

Vergaderjaar 2010–2011

**22 112**

## **Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie**

**Nr. 1107**

### **BRIEF VAN DE MINISTER VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 7 december 2010

#### **Inleiding**

Op 1 juli 2010 heeft de Europese Commissie een Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen gepubliceerd. In deze brief geef ik u, mede namens de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, een weergave van de conceptreactie op het Groenboek. In de bijlage treft u de conceptreactie in haar geheel aan. De Europese Commissie bestudeert op dit moment op detailniveau artikelen voor een eventueel optioneel instrument voor Europees contractenrecht. Om invloed te kunnen uitoefenen op dat proces wordt in de conceptreactie op het Groenboek vrij uitgebreid ingegaan op vragen omtrent het internationaal privaatrecht en de voorwaarden waaraan een optioneel instrument zou moeten voldoen.

#### *Doel van het Groenboek*

De Commissie geeft aan dat het doel van het Groenboek is om de mogelijkheden voor te stellen om de interne markt te versterken door op het gebied van het Europees contractenrecht vooruitgang te boeken, en daarover een openbare raadpleging te starten. Afhankelijk van de evaluatie van de resultaten van de raadpleging kan de Europese Commissie verdere maatregelen voorstellen. De Commissie stelt in het Groenboek (p. 2) dat elk wetgevingsvoorstel vergezeld zal gaan van een passende effectbeoordeling.

#### *Inhoud van het Groenboek*

De Europese Commissie zet in het Groenboek zeven opties uiteen voor een instrument voor Europees contractenrecht. Deze opties variëren van het publiceren van onderzoeksresultaten tot een Europees Burgerlijk

Wetboek dat het recht van de lidstaten moet vervangen. Vervolgens worden voor het toepassingsgebied van het instrument verschillende mogelijkheden genoemd, te weten:

- a. moet het instrument zowel betrekking hebben op contracten tussen ondernemingen en consumenten als op contracten tussen ondernemingen onderling;
- b. moet het instrument zowel op grensoverschrijdende als op binnenlandse contracten betrekking hebben.

Ten slotte worden in het Groenboek vragen gesteld over de materiële werkingssfeer van het instrument:

- a. moet de werkingssfeer eng of ruim worden uitgelegd;
- b. moeten specifieke soorten contracten door het instrument worden gedekt;
- c. moeten naast het contractenrecht ook het recht inzake onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking en zaakwaarneming worden bestreken.

#### *Beoordelingscriteria en rechtsgrondslag*

Bij de beoordeling van het Groenboek heeft het kabinet een aantal beoordelingscriteria toegepast. Zo moet een instrument voor Europees contractenrecht een goed beschermingsniveau voor de consument bieden zonder onevenredige lasten voor het bedrijfsleven. Daarnaast moet het instrument van toegevoegde waarde zijn voor het bedrijfsleven: er moet sprake zijn van nut en noodzaak. Het instrument zal de deelname van ondernemers en consumenten aan de interne markt moeten vergemakkelijken. Ten slotte bepaalt de grondslag van een instrument in overwegende mate het toepassingsgebied daarvan. Nederland benadrukt dat eventuele steun voor een instrument van Europees contractenrecht afhangt van de aanwezigheid van een voldoende rechtsgrondslag in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en dat daarnaast voldaan moet zijn aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De artikelen 114, 115 en 352 VWEU zijn hier van belang. Artikelen 114 en 115 VWEU (oude artikelen 95 en 94) bieden een beperkte grondslag voor harmonisatie van nationaal recht indien dit van invloed is op de interne markt. Nederland steunt daarom geen opties die uitgaan van vervanging van het nationale (contracten)recht door een Europees contractenrecht of een Europees Burgerlijk Wetboek. Indien geen uitdrukkelijke bevoegdheid aanwijsbaar is in de verdragen, kan onder voorwaarden een beroep worden gedaan op artikel 352 VWEU (oud artikel 308). Maatregelen gebaseerd op artikel 352 VWEU mogen echter in gevallen waarin de Verdragen dat uitsluiten geen harmonisatie van de wetten van de lidstaten inhouden. Artikel 352 VWEU kan eventueel fungeren als grondslag voor een optioneel instrument maar biedt geen rechtsgrondslag voor een Europees Burgerlijk Wetboek dat nationale wetboeken vervangt. Nederland steunt daarom geen opties die uitgaan van vervanging van het nationale (contracten)recht door een Europees contractenrecht of een Europees Burgerlijk Wetboek.

#### *Impact assessment*

Nederland verzoekt de Commissie om een *impact assessment* uit te voeren. Daaruit zou met name moeten blijken in hoeveel gevallen bedrijven worden belemmerd om grensoverschrijdende handel te drijven door het ontbreken van een instrument voor Europees contractenrecht. Nederland heeft hier op nationaal niveau onderzoek naar laten doen door het Hague Institute for the Internationalisation of Law (HiIL) (zie Kamerstukken II 2008/09, 23 490, nr. 561). De respons op dit Nederlandse onderzoek was te gering om conclusies uit te kunnen trekken. Uit de Europese *impact assessment* zou wel duidelijk moeten worden wat de

gevolgen zijn voor ondernemingen en consumenten van het ontbreken cq. bestaan van een instrument voor Europees contractenrecht.

## **Weergave van de conceptreactie**

### *Algemeen*

Nederland moedigt initiatieven aan om de consistentie en kwaliteit van Europese regelgeving te verbeteren. Op vele terreinen zijn Europese verordeningen en richtlijnen met daarin regels van contractenrecht tot stand gekomen. Deze regels zijn onderling niet altijd consistent. In verschillende richtlijnen worden bijvoorbeeld verschillende definities van dezelfde begrippen gehanteerd.

Bovendien geldt dat ondanks diverse Europese harmonisatiepogingen er – deels navenante – verschillen zijn blijven bestaan tussen het contractenrecht van de lidstaten. Voor verschillen tussen het recht van landen bestaan vaak goede redenen, maar tegelijkertijd kunnen deze verschillen leiden tot versnippering van regels, (rechts)onzekerheid en extra kosten voor consumenten en ondernemingen. Nederland verwelkomt daarom het initiatief van de Commissie om te consulteren over een instrument voor Europees contractenrecht.

