dat verwachtingen escaleren bij een toename van keuzemogelijkheden.

Het is derhalve zaak niet te veel keuzemogelijkheden te bieden. De juiste balans is die waarbij men voordeel kan halen uit keuzevrijheid zonder last te hebben van keuzeovervloed.²⁵ Verhogend voor het welbehagen is het ook als een ander die vertrouwd wordt, de geboden vergelijking tussen de opties maakt en de juiste keuze aanreikt. Belangrijk is tevens dat aandacht wordt besteed aan de constructie van de keuzemogelijkheid. Van belang daarbij is bijvoorbeeld dat de praktijkervaring leert dat een *opt out* model aanmerkelijk meer participanten oplevert dan een *opt in* model.

Bij invoering van een optioneel instrument is het essentieel dat nagegaan wordt wat maakt dat men al dan niet zal kiezen voor het desbetreffende instrument. De beleidsmakers moeten zich daarbij rekenschap geven van de huidige stand van de wetenschap en gebruik maken van de resultaten van psychologisch, sociologisch en filosofisch onderzoek naar de reactie van de contractant en de behoeften van de mens. Zo moet in de afweging worden meegenomen dat contracten onder omstandigheden een groter belang hechten aan rechtszekerheid dan aan bescherming.²⁶ Ook moeten de effecten en neveneffecten van het optionele stelsel worden voorzien, waarbij rekening moet worden gehouden met het feit dat de voorgestelde regulering een eigen dynamiek kent en de omgeving verandert. Daarenboven moet mijns zijns in het onderhavige verband worden ingespeeld op het gegeven dat informatie over sociale normen gedrag sterk beïnvloed. Onderzoek wijst namelijk uit dat mensen zich in hun gedrag laten leiden door wat de

²⁴ Zie B. Schwartz, *The Paradox of Choice: Why More Is Less*, New York: Harper Collins 2004.

²⁵ Zie Schwartz, a.w.

²⁶ Zie ook M. Hurenkamp & M. Kremer (red.), *Vrijheid verplicht; Over tevredenheid en de grenzen van keuzevrijheid*, Amsterdam: Van Gennep 2005.

meeste, sociaal vergelijkbare, andere mensen doen en goedkeuren of afkeuren.²⁷ Om ons te laten beïnvloeden hebben we geen goede redenen nodig; we willen doen wat onze burens doen, we willen voldoen aan de sociale norm. Dit betekent dat een omslag in de publieke opinie moet worden bewerkstelligd. De Europese oplossing moet de sociale norm worden.

In dit licht wordt duidelijk dat er nog een lange weg is te gaan; van het huidige Euroscepticisme naar de vanzelfsprekendheid van Europees gedachtegoed. De praktijk wijst uit dat de toepassing van het eenvormige kooprecht in internationale contracten vaak wordt uitgesloten en in nationale contracten is het zoals gezegd evenmin gebruik om naar Europese regels te verwijzen. De wijze waarop het 28^{ste} stelsel in de markt wordt gezet is derhalve van cruciaal 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. Dit leert ook de vergelijking met de CISG. Onbekend maakt ongebruikt maakt onbemind. Een onderschatting van het belang van een goede marketing, voorlichting en informatievoorziening over het instrument zou funest zijn. Rechtsbeoefenaren zullen zich het systeem eigen moeten maken en studenten in Europa en daarbuiten zullen daartoe moeten worden opgeleid. In dit verband is een samenspel van regelgever, rechter en rechtswetenschapper op Europese en nationale velden onontbeerlijk.²⁸

7 Toetssteen

Dit samenspel van de actoren die het recht maken tot wat het is, komt ook de inhoudelijke kwaliteit ten goede. Of anders gezegd, de kracht van het 28^{ste} stelsel is ook dat de inzet van wetgever, rechter en wetenschapper hier samenkomen. Het wetenschappelijk ontwerp voor het gemeenschappelijk referentiekader dat voortbouwt op vele academische projecten en als opbrengst van meer dan vijftientwintig jaren samenwerking tussen juristen uit verschillende lidstaten van de Unie is gepresenteerd wordt nu politiek ingekleurd en verfijnd en kan aan de praktijk worden getoetst. Dit samenspel behelst een belangrijke toetssteen. Immers zonder een confrontatie met de praktijk blijven regels abstracties en kan hun argumentatieve waarde niet worden bepaald.²⁹ Een regel krijgt eerst werkelijk betekenis als zij concreet wordt toegepast.

Of het 28^{ste} stelsel voor contractenrecht de toets der kritiek zal kunnen doorstaan is nog maar de vraag. Het stelsel moet in de eerste plaats worden getoetst op effectiviteit. Wordt het doel dat men voor ogen heeft met invoering van het stelsel

27 Zie R.B. Cialdini, L.J. Demaine, B.J. Sagarin, D.W. Barrett, K. Rhoads & P.L. Winter, 'Managing social norms for persuasive impact', *Social Influence* 2006, 1, p. 3-15; P.W. Schultz, J.M. Nolan, R.B. Cialdini, N.J. Goldstein & V. Griskevicius, 'The constructive, destructive, and reconstructive power of social norms', *Psychological Science* 2007, 18, p. 429-434.

