



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Consumentenbescherming en het Optionele Instrument van contractenrecht

Loos, M.B.M.

Publication date

2011

Document Version

Final published version

Published in

Maandblad voor Vermogensrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2011). Consumentenbescherming en het Optionele Instrument van contractenrecht. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 21(7/8), 191-201.
http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/maandbladvermogensrecht/2011/7_8/MvV_1574-5767_2011_021_007_003.pdf

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.

Consumentenbescherming en het Optionele Instrument van contractenrecht

*Prof. dr. M.B.M. Loos**

1 Inleiding

Hoewel de Richtlijn consumentenrechten nog niet eens officieel is vastgesteld,¹ gaan de ontwikkelingen op het gebied van het Europees contractenrecht alweer veel verder. In haar Groenboek voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, gepubliceerd in juli 2010,² schetste de Europese Commissie zeven scenario's voor de mogelijke toekomstige ontwikkeling van het Europees contractenrecht. Een van deze opties betrof de ontwikkeling van een zogenaamd 'Optioneel Instrument'.³ Algemeen wordt aangenomen dat deze optie al op dat moment de voorkeur van de Europese Commissie had.⁴ Op dat moment had de Commissie een zogenaamde groep van deskundigen (hierna: de Expert Group) al gevraagd een ontwerp voor te bereiden van wat uiteindelijk tot een dergelijk optioneel instrument van

contractenrecht zou kunnen uitgroeien.⁵ Hoewel de Feasibility study dit nog had opengelaten,⁶ heeft Commissaris Reding inmiddels tijdens een toespraak op een symposium in Leuven duidelijk gemaakt dat ze inderdaad in oktober 2011 een voorstel voor een Optioneel Instrument zal indienen.⁷ Al vanaf het begin was het duidelijk dat de tekst die de Expert Group zou voorbereiden, in overeenstemming zou moeten zijn met de ontwikkelingen met betrekking tot het consumentenacquis; in het Groenboek stelde de Commissie:

'Met het oog op de consistentie zal het instrument voor Europees contractenrecht het relevante consumentenacquis moeten aanvullen, *door de vereisten ervan te integreren*, inclusief de voortgang die in de richtlijn over consumentenrechten is gemaakt op het gebied van consu-

* Prof. dr. M.B.M. Loos is 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.

1. Het richtlijnvoorstel is op 23 juni 2011 aanvaard door het Europees Parlement, zie het persbericht van de Europese Commissie van die dag, <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/450&format=HTML&aged=0&language=NL&guiLanguage=en>> (laatstelijk gecontroleerd op 1 juli 2011). De door het Europees Parlement aanvaarde tekst kan worden gedownload via <www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+20110623+TOC+DOC+XML+V0//NL&language=NL> (laatstelijk gecontroleerd op 1 juli 2011). Verwacht wordt dat de Raad van Ministers het voorstel in september zal aanvaarden, waarna het voor het einde van het jaar in het Publicatieblad gepubliceerd zou moeten worden. Omzetting dient in dat geval voor het einde van 2013 te gebeuren.
2. Europese Commissie, Groenboek voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM(2010)348 def. (hierna: Groenboek), beschikbaar online op <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:NL:PDF>> (laatstelijk gecontroleerd op 1 juli 2011).
3. In de Nederlandse tekst van het Groenboek wordt overigens stelselmatig gesproken van een 'facultatief instrument'.

4. Zie bijv. G. Howells, European Contract Law Reform and European Consumer Law – Two Related But Distinct Regimes, *European Review of Contract Law* 2011/2, p. 176; J. Cartwright, Choice Is Good. Really?, *European Review of Contract Law* 2011/2, p. 337-338. Deze opvatting wordt ondersteund door het feit dat de Commissie in haar Digitale Agenda al had aangegeven '*als aanvulling op de richtlijn inzake consumentenrechten, een facultatief instrument inzake contractrecht* [te zullen] voorstellen om de versnippering van contractrechtelijke bepalingen, met name op het gebied van de digitale omgeving, tegen te gaan' (nadruk in oorspronkelijke tekst; MBML). Zie Europese Commissie, Een digitale agenda voor Europa. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, COM(2010)245, p. 15, te vinden op <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:NL:PDF>> (hierna: Digitale Agenda 2010; laatstelijk gecontroleerd op 1 juli 2011). Zie ook Groenboek, p. 3-4.
5. Vgl. European Commission, A European Contract Law for Consumers and Businesses: Publication of the Results of the Feasibility Study Carried Out by the Expert Group on European Contract Law for Stakeholders' and Legal Practitioners' Feedback, 2011, p. 2 (hierna: Feasibility study). Het rapport is (alleen in het Engels) online beschikbaar via <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf> (laatstelijk gecontroleerd op 1 juli 2011).
6. Zie de Feasibility study, p. 5.
7. Zie V. Reding, The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers, Speech/11/411, key-note speech van Commissaris Reding tijdens het symposium 'Towards a European Contract Law', Leuven, 3 juni 2011, p. 9. De toespraak is online beschikbaar via <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/411&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>> (laatstelijk gecontroleerd op 1 juli 2011).