Nederland erkent de behoefte van contractspartijen aan voorspelbaarheid, eenvoud en rechtszekerheid. Aan die behoefte wordt op dit moment niet op alle rechtsgebieden voldaan. Nederland streeft zowel naar een instrument voor Europees contractenrecht dat rechtszekerheid, voorspelbaar-

heid en eenvoud biedt als naar een hoog beschermingsniveau voor zwakkere partijen. Dit kan op verschillende manieren worden bereikt. Een manier is volledige harmonisatie van het nationale contractenrecht van de lidstaten. Een dergelijke harmonisatie kan bijdragen aan voorspelbaarheid, eenvoud en rechtszekerheid en daardoor aan verbetering van de werking van de interne markt. Harmonisatie zal echter niet alle problemen oplossen: ook bij volledige harmonisatie van het contractenrecht zal de interne markt belemmeringen blijven ondervinden door onder meer verschillen tussen de lidstaten in taal en (kosten, inrichting en duur van) civiele procedures. Bovendien grijpt een dergelijke volledige harmonisatie vergaand in op het nationale recht van de lidstaten en is deze daarom niet haalbaar. In dat geval zou een optioneel instrument voor Europees contractenrecht een alternatief zijn dat lidstaten niet dwingt tot aanpassing van hun nationale regeling inzake contractenrecht.

### *De juridische aard van een instrument voor Europees contractenrecht*

#### *Optie 1: Publicatie van de resultaten van de deskundigengroep*

Optie 1 is de minst vergaande optie. In deze variant worden alleen de resultaten van een deskundigengroep gepubliceerd. De Europese Commissie heeft een deskundigengroep de opdracht gegeven 150 artikelen te selecteren uit een eerder wetenschappelijk ontwerp voor een gemeenschappelijk referentiekader voor Europees contractenrecht. Nederland is voorstander van onmiddellijke publicatie van de onderzoeksresultaten van de deskundigengroep zodra deze gereed zijn. Consistentie en kwaliteit van regelgeving vergen echter verdergaande maatregelen dan omschreven onder deze optie.

#### *Optie 2: een officieel «instrumentarium» voor de wetgever*

Optie 2 betreft een zogenaamde gereedschapskist voor de Europese wetgever voor het maken van betere wetgeving. Een dergelijke gereedschapskist zou bijvoorbeeld definities, beginselen en modelregels kunnen

bevatten. Door gebruik van een dergelijke gereedschapskist zou Europese wetgeving coherenter kunnen worden.

Optie 2 is onderverdeeld in optie 2a (een instrumentarium dat alleen geldt voor de Europese Commissie) en optie 2b (een instrumentarium dat geldt voor de Europese wetgever, te weten zowel de Europese Commissie als de Raad en het Europees Parlement).

In eerdere Raadsconclusies is gepleit voor het ontwikkelen van een instrument voor de Europese wetgever dat behulpzaam kan zijn bij het maken van betere en consistentere Europese wetgeving. In overeenstemming met deze eerdere Raadsconclusies ondersteunt Nederland daarom in ieder geval een Europees contractenrecht instrument in de vorm van een «gereedschapskist» voor de Europese wetgever. Om tot een zo groot mogelijke mate van consistentie van Europese regelgeving te komen, dient een dergelijk instrument volgens Nederland niet alleen voor de Europese Commissie (optie 2a) maar ook voor de Raad en het Europees Parlement te gelden (optie 2b). De gereedschapskist zou de vorm moeten krijgen van een inter-institutioneel akkoord. Voordat er een dergelijk inter-institutioneel akkoord bereikt zou zijn, zou de Europese Commissie zich er al aan kunnen houden.

Om de coherentie zo groot mogelijk te laten zijn, zou deze gereedschapskist een bredere reikwijdte moeten hebben dan alleen contractenrecht. Het instrument zou verder alleen moeten gelden voor toekomstige voorstellen en niet voor bestaande richtlijnen en verordeningen. Het aanpassen van bestaande regelingen aan de gereedschapskist zou een te omvangrijke operatie zijn voor de Europese en de nationale wetgevers. Bij nieuwe voorstellen zouden de definities en regels van het instrument in principe moeten worden gebruikt. Wordt in een nieuwe richtlijn bijvoorbeeld gebruik gemaakt van een bepaald begrip, zoals «aanbod» of «consument», dan geldt in beginsel de uitleg die het instrument voor Europees contractenrecht daaraan geeft. Afwijken van het instrument zou alleen in uitzonderingsgevallen mogelijk moeten zijn, mits deugdelijk gemotiveerd.

### *Optie 3: Een aanbeveling van de Commissie over Europees contractenrecht*

Optie 3 bestaat uit twee mogelijkheden. In de eerste plaats kan de Commissie de lidstaten aanmoedigen om hun nationale contractenrecht te vervangen door een instrument voor Europees contractenrecht. In de tweede plaats kan de Commissie de lidstaten aanmoedigen om het instrument voor Europees contractenrecht als een facultatieve regeling over te nemen, waardoor contractpartijen een alternatief wordt geboden naast het nationale contractenrecht van deze partijen. Een dergelijk alternatief contractenrecht voor nationale contracten en grensoverschrijdende contracten zou ertoe leiden dat een onderneming op zijn nationale en zijn grensoverschrijdende contracten dezelfde set regels kan toepassen.

De eerste variant van optie 3 steunt Nederland niet. Vervanging van het nationale recht grijpt diep in op het recht en de soevereiniteit van lidstaten. De ontwikkeling van een Europees contractenrecht ten behoeve van een goede werking van de interne markt rechtvaardigt een zo vergaand ingrijpen niet.

Nederland neemt de tweede variant van optie 3 in overweging mits een toegevoegde waarde voor de rechtspraktijk voldoende blijkt. Nederland verzoekt de Europese Commissie daarom om een *impact assessment* uit te voeren. Als gezegd, zou daaruit met name moeten blijken in hoeveel gevallen bedrijven worden belemmerd om grensoverschrijdende handel te drijven door het ontbreken van een Europees contractenrecht. Duidelijk zou moeten worden wat de gevolgen zijn voor ondernemingen en consumenten van het ontbreken cq. bestaan van een instrument voor

Europees contractenrecht. Nederland acht het in dit kader ook van belang dat aandacht wordt besteed aan de verhouding van het Europees instrument tot andere initiatieven op het terrein van Europees contractenrecht, zoals de richtlijn consumentenrechten. Nederland stelt wel een aantal voorwaarden aan optie 3 (zie de conceptreactie in de bijlage). Deze voorwaarden zien o.a. op de bescherming van consumenten en (tegelijktijd) het opzij moeten kunnen zetten van dwingend nationaal (consumenten)recht.

*Optie 4: een verordening tot vaststelling van een facultatief instrument voor Europees contractenrecht*

Bij optie 4 gaat het om een instrument waarvoor partijen kunnen kiezen als een alternatief voor het toepasselijke nationale contractenrecht. In tegenstelling tot optie 3, wordt het echter niet aan de lidstaten zelf overgelaten of zij een dergelijk instrument in hun nationale contractenrecht willen opnemen: de verordening met daarin het optionele Europees contractenrecht geldt gelijkelijk in alle lidstaten. Nederland meent dat een optioneel instrument in de vorm van een verordening kan bijdragen aan de rechtszekerheid binnen de Europese Unie. Evenals bij optie 3 is Nederland van mening dat een dergelijk instrument gerechtvaardigd is wanneer de toegevoegde waarde hiervan blijkt uit een *impact assessment*. Nederland stelt aan optie 4 dezelfde voorwaarden als aan optie 3.