28 Zie over het samenspel van deze drie actoren Keirse, a.w.

29 Vranken, a.w., p. 10.

daadwerkelijk bereikt? De doelstellingen van Europeanisering zijn het creëren en bewaken van de interne markt, waarbij een hoog niveau van consumentenbescherming wordt nagestreefd, en de verwerkelijking van een ruimte van vrede, veiligheid en rechtvaardigheid. Het niveau van de casuïstiek dient hier te worden overstegen; onderzocht moet worden wie zich waarom tot welke vormen van verbintenissenrecht wendt en welke de brede maatschappelijke effecten zijn. Het stelsel moet een hoog niveau van bescherming bieden zonder daarmee het bedrijfsleven te zwaar te belasten en een deelname van alle betrokken partijen aan de interne markt vergemakkelijken. De wijze waarop tussen de onderlinge verantwoordelijkheid van schuldeiser en schuldenaar wordt gebalanceerd vormt daarbij aandachtspunt. Is de verhouding tussen de verschillende remedies in het verbintenissenrecht effectief vorm gegeven? Worden de ongewenste consequenties van de ondoorzichtige en inconsistente stapeling van beschermingsinstrumenten van contractuele en buitencontractuele aard, die men thans in Europa ervaart, teruggedrongen? Is er voldoende aandacht gegeven aan de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de betrokken partijen.

Een wegingsfactor is voorts de in het stelsel besloten liggende samenhang, zowel intern als met andere onderdelen van het recht. Brengt het ontwerp de gevraagde consistentie en transparantie? Weerspiegelt het ontwerp de samenhang tussen de verschillende bronnen van verbintenissen? Wat is de verhouding tot het verbintenissenrechtelijke *acquis*. Een volgende maatstaf is of de te toetsen Europese standaard aansluit bij de ontwikkeling die in de verschillende Europese lidstaten waar te nemen is. Immers, waar aansluiting wordt gezocht bij deze ontwikkelingen, wordt de weg vrijgemaakt voor een in de tijd passende regulering van verbintenissen welke aldus tot haar recht kan komen. Is het te ontwerpen 28^{ste} stelsel ontsproten aan het evenwichtige samenspel van de in de maatschappij geldende (rechts)beginselen? Sluiten de paradigma's aan op de Europese informatiemaatschappij en de revolutie in digitale systemen en informatietechnologie?

Europeanisering noopt tot concurrentie van inhoudelijke argumenten. De gemeenschappelijke Europese rechtstraditie wordt gekenmerkt door een methode waarbij uit een open bronnenbestand van regels en argumenten wordt geput om in een concreet geval de beste uitkomst te realiseren. De realisatie van beter recht is nodig om de Europese standaard te verheffen tot sociale norm.

8 Europeanisering is een werkwoord

Met een stap voor stap benadering is de Europese regelgever op zich op de goede weg. Een proces als Europeanisering gedijt niet goed onder een plots van bovenaf opgelegde dwingende orde. De ontwikkeling van een optioneel instrument, onder meer gericht op de koop op afstand, is naar mijn mening een goede stap in de juiste richting. Beleidsmakers moeten er evenwel voor waken te voorzichtig te zijn en aldus momentum te verliezen. Een optioneel instrument dat uitsluitend voor de grensoverschrijdende handel kan worden ingezet en dat het recht voor nationale zaken geheel onverlet laat, zal weliswaar relatief op weinig weerstand

stuiten; men kan daar moeilijk tegen zijn. Maar ik betwijfel of het instrument in die vorm werkelijk de betekenis kan krijgen die het verdient, of beter: die het nodig heeft om verkozen te worden.

Een optioneel instrument wordt nu eenmaal naar aard getoetst aan de rechtspraktijk die het beoogt te dienen. Het besluit over de toepassing van het instrument wordt aan de markt overgelaten. Contractspartijen zullen het kiezen als het verwordt tot sociale norm; dit betekent dat het breed gedragen moet worden in de Europese samenleving. Dat vereist een inhoudelijk hoge kwaliteit en een betere verkoop van het Europese brandmerk. Echter in plaats van de kracht van de filosofie van de Unie in te zetten, ondergraaft de voorgenomen invulling die filosofie. De beperking van het instrument tot de grensoverschrijdende handel druist immers in tegen het vertrekpunt van de Europese Unie dat handelsbelemmeringen die worden opgeworpen in nationaal en internationaal verband gelijk moeten zijn. Het doorvoeren van deze beperking zou mijns inziens dan ook een misstap zijn.

De sleutel tot succes is het momentum te gebruiken en veel mensen tegelijkertijd met goede kwaliteit en eenvoud te bereiken. De eigen positie van het Europese instrument moet als het ware op het recht van de lidstaten worden veroverd. Het succes van dit optioneel instrument staat of valt immers met de populariteit hiervan. Als het kwalitatief beter recht is en het kwantitatief door rechtskeuze de meeste gelding krijgt, zal dit het nationale recht verder terugdringen. Dit laatste op een breder terrein dan het strikte toepassingsbereik van het optionele stelsel, omdat het Europese recht het nationale recht ook op aanverwant terrein tot aanpassing zal inspireren.