



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Naar een optioneel instrument

Loos, M.B.M.

**Publication date**

2011

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Het groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Loos, M. B. M. (2011). Naar een optioneel instrument. In M. Hesselink, A. van Hoek, M. Loos, & A. Salomons (Eds.), *Het groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?* (pp. 157-176). Boom Juridische uitgevers.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Naar een optioneel instrument

Marco B.M. Loos<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

In dit boek hebben diverse vragen centraal gestaan. In de eerste plaats gaat het dan om de vraag of op basis van het geldende Europese recht de bevoegdheid bestaat om een optioneel instrument vast te stellen en af te kondigen. Een volgende vraag is dan op welke wijze en in welke gevallen het optionele instrument van toepassing kan worden verklaard op een contractuele verhouding tussen partijen. Een derde vraag betreft de inhoud van het optionele instrument. En ten slotte is er de vraag hoe het optioneel instrument zich zou verhouden tot andere instrumenten, zoals de Draft Common Frame of Reference (DCFR), het bestaande materiële Europese recht en, vooral, het bestaande nationale recht. De antwoorden op deze vragen hangen uiteraard ook met elkaar samen. Zo zal een optioneel instrument dat uitsluitend van toepassing kan worden verklaard op overeenkomsten tussen professionele partijen inhoudelijk er heel anders uit zal zien dan een optioneel instrument dat ook van toepassing is op overeenkomsten met consumenten, ook al omdat het optionele instrument in het laatste geval ook bepalingen van dwingend recht zal moeten bevatten ter bescherming van consumenten. En zeker in het laatste geval zal de vraag hoe de verhouding tot het dwingende nationale recht is geregeld, van groot belang zijn.

In dit afsluitende artikel ga ik, mede naar aanleiding van hetgeen vandaag al is opgemerkt, in op een aantal van deze vragen. Ik begin daarbij (par. 2) met de vraag of de Europese Unie de bevoegdheid heeft om een optioneel instrument vast te stellen.<sup>2</sup> Vervolgens (par. 3) ga ik in op het toepassingsgebied van het Op-

---

1 Hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder het Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam, en verbonden aan het *Centre for the Study of European Contract Law* van die universiteit.

2 Over de wenselijkheid van een optioneel instrument wordt wisselend gedacht. Zie positief onder meer M.W. Hesselink, 'Facultatief wetboek of gereedschapskist? In afwachting van een rechtsinstrument voor Europees contractenrecht', *NJB* 2011/1, p. 22; zie ook Salomons, elders in dit boek. Ronduit kritisch daarentegen is R. Meijer, 'Betere Europeanisering: made-to-measure?', *NTBR* 2011 (nog te verschijnen), par. 2.1. De Nederlandse regering is onder voorwaarden voorstander van een optioneel instrument indien de toegevoegde waarde daarvan uit een impact assessment zou blijken, zie het regeringsstandpunt ten aanzien van het optioneel instrument, Bijl. H.TK. 2010-2011, 22 122, nr. 1107, p. 2 en 11-12; zie ook de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 20 december 2010 aan de Eerste Kamer, Bijl. H.EK. 2010-2011, 32 585, nr. A, p. 4-5.

tioneel Instrument, waarbij ik achtereenvolgens iets zal zeggen over het materiele (3.1) en het (3.2) personele toepassingsgebied, (3.3) de vraag of de toepassing van het Optioneel Instrument beperkt dient te blijven tot grensoverschrijdende overeenkomsten of dat zij ook zou moeten kunnen gelden voor binnenlandse overeenkomsten. In nr. 4. bespreek ik de vraag hoe het optionele instrument van toepassing wordt op de overeenkomst tussen partijen. Daarbij zal ik eerst het karakter van de regeling (*opt-in* of *opt-out*) bespreken (4.1), en vervolgens op welke partijen toepasselijkheid van het Optioneel Instrument kunnen bewerkstelligen (4.2). Bijzondere aandacht verdient de vraag of het Optioneel Instrument ook bepalingen dient te bevatten over handelingsonbekwaamheid (par. 5). Ik zal vervolgens kort ingaan op de toepassing en handhaving van het Optioneel Instrument (par. 6). Ik sluit af met een korte conclusie (par. 7).

## 2 De bevoegdheid tot het uitvaardigen van een optioneel instrument

De vraag naar de bevoegdheid tot het uitvaardigen van een optioneel instrument is cruciaal. Wanneer de Europese Unie geen bevoegdheid tot regelgeving zou blijken te hebben, zou het optionele instrument nietig of non-existent zijn en behoeven de vervolgvragen geen beantwoording. De vraag wint bovendien aan belang indien het optionele instrument tot stand zou worden gebracht door middel van een meerderheidsbesluit in de Raad van Ministers, in welk geval een lidstaat overstemd zou kunnen worden. Dwingendrechtelijke nationale bescherming zou dan immers kunnen worden ontlopen door een keuze voor een instrument waar die lidstaat nadrukkelijk niet mee heeft ingestemd.

In de praktijk van het Europese privaatrecht worden maatregelen op het gebied van het privaatrecht veelal gebaseerd op art. 114 VWEU<sup>3</sup> (ex art. 95 EG-Verdrag). De rechtsbasis van het instrument is dan de verbetering van de interne markt. Om een maatregel te kunnen baseren op dit artikel, hoeft niet te worden aangetoond dat de maatregel de grensoverschrijdende handel doet toenemen, zolang die maatregel de verschillen in de mededingingsvoorwaarden maar daadwerkelijk opheft.<sup>4</sup> De regeling moet echter wel ‘metterdaad ten doel hebben, de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren.’ Daarvan is nog geen sprake indien de Europese Commissie slechts vast heeft gesteld dát er verschillen bestaan tussen nationale regelingen en dat daarmee het abstracte risico bestaat van daaruit voortvloeiende belemmeringen van de fundamentele vrijheden of verstoringen van de mededinging.<sup>5</sup> De regeling moet ‘werkelijk bijdra[gen] tot de opheffing van merkbare mededingingsverstoringen’.<sup>6</sup> In de

3 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. Het Verdrag is van toepassing sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. De geconsolideerde versie van het verdrag is gepubliceerd in *Pub. EU* 2008, C 115/47.

4 Vgl. Hof van Justitie 5 oktober 2000, zaak C-376/98, *Jur.* 2000, p. I-8419 (Duitsland/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie, Tabaksreclame I), ro. 62.

5 *Idem*, ro. 84.

6 *Idem*, ro. 108; zie ook ro. 106. Vgl. ook Rott 2003, p. 1120.

*Tabaksreclame II*-uitspraak heeft het Hof hieraan toegevoegd dat de genomen maatregel bovendien evenredig dient te zijn met het verwachte effect op de werking van de interne markt.<sup>7</sup> Voldoet het Optioneel Instrument nu aan deze eisen?

Om met het eenvoudigste te beginnen: de evenredigheid van het gekozen instrument ten opzichte van het na te streven doel lijkt hier weinig problemen op te leveren. De lidstaten blijven bevoegd om hun nationale recht in te richten zoals zij dat zelf het beste vinden. De inbreuk op hun soevereiniteit blijft beperkt tot die gevallen waarin de contractspartijen er zelf voor kiezen het optioneel instrument toe te passen. De inbreuk gaat daarmee niet veel verder dan het geval is bij een geldige rechtskeuze voor een ander toepasselijk recht. Ook ten aanzien van de betrokken contractspartijen geldt dat het optioneel instrument zich niet tegen hun wil opdringt: toepassing van het optioneel instrument veronderstelt immers de instemming van de contractspartijen met die toepassing. Hooguit zullen er grenzen moeten worden gesteld aan een al te gemakkelijke toepasselijkverklaring via algemene voorwaarden, maar principiële bezwaren lijkt dit niet op te leveren.