*Optie 5: Een richtlijn over Europees contractenrecht*

Deze optie bestaat uit een richtlijn over Europees contractenrecht waarbij het nationale contractenrecht van de lidstaten wordt geharmoniseerd op grond van gemeenschappelijke minimumnormen. Om twee redenen steunt Nederland deze optie niet. Nederland is van oordeel dat optie 5 – evenals opties 6 en 7 – onnodig ver ingrijpt in het nationale recht en nauwelijks kan bijdragen aan de verbetering van de interne markt. Bij een richtlijn blijven er immers verschillen tussen het nationale recht van de lidstaten bestaan omdat de richtlijn moet worden omgezet in nationaal recht. Het is daarnaast twijfelachtig of er voldoende rechtsgrondslag is voor een richtlijn waarbij het contractenrecht wordt geharmoniseerd.

*Opties 6 en 7: Een verordening tot vaststelling van een Europees contractenrecht of burgerlijk wetboek*

Deze opties beschrijven een verordening tot vaststelling van een Europees contractenrecht respectievelijk een verordening tot vaststelling van een Europees Burgerlijk Wetboek. Nederland wijst deze opties nog sterker af dan optie 5 omdat opties 6 en 7 te ver ingrijpen in het nationale recht en voor deze opties geen rechtsgrondslag in het gewijzigde EU-Verdrag bestaat.

*Het toepassingsgebied van een instrument voor Europees contractenrecht*

De Europese Commissie vraagt in het Groenboek wat de visie van de lidstaten is op het toepassingsgebied van een instrument voor Europees contractenrecht.

Nederland is van oordeel dat een instrument voor Europees contractenrecht van toepassing zou moeten zijn op contracten tussen ondernemingen onderling en tussen ondernemingen en consumenten. Er zou één instrument ontwikkeld moeten worden zodat versnippering van regelgeving wordt voorkomen. Bovendien gelden de basisbeginselen (totstandkoming, niet-nakoming enz.) voor alle contracten gelijkelijk, ongeacht de hoedanigheid van de contractspartijen (onderneming of consument). Buiten deze gelijke basisbeginselen, zou het instrument voor contracten met bepaalde contractspartijen, zoals consumenten, aanvullende

dwingende regels moeten bevatten. De hiervoor reeds bestaande Europese regels, zoals vastgelegd in de consumentenrichtlijnen, moeten daartoe worden verdisconteerd in het instrument. Dat betekent dat de maximaal te harmoniseren onderdelen van de kaderrichtlijn consumentenrechten waarover op dit moment wordt onderhandeld, één op één moeten worden overgenomen in het instrument voor Europees contractenrecht. Het optioneel instrument zal voor die maximaal geharmoniseerde onderdelen geen toegevoegde waarde hebben voor wat betreft het beschermingsniveau voor de consument. De onderdelen van de kaderrichtlijn consumentenrechten die minimaal geharmoniseerd worden, dienen voor een optioneel instrument voor Europees contractenrecht als vertrekpunt dat nader kan worden ingevuld. Op die onderdelen kan het Europees instrument wel toegevoegde waarde hebben voor de consument.

Los van het beschermingsniveau kan een optioneel instrument toegevoegde waarde hebben voor consumenten en ondernemingen doordat het één set regels biedt die partijen kunnen kiezen ongeacht waar en met wie men contracteert.

In het kader van de rechtszekerheid en het tegengaan van versnippering van regels is Nederland er voorstander van dat een instrument voor Europees contractenrecht van toepassing is op zowel online als offline gesloten contracten. Zou het instrument niet op zowel online als offline gesloten contracten toepasselijk zijn, dan zou op een aankoop in de winkel van een bedrijf ander recht toepasselijk zijn dan op dezelfde aankoop via de webwinkel van hetzelfde bedrijf. Een koper moet erop kunnen vertrouwen dat bij aankopen offline en online bij dezelfde verkoper hetzelfde regime geldt. Ook zal niet altijd duidelijk zijn of men te maken heeft met een online of een offline contract als koper en verkoper zowel online als offline contact hebben. Bijvoorbeeld als de koper online informatie inwint en onderhandelt en vervolgens het product in de winkel ophaalt, of juist andersom.

De voorkeur van Nederland voor één instrument voor zowel online als offline contracten laat echter onverlet dat de toegevoegde waarde van een Europees instrument bij online-contracten het grootste zal zijn. In de praktijk zitten aan online contracten tot nu toe vaker grensoverschrijdende aspecten dan aan offline contracten. Daarnaast is het voor een partij bij een online-contract soms minder makkelijk vast te stellen waar haar wederpartij zich bevindt en is niet altijd duidelijk of er in het gegeven geval sprake is van een nationaal of van een grensoverschrijdend contract. De bijzondere aard van online contracten brengt met andere woorden mee dat hier de behoefte aan een eenduidige regeling voor contractenrecht groot is. Nederland is van mening dat een Europees instrument hier een grote rol bij zou kunnen spelen.

#### *Materiële werkings sfeer van het instrument*

In het Groenboek wordt een aantal vragen gesteld met betrekking tot de materiële werkings sfeer van een mogelijk instrument. De definitieve beantwoording van deze vragen vergt meer tijd dan de termijn voor de beantwoording van het Groenboek toelaat en nadere studie, ook van de Europese Commissie. Nederland acht de goederenrechtelijke onderwerpen in ieder geval niet rijp voor een Europese regeling. Onderwerpen op het terrein van de onrechtmatige daad zouden eventueel wel Europees geregeld kunnen worden. Daarbij moet wel aangetekend worden dat lidstaten de grens tussen het contractenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht niet alle op dezelfde plaats leggen. Misleidende reclame is een voorbeeld van een onderwerp dat zowel contractuele als buiten-contractuele, en zelfs publiekrechtelijke aspecten kent.

Nadere analyse, ook door de Commissie, is daarom nodig van: a) de afbakening van wat als contractenrecht moet worden beschouwd en b) de verhouding tussen het optionele instrument en nationale wetgeving, bestaande EU-instrumenten en internationale verdragen. Contracten die (al dan niet online) gesloten worden op de interne markt hebben bijvoorbeeld ook vaak betrekking op telecom, reizen en vervoer of financiële diensten. Bij met name de telecom- en financiële contracten speelt de vraag hoe de verhouding van een internationaal instrument zou zijn ten opzichte van dwingend recht op deze terreinen dat veelal publiekrechtelijk in plaats van privaatrechtelijk is geregeld. Voor bepaalde contracten, zoals vervoercontracten, bestaan al veel internationaal eenvormige regels.