mentenbescherming in de interne markt.⁸ (cursivering toegevoegd; MBML)

Het ontwerp van de Expert Group is onlangs gepubliceerd als bijlage bij de Feasibility study.⁹ Het gaat daarbij, zo bleek al uit het Groenboek,¹⁰ om een opt-in-regeling: partijen dienen een uitdrukkelijke keuze te maken voor de toepasselijkheid van het Optionele Instrument. Commissaris Reding bevestigde dit ook nadrukkelijk in haar toespraak in Leuven:

'Nobody will be forced to use the optional instrument. The bottom line is choice. Only those who choose the instrument will be able to contract under it. Those who do not want to use it will continue to contract under national laws.'¹¹

In deze bijdrage zal ik de vraag bespreken of het Optionele Instrument (ook) van toepassing zou moeten zijn op consumentenovereenkomsten (in Europees jargon: B2C-contracten), en zo ja, wat dan de inhoud van het Optionele Instrument zou moeten zijn om relevant te kunnen zijn. In paragraaf 2 ga ik daartoe achtereenvolgens in op het gewenste personele bereik van het Optionele Instrument (B2B, B2C of beide) (par. 2.1), het materiële bereik (koop, diensten, en digitale content) (par. 2.2) en op het geografische bereik (alleen grensoverschrijdende overeenkomsten of ook binnenlandse overeenkomsten) (par. 2.3). Daarbij zal ik steeds eerst ingaan op de keuzes die volgens mij het best passen bij de belangrijkste doelstelling van het Optionele Instrument – het verbeteren van het gebruik van de interne markt – waarna ik zal bekijken welke keuzes de Europese Commissie daadwerkelijk heeft gemaakt bij het vaststellen van de opdracht aan de Expert Group en welke voorstellen de Expert Group in haar ontwerp heeft gedaan. Ik zal besluiten met de conclusie (par. 3) dat de door de Europese Commissie gemaakte keuzes hebben geleid tot een te beperkt ontwerp dat, indien niet alsnog andere keuzes worden gemaakt, het Optionele Instrument niet zal bijdragen tot een verdere ontwikkeling van het Europese contracten- en consumentenrecht.

2 Toepassingsgebied

2.1 Het personele bereik van het Optionele Instrument

2.1.1 Wat zou het personele bereik moeten zijn?

Uitgangspunt bij het opstellen van het Optionele Instrument is dat het gebruikt zou moeten kunnen worden als een tweede regeling naast het bestaande nationale contractenrecht. De combinatie van de materiële en de personele werkingssfeer zal grotendeels bepalen of het Optionele Instrument een succes zal kunnen worden. In deze paragraaf zal ik ingaan op de vraag of het Optionele Instrument beschikbaar zou moeten zijn