De vraag of art. 114 VWEU een valide rechtsbasis kan vormen voor het optioneel instrument, is minder eenduidig te beantwoorden. Kenmerkend voor een (rechtsgeldige) keuze voor het optioneel instrument is dat het anders van toepassing zijnde nationale recht in zijn geheel vervangen wordt door de bepalingen van het optioneel instrument. Verschillen tussen de rechtstelsels zijn, voor zover het optioneel instrument op die punten een eigen regeling treft, daarmee weggenomen. Dat brengt mee dat ten aanzien van de in het optionele instrument geregelde onderwerpen het niet meer van belang is of verder het nationale recht van land X of Y van toepassing is, en wat daar dan de inhoud van zou zijn. *Indien* (en voor zover) het optioneel instrument van toepassing is, is het in zoverre dus niet langer relevant uit welke lidstaat verkoper of dienstverlener en afnemer afkomstig zijn. Dat zou kunnen betekenen dat bij grensoverschrijdende overeenkomsten de transactiekosten naar beneden kunnen gaan, omdat minder geïnvesteerd zal behoeven te worden in de kennis van het recht van een ander land.<sup>8</sup> Het is maar de vraag of dit werkelijk een groot voordeel met zich brengt: veel hangt af van de vraag hoe uitgebreid het optioneel instrument zal zijn. Indien het bijvoorbeeld beperkt zou zijn tot (onderdelen van) het algemene contractenrecht en het kooprecht – naar verluidt zijn dit de onderwerpen waar de Commissie zich in eerste instantie op richt –, hebben dienstverleners er maar in beperkte mate iets aan. Voor niet-geregelde onderwerpen – zoals de specifieke regels voor de dienstverlening – moet immers toch weer teruggegrepen worden naar het toepasselijke nationale recht, dat juist op het gebied van het dienstverleningsrecht verbrokken is gebleven. Daar komt bij dat wanneer het zou gaan om

7 Zie Hof van Justitie 12 december 2006, zaak C-380/03, *Jur.* 2006, p. I-11573 (Duitsland//Europees Parlement en Raad van de Europese Unie, *Tabaksreclame II*), ro. 41.

8 Zie het Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM(2010)348 definitief, p. 10.

een internationale *koopovereenkomst*, de toegevoegde waarde van het optioneel instrument niet zo groot lijkt. In de meeste Europese lidstaten kunnen partijen immers reeds gebruikmaken van een ander optioneel instrument, te weten het Weens Koopverdrag.<sup>9</sup> Voor internationale consumentenkoopovereenkomsten geldt bovendien dat het recht al in grote mate geharmoniseerd is door de richtlijn consumentenkoop. Invoering van een tot het algemene overeenkomsten- en kooprecht beperkt optioneel instrument lijkt dan ook juist te leiden tot een hernieuwde versplintering van het recht. Kortom: juist de keuze om zich in eerste instantie te richten op (onderdelen van) het algemene overeenkomstenrecht en het kooprecht beperkt het mogelijke nuttige effect van het optionele instrument en lijkt de juridische basis in gevaar te brengen. Daar kan echter tegen worden ingebracht dat zowel het Weens Koopverdrag als de richtlijn consumentenkoop<sup>10</sup> het algemene overeenkomstenrecht grotendeels ongemoeid laten. Een optioneel instrument waarin zowel het algemene overeenkomstenrecht als het kooprecht geregeld wordt, kan zorgen voor een regeling die in de gehele Europese Unie op uniforme wijze kan worden toegepast. Daar komt nog bij dat het Weens Koopverdrag sommige onderwerpen niet of niet uitputtend regelt. Een goed voorbeeld is de regeling van de wilsgebreken: blijkens art. 4 van het verdrag bevat het verdrag geen regeling van de geldigheid van koopovereenkomsten, zodat voor de vraag of een beroep op een wilsgebrek als bedrog of misbruik van omstandigheden mogelijk is, in beginsel het toepasselijke (interne) nationale recht beslissend is.<sup>11</sup> Een regeling die betrekking heeft op zowel de rechten bij non-conformiteit als de rechten bij wilsgebreken zou voorkomen dat partijen alsnog een investering zouden moeten doen om kennis te verwerven van het toepasselijke (interne) nationale recht.

Hoewel op basis hiervan lijkt te zijn voldaan aan de voorwaarden om het Optioneel Instrument te baseren op art. 114 VWEU, is het maar zeer de vraag of dat inderdaad mogelijk is. *Rutgers* heeft in haar bijdrage aan *Towards a European Civil Code* uiteengezet dat van dit artikel alleen gebruik kan worden gemaakt indien sprake is van *harmonisatie* van het recht van de lidstaten.<sup>12</sup> *Daarvan* is bij een

9 Vgl. ook Smits in zijn bijdrage, elders in dit boek, p. 31.

10 Alsook de richtlijn consumentenrechten, voor zover deze zal leiden tot verdere harmonisatie van het consumentenkooprecht.

11 Zie ook R.I.V.F. Bertrams, S.A. Krusinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Deventer: Kluwer, derde druk 2007, p. 219. Voor dwaling wordt daarentegen aangenomen dat de regeling in het Weens Koopverdrag uitputtend is, zodat naast de op non-conformiteit gebaseerde vorderingen geen zelfstandige positie meer overblijft voor een op dwaling gebaseerde vordering, zie Bertrams/Krusinga 2007, p. 272.

12 Zie J.W. Rutgers, 'European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument', in: A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E.H. Hondius, C. Mak, C.E. du Perron (red.), *Towards a European Civil Code*, fourth revised and expanded edition, The Hague/London/New York/Nijmegen: Kluwer Law International/Ars Aequi Libri 2011, p. 316-317, onder verwijzing naar Hof van Justitie 9 oktober 2001, zaak C-377/98, *Jur.* 2001, p. I-7079 (Nederland/Europees Parlement en Raad van Ministers) en Hof van Justitie 2 mei 2006, zaak C-436/03, *Jur.* 2006, p. I-3733 (Europees Parlement/Raad van Ministers).

optioneel instrument dat *naast*<sup>13</sup> het nationale recht komt, nu juist geen sprake.<sup>14</sup> Curieus genoeg is dus juist de reden waarom aan het evenredigheidsbeginsel is voldaan – de beperkte mate waarin wordt ingegrepen in de autonomie van de lidstaten – de reden waarom art. 114 VWEU mogelijk niet voldoet als basis voor de uitvaardiging van het optionele instrument. Als haar analyse juist is – en ik denk dat dat het geval is – is de enige resterende grondslag de bepaling van art. 352 VWEU – een bepaling die uitdrukkelijk bedoeld is voor maatregelen waarin geen sprake is van harmonisatie.<sup>15</sup> Problematisch aan deze rechtsbasis is evenwel dat regelgeving op basis van dit artikel alleen tot stand kan komen op basis van unanimiteit. Het bereiken van algehele overeenstemming over de inhoud van het optionele instrument lijkt moeilijk, temeer nu een keuze van contractspartijen voor deze bepaling meebrengt dat het optionele instrument ten aanzien van de daarin geregelde onderwerpen het dwingende recht van een lidstaat opzijzet<sup>16</sup> en eventuele bescherming van partijen tegen misbruik van een sterke onderhandelingspositie dus in het optionele instrument zelf zal moeten worden gevonden. En juist in dergelijke gevallen zullen maatregelen door sommige lidstaten vaak te vergaand worden gevonden, terwijl andere lidstaten verdergaande maatregelen zullen wensen. Het zal dan ook geen sinecure zijn om het optionele instrument zo in te richten dat aan de nogal diverse preferenties van alle lidstaten kan worden voldaan. Het zal daarbij voor de Europese Commissie een schrale troost zijn dat voor toepassing van art. 352 VWEU geen direct verband met de interne markt behoeft te worden aangetoond.<sup>17</sup>

### 3 Het toepassingsgebied van het optioneel instrument

Een tweede vraag betreft de inhoud van het Optionele Instrument: zou dat beperkt moeten blijven tot het algemene contractenrecht, zouden er ook bepalingen voor bijzondere overeenkomsten in moeten worden opgenomen, en hoe zit het met bepalingen van bijvoorbeeld goederenrechtelijke aard en quasi-contractuele zaken als de onverschuldigde betaling? En in het verlengde daarvan: zou het optionele instrument van toepassing moeten kunnen worden verklaard op

13 Een Europees instrument van contractenrecht dat het nationale contractenrecht zou vervangen, lijkt politiek ook niet haalbaar, vgl. het regeringsstandpunt ten aanzien van het optioneel instrument, Bijl. H.TK. 2010-2011, 22 122, nr. 1107, p. 2; zie ook de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 20 december 2010 aan de Eerste Kamer, *Bijl. H.EK.* 2010-2011, 32 585, nr. A, p. 4.

14 Zie ook de interventie van Rutgers tijdens de discussie tijdens het symposium, zoals weergegeven in het verslag van dat symposium elders in dit boek, p. 178. In deze zin ook D. Wallis, 'Support for contract law', *European Voice*, 1 July 2010; zie ook Hesselink, elders in dit boek, p. 17.