Het instrument moet zowel de algemene als enkele specifieke veel voorkomende contracten zoals koop van roerende zaken en dienstverlening regelen. Welke sectorspecifieke contracten eventueel onder het instrument zouden kunnen vallen, vergt nadere bestudering.

De minister van Veiligheid en Justitie,  
I. W. Opstelten

## **Reactie van Nederland op het Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen COM (2010) 348**

### **Algemeen**

Nederland verwelkomt het initiatief van de Commissie om te consulteren over een instrument voor Europees contractenrecht.

Op vele terreinen zijn Europese verordeningen en richtlijnen met daarin regels van contractenrecht totstandgekomen. Nederland heeft geconstateerd dat deze verschillende instrumenten op onderdelen niet coherent zijn. Nederland moedigt initiatieven aan om deze instrumenten beter op elkaar af te stemmen en zo de kwaliteit van Europese regelgeving te verbeteren.

In overeenstemming met eerdere Raadsconclusies ondersteunt Nederland daarom in ieder geval een Europees contractenrecht instrument als gereedschapskist voor de Europese wetgever (Europese Commissie, Raad en Europees Parlement) (optie 2b). Om de coherentie zo groot mogelijk te laten zijn, zou deze gereedschapskist een bredere reikwijdte moeten hebben dan alleen contractenrecht.

Ondanks de diverse Europese harmonisatiepogingen zijn er – deels navenante – verschillen blijven bestaan tussen het contractenrecht van de lidstaten. Deze verschillen kunnen leiden tot versnippering van regels, (rechts)onzekerheid en extra kosten voor consumenten en ondernemingen. Om de rechtszekerheid te dienen en versnippering van regels te voorkomen is voor Nederland essentieel dat een instrument voor Europees contractenrecht van toepassing is op zowel online als offline gesloten contracten.

Ook bij volledige harmonisatie van het contractenrecht zou de interne markt belemmeringen blijven houden door onder meer verschillen tussen de lidstaten in taal en (kosten, inrichting en duur van) civiele procedures. Harmonisatie van het contractenrecht kan dus wel bijdragen aan verbetering van de werking van de interne markt, maar zal niet alle problemen oplossen.

Nederland erkent de behoefte van contractspartijen aan voorspelbaarheid, eenvoud en rechtszekerheid. Aan die behoefte wordt op dit moment niet op alle rechtsgebieden voldaan. Dat geldt met name wanneer partijen bij een internationaal contract wel een rechtskeuze kunnen maken, maar partijen niet de bescherming kunnen verliezen van de dwingende regels van het recht dat zonder die rechtskeuze toepasselijk zou zijn. Voor het niet opzij kunnen zetten van bepaalde dwingende regels bestaan goede redenen, zoals de bescherming van consumenten, werknemers of verzekeringnemers. Nederland onderschrijft deze redenen omdat deze groepen alleen door het bestaan van bepaalde wettelijke beschermende waarborgen in een evenwichtige relatie tot hun contractuele wederpartijen kunnen komen te staan. Ook verwacht Nederland dat consumenten eerder bereid zullen zijn grensoverschrijdend aankopen te doen als zij zich beschermd weten.

Nederland streeft dus naar een contractenrecht dat zowel rechtszekerheid, voorspelbaarheid en eenvoud biedt voor grensoverschrijdende situaties als een hoog beschermingsniveau voor zwakkere partijen. Dit kan op verschillende manieren worden bereikt. Een daarvan is volledige harmonisatie. Dit grijpt echter vergaand in op het nationale recht van de lidstaten en is daarom op een aantal terreinen niet haalbaar. In dat geval zou een optioneel instrument een alternatief zijn dat lidstaten niet dwingt tot aanpassing van hun nationale regeling inzake contractenrecht.

Vanwege in ieder geval de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit heeft het de voorkeur dat een Europees optioneel instrument zich



concentreert op internationale contracten en niet op nationale contracten. Nederland heeft overigens begrepen dat het voornemen van de Europese Commissie ook is om een de toepasselijkheid van een eventuele optioneel instrument in de vorm van een verordening te beperken tot grensoverschrijdende contracten. Als deze informatie juist is, is het voor Nederland een aandachtspunt om te bestuderen in hoeverre ervoor gezorgd wordt dat handelaren en consumenten het optioneel instrument zowel op grensoverschrijdende als op nationale contracten kunnen toepassen.

### **De Nederlandse visie**

Bij de beoordeling van het Groenboek vraagt Nederland met name aandacht voor:

- a. een impact assessment met betrekking tot de bescherming van consumenten en de belangen van ondernemingen;
- b. een voldoende rechtsgrondslag;
- c. de regels van internationaal privaatrecht uit de Verordening Rome I.

#### *Impact assessment*

Nederland verzoekt de Commissie om een *impact assessment* uit te voeren. Daaruit zou met name moeten blijken in hoeveel gevallen bedrijven worden belemmerd om grensoverschrijdende handel te drijven door het ontbreken van een Europees contractenrecht. Uit het *impact assessment* zou duidelijk moeten worden wat de gevolgen zijn voor ondernemingen en consumenten van het ontbreken cq. bestaan van een instrument voor Europees contractenrecht. Onderdeel van het *impact assessment* zou ook kunnen uitmaken de behoefte aan bescherming van een SME (*small or medium enterprise*) in diens relatie tot een groot bedrijf. Een optioneel instrument zou een bepaling kunnen bevatten dat de consumentbeschermende bepalingen in voorkomend geval ook van toepassing kan zijn op een dergelijke verhouding voorzover die SME met een consument gelijkgesteld kan worden (reflexwerking). Nederland heeft een voorkeur voor een dergelijke reflexwerking voor uitzonderingsgevallen boven een regeling die voor alle *business to consumer* (b2c) en *business to SME* (b2SME) contracten eenzelfde bescherming biedt, die dan gemiddeld lager ligt dan voor b2c contracten wenselijk is.

#### *Voldoende rechtsgrondslag*

De rechtsgrondslag van een instrument bepaalt in overwegende mate het toepassingsgebied daarvan. Nederland benadrukt dat eventuele steun voor een instrument van Europees contractenrecht afhangt van de aanwezigheid van een voldoende rechtsgrondslag in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Tevens moet uiteraard worden voldaan aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Nederland steunt daarom geen opties die uitgaan van vervanging van het nationale (contracten)recht door een Europees contractenrecht of een Europees Burgerlijk Wetboek.

In het VWEU bestaan slechts enkele mogelijkheden waarop een instrument van Europees Contractenrecht gebaseerd zou kunnen worden. Artikelen 114 en 115 VWEU (oude artikelen 95 en 94) bieden een beperkte grondslag voor harmonisatie van nationaal recht indien dit van invloed is op de interne markt. Indien geen uitdrukkelijke bevoegdheid aanwijsbaar is in de verdragen, kan onder voorwaarden een beroep worden gedaan op artikel 352 VWEU (oud artikel 308). Maatregelen gebaseerd op artikel 352 VWEU mogen echter in gevallen waarin de Verdragen dat uitsluiten geen harmonisatie van de wetten van de lidstaten inhouden. Artikel 352 VWEU kan eventueel fungeren als grondslag voor een optioneel instrument maar

biedt geen rechtsgrondslag voor een Europees Burgerlijk Wetboek dat de nationale wetboeken vervangt.