voor overeenkomsten tussen twee professionele partijen (B2B-contracten), voor overeenkomsten tussen een consument en een professionele partij (B2C-contracten), of voor beide. De keuze voor een brede personele werkingssfeer is de enige manier waarop kan worden bewerkstelligd dat kleine en middelgrote ondernemingen (MKB) en andere ondernemingen slechts kennis behoeven te verwerven van één rechtssysteem om te kunnen contracteren in meerdere landen: in vrijwel alle andere gevallen zal de onderneming door de regels van het internationaal privaatrecht in de praktijk te maken krijgen met ten minste twee rechtsstelsels als zij grensoverschrijdende overeenkomsten zou willen sluiten: het recht dat van toepassing is op de overeenkomst met haar leverancier en het recht dat van toepassing is op de overeenkomst met de klant als die een consument is. Het MKB beschikt, anders dan grote ondernemingen, veelal niet over de onderhandelingspositie om simpelweg zijn algemene voorwaarden op te leggen aan zijn leveranciers en zakelijke afnemers, terwijl het MKB ook meer last heeft van de verschillen in de nationale regels van contracten- en consumentenrecht dan grote ondernemingen, die veelal al in meerdere lidstaten opereren en zowel de financiële middelen als de juridische expertise in huis hebben om zo nodig op korte termijn kennis te verwerven van het nationale contracten- en consumentenrecht van de consument. Voor het MKB zou het Optionele Instrument de mogelijkheid bieden om alle overeenkomsten te sluiten onder de toepasselijkheid van één juridisch regime. De toegevoegde waarde van het Optionele Instrument voor het MKB zou echter aanzienlijk afnemen als het slechts zou kunnen worden gebruikt voor B2B-contracten of alleen voor B2C-contracten, omdat het dan voor het andere type contracten alsnog geconfronteerd zou worden met een andere wettelijke regeling.

Wanneer het Optionele Instrument (ook) beschikbaar zou zijn voor consumentenovereenkomsten, heeft dit wel gevolgen voor het consumentenrecht van de lidstaten: wil het Optionele Instrument ertoe kunnen leiden dat ondernemingen uit kunnen gaan van dezelfde regels in alle lidstaten waarin wordt gehandeld, dan zullen nationale consumentenrechtelijke regels opzij moeten worden gezet door het Optionele Instrument. Dat is inderdaad de bedoeling van de Europese Commissie, zo blijkt uit het Groenboek. Daar wordt echter wel direct aan toegevoegd dat het Optionele Instrument zelf zou moeten uitgaan van 'een duidelijk hoog niveau van consumentenbescherming'.¹² Rutgers heeft in dit verband betoogd dat wil het Optionele Instrument een succes kunnen worden, het een relatief *laag* niveau van consumentenbescherming moeten bieden omdat anders er voor de ondernemingen weinig aanleiding bestaat om voor de toepassing van het Optionele Instrument te kiezen. Dat zou impliceren, zo stelt zij, dat een succesvol Optioneel Instrument in feite zou leiden tot 'social

8. Zie Groenboek, p. 12, voetnoot 30.

9. Zie Annex IV bij de Feasibility study.

10. Groenboek, p. 9.

11. Vgl. Reding 2011, p. 7.

12. Zie Groenboek, p. 10.

dumping'.¹³ Dat risico bestaat inderdaad.¹⁴ In B2C-overeenkomsten – maar in de praktijk ook in veel B2B-contracten – is het in feite de sterkere contractspartij die bepaalt welk recht van toepassing is op het contract door te kiezen voor het rechtsstelsel waar die partij het meest vertrouwd mee is of dat – volgens de juridische adviseur van die partij – voor haar het meest gunstig is.¹⁵ De wederpartij wordt in feite gedwongen om die keuze te accepteren en moet er maar het beste van hopen.

Ik denk echter dat het risico minder groot is dan wellicht gedacht wordt. Als het niveau van consumentenbescherming in het Optionele Instrument aanzienlijk lager is dan dat van het anders op de overeenkomst toepasselijke nationale contracten- en consumentenrecht, bestaat de kans dat consumenten zich verzetten tegen een dergelijke rechtskeuze, zeker als ze daartoe worden aangespoord door consumentenorganisaties. Voor de onderneming ontstaan dan twee verschillende problemen. Er zullen dan mogelijk consumenten zijn die zullen weigeren om te contracteren onder toepasselijkheid van het Optionele Instrument. Deze consumenten zullen dan op zoek gaan naar een leverancier die bereid is om de overeenkomst te sluiten onder toepasselijkheid van het nationale contracten- en consumentenrecht.¹⁶ Het tweede risico dat de onderneming loopt, is dat de 'keuze' voor toepasselijkheid van het Optionele Instrument alsnog wordt aangevochten, bijvoorbeeld met het argument dat de rechtskeuze het gevolg van een oneerlijk beding in de algemene voorwaarden van de onderneming is. De onderneming loopt daarmee alsnog het risico geconfronteerd te worden met de toepasselijkheid van het recht dat zij trachtte te vermijden door middel van haar rechtskeuze en dus ook met de noodzaak om kosten te maken om hiervan kennis te verwerven. Als daarentegen het niveau van consumentenbescherming dat wordt geboden door het Optionele Instrument hetzelfde of iets hoger zou zijn dan het niveau van het anders van toepassing zijnde nationale recht, krijgt de onderneming wel te maken met die hogere graad van consumentenbescherming, maar loopt zij niet het risico dat de keuze voor het Optionele Instrument met succes wordt aangevochten. De onderneming zal dan slechts behoeven te investeren in het verwerven van kennis van één rechtsstelsel – dat van het Optionele Instrument – teneinde in alle landen van de Europese Unie te kunnen contracteren met één set van alge-