15 In deze zin ook Rutgers 2011, p. 316, 322; A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van verbintenissenrecht', in: A.L.M. Keirse, P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht*, Preadviezen 2010, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2010, p. 73-74. Rutgers vraagt zich, op p. 321-322, overigens af of aan de voorwaarden voor toepassing van art. 352 VWEU is voldaan, maar stelt nadrukkelijk dat de andere mogelijke grondslagen in ieder geval niet aan de orde zijn bij een optioneel instrument dat naast het nationale recht komt.

16 Dat is althans uitdrukkelijk de bedoeling van de Europese Commissie, zie Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM(2010)348 definitief, p. 10.

17 Zie Rutgers 2011, p. 322.

overeenkomsten tussen twee professionele partijen (B2B), of op overeenkomsten tussen een professionele partij en een consument (B2C), of beide? De eerste deelvraag betreft het materiële bereik van het Optioneel Instrument, de tweede deelvraag het personele bereik. Daarnaast zal de vraag moeten worden beantwoord of het Optioneel Instrument alleen voor grensoverschrijdende gevallen zou moeten gelden of ook voor binnenlandse overeenkomsten. En ten slotte is het de vraag of het Optioneel Instrument geldt als een *opt-in*- of als een *opt-out*-instrument en of de toepasselijkheid kan worden bedongen of juist uitgesloten bij algemene voorwaarden.

### 3.1 *Het materiële toepassingsgebied*

Het zal duidelijk zijn dat hoe breder het materiële toepassingsgebied van het Optioneel Instrument is, hoe waarschijnlijker het is dat het Optioneel Instrument een nuttig instrument voor contractspartijen kan vormen.<sup>18</sup> Een voor de praktijk bruikbaar optioneel instrument kan alleen dan worden geboden indien *in ieder geval* voor een of meerdere bijzondere overeenkomsten een min of meer uitputtende regeling kan worden gevonden in het optioneel instrument. Noch de specifieke regelgeving voor de bijzondere overeenkomsten, noch het algemene overeenkomstenrecht kan daarbij worden gemist.

Wanneer het Optioneel Instrument alleen regels van algemeen overeenkomstenrecht bevat, zullen partijen genoodzaakt zijn onderzoek te doen naar de inhoud van het voor het overige op de overeenkomst toepasselijke recht, omdat bijzondere regels voor hun bijzondere overeenkomst ontbreken. En omgekeerd, wanneer het Optioneel Instrument beperkt is tot regels voor bijzondere overeenkomsten is het noodzakelijk om te zien wat het voor het overige toepasselijke nationale recht bepaalt ten aanzien van de niet-geregelde, meer algemene onderwerpen – van de plaats van nakoming en betaling tot de remedies bij niet-nakoming – voor zover het bijzondere contractenrecht daarover geen bepaling bevat.

In de huidige plannen lijkt het Optioneel Instrument (in ieder geval aanvankelijk) beperkt te blijven tot het algemene overeenkomstenrecht en het kooprecht. Hoewel de keuze voor deze onderdelen begrijpelijk lijkt omdat juist deze regels in enigerlei mate uitgekristalliseerd lijken te zijn,<sup>19</sup> is die keuze te betreuren: regels zijn vooral wenselijk voor gebieden waar de rechtsregels nu het meest uiteenlopen en de transactiekosten voor contractspartijen bij de zoektocht naar het toepasselijke recht het grootst zullen zijn. Zo bezien zou het veel meer voor de hand liggen

18 Hoe breder het materiële bereik is en hoe nuttiger het instrument dus kan zijn voor contractspartijen, hoe moeilijker het echter waarschijnlijk zal zijn om tot politieke overeenstemming over de vaststelling van het optioneel instrument te komen, zie hierboven, par. 2.

19 De uitgebreide kritiek die inmiddels al gepubliceerd is over het algemene deel van het vermogensrecht en het kooprecht in de DCFR wijst er overigens op dat ook deze onderdelen nog onvoldoende uitgekristalliseerd zijn; vgl. uitgebreid de bespreking van die kritiek door Hondius, elders in dit boek, p. 60.

om tot uniforme regels te komen op het gebied van het dienstverleningsrecht<sup>20</sup> of dat van franchising en distributie<sup>21</sup> dan het kooprecht.<sup>22</sup> Onduidelijk is overigens of partijen die een overeenkomst hebben gesloten die niet nader geregeld is in het optionele instrument, wél kunnen kiezen voor toepassing van het algemene contractenrechtelijke deel.<sup>23</sup> Dat zou als voordeel kunnen hebben dat algemene contractenrechtelijke vragen worden beantwoord op basis van een ‘neutraal’ stelsel – een stelsel anders dan dat van bijv. de dienstverlener en de afnemer –, maar vragen oproepen over de verhouding tussen die regels en afwijkende bijzondere regels uit het (overigens toepasselijke) nationale recht.

Even belangrijk is echter de vraag hoe *uitgebreid* de (wel) in het optionele instrument geregelde onderwerpen worden geregeld. De Europese Commissie geeft zelf aan dat het gewenste gevolg van het optionele instrument is dat rechters en advocaten ‘niet langer buitenlands recht moeten bestuderen’, waardoor de kosten voor partijen en de belasting van het gerechtelijk apparaat zouden kunnen verminderen.<sup>24</sup> Dat vereist wel dat het Optioneel Instrument de eronder vallende overeenkomsten uitputtend kan regelen.<sup>25</sup> Het slechtst denkbare scenario zou zijn dat zelfs voor die onderwerpen die worden geregeld in het optionele instrument, het nationale recht als ‘achtervang’ zal moeten functioneren omdat de bepalingen in het optionele instrument een onderwerp niet uitputtend regelen. In dat geval zullen de contractspartijen immers alsnog te maken kunnen krijgen met de vraag welk nationaal recht (aanvullend) van toepassing is op de overeenkomst tussen partijen en zal zo nodig onderzoek moeten worden gedaan naar de inhoud van het toepasselijke nationale recht. In dat geval schiet het Optioneel Instrument zelfs voor die overeenkomsten die onder zijn materiële werkingsfeer vallen tekort. Gevreesd moet echter worden dat voor een belangrijk aantal onderwerpen dit inderdaad de conclusie zal zijn.<sup>26</sup> Zo lijkt het weinig aannemelijk dat het optionele instrument onderwerpen die in de DCFR niet uitputtend geregeld zijn, wel uitputtend zal regelen. Een voorbeeld: de DCFR regelt niet welke overeenkomsten in strijd met de openbare orde zijn en daarom nietig zijn: die vraag is overgelaten aan het (toepasselijke) nationale recht.<sup>27</sup> *Castermans*

20 Ook in het regeringsstandpunt wordt voorzichtig gepleit voor het reguleren van (veel voorkomende) vormen van dienstverlening, zie het regeringsstandpunt ten aanzien van het optioneel instrument, Bijl. H.TK. 2010-2011, 22 122, nr. 1107, p. 7 en 11. In deze zin ook Cherednychenko in haar interventie tijdens het symposium, zie het verslag van het symposium, elders in dit boek, p. 182. Anders ten aanzien van het financiële dienstverleningsrecht, Du Perron, zie het verslag van het symposium, elders in dit boek, p. 182 die betoogt dat (met uitzondering van het verzekeringsrecht) de regels van het financiële recht daarvoor te gedetailleerd zouden (moeten) zijn.

21 Zie Smits, elders in dit boek, p. 34.

22 Het optionele instrument lijkt in dit opzicht een gemiste kans. Zie ook C. Mak, elders in dit boek.

23 Zie ook Hesselink, elders in dit boek, p. 14.

24 Zie het Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM(2010)348 definitief, p. 10.

25 In deze zin ook Smits, elders in dit boek, p. 28; zo ook Hesselink tijdens het symposium, zie het verslag hiervan elders in dit boek, p. 177.

26 Vgl. in deze zin ook Castermans tijdens het symposium, zie het verslag hiervan elders in dit boek, p. 178.

27 Zie Chr. von Bar et al. (eds.), ‘The underlying principles of freedom, security, justice and efficiency’, no. 5, in: Chr. von Bar et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (Outline edition)*, Munich: Sellier European law publishers, 2009, p. 64-65.



toont aan dat de DCFR ook op andere punten nadrukkelijk naar het nationale recht verwijst en dus geen uitputtende regeling bevat.<sup>28</sup> Het ligt niet voor de hand dat het optionele instrument op deze punten wel een uniforme regeling zal bieden. Eerder is te verwachten dat onderwerpen die in de DCFR wel worden geregeld, buiten het optionele instrument blijven, ook als deze wel van belang zijn voor de afhandeling van een onder het optionele instrument vallende overeenkomst. Op sommige terreinen biedt de gedachte van *Keirse* om een beroep te doen op de algemene rechtsbeginselen die het recht van de lidstaten gemeen hebben,<sup>29</sup> mogelijk uitkomst, maar dat zal zeker niet op alle terreinen mogelijk zijn, met name niet wanneer de nationale regelingen fundamenteel verschillen. In het oog springt daarbij natuurlijk het door *Akkermans* en *Van Erp* genoemde voorbeeld van de goederenrechtelijke gevolgen van de vernietiging van de koopovereenkomst,<sup>30</sup> waaraan kan worden toegevoegd de goederenrechtelijke gevolgen van de *sluiting* van de koopovereenkomst. In sommige lidstaten leidt de sluiting van de koopovereenkomst in beginsel direct tot eigendomsovergang, in andere lidstaten is daar bijv. nog levering voor vereist.<sup>31</sup> En in sommige lidstaten leidt tot vernietiging van de koopovereenkomst tot het herstel met terugwerkende kracht van de oorspronkelijke eigendomsverhoudingen, terwijl in andere lidstaten de verkrijger eigenaar blijft, maar gehouden is de eigendom terug over te dragen.<sup>32</sup> Ook als (voorlopig) wordt geaccepteerd dat een tot het overeenkomstenrecht beperkt toepassingsgebied uit rechtspolitiek opzicht noodzakelijk is,<sup>33</sup> lijkt het echter onvermijdelijk om op termijn ook dergelijke onderwerpen in het Optioneel Instrument te regelen.<sup>34</sup>

### 3.2 *Het personele toepassingsgebied*

Het Optioneel Instrument is nadrukkelijk bedoeld als een extra instrument *naast* het bestaande nationale recht. Het personele toepassingsgebied zal in belangrijke mate bepalen of het optionele instrument dat nationale recht ooit zou kunnen vervangen doordat het uitgroeit tot een Europees Burgerlijk Wetboek: het lijkt immers niet goed voorstelbaar dat een Europees BW tot stand zal komen dat uitsluitend van toepassing is op overeenkomsten tussen twee professionele partijen (B2B-overeenkomsten), of juist alleen op consumentenovereenkomsten (B2C-overeenkomsten). Een keuze voor een breed personeel bereik is echter niet uitsluitend te zien als een strategische keuze: het is ook de enige manier om zeker te stellen dat kleine ondernemers niet worden gedwongen kennis te verwerven van – ten minste – twee rechtsstelsels: het recht dat van toepassing is of kan zijn op de overeenkomst met zijn leverancier, en dat wat van toepassing is op de overeenkomst met zijn afnemer.

28 Zie Castermans, elders in dit boek.

29 Zie *Keirse* 2010, p. 72.

30 Zie *Akkermans* en *Van Erp*, elders in dit boek, p. 113.

31 Zie Chr. von Bar et al. (eds.), Notes to Art. IV.A.–2:101, in: Von Bar et al. 2009, p. 1254-1255.

32 Zie *Akkermans* en *Van Erp*, elders in dit boek, p. 133.

33 Zo bijv. *Salomons*, elders in dit boek, p. 151.

34 Idem *Salomons*, elders in dit boek, p. 153.

Een keuze voor toepassing van het optionele instrument op (ook) consumentenovereenkomsten heeft wel inhoudelijke gevolgen: als we willen dat het Optioneel Instrument een daadwerkelijke vervanging kan vormen voor het nationale recht, dan zullen ook nationale regels van dwingend recht opzij moeten kunnen worden gezet door bepalingen van het optionele instrument. Als dat niet het geval is, dan zijn de regels immers nog altijd niet uniform. Het opzijzetten van nationaal dwingend recht is echter alleen dan acceptabel indien ook het optionele instrument regels van dwingend recht zal bevatten ter bescherming van consumenten. Een belangrijke vraag zal zijn wat het gewenste niveau van consumentenbescherming zal zijn. Elders in dit boek verdedigt Rutgers de stelling dat het Optioneel Instrument een *lager* niveau van bescherming moeten bieden dan de rechtsstelsels van de lidstaten, willen partijen voor toepassing ervan opteren.<sup>35</sup> Mijns inziens zal het niveau van consumentenbescherming ten minste gelijk, maar zo mogelijk iets *hoger* moeten zijn dan het niveau van consumentenbescherming in de meeste Europese landen om het Optioneel Instrument tot een succesvol instrument te maken. Dat geldt vooral op die gebieden waar nog sprake is van minimumharmonisatie en lidstaten dus een verdergaande bescherming kunnen bieden dan het Europese minimum (en dat veelal ook doen). Wanneer het niveau van consumentenbescherming *lager* zou zijn dan dat van het nationale recht, is het voor consumenten aantrekkelijk om te weigeren te contracteren onder toepasselijkheid van het optionele instrument,<sup>36</sup> of om een rechtskeuze voor het optionele instrument aan te vechten, bijvoorbeeld omdat die rechtskeuze het gevolg is van een oneerlijk beding in algemene voorwaarden waar de consument inhoudelijk niet over heeft kunnen onderhandelen. De ondernemer loopt daarmee het risico dat ondanks de rechtskeuze alsnog het nationale recht van de consument van toepassing wordt verklaard en hij derhalve alsnog kosten zal moeten maken om kennis te nemen van de inhoud van dat recht. Bij de omgekeerde situatie zal de ondernemer zich het hogere niveau van consumentenbescherming moeten welgevalen, maar loopt hij dat risico niet (of veel minder). Bovendien kan hij dan de keuze voor het optionele instrument marketing-technisch verkopen als een soort kwaliteitskeurmerk.<sup>37</sup> Voor de Europese Unie zou dat overigens een instrument kunnen zijn om de bij veel Europese burgers heersende eurosceptis tegen te gaan: in dat geval kan immers met reden worden beweerd dat de rechtspositie van die burger onder het Europese optionele instrument beter is dan onder het nationale recht. Er zijn overigens signalen dat op die gebieden waarin de komende richtlijn consumentenrechten uitgaat van *volledige* harmonisatie, het optionele instrument de desbetreffende regels slechts één-op-één zal

35 Zie de conclusies van Rutgers, elders in dit boek.

36 Vgl. Smits, elders in dit boek, p. 29.

37 Vgl. in dit verband ook de interventie van V. Mak tijdens het symposium, zie het verslag van dit symposium, p. 179. Marketing kan overigens sowieso een reden zijn voor ondernemers om gebruik te maken van het optioneel instrument, vgl. ten aanzien van de vergelijkbare situatie met de optionele *Societas Europea*, Hesselink, elders in dit boek, p. 12; zie over dat instrument echter kritisch Rutgers, elders in dit boek, p. 126, die betoogt dat vooral gebruik wordt gemaakt van de *Societas Europea* om daarmee dwingend nationaal recht te omzeilen.

overnemen, zodat het niveau van consumentenbescherming in richtlijn en Optioneel Instrument gelijk zal zijn.<sup>38</sup>

### 3.3 Grensoverschrijdend of ook binnenlands?

Op het eerste gezicht lijkt het voor de hand te liggen om het Optioneel Instrument alleen ter beschikking te stellen voor grensoverschrijdende overeenkomsten – zoals ook het Weens Koopverdrag alleen van toepassing kan zijn op internationale koopovereenkomsten.<sup>39</sup> Bij nader inzien is het antwoord op de vraag of het Optioneel Instrument ook op nationale overeenkomsten kan worden toegepast, minder evident. In de eerste plaats kan men zich afvragen waarom consumenten en ondernemers de voordelen die het Optioneel Instrument zou kunnen bieden, zouden moeten worden onthouden in het geval de overeenkomst niet-grensoverschrijdend zou zijn. Dat zou in ieder geval betekenen dat de ondernemer gedwongen wordt om naast kennis van het Optioneel Instrument ook kennis te verwerven en bij te houden van het nationale recht. Een gelijke behandeling van alle klanten – en daarmee bijvoorbeeld de mogelijkheid om één uniforme set van algemene voorwaarden te hanteren – wordt aanzienlijk bemoeilijkt als voor verschillende afnemers verschillende rechtsregels kunnen gelden. Een beperking tot zuiver grensoverschrijdende gevallen kan dan ook meebrengen dat toepasselijkheid van het Optioneel Instrument uit praktische overwegingen, zoals kostenbesparing, niet wordt overeengekomen of dat die toepasselijkheid wordt uitgesloten. In dat geval kan men zich afvragen wat we met het Optioneel Instrument opschieten. Zeker in commerciële relaties lijkt het dan immers aantrekkelijk om door middel van een rechtskeuze gewoon op alle overeenkomsten het eigen nationale recht van toepassing te verklaren.

Daar komt bij dat, anders dan vroeger, het tegenwoordig in veel gevallen helemaal niet duidelijk hoeft te zijn of we te maken hebben met een grensoverschrijdende overeenkomst. Dat geldt in het bijzonder wanneer de overeenkomst via internet gesloten wordt. Weliswaar zal in veel gevallen de ondernemer gehouden zijn informatie te verstrekken over zijn geografische adres,<sup>40</sup> maar voor de wederpartij geldt die verplichting niet. En met name wanneer geen fysieke zaken of diensten behoeven te worden geleverd – de overeenkomst betreft het downloaden of streamen van muziek of het toegang hebben tot online geleverde diensten – zal het adres van die wederpartij ook niet of nauwelijks bekend kunnen of behoeven te zijn bij de ondernemer. Zeker wanneer het Optioneel Instrument van rechtswege van toepassing is op grensoverschrijdende overeenkomsten, dan wel dit van toepassing wordt door aanvaarding van een beding in algemene voorwaarden van toepassing wordt op de overeenkomst, kan het voor

38 Zie het regeringsstandpunt ten aanzien van het optioneel instrument, Bijl. H.TK. 2010-2011, 22 122, nr. 1107, p. 6 en 15; zie ook de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 20 december 2010 aan de Eerste Kamer, Bijl. H.EK. 2010-2011, 32 585, nr. A, p. 5.

39 Zie art. 1 Weens Koopverdrag.

40 Zie bijv. art. 3:15d lid 1 sub a, art. 6:193c lid 1 sub f, art. 6:194 sub i, art. 6:230b sub 1 jo. 230c en art. 7:46c lid 1 sub a BW.

beide partijen als een verrassing komen als op hun overeenkomst het Optioneel Instrument wel of juist niet van toepassing zou zijn.

Het lijkt dan ook wenselijk om het partijen zowel in grensoverschrijdende als in zuiver nationale gevallen de mogelijkheid te bieden om te kiezen voor toepassing van het Optioneel Instrument.<sup>41</sup>

## 4 Het van toepassing worden op de overeenkomst

### 4.1 *Opt-in of opt-out?*

Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of het Optioneel Instrument van rechtswege van toepassing zou moeten worden op de overeenkomst, dan wel dat partijen expliciet zouden moeten kiezen voor toepasselijkheid van het Optioneel Instrument. Het zal duidelijk zijn dat het antwoord op deze vraag mede afhankelijk is van het antwoord op de vraag of het Optioneel Instrument ook van toepassing kan zijn voor zuiver nationale gevallen. Wanneer dat laatste het geval is, lijkt het uitgesloten dat het Optioneel Instrument automatisch van toepassing zou worden op de overeenkomst, omdat dan het Optioneel Instrument het nationale recht grotendeels zou verdringen: het Optioneel Instrument zou van toepassing zijn, tenzij partijen uitdrukkelijk de toepasselijkheid ervan zouden uitsluiten. Een dergelijke uitsluiting zou in de praktijk alleen voorkomen bij schriftelijk of elektronisch tot stand gekomen overeenkomsten. Voor het leeuwendeel van in ieder geval de consumentenovereenkomsten, die immers veelal mondeling worden gesloten, zou dan niet het nationale recht, maar het Optioneel Instrument van toepassing zijn. Daarmee zou effectief een, vrijwel niet meer ongedaan te maken, stap naar een Europees BW worden gezet, zonder dat daarvoor (thans) politiek of maatschappelijk draagvlak voor bestaat.<sup>42</sup>

Wanneer het Optioneel Instrument ook op zuiver binnenlandse overeenkomsten van toepassing zou worden verklaard, zou het dus moeten gaan om een *opt-in*-mogelijkheid: partijen moeten uitdrukkelijk kiezen voor toepasselijkheid van het Optioneel Instrument. Wanneer het toepassingsgebied beperkt zou blijven tot grensoverschrijdende overeenkomsten is een *opt-out*-instrument denkbaar. Zo is ook thans het Weens Koopverdrag van rechtswege van toepassing op internationale handelskoopovereenkomsten waarop Nederlands recht van toepassing is, tenzij partijen die toepasselijkheid uitdrukkelijk hebben uitgesloten.

Het is echter de vraag of een *opt-out*-systeem, zelfs beperkt tot internationale overeenkomsten, wenselijk zou zijn. Waar de nationale wetgeving veelal het

41 In deze zin ook Smits, elders in dit boek, p. 29, en Keirse, elders in dit boek, p. 175. Zie ook Keirse 2010, p. 73-74.

42 Zie in dit verband ook Salomons, elders in dit boek, p. 152. Salomons, a.w., p. 154, merkt overigens terecht op dat de problemen die het optioneel instrument zal veroorzaken op nationaal niveau, er op termijn kan noodzaken kan worden om alsnog een niet-optioneel Europees instrument van vermogensrecht tot stand te brengen.

product is geweest van decennialange verfijning in de rechtspraak of van uitgebreide discussie over wetsontwerpen in parlement en literatuur, zal dat voor het Optioneel Instrument in veel minder mate het geval zijn. Het is de bedoeling dat het Optioneel Instrument nog volgend jaar wordt vastgesteld, zonder dat veel tijd bestaat om publiekelijk te discussiëren over de wenselijkheid van de daarin gemaakte keuzes. Weliswaar zal de tekst van het Optioneel Instrument ongetwijfeld in veel opzichten overeenkomen met de tekst van de DCFR, maar ook daarvoor geldt dat er nog veel te weinig ervaring mee is opgedaan en discussie over is gevoerd om al te veel gezag toe te kennen aan de daarin gemaakte keuzes. Onder die omstandigheden lijkt het verstandiger om voorsnog te kiezen voor een *opt-in*-model: alleen die partijen die daartoe bereid zijn, zouden dan worden gebonden aan de bepalingen van het Optioneel Instrument. Nadat voldoende ervaring is opgedaan met de werking van het Optioneel Instrument kan, eventueel na aanpassing ervan, wellicht in een later stadium alsnog voor een *opt-out* model worden gekozen. Dat kan wel enige jaren of zelfs decennia duren. Gedurende de eerste jaren van zijn bestaan zullen de regels en begrippen van het optionele instrument moeten worden uitgelegd en vastgesteld; pas na verloop van tijd zal hierdoor de gewenste rechtszekerheid ontstaan, en daarmee zal het optionele instrument langzaam in populariteit groeien als ‘neutraal’ instrument naast het nationale recht van aanbieder en afnemer.<sup>43</sup> Dat betekent echter wel dat totdat er voldoende rechtspraak is ontstaan, een keuze voor toepasselijkheid van het optionele instrument vooral tot rechtsonzekerheid voor partijen kan leiden. In zoverre lijkt het voor ondernemingen – anders dan uit marketing-technisch oogpunt – niet erg aantrekkelijk om voor toepassing van het optionele instrument te kiezen.<sup>44</sup> Dat kan echter anders zijn wanneer in grensoverschrijdende gevallen partijen over en weer de wederpartij niet het voordeel willen gunnen om te kunnen contracteren overeenkomstig het eigen nationale recht, en daarom kiezen voor het ‘neutrale’ Europese optionele instrument. Daarmee lijkt het optionele instrument met name voor het midden- en kleinbedrijf interessant.<sup>45</sup>

#### 4.2 Toepasselijkverklaring van het Optioneel Instrument

Wanneer, zoals hier wordt voorgestaan, gekozen wordt voor een *opt-in*-systeem, rijst de vraag op welke wijze partijen hun instemming met de toepasselijkheid van het Optioneel Instrument moeten doen blijken. Uiteraard kan dat door middel van een uitdrukkelijke contractuele afspraak, maar kan het Optioneel Instrument ook van toepassing worden door de aanvaarding van een beding in algemene voorwaarden.<sup>?</sup> In de meeste lidstaten van de Europese Unie wordt aan de toepasselijkheid van voorwaarden geen zwaardere eisen gesteld dan aan de toepasselijkheid van andere contractvoorwaarden, maar dat is in sommige

43 Ook van het eveneens optionele Weens Koopverdrag werd aanvankelijk weinig gebruikgemaakt, maar inmiddels wordt de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag steeds minder vaak uitgesloten, zie ook de opmerkingen van Smits, Hesselink en Hartkamp tijdens het symposium, zoals weergegeven in het verslag van het symposium, elders in dit boek, p. 179.