### *Internationaal privaatrecht*

De regels van internationaal privaatrecht die het toepasselijke recht aanwijzen in situaties met grensoverschrijdende aspecten, zijn met name van belang in relatie tot een optioneel instrument. Op grond van artikel 6 van Verordening Rome I hebben partijen bij een consumentenovereenkomst die voldoet aan de voorwaarden van artikel 6 lid 1 Rome I, maar een beperkte rechtskeuzebevoegdheid. De rechtskeuze mag er niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft. Artikel 6 Rome I heeft dus tot gevolg dat regels uit verschillende landen van toepassing kunnen zijn op een consumentenovereenkomst: de dwingende regels van het recht van het land van de consument en voor het overige de regels conform de rechtskeuze. Bovendien leidt artikel 6 Rome I ertoe dat een onderneming niet op al zijn contracten met consumenten uit verschillende lidstaten hetzelfde recht kan toepassen.

Als partijen bij een grensoverschrijdend contract voor een optioneel instrument kiezen als het toepasselijk recht op hun contract (een rechtskeuze als bedoeld in Rome I), doen zich twee complicaties voor. De eerste complicatie doet zich voor bij b2c contracten die voldoen aan de voorwaarden van artikel 6 lid 1 Rome I. Voor de aanwijzing van het toepasselijk recht op een grensoverschrijdend b2c-contract, is als gezegd artikel 6 Rome I van toepassing. Dat betekent dat de dwingende regels blijven gelden van het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft. Partijen blijven dan met verschillende rechtssystemen geconfronteerd worden. Deze eerste complicatie is op te lossen door te bepalen dat het optioneel instrument ook voortgaat op de dwingende regels van het overigens toepasselijke recht. De tweede complicatie ligt hierin dat, hoe volledig een optioneel instrument ook probeert te zijn, de kans groot is dat er in de contractuele relatie tussen partijen vragen overblijven waarop het optioneel instrument geen antwoord geeft. De vraag rijst dan aan de hand van welk recht die vragen moeten worden beantwoord. Voor deze tweede complicatie bestaan verschillende oplossingen. Een mogelijkheid is om partijen het optioneel instrument te laten kiezen als onderdeel van een nationaal recht. Dat nationale recht beantwoordt dan de vragen waarop het optioneel instrument geen antwoord geeft. In b2b contracten kan dat door partijen het optioneel recht te laten kiezen als onderdeel van een door hen gekozen nationale recht. In b2c contracten kan dat door het optioneel recht te laten kiezen als onderdeel van het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft. Een andere oplossing voor de tweede complicatie is partijen (in b2b relaties) er op te wijzen dat zij voor de vragen waarop het optioneel instrument geen antwoord geeft, nog een toepasselijk recht moeten aanwijzen. Voor b2c contracten zou bepaald moeten worden dat op vragen waarop het optioneel instrument geen antwoord geeft het recht van de gewone verblijfplaats van de consument toepasselijk is. In termen van Rome I gaat het dan om soort *depeçage* (het opsplitsen van vragen die door het optioneel instrument worden beheerst en vragen die daar niet door worden beheerst). Partijen blijven dan met de toepassing van verschillende rechtssystemen op hun contract geconfronteerd worden. Dit probleem kan worden verkleind door het optioneel instrument zoveel mogelijk aspecten van het contract te laten regelen.

### *Voorwaarden voor een optioneel instrument*

Mits de toegevoegde waarde voor de rechtspraak uit een *impact assessment* blijkt, zou Nederland een optioneel instrument voor Europees contractenrecht kunnen ondersteunen. Gelet op de belangen van consumenten en ondernemingen, de rechtsgrondslag en de regels van internationaal privaatrecht moet een Europees optioneel instrument volgens Nederland aan een aantal voorwaarden voldoen. Een optioneel instrument:

- a. moet een zorgvuldig gekozen, afdoende rechtsgrondslag hebben en voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit;
- b. moet beschikbaar zijn voor contracten tussen business-to-business (b2b), business-to-consumer (b2c) en consumer-to-consumer (c2c) met, voor zover aan de orde, een hoog beschermingsniveau voor consumenten.
- c. (mits voldaan aan de overige voorwaarden) moet zo volledig mogelijk zijn en zowel regelende als dwingendrechtelijke bepalingen bevatten maar hoeft niet een even ruime reikwijdte te hebben als een gereedschapskist. Het grote voordeel van een optioneel instrument is dat het één set regels biedt die partijen kunnen kiezen ongeacht waar en met wie men contracteert. Om dat voordeel te bieden moet het optioneel instrument zo volledig mogelijk zijn;
- d. moet zowel op online als offline contracten toepasselijk zijn, waarbij voor op afstand gesloten contracten net als nu (eventueel) aanvullende regelingen gelden. Zou het instrument niet op zowel online als offline gesloten contracten toepasselijk zijn, dan zou op een aankoop in de winkel van een bedrijf ander recht toepasselijk zijn dan op dezelfde aankoop via de webwinkel van hetzelfde bedrijf. Een koper moet erop kunnen vertrouwen dat bij aankopen offline en online bij dezelfde verkoper hetzelfde regime geldt. Ook zal niet altijd duidelijk zijn of men te maken heeft met een online of een offline contract als koper en verkoper zowel online als offline contact hebben. Bijvoorbeeld als de koper online informatie inwint en onderhandelt en vervolgens het product in de winkel ophaalt, of juist andersom;
- e. moet zowel de algemene als enkele specifieke contracten zoals koop van roerende zaken en dienstverlening regelen. Welke specifieke contracten precies onder het optioneel instrument zouden moeten vallen, vergt nadere bestudering. Een nader onderzoek zou in elk geval moeten kijken naar veelvoorkomende contracten, bijvoorbeeld telecom, reizen en vervoer;
- f. behoeft nadere analyse, ook door de Commissie, voor wat betreft a) de afbakening van wat als contractenrecht wordt beschouwd en b) de verhouding tussen het optionele instrument en andere nationale wetten dan het contractenrecht (bijvoorbeeld financieel toezichthouders en internationale regelingen op het terrein van het contractenrecht zoals het Weens Koopverdrag);
- g. moet bij een internationaal contract als onderdeel van een nationaal recht gekozen kunnen worden (vgl. opmerking Groenboek p. 9) (zie ook hiervoor de paragraaf over internationaal privaatrecht). Dit zou betekenen dat een keuze wordt gemaakt voor een nationaal recht en daarbinnen voor het optionele instrument. Een dergelijke keuze verdient de voorkeur boven een directe keuze voor het optionele instrument. De keuze voor het optionele instrument via het nationale recht heeft namelijk als voordeel dat duidelijk is welk recht toepasselijk is op onderwerpen die het optionele instrument niet regelt;
- h. moet dwingend recht ook in b2c verhoudingen opzij kunnen zetten (zie ook hiervoor de paragraaf over internationaal privaatrecht). Rome I staat in de huidige vorm niet toe dat van bepaalde dwingende regels van nationaal recht wordt afgeweken. Een optioneel instrument kan alleen ten volle bijdragen aan een eenvoudig en voorspelbaar