mene voorwaarden. Daar komt bij dat wanneer duidelijk wordt dat het niveau van consumentenbescherming onder het Optionele Instrument in feite hoger is dan onder het nationale contracten- en consumentenrecht, het Optionele Instrument gebruikt zou kunnen worden als marketinginstrument, op een vergelijkbare wijze als thans garanties fungeren. Voor de Europese Unie zou dit een wapen kunnen opleveren ter bestrijding van het heersende euroscepticisme: een keuze voor de 'Europese wet' kan dan worden aangeprezen als gunstiger voor de consument dan de keuze voor het nationale recht. Kortom, het lijkt zowel in het belang van consumenten als van ondernemingen om het niveau van consumentenbescherming niet op een te laag niveau vast te stellen.

2.1.2 *Het voorgestelde personele bereik*

In de vorige paragraaf is opgemerkt dat het Optionele Instrument teneinde succesvol te kunnen zijn een zo breed mogelijk personeel bereik zou moeten hebben en daarom beschikbaar zou moeten zijn voor zowel B2B-contracten als B2C-contracten. Het lijkt erop dat de Europese wetgever aan deze eis tegemoet zal komen: de Feasibility study geeft duidelijk aan dat de Europese Commissie de Expert Group heeft gevraagd om een ontwerp voor te bereiden dat gebruikt kan worden voor beide typen overeenkomsten.¹⁷ In haar recente toespraak op het symposium in Leuven heeft Commissaris Reding deze verwachting niet alleen bevestigd, maar daarbij benadrukt dat het Optionele Instrument vooral voor kleine en middelgrote ondernemingen van belang zou kunnen zijn. Om die reden wil ze ervoor zorgen dat het Optionele Instrument 'takes the specificities of SMEs'¹⁸ into account, notably the fact that they can often be the weaker party in a business-to-business context'.¹⁹

In overeenkomsten tussen professionele partijen onderling zal het beginsel van de contractsvrijheid voorop worden gesteld.²⁰ Dit beginsel is opgenomen in art. 7 lid 1 van het ontwerp van de Expert Group, maar die bepaling doet geen afbreuk aan de dwingendrechtelijke bepalingen in het ontwerp.

Een van die dwingendrechtelijke bepalingen is de verplichting om te handelen in overeenstemming met de goede trouw,²¹ welke verplichting ook geldt tijdens de precontractuele fase.²² Bovendien geldt ook in overeenkomsten tussen twee professionele partijen dat bedingen in algemene voorwaarden waar niet afzonderlijk over is onderhandeld, onderworpen zijn aan de toets van de oneerlijkheid (onredelijk bezwarendheid), ongeacht de grootte van de wederpartij.²³ Bij consumentenovereenkomsten geldt die toets ook voor indivi-

13. J.W. Rutgers, An Optional Instrument and Social Dumping Revisited, *European Review of Contract Law* 2011/2, p. 359. In deze zin ook Howells 2011, p. 188-189.

14. Zie V. Mak, Hoe meer keus, hoe beter?, *Contracteren* 2011/1, p. 27. In deze zin ook The European Consumers' Organisation (BEUC), *EU Contract Law – MEPs on the Wrong Track*, persbericht PR 2011/026 van 6 juni 2011, online beschikbaar via <www.beuc.org/BEUCNoFrame/Docs/2/ABDDMBHCDEICMDLPHDNBKFAGPDWY9DBKCY9DW3571KM/BEUC/docs/DLS/2011-00481-01-E.pdf> (laatstelijk gecontroleerd op 1 juli 2011). Dit persbericht zal hierna worden aangehaald als: BEUC 2011.