44 Hier wijzen ook Hesselink, elders in dit boek, p. 15 en Meijer 2011, par. 2.1, op. Vgl. ook de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 20 december 2010 aan de Eerste Kamer, Bijl. H.EK. 2010-2011, 32 585, nr. A, p. 5.

45 Vgl. ook Hesselink 2011, p. 22.

Europese lidstaten anders. Met name in Engeland kan het zijn dat contractsvoorwaarden alleen dan deel uitmaken van een overeenkomst wanneer zij zijn opgenomen in een door de wederpartij getekend schriftelijk contract<sup>46</sup> of wanneer de wederpartij redelijkerwijs bekend was met hun bestaan (als hij *'reasonable notice'* had gehad).<sup>47</sup> Wanneer een beding onredelijk of ongebruikelijk is, worden aan dit laatste hogere eisen gesteld.<sup>48</sup>

Een bijzonder probleem in dit verband is de *Battle of the forms* in een internationaal geval waarbij in de algemene voorwaarden van een van de partijen een beding is opgenomen dat het Optioneel Instrument van toepassing zou verklaren. Of dat instrument van toepassing is, kan slechts worden bepaald *nadat* de strijd der formulieren is beslecht. Het is echter onduidelijk op basis van welke regeling moet worden beoordeeld wie deze strijd gewonnen heeft. Dat is in dit geval beslissend, aangezien op dit punt in de nationale systemen uiteenlopende regels worden gehanteerd.<sup>49</sup> Aannemelijk lijkt dat het antwoord op deze vraag zal moeten worden gevonden in het internationaal privaatrecht, meer in het bijzonder in de bepalingen van art. 4 lid 1 onder a en b (koop en dienstverlening) van de Rome I-verordening.<sup>50</sup> Op grond hiervan zal de *Battle of the forms* worden beslecht conform het recht van de plaats van vestiging van de verkoper of dienstverlener.

## 5 Handelingsonbekwaamheid van minderjarigen

Wanneer het Optioneel Instrument ook van toepassing zou kunnen zijn op consumentenovereenkomsten, is ook uniformering van de regels voor handelingsonbekwaamheid van minderjarigen van belang. Grensoverschrijdende overeenkomsten met consumenten worden in de praktijk veelal gesloten via het internet, en kinderen en jongeren maken op grote schaal gebruik van de mogelijkheden die internet te bieden heeft. Games, muziek, ringtones, Facebook, Hyves: dergelijke overeenkomsten worden in belangrijke mate juist door hen gesloten. Daarbij verdient opmerking dat bij *digital content*, zoals downloads en online verleende diensten en toepassingen, ongedaanmaking van de prestatie van de verkoper of dienstverlener veelal niet goed mogelijk is. In veel rechtstelsels betekent dat wanneer de overeenkomst nietig of vernietigd is, maar de prestatie door de verkoper of dienstverlener al geleverd is, de minderjarige zonder dat hij een vergoeding behoeft te betalen, gebruik heeft kunnen maken van de geleverde *digital content*. Voor de minderjarigen zelf, maar zeker voor hun com-

46 *L'Estrange v Graucob* [1934] 2 KB 394.

47 *Parker v SE Ry Co* (1876-7) LR 2 CPD 416, CA.

48 *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433.

49 Variërend van *first shot*, zoals in Nederland, *last shot*, zoals in Engeland en het Weens Koopverdrag, tot *knock out*, zoals in Duitsland en België. Ongetwijfeld zal ook het optioneel instrument hierover een regel bevatten, vermoedelijk gebaseerd op de 'verzachte' knock out van art. II.-4:209 (Conflicting standard terms).

50 Verordening (EG) 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *Pub. EU* 2008, L 177/6.

merciële wederpartijen is het daarom van groot belang om te weten of dergelijke overeenkomsten nu wel of niet aantastbaar zijn.

In de DCFR zijn uitdrukkelijk geen regels opgenomen over handelingsbekwaamheid omdat, zoals de Comments zeggen 'it is more a matter of the law of persons than of contract proper'.<sup>51</sup> Uit deze ultra-korte motivering moet kennelijk worden afgeleid dat regels omtrent handelingsonbekwaamheid overgelaten zijn aan de lidstaten. Als de berichten over een beperkt toepassingsgebied van het Optioneel Instrument juist zijn, lijkt het niet waarschijnlijk dat daarin alsnog onderwerpen opgenomen zullen worden die niet geregeld zijn in de DCFR.

Het ontbreken van regels ter bescherming van minderjarigen is echter problematisch. Als dergelijke regels worden overgelaten aan het nationale recht, zal het voor ondernemers aanmerkelijk moeilijker zijn om zich te weren tegen mogelijke handelingsonbekwaamheid van hun wederpartij, aangezien die regels ingrijpend verschillen. Zo kunnen minderjarigen in Finland niet rechtsgeldig overeenkomsten sluiten, tenzij het gaat om aankopen van geringe betekenis, waarvan het gebruikelijk is dat minderjarigen ze zelfstandig aanschaffen, en wanneer het gaat om de besteding van gelden die de minderjarige met eigen werkzaamheden heeft verdiend. Wanneer de minderjarige niet aldus handelingsbekwaam is, is de overeenkomst nietig. Ook in Frankrijk wordt uitgegaan van nietigheid, maar daar zijn minderjarigen handelingsbekwaam om overeenkomsten te sluiten die behoren tot de 'handelingen van het dagelijks leven' (*actes de la vie courante*).<sup>52</sup> In Italië kunnen overeenkomsten met handelingsonbekwame minderjarigen worden vernietigd, tenzij de minderjarige de wederpartij door middel van bedrog of misleiding heeft doen geloven dat hij niet minderjarig was. De enkele mededeling van de minderjarige dat hij meerderjarig is, volstaat echter niet.<sup>53</sup> In Nederland is een minderjarige bekwaam om overeenkomsten te sluiten met de specifiek voor een bepaalde rechtshandeling of doel verleende toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger, wanneer de wetgever dat uitdrukkelijk bepaald heeft – zoals de 16- of 17-jarige die een geneeskundige behandelingsovereenkomst sluit<sup>54</sup> – en wordt hij geacht handelingsbekwaam te zijn voor overeenkomsten waarvan het gebruikelijk is dat minderjarigen van zijn leeftijd deze zelfstandig sluiten.<sup>55</sup> Wanneer de minderjarige echter handelingsonbekwaam is, is de overeenkomst vernietigbaar.<sup>56</sup> In Polen kunnen minderjarigen jonger dan 13 jaar oud geen geldige overeenkomsten sluiten, tenzij het gaat om normale, dagelijkse aangelegenheden en de overeenkomst wordt nagekomen en geen ernstige schade wordt toegebracht aan de minderjarige.<sup>57</sup> Buiten deze uitzondering

51 Zie Chr. von Bar et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (Full edition)*, Munich: Sellier European law publishers, 2009, Comments to Article II. – 7:101 DCFR, p. 451.

52 *Lamy Droit des Médias et de la Communication* (2010) 468-70.

53 Vgl. art. 1425 en 1426 C.cons.

54 Zie art. 7:447 BW.

55 Zie art. 1:234 BW.

56 Art. 3:32 lid 32 BW.

57 Zie art. 12 en 14 lid 2 Pools BW.

zijn de door hen gesloten overeenkomsten nietig.<sup>58</sup> Minderjarigen tussen 13 en 18 jaar oud kunnen met toestemming van hun ouders geldige overeenkomsten sluiten; zonder toestemming gesloten overeenkomsten kunnen worden bekrachtigd door de wettelijk vertegenwoordiger. De ondernemer mag een termijn stellen voor de bekrachtiging.<sup>59</sup> Geen toestemming is vereist voor overeenkomsten betreffende normale, dagelijkse aangelegenheden en voor bestedingen van zelfverdiende inkomsten.<sup>60</sup> Maar ook hier geldt dat buiten deze uitzonderingen de door de oudere minderjarigen gesloten overeenkomsten nietig zijn.<sup>61</sup> En ook in Duitsland wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën minderjarigen, maar hier wordt de grens niet gesteld bij 13, maar bij 7 jaar.<sup>62</sup> Kinderen tot 7 jaar oud kunnen niet op rechtsgeldige wijze overeenkomsten sluiten – zelfs niet voor het kopen van een pakje kauwgom –,<sup>63</sup> de tweede categorie alleen met toestemming van de ouders. Wanneer de toestemming niet vooraf gegeven is, wordt de geldigheid van de overeenkomst opgeschort totdat de toestemming ontvangen is, maar de ondernemer kan wel een termijn van twee weken aan de ouders stellen waarbinnen zij de toestemming kunnen verlenen. Wordt de toestemming niet verleend binnen deze termijn, dan is de overeenkomst nietig.<sup>64</sup> Een uitzondering geldt voor overeenkomsten die de minderjarige is nagekomen met behulp van financiële middelen die hem door zijn ouders ter beschikking zijn gesteld.<sup>65</sup> Van impliciete toestemming is echter geen sprake indien de minderjarige een mobiele telefoon of pc tot zijn beschikking heeft. Toestemming tot normaal gebruik van een mobiele telefoon door een minderjarige impliceert daarom wel de toestemming om naar huis of vrienden te bellen, maar niet om ringtones te bestellen.<sup>66</sup>

Kortom: de voorwaarden waaronder minderjarigen op rechtsgeldige wijze overeenkomsten kunnen sluiten (met of zonder toestemming, leeftijd, type transactie) en de gevolgen van de handelingsonbekwaamheid (nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst) verschillen radicaal tussen de lidstaten van de Europese Unie. Deze grote verschillen maken het voor ondernemers moeilijk om met enige mate van zekerheid grensoverschrijdende overeenkomsten te sluiten: waar een minderjarige in het ene land handelingsbekwaam is om een bepaalde overeenkomst te sluiten, is hij dat niet in het andere land. Wanneer deze regels niet door het Optioneel Instrument geharmoniseerd worden, zal het internationaal privaatrecht moeten aangeven welk recht op de overeenkomst van toepassing is. Pas als dat is vastgesteld, kan worden vastgesteld of de overeenkomst geldig, nietig of vernietigbaar is. Commerciële aanbieders van *digital content* kunnen op dit punt dus met zeer verschillende uitkomsten

58 Art. 14 lid 1 Pools BW.

59 Art. 17 en 18 Pools BW.

60 Art. 20 en 21 Pools BW.

61 Art. 14 lid 1 Pools BW.

62 Zie § 2 BGB.

63 Zie § 105 BGB.

64 Zie § 106-108 BGB.

65 Zie § 110 BGB.

66 AG Dusseldorf, VuR 2008, 119.



worden geconfronteerd. Deze onduidelijkheid kan alleen worden voorkomen indien de wederpartij óf geen overeenkomsten sluit met minderjarigen, óf alleen met uitdrukkelijk gebleken bewijs van toestemming van de wettelijk vertegenwoordigers. Gezien het feit dat de meeste van dergelijke overeenkomsten vooral interessant zijn voor minderjarigen, lijkt deze aanpak overdreven beperkend. Voor de bescherming van de vermogensrechtelijke bescherming van minderjarigen lijkt een eenvoudige, uniforme regeling voldoende, terwijl een dergelijke uniforme regeling van groot belang is voor de rechtszekerheid van de commerciële aanbieders van *digital content*. Hierbij kan worden gedacht aan een bepaling op grond waarvan minderjarigen tot 14 of 16 jaar geen geldige overeenkomsten kunnen sluiten, maar ook aan een bepaling op grond waarvan minderjarigen alleen overeenkomsten tot een bepaalde financiële waarde (bijv. € 100) kunnen sluiten, of een combinatie van dergelijke regels. Dergelijke bepalingen hebben het voordeel dat zij in de gehele Europese Unie op uniforme wijze zouden kunnen gelden en dat zij voor alle partijen duidelijk zijn. Het is dan aan het bedrijfsleven om te zorgen voor voldoende zekerheid over de leeftijd van zijn afnemers indien het op dit punt niet voor verrassingen wil komen te staan. Systemen voor *age verification* zijn uiteraard met de nodige investeringen wel te ontwikkelen, maar dat is pas lonend als niet vervolgens per land verschillende regels zouden gelden. Vaststelling van een uniforme Europese regeling kan met zich brengen dat ondernemers ervoor kiezen *alleen* onder toepasselijkheid van het Optioneel Instrument te contracteren, omdat onder dat instrument voldoende zekerheid bestaat over de geldigheid van de gesloten overeenkomst, ongeacht de nationale regels voor handelingsbekwaamheid in de lidstaten van de Europese Unie.

Uiteraard bestaat het risico dat bij toepassing van een dergelijke uniforme regeling een minderjarige niet beschermd wordt tegen het sluiten van een, voor hem bij nader inzien ongunstige, overeenkomst, terwijl het anders toepasselijke nationale recht hem die bescherming wel zou hebben toegekend. Dat is mijns inziens dan de prijs die zou moeten worden betaald voor het kunnen slagen van een optioneel instrument. Daarbij teken ik aan dat het uiteraard mogelijk is om voor minderjarigen strengere eisen te stellen aan de toepasselijkverklaring van het Optioneel Instrument, bijvoorbeeld door toepasselijkverklaring bij algemene voorwaarden niet toe te staan indien de consument minderjarig is.

Wanneer men het met mij eens is dat het Optionele Instrument een uniforme regeling zou dienen bevatten voor de handelingsonbekwaamheid en de gevolgen ervan, dient nog wel een praktisch probleem te worden opgelost: hoe kan een minderjarige die volgens het (anders toepasselijke) nationale recht handelingsonbekwaam is, een rechtsgeldige en onaantastbare keuze voor toepasselijkheid van het optionele instrument doen, om vervolgens als handelingsbekwaam te worden aangemerkt voor het sluiten van de (hoofd)overeenkomst? Ik denk dat het antwoord zal moeten zijn dat de verordening waarmee het optionele instrument zou worden vastgesteld, op dit punt een uitdrukkelijke bepaling zou moeten bevatten op grond waarvan de minderjarige (van een bepaalde leeftijd) naar nationaal recht handelingsbekwaam moet worden geacht om deze keuze

te maken. Ofschoon dat niet noodzakelijk is gezien de directe werking van de verordening, zou dan in het Nederlandse recht voor de duidelijkheid aan bijv. art. 1:234 BW een nieuw lid 4 kunnen worden toegevoegd waarin de minderjarige handelingsbekwaam wordt verklaard voor het maken van deze keuze.

## 6 Handhaving van het Optioneel Instrument

Een laatste punt dat ik aan de orde wil stellen, is de vraag op welke wijze het Optioneel Instrument zal worden gehandhaafd. De uiteenlopende wijze waarop uniforme verdragen als het Weens Koopverdrag worden uitgelegd, laat zien dat zonder een gemeenschappelijke hoogste rechter van eenvormige uitleg, en daarmee van rechtszekerheid, nauwelijks sprake is. Aan de andere kant lijkt het met de huidige belasting van het gerechtelijk apparaat van het Hof van Justitie nauwelijks mogelijk om nog meer prejudiciële vragen te verwerken. Ik voorzie dat op dit punt vergaande maatregelen van organisatorische of inhoudelijke aard noodzakelijk zullen zijn.

Een eerste, en waarschijnlijk de minst ingrijpende, mogelijkheid is de invoering van een met art. 81 RO vergelijkbare procedure, waarbij het Hof van Justitie onder verwijzing naar de conclusie van de Advocaat-Generaal het advies en de argumentatie van de AG overneemt in zaken die zich daar naar het oordeel van het Hof voor zouden lenen. Formeel behoeft er in deze variant niet zo veel te veranderen, omdat uiteindelijk het Hof zelf de uitspraak wijst – zij het dat daar weinig in te lezen zou vallen.

Ook zou kunnen worden gedacht aan een inperking of zelfs een uitsluiting van de bevoegdheid van lagere rechters om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Een dergelijk systeem, waarbij het stellen van dergelijke vragen is voorbehouden aan de hoogste nationale rechter, bestond tot voor kort in het vreemdelingenrecht.<sup>67</sup> Een nadeel hiervan is dat de handhaving van het Europees privaatrecht dan volledig in handen zou worden gegeven van de hoogste nationale rechter – en daarmee niet alleen van de bereidheid van die rechter om prejudiciële vragen te stellen,<sup>68</sup> maar ook van de *mogelijkheid* om dat te doen. Daarbij dient te worden opgemerkt dat slechts een fractie van alle consumentenzaken bij de hoogste nationale rechters terechtkomen – de meeste komen niet voorbij de uitspraak in eerste aanleg – en het gevaar bestaat dat daarmee het Europees privaatrecht in de praktijk in de verschillende lidstaten op geheel verschillende wijzen wordt uitgelegd zonder dat het Hof van Justitie uniformierend

67 Zie art. 68 EU-verdrag (oud). Deze bepaling is geschrapt met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, zie de Concordantietabel bij het Verdrag van Lissabon onder B, *Pb. EU* 2007, C 306/202.

68 Aan die bereidheid kan soms wel worden getwijfeld, zie M.B.M. Loos, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de rechtspraak van het Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen?', *WPNR* 2007 (6727), p. 867-869, met naschrift in *WPNR* 2007 (6736), p. 1057-1058, en M.B.M. Loos, 'Dynamic packaging en de Hoge Raad: waar is de reisorganisator gebleven?', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2010/8, p. 261-264.

kan optreden. Wellicht beter verdedigbaar is de invoering van een soort verlof-systeem, waarbij de lagere rechter bevoegd blijft om prejudiciële vragen te stellen, maar de voorzitter van de kamer die de zaak zou moeten behandelen, verlof dient te verlenen voor de behandeling van de prejudiciële vraag. Bij weigering van dat verlof zou de nationale rechter de zaak dan alsnog zelf moeten afdoen.

Een andere optie zou zijn de invoering van een afzonderlijke privaatrechtelijke kamer bij het Hof van Justitie. Deze kamer zou zich dan kunnen richten op alle vragen van uitleg van Europees privaatrecht, ongeacht de vraag of het gaat om uitleg van het Optioneel Instrument, materieelrechtelijke richtlijnen en verordeningen, internationaal privaatrecht en wellicht zelfs van het Europese mededingingsrecht. Hiermee zou gewaarborgd moeten worden dat de rechtspraak op de verschillende terreinen zo veel mogelijk in één hand gehouden wordt. Het Hof kan dan op verantwoorde wijze zorg dragen voor de verdere ontwikkeling van het Europees privaatrecht in brede zin. Nog een stap verder zou zijn de instelling van een afzonderlijk gerecht van eerste aanleg, dat in beginsel als enige bevoegd zou zijn om te oordelen over dergelijke vragen. Hoger beroep op het Hof van Justitie zou dan alleen mogelijk moeten zijn op basis van verkregen verlof.<sup>69</sup>

## 7 Conclusie

Europees recht levert in de praktijk tal van problemen op voor het nationale privaatrecht, onder meer omdat een volwaardig Europees privaatrecht nog niet bestaat en het Europese recht voor haar verwezenlijking daarom afhankelijk is van het nationale recht.<sup>70</sup> Dat zal slechts ten dele veranderen met de invoering van een optioneel instrument, daar dit Optioneel Instrument slechts een deel van de rechtsverhoudingen tussen partijen die daarvoor gekozen hebben, kan reguleren, al was het maar omdat het materiële toepassingsgebied van het Optioneel Instrument niet toereikend zal zijn om de gehele rechtsverhouding te beheersen. Dat betekent overigens meteen ook dat regels van (Europees) internationaal privaatrecht van belang blijven om te bepalen welke regels voor het niet door het Optioneel Instrument bestreken terrein gelden.

In deze slotbijdrage heb ik mij geconcentreerd op een aantal nogal uiteenlopende aspecten. In de eerste plaats heb ik geconstateerd dat de juridische basis voor het Optioneel Instrument wankel lijkt, omdat het Optioneel Instrument niet leidt tot harmonisatie maar tot een nieuw instrument *naast* het nationale recht van de lidstaten. Dat brengt mee dat niet art. 115 VWEU, maar art. 352 VWEU de juiste rechtsgrondslag vormt, en dat het Optioneel Instrument slechts op basis van unanimité binnen de Raad van Ministers (en met steun van het Europees Parlement) kan worden vastgesteld. Dat betekent niet dat het optionele instrument geen nuttige toevoeging kan vormen aan het Weens Koopverdrag en de

<sup>69</sup> Vgl. ook Hesselink 2010, p. 14.

<sup>70</sup> Zie hierover uitgebreid Sieburgh, elders in dit boek.

richtlijn consumentenkoop. Dat geldt zelfs indien het materiële toepassingsgebied grotendeels beperkt zou blijven tot het kooprecht, aangezien het algemene overeenkomstenrecht in de bestaande internationale en Europese regelingen maar beperkt wordt geregeld en dat het Optioneel Instrument dus wel degelijk kan bijdragen aan de bevordering van het gebruik van de interne markt. Dat neemt niet weg dat die bijdrage aanzienlijk groter zou zijn indien het zowel op nationaal als Europees niveau veel minder goed gereguleerde dienstverleningsrecht zou worden geharmoniseerd, temeer nu de dienstensector naar schatting ongeveer 50% van het bruto binnenlands product van de Europese Unie en zo'n 60% van de werkgelegenheid vertegenwoordigt.<sup>71</sup> Ook als dit op korte termijn niet geregeld zou worden, zou een toekomstige uitbreiding van het Optioneel Instrument op dit terrein zeer gewenst zijn.

Ik heb voorts opgemerkt dat een keuze voor een breed personeel toepassingsgebied – zowel op overeenkomsten tussen twee professionele partijen (B2B-overeenkomsten) als op overeenkomsten tussen een professionele partij en een consument (B2C-overeenkomsten) – wenselijk is, niet alleen omdat een dergelijke regeling op termijn beter als basis zou kunnen dienen voor een eventueel Europees Burgerlijk Wetboek, mocht daar ooit politieke wil voor bestaan, maar vooral ook om zeker te stellen dat kleine ondernemers niet worden gedwongen kennis te verwerven van – ten minste – 2 rechtsstelsels: het recht dat van toepassing is of kan zijn op de overeenkomst met zijn afnemer, en het recht dat van toepassing is op de overeenkomst met zijn eigen leverancier. Wel zal de toepasselijkheid van het optionele instrument op consumentenovereenkomsten meebrengen dat het ook dwingend recht ter bescherming van consumenten zal moeten bevatten. Willen we niet het risico lopen dat consumenten zich verzetten tegen de toepasselijkverklaring van het Optioneel Instrument, dan zal het niveau van consumentenbescherming ten minste even hoog moeten zijn als dat van de komende richtlijn consumentenrechten. Daarmee is een toepasselijkverklaring bij wege van algemene voorwaarden ook aanzienlijk minder problematisch dan het geval zou zijn bij een lager beschermingsniveau.

Het lijkt voorts wenselijk om het partijen zowel in grensoverschrijdende als in zuiver nationale gevallen de mogelijkheid te bieden om te kiezen voor toepassing van het Optioneel Instrument, zodat ondernemers die gebruikmaken van het Optioneel Instrument er desgewenst voor kunnen kiezen *al* hun overeenkomsten te laten beheersen door dat instrument in plaats van door het nationale recht van de lidstaten. Voor beide gevallen zal het mijns inziens moeten gaan om een *opt-in*-systeem: het Optioneel Instrument wordt alleen van toepassing indien partijen, zo nodig bij algemene voorwaarden, hiervoor kiezen.

71 Vgl. J.M. Barendrecht et al., *Principles of European Law on Service Contracts*, Munich: Sellier. European Law Publishers, 2006, p. 127.

Ik heb voorts speciale aandacht gevraagd voor het onderwerp van de handelingsbekwaamheid van minderjarigen. De uiteenlopende regels die hiervoor op nationaal niveau gelden, maken het ondernemers die zich via internet richten op voor minderjarigen aantrekkelijke producten, zoals *digital content*, lastig omdat zij ongewild en vaak ook zonder zich daarvan bewust te zijn, grensoverschrijdende overeenkomsten blijken te sluiten met minderjarigen die in sommige landen, en in sommige gevallen wel, en in andere landen of in andere gevallen niet handelingsbekwaam blijken te zijn. Het lijkt voor het stimuleren van het gebruik van de interne markt wenselijk dat juist op dit terrein een uniforme regeling in Europa zou gelden.

Ten aanzien van de handhaving van het Optioneel Instrument heb ik ten slotte opgemerkt dat een uniforme uitleg ervan door een gemeenschappelijke Europese hoogste rechter essentieel is. Dat zal ongetwijfeld moeten leiden tot een aanpassing van de inrichting van het Europese gerechtelijke apparaat. Van alle suggesties die ik op dit punt heb gedaan, lijkt de minst vergaande mogelijkheid de op korte termijn enig haalbare te zijn, het mogelijk maken dat het Hof van Justitie op vereenvoudigde wijze uitspraak kan doen. Voor deze mogelijkheid is, anders dan voor de andere suggesties die ik heb gedaan, geen verdragswijziging nodig. De te verwachten toevloed van nieuwe prejudiciële vragen vergt mijns inziens echter dat op langere termijn verdergaande opties worden onderzocht.

Het Optioneel Instrument gaat er wel komen. Nu nog ervoor zorgen dat we er ook iets aan zullen hebben!