systeem als het optioneel instrument ook de dwingendrechtelijke bepalingen opzij zet van het recht dat anders op grond van Rome I toepasselijk zou zijn. De rechtvaardiging voor het opzij kunnen zetten van dwingend recht bij een keuze voor het optioneel instrument is dat een optioneel instrument Europees recht is en niet een willekeurig nationaal recht van een willekeurig land. Een optioneel instrument moet dus zelf de waarborgen bevatten die anders door de dwingende bepalingen van het nationale recht van de consument geboden zouden worden;

- i. moet rekening houden met bestaande en aanstaande instrumenten, waaronder de kaderrichtlijn consumentenrechten en de richtlijn grensoverschrijdende zorg. Om tegenstrijdigheden te voorkomen moet de kaderrichtlijn consumentenrechten in het optionele instrument verdisconteerd worden. Daarbij moet het niveau van rechtsbescherming voor de onderdelen die maximumharmonisatie zijn, worden gehandhaafd. Zou in de kaderrichtlijn op onderdelen sprake zijn van minimumharmonisatie, dan moet het optioneel instrument op die onderdelen volwaardige bescherming bieden;
- j. moet voorzien in een mechanisme dat het mogelijk maakt het steedsaan te passen aan toekomstige wijzigingen van het acquis.

#### *Voor wie het instrument optioneel is*

Aandacht vergt de vraag voor wie het instrument optioneel moet zijn. Bij b2c contracten schrijft in de praktijk de handelaar het toepasselijk recht voor (behoudens de dwingende regels van het recht van de consument). Voor de consument rest dan de keuze tussen instemmen met de keuze van de handelaar of het contract niet sluiten. Nederland is van oordeel dat het instrument voor de handelaar optioneel moet zijn in de zin dat hij niet verplicht moet zijn het optioneel instrument aan te bieden. Indien de handelaar van oordeel is dat de inhoud van het optioneel instrument voor hem ongunstiger is dan het ingevolge Rome I toepasselijke recht dan zou hij moeten kunnen volstaan met het volgen van de regels van Rome I. Op het eerste gezicht lijkt het wenselijk om het instrument ook optioneel te laten zijn voor de consument. Het verplicht aanbieden aan de consument van de keuze tussen het optioneel instrument en het ingevolge Rome I toepasselijke recht is echter praktisch moeilijk voorstelbaar. Onnodige administratieve handelingen zouden vereist zijn als de consument bij iedere aankoop in de winkel zou moeten aangeven of hij het optioneel instrument wil. Nederland is daarom van oordeel dat het de handelaar vrij zou moeten staan uitsluitend het optioneel instrument aan te bieden. Voor de consument rest dan, net als nu het geval is, de keuze tussen instemmen met de keuze van de handelaar en het contract niet sluiten. Nederland stelt daarbij wel als voorwaarde dat het optioneel instrument de consument een hoog beschermingsniveau biedt (ten minste even hoog als of hoger dan het consumentenacquis).

Als gezegd, zou voor de eenvoud en aantrekkelijkheid van het instrument ook voor consumenten, kunnen worden bepaald dat in consumentencontracten het optioneel instrument steeds gekozen wordt als onderdeel van het nationale recht van de gewone verblijfplaats van de consument. Zo zouden vragen waarop het optioneel instrument geen antwoord geeft, worden beantwoord aan de hand van het recht van de woonplaats van de consument.

Tegelijkertijd moet het instrument ook voor de handelaar voldoende aantrekkelijk zijn, wil hij het aanbieden. Voor de internationaal opererende handelaar hoeft een optioneel instrument met een hoog beschermingsniveau voor de consument geen belemmering te zijn om het instrument te kiezen. De voordelen voor de handelaar kunnen ook zitten in de mogelijk-

heid om op al zijn contracten hetzelfde recht toe te passen en bij elk contract te kunnen volstaan met één set regels. Vereist is dan wel dat de regeling over dwingend recht in artikel 6 Rome I niet van toepassing is indien wordt gekozen voor het optioneel instrument.

Wanneer het optioneel instrument de vorm krijgt van een verordening die alleen van toepassing is op grensoverschrijdende contracten, verdient het aanbeveling dat de Europese Commissie de lidstaten in de gelegenheid stelt en stimuleert om het optioneel instrument ook als keuzemogelijkheid aan te bieden voor nationale contracten. Partijen zouden dan dus ook bij een nationaal contract ook voor het optionele instrument kunnen kiezen (een materieelrechtelijke rechtskeuze) in plaats van de regels uit het nationale recht.

### **De juridische aard van een instrument voor Europees contractenrecht**

#### *Optie 1: Publicatie van de resultaten van de deskundigengroep*

Nederland is voorstander van onmiddellijke publicatie van de onderzoeksresultaten zodra deze gereed zijn. Consistentie van regelgeving vergen echter verdergaande maatregelen zoals in optie 2 worden beschreven.

#### *Optie 2: een officieel «instrumentarium» voor de wetgever*

In eerdere Raadsconclusies is gepleit voor het ontwikkelen van een instrument voor de Europese wetgever voor het maken van betere en consistentere wetgeving. Dat is nog steeds belangrijk. Om tot consistentie te komen, zou het instrument niet alleen voor de Commissie (optie 2a) maar ook voor de Raad en het Europees Parlement moeten gelden (optie 2b). Het instrument zou alleen moeten gelden voor toekomstige voorstellen, niet voor bestaande richtlijnen en verordeningen. Bij nieuwe voorstellen zouden de definities en regels van het instrument in principe moeten worden overgenomen. Waar in een richtlijn wordt verwezen naar een bepaald begrip, bijvoorbeeld «aanbod» of «consument», geldt dan in beginsel de uitleg die het instrument voor Europees contractenrecht daaraan geeft. Afwijking daarvan zou alleen in uitzonderingsgevallen en deugdelijk gemotiveerd moeten kunnen.

Een dergelijk instrument zou de vorm kunnen krijgen van een interinstitutioneel akkoord. Voordat er een interinstitutioneel akkoord is, zou de Europese Commissie zich er al aan kunnen houden.

Nederland geeft de voorkeur aan het opnemen van verschillende opties in het instrument voor verschillende, scherp omschreven, situaties. De gereedschapskist zou bijvoorbeeld een regeling voor een herroepingsrecht, een recht op vernietiging of een recht op ontbinding kunnen bevatten. In nieuwe voorstellen kan dan een van die mogelijkheden worden gekozen. De gronden daarvoor moeten zodanig worden omschreven dat in verschillende richtlijnen en verordeningen voor dezelfde situaties dezelfde oplossingen worden gekozen.

Om tot consistentere Europese wetgeving te komen, heeft Nederland zich altijd voorstander betoond van een breed toepassingsgebied van een gereedschapskist. Het toepassingsgebied van de gereedschapskist wordt bepaald door de kwalificatie. Eenzelfde vordering kan in lidstaten verschillend worden gekwalificeerd (bijvoorbeeld als contractueel of als onrechtmatige daad). Het instrument moet zowel de algemene als enkele specifieke contracten zoals koop van roerende zaken en dienstverlening regelen. Welke specifieke contracten precies onder het instrument zouden moeten vallen, vergt nadere bestudering. Een nader onderzoek zou in elk geval moeten kijken naar veel voorkomende contracten.

*Optie 3: Een aanbeveling van de Commissie over Europees contractenrecht*

Optie 3 bestaat uit twee mogelijkheden. In de eerste plaats kan de Commissie de lidstaten aanmoedigen om hun nationale contractenrecht te vervangen door het Europees instrument. In de tweede plaats kan de Commissie de lidstaten aanmoedigen om het instrument voor Europees contractenrecht als een facultatieve regeling over te nemen, waardoor contractpartijen een alternatief wordt geboden voor de regelingen inzake contractenrecht uit hun nationale recht. De eerste variant van optie 3 steunt Nederland niet. Vervanging van het nationale recht gaat verder dan het doel dat het Europees contractenrecht dient, namelijk de verbetering van de interne markt. De tweede variant steunt Nederland indien wordt voldaan aan een aantal voorwaarden (a t/m j) dat in deze reactie staat beschreven.

De Commissie zou de lidstaten kunnen aanmoedigen in hun nationale recht op te nemen dat contractspartijen voor het optionele instrument kunnen kiezen in plaats van de regels uit het nationale recht. Dit betreft dan een materieelrechtelijke rechtskeuze. Bij voorkeur bevat het optioneel instrument een zo volledig mogelijke regeling zodat een eenvoudig systeem ontstaat met weinig aanvullende regels van nationaal recht.

*Optie 4: een verordening tot vaststelling van een facultatief instrument voor Europees contractenrecht*

Een optioneel instrument in de vorm van een verordening kan bijdragen aan de rechtszekerheid binnen de Europese Unie. Nederland steunt de ontwikkeling van een optioneel instrument mits wordt voldaan aan de reeds genoemde voorwaarden (a t/m j), zie p. 4–5 van deze reactie. Nederland heeft begrepen dat het voornemen is een voorstel voor een verordening met een optioneel instrument alleen toepasselijk te laten zijn op grensoverschrijdende verhoudingen. Indien dit zo'n voorstel daadwerkelijk door de Europese Commissie wordt gepresenteerd, dan verdient het aanbeveling dat de Europese Commissie de lidstaten in de gelegenheid stelt en stimuleert om het optioneel instrument ook als keuzemogelijkheid aan te bieden voor nationale contracten. Partijen zouden dan dus ook bij een nationaal contract voor het optionele instrument kunnen kiezen (een materieelrechtelijke rechtskeuze) in plaats van de regels uit het nationale recht.

Voor nationale contracten biedt optie 3 een mogelijkheid. Bij een contract met grensoverschrijdende aspecten zou een optioneel instrument bij voorkeur niet rechtstreeks maar als onderdeel van een nationaal recht gekozen moeten kunnen worden. In dat geval kan het gekozen nationale recht waarvan het optionele instrument deel uitmaakt, als vangnet regels bieden voor niet in het optionele instrument geregelde onderwerpen. Dit is van belang voor de rechtszekerheid en voorspelbaarheid voor contractspartijen.

*Optie 5: Een richtlijn over Europees contractenrecht*

Deze optie bestaat uit een richtlijn over Europees contractenrecht waarbij het nationale contractenrecht wordt geharmoniseerd op grond van gemeenschappelijke minimumnormen. Nederland is van oordeel dat optie 5 – evenals opties 6 en 7 – onnodig ver ingrijpt in het nationale recht en nauwelijks kan bijdragen aan de verbetering van de interne markt. Het is daarnaast twijfelachtig of er voldoende rechtsgrondslag is voor een richtlijn waarbij het contractenrecht wordt geharmoniseerd.

*Opties 6 en 7: Een verordening tot vaststelling van een Europees contractenrecht of burgerlijk wetboek*

Deze opties beschrijven een verordening tot vaststelling van een Europees contractenrecht respectievelijk een verordening tot vaststelling van een

Europees Burgerlijk Wetboek. Nederland wijst deze opties af omdat zij te ver ingrijpen in het nationale recht en voor deze opties geen rechtsgrondslag in het VWEU bestaat.

### **Het toepassingsgebied van het instrument**

Nederland is van oordeel dat een instrument voor Europees contractenrecht van toepassing zou moeten zijn contracten tussen zowel ondernemingen als ondernemingen en consumenten. Er zouden geen twee afzonderlijke maar één instrument ontwikkeld moeten worden, om versnippering van regelgeving te voorkomen. Bovendien gelden de basisbeginselen van contractenrecht (totstandkoming, niet-nakoming enz.) voor alle contracten. Het is wenselijk dat dit ook in een eventueel Europees instrument zo is. Voor contracten met bepaalde contractspartijen, zoals consumenten, zou het instrument aanvullende dwingende regels kunnen en soms ook moeten bevatten. De hiervoor reeds bestaande Europese regels, zoals vastgelegd in de consumentenrichtlijnen, moeten daartoe worden verdisconteerd in het instrument. Dat betekent dat de onderdelen van de kaderrichtlijn consumentenrechten die maximumharmonisatie worden, een op een moeten worden overgenomen in het instrument voor Europees contractenrecht. Het optioneel instrument zal voor die onderdelen geen toegevoegde waarde hebben wat betreft het beschermingsniveau voor de consument. De onderdelen van de kaderrichtlijn consumentenrechten die minimumharmonisatie worden, kunnen in het instrument voor Europees contractenrecht wel worden aangevuld. Op die onderdelen kan het Europees instrument wel toegevoegde waarde hebben voor de consument. Los van het beschermingsniveau kan een optioneel instrument toegevoegde waarde hebben voor consument en onderneming doordat het één set regels biedt die partijen kunnen kiezen ongeacht waar en met wie men contracteert.

Vanwege in ieder geval de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit ligt het voor de hand dat een Europees optioneel instrument zich concentreert op internationale contracten en niet op nationale contracten. Denkbaar is dat lidstaten in hun nationale recht opnemen dat partijen bij een nationaal contract ook het optionele instrument kunnen kiezen als het materieel toepasselijk recht op hun contract, waarbij de dwingende bepalingen van het nationale contractenrecht opzij worden gezet. Uiteraard is voor zowel internationale als nationale contracten vereist dat het optionele instrument voldoende bescherming biedt aan consumenten en andere zwakkere partijen.

Zoals reeds beschreven in deze reactie is Nederland voorstander van één instrument voor zowel online als offline contracten en tegen een mogelijk onderscheid daartussen. De voorkeur van Nederland voor één instrument voor zowel online als offline contracten laat onverlet dat de toegevoegde waarde van een Europees instrument bij online-contracten het grootste zal zijn. In de praktijk zitten aan online contracten tot nu toe vaker grensoverschrijdende aspecten dan aan offline contracten. Daarnaast is het voor een partij bij een online-contract soms minder makkelijk vast te stellen waar haar wederpartij zich bevindt en is niet altijd duidelijk of er in het gegeven geval sprake is van een nationale of van een grensoverschrijdend contract. De bijzondere aard van online contracten brengt met andere woorden mee dat hier de behoefte aan een eenduidige regeling voor contractenrecht groot is. Nederland is van mening dat een Europees instrument hier een grote rol bij zou kunnen spelen.

## **Materiële werkingsfeer van het instrument**

In het Groenboek wordt een aantal vragen gesteld met betrekking tot de materiële werkingsfeer van een mogelijk instrument. De definitieve beantwoording van deze vragen vergt meer tijd dan de termijn voor de beantwoording van het Groenboek toelaat en nadere studie, ook van de Europese Commissie. Nederland acht de goederenrechtelijke onderwerpen in ieder geval niet rijp voor een Europese regeling. Voor onderwerpen op het terrein van de onrechtmatige daad zou dat wel anders kunnen liggen.

Aandacht vergt hierbij dat lidstaten de grens tussen het contractenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht niet op dezelfde plaats leggen. De misleidende reclame is een voorbeeld van onderwerpen die als contractueel maar ook als buiten-contractueel, of zelfs publiekrechtelijk, kunnen worden beschouwd. Nadere analyse, ook door de Commissie, is nodig van a) de afbakening van wat als contractenrecht wordt beschouwd en b) de verhouding tussen het optionele instrument en andere nationale wetten, bestaande EU-instrumenten en internationale verdragen. Vallen bijvoorbeeld informatieverplichtingen die in nationale publiekrechtelijke regelingen zijn opgenomen, onder het dwingend recht dat opzij worden gezet, of blijft er ruimte voor toepassing hiervan omdat zij niet worden beschouwd als dwingend *contractenrecht*? Hetzelfde geldt bijvoorbeeld ook voor de regeling van de oneerlijke handelspraktijken.

De vraag is in hoeverre de hierboven genoemde regels van toepassing kunnen blijven als partijen voor hun rechtsverhouding hebben gekozen voor toepasselijkheid van een optioneel instrument. Wordt bijvoorbeeld het gehele Nederlandse consumentenrecht vervangen door de regeling die in een optioneel instrument is opgenomen of is het beperkt tot de bepalingen die materieel hetzelfde onderwerp regelen als in een optioneel instrument geregeld zijn? Maakt daarbij verschil welke plaats (privaatrecht of publiek recht) een lidstaat heeft gekozen voor implementatie, of moet enkel worden gekeken naar de aard van het recht of de verplichting? Voor Nederland is deze vraag in het bijzonder van belang door de al eerder gemaakte Nederlandse keuze om consumentenwetgeving en richtlijn implementatie deels in het Nederlands Burgerlijk Wetboek en deels in publiekrechtelijke wetten op te nemen. In het Burgerlijk Wetboek is bijvoorbeeld de regeling van de oneerlijke handelspraktijken en de verkoop op afstand opgenomen terwijl het toezicht op deze bepalingen door een toezichthouder is opgenomen in een publiekrechtelijke wet.

Nederland is van oordeel dat naast de koop van roerende zaken ook enkele andere veelvoorkomende contracten door het instrument zouden moeten worden geregeld. Contracten die (al dan niet online) gesloten worden op de interne markt hebben bijvoorbeeld ook vaak betrekking op telecom, reizen en vervoer of financiële diensten. Bij met name de telecom- en financiële contracten speelt de vraag hoe de verhouding van een internationaal instrument zou zijn ten opzichte van dwingend recht op deze terreinen dat veelal publiekrechtelijk in plaats van privaatrechtelijk is geregeld. Voor bepaalde contracten, zoals vervoercontracten, bestaan al veel internationaal eenvormige regels. Aandacht moet worden besteed aan de eventuele werking (aanvullend of derogierend) van het optionele instrument op dergelijke contracten.

## **Samenvatting**

Nederland steunt in ieder geval een Europees contractenrecht instrument als gereedchapskist voor de Europese wetgever (optie 2b). Deze gereedchapskist zou een bredere reikwijdte moeten hebben dan alleen



contractenrecht. Onder voorwaarde dat uit een *impact assessment* blijkt dat een dergelijk instrument een daadwerkelijke toegevoegde waarde zal hebben voor de rechtspraak steunt Nederland ook een optioneel instrument mits dit optioneel instrument voldoet aan een aantal voorwaarden zoals hierboven opgesomd. Het optioneel instrument biedt namelijk het voordeel dat het één set regels biedt die partijen kunnen kiezen ongeacht waar en met wie zij contracteren. Nederland vereist wel dat een *impact assessment* wordt uitgevoerd en dat het optioneel instrument voldoet aan een aantal voorwaarden. Een optioneel instrument zou beschikbaar moeten zijn voor b2b, b2c en c2c contracten met een hoog beschermingsniveau voor consumenten. Een optioneel instrument moet zo volledig mogelijk zijn, zowel de algemene als enkele specifieke contracten regelen en zowel op online als offline contracten toepasselijk zijn. Een optioneel instrument moet bij een internationaal contract als onderdeel van een nationaal recht gekozen kunnen worden en moet dwingend recht ook in b2c verhoudingen opzij kunnen zetten. Een optioneel instrument moet dus zelf de waarborgen bevatten die anders door de dwingende bepalingen van het nationale recht van de consument geboden zouden worden. Het instrument moet rekening houden met bestaande en aanstaande instrumenten, waaronder de kaderrichtlijn consumentenrechten. Tenslotte moet het instrument voorzien in een mechanisme dat het mogelijk maakt het steedsaan te passen aan toekomstige wijzigingen van het acquis.

Nederland steunt geen opties (5, 6 en 7) die uitgaan van vervanging van het nationale (contracten)recht door een Europees contractenrecht of een Europees Burgerlijk Wetboek.