15. Zo ook Cartwright 2011, p. 342.

16. Zie ook J.M. Smits, Over de ongekende legitimiteit van een optionele code, in: M.W. Hesselink, A.A.H. van Hoek, M.B.M. Loos & A.F. Salomons (red.), *Groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 29.

17. Feasibility study, p. 6.

18. Small and medium-sized enterprises, d.w.z. het MKB.

19. Reding 2011, p. 8. Zie ook Feasibility study, p. 6.

20. Vgl. Feasibility study, p. 6. Zie ook 2010 Green Paper on policy options, p. 12.

21. Zie art. 8 lid 1 en 3 van het ontwerp van de Expert Group.

22. Zie art. 27 lid 2 van het ontwerp van de Expert Group.

23. Zie art. 85 van het ontwerp van de Expert Group, dat volgens art. 79 van dat ontwerp van dwingend recht is.

duale bedingen.²⁴ De regelingen van de wilsgebreken bedrog, bedreiging en oneerlijke uitbuiting – een met het leerstuk van misbruik van omstandigheden verwant wilsgebrek – en in consumentenovereenkomsten ook die van dwaling zijn dwingendrechtelijk van aard.²⁵ Dit betekent dat de Expert Group niet alleen bij consumentenovereenkomsten, maar ook voor overeenkomsten tussen professionele partijen heeft geprobeerd om een evenwicht te bewerkstelligen tussen de belangen van de partijen. Dat heeft, zeker voor commerciële overeenkomsten, overigens ook wel een keerzijde: ze kunnen de sterkere partij er ook toe verleiden *niet* te kiezen voor de toepasselijkheid van het Optionele Instrument²⁶ en in plaats daarvan te vertrouwen op haar eigen nationale contractenrecht of dat van een voor haar gunstige andere nationale regeling.

De Europese Commissie heeft de gedachte dat het niveau van consumentenbescherming voldoende hoog moet zijn, met het oog op het bepaalde in art. 114 lid 3 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) omarmd.²⁷ Wat het *juiste* 'hoge niveau van consumentenbescherming' is, is uiteraard vooral een politieke beslissing.²⁸ In dit opzicht is het misschien niet verwonderlijk dat de European Consumers' Organisation (BEUC) tegen het Optionele Instrument pleit. Zoals de directeur-generaal van BEUC, Goyens, het verwoordt: 'There is a clear risk that consumer protection standards will be weakened in many Member States.'²⁹

Dat risico bestaat inderdaad, omdat, zoals het Hof van Justitie al heeft aangegeven, het Verdrag de Europese Unie bij het opstellen van regelgeving niet verplicht uit te gaan van het *hoogste* niveau van bescherming dat kan worden gevonden in de lidstaten.³⁰ Het is niet onredelijk dat niet op elk individueel punt uitgegaan kan worden van het hoogste niveau van consumentenbescherming dat beschikbaar is in een van de lidstaten: een dergelijke benadering zou ertoe leiden dat de nationale beschermende maatregelen zouden worden opgestapeld tot een gezamenlijk niveau dat ver boven het niveau van consumentenbescherming in enige lidstaat ligt.³¹ Daarmee zou het

Optionele Instrument echter bijzonder onaantrekkelijk worden voor elk onderneming, zelfs als een marketing tool.

De eis van een *hoog* niveau van consumentenbescherming staat dus niet per se in de weg aan een vermindering van de bescherming van de consument in een lidstaat, mits het *algemene* niveau van consumentenbescherming in de Europese Unie stijgt als een gevolg van de regelgeving.³² Dit betekent naar mijn mening dat als een meerderheid van de lidstaten wetgeving heeft die meer bescherming biedt dan het bestaande Europese minimum, het Optionele Instrument niet *minder* bescherming kan bieden dan het niveau van consumentenbescherming in die meerderheid van lidstaten, omdat een dergelijke situatie een duidelijke indicatie is dat de meerderheid van de lidstaten van mening is dat de minimumbescherming die wordt geboden door de bestaande Europese richtlijnen ontoereikend is. Een dergelijke aanpak zou voorzien in een objectief criterium om de door Rutgers en Goyens gevreesde 'race to the bottom' te voorkomen, volgens welke de normen worden vastgesteld op het laagste niveau dat kan worden overeengekomen.³³ Hetzelfde dient mijns inziens te gelden indien het aantal lidstaten dat meer bescherming biedt dan het Europese minimum slechts een minderheid van de lidstaten uitmaakt, maar deze lidstaten een meerderheid van de inwoners van de Europese Unie vertegenwoordigen: anders zou immers het niveau van consumentenbescherming voor de meerderheid van de consumenten in de Europese Unie worden verlaagd.³⁴

De vraag is natuurlijk of de door de Expert Group voorbereide tekst aan deze criteria voldoet. Zover ik zien kan, is dat het geval. Zoals Hesselink schrijft³⁵ in reactie op de angst die is verwoord door BEUC:

'The level of consumer protection in the draft optional instrument is high – indeed, very high. To give a few striking examples: Under the proposed text, consumers would have a free choice from the full range of remedies (repair, replacement, termination, price reduction and damages).³⁶ There would be no sneaky, short cut-off periods within which they have to exercise their remedies,³⁷ only a (rather generous) general period of prescription.³⁸ Judicial control of unfair terms would not be limited to standard terms but would extend also to contract terms that have been individ-

24. Zie art. 81 jo. art. 79 van het ontwerp van de Expert Group.

25. Zie art. 54 van het ontwerp van de Expert Group.

26. Zie Cartwright 2011, p. 348-349.

27. Zie Feasibility study, p. 6, en het al aangehaalde citaat afkomstig uit het Groenboek, p. 11, voetnoot 30.

28. Vgl. G. Howells, *The Scope of European Consumer Law*, *European Review of Contract Law* 2005/3, p. 370.

29. BEUC 2011.

30. Vgl. Hof van Justitie 13 mei 1997, zaak C-233/94, *Jur.* 1997, p. I-2405 (Duitsland/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie), in het bijzonder r.o. 10. Zie ook P. Rott, *Minimum Harmonization for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law*, *Common Market Law Review* 2003/40, p. 1108; J.W. Rutgers & R. Sefton-Green, *Revising the Consumer Acquis: (Half) Opening the Doors of the Trojan Horse*, *European Review of Private Law* 2008/3, p. 434.

31. Vgl. V. Mak, *Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?*, *European Review of Private Law* 2009/1, p. 67; M.B.M. Loos, *Full Harmonisation As a Regulatory Concept and Its Consequences for the National Legal Orders. The Example of the Consumer Rights Directive*, in: M. Stürmer (red.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, Munich: Sellier 2010, p. 76. Zie ook de ingezonden brief van M.W. Hesselink, *Consumers Need More Than Protection*, *European Voice* 9 juni 2011, p. 12.

32. Vgl. Hof van Justitie 13 mei 1997, zaak C-233/94, *Jur.* 1997, p. I-2405 (Duitsland/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie), in het bijzonder r.o. 10.

33. Mak 2009, p. 68.

34. Zie reeds M.B.M. Loos, *Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive*, *European Review of Private Law* 2010/1, p. 33.

35. Hesselink 2011, p. 12.

36. Zie art. 108 lid 1 van de ontwerp tekst van de Expert Group.

37. Zie art. 108 lid 3 van de ontwerp tekst van de Expert Group.

38. De termijn voor verjaring bedraagt drie jaar vanaf het moment waarop de consument de non-conformiteit kent of geacht kan worden deze te kennen, en tien jaar vanaf het moment waarop de levering opeisbaar is, zie art. 182 en 183 van de ontwerp tekst van de Expert Group. Deze termijnen kunnen overeenkomstig de volgende artikelen worden geschorst en gestuit.

ually negotiated.³⁹ Moreover, there would be quite a long blacklist of banned terms and an even longer grey-list of terms presumed to be unfair.⁴⁰ (voetnoten met vindplaatsen toegevoegd; MBML)

Wanneer we deze bepalingen vergelijken met het Nederlandse rechts zou elk van de door Hesselink genoemde voorbeelden inderdaad een versterking van de positie van de consument betekenen in vergelijking met de bestaande consumentenbescherming onder het Nederlandse recht. Naast deze voorbeelden zou ik de aandacht willen vestigen op art. 54 van het ontwerp van de Expert Group, dat bepaalt dat de remedies voor fraude, bedreiging en 'oneerlijke uitbuiting' (misbruik van omstandigheden) en, in een consumentenovereenkomst, ook de remedies voor dwaling niet kunnen worden uitgesloten of beperkt. Waar het uitsluiten of beperken van remedies voor bedrog of bedreiging in strijd lijkt met de openbare orde in de meeste lidstaten, geldt dat zeker niet voor dwaling en misbruik van omstandigheden (een wilsgebrek dat niet eens in alle lidstaten is erkend). Het lijkt er dan ook op dat het niveau van consumentenbescherming in het ontwerp van de Expert Group ten minste gelijkwaardig is aan het niveau van consumentenbescherming in het Nederlandse recht.

Een punt van zorg kan zijn de wijze waarop het Optionele Instrument van toepassing wordt. Dat zal in de praktijk veelal geschieden door middel van de aanvaarding van de algemene voorwaarden van de onderneming door de wederpartij. Voor zover het Optionele Instrument op deze wijze ook van toepassing zou worden op consumentenovereenkomsten beklemtoonde Commissaris Reding in haar toespraak in Leuven echter dat daaraan een geïnformeerde keuze ten grondslag zou moeten liggen. De consument moet derhalve op de gevolgen van de keuze worden gewezen. Dat moet verzekeren, aldus Reding, dat de toepasselijkheid van het Optionele Instrument in een consumentenovereenkomst niet enkel het geval mag zijn van een vergissing door de aanvaarding van de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de onderneming, waarin een dergelijke keuze verscholen blijkt te zijn.⁴¹ Hoewel enkele aanvaarding van de algemene voorwaarden van de onderneming bij een consumentenovereenkomst dus niet voldoende zal zijn voor de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, is het natuurlijk in de praktijk de onderneming die bepaalt of het Optionele Instrument op de overeenkomst van toepassing is of niet: de kans dat de consument een reële mogelijkheid krijgt om te kiezen tussen contracteren onder toepasselijkheid van het nationale recht of onder toepasselijkheid van het Optionele Instrument lijkt mij buitengewoon gering. In de praktijk zal de keuze vooral 'take it or leave it'

zijn.⁴² Dit impliceert overigens wel dat zowel het pleidooi van Commissaris Reding als de tegenwerping van BEUC dat het onrealistisch is dat consumenten een geïnformeerde keuze maken tussen het Optionele Instrument en het anders toepasselijke nationale contractenrecht⁴³ tamelijk irrelevant is. Consumenten zullen – misschien met tegenzin, misschien uit overtuiging – kiezen om te contracteren onder toepasselijkheid van het Optionele Instrument als het door de onderneming aangeboden product en de daarvoor in rekening gebrachte prijs hun bevalt. Het lijkt onwaarschijnlijk dat veel consumenten zullen weigeren te contracteren *alleen* omdat niet hun eigen rechtssysteem van toepassing is, maar 'Europees recht'. Bovendien lijkt het niveau van consumentenbescherming ten minste vergelijkbaar met het Nederlandse recht. Onder die omstandigheden lijkt mij weinig te pleiten tegen een 'gedwongen' keuze via algemene voorwaarden, waarbij ik opmerk dat consumenten in de regel ook de inhoud van het eigen nationale recht niet of nauwelijks kennen.⁴⁴

2.2 Het materiële bereik van het Optionele Instrument

2.2.1 Wat zou het materiële bereik moeten zijn?

Een van de belangrijkste vragen die de Europese Commissie heeft moeten beantwoorden bij het opstellen van de opdracht aan de Expert Group betrof het materiële bereik van het Optionele Instrument: zou dat beperkt moeten blijven tot het algemene contractenrecht, moeten bepalingen betreffende bijzondere overeenkomsten worden opgenomen, en hoe zit het met bepalingen over, bijvoorbeeld, de overdracht van eigendom en quasicontractuele aangelegenheden als de regeling van de onverschuldigde betaling of de ongedaanmaking bij ontbinding van een overeenkomst? Hier gaat het om vragen over de materiële werkingssfeer van het Optionele Instrument. Net als geldt voor het personele bereik van het Optionele Instrument vergroot een breed materieel bereik van het Optionele Instrument de kans dat het een succes zal blijken te worden.

De regeling zal mijns inziens alleen dan succesvol kunnen zijn indien zij een min of meer uitputtende regeling kan bieden voor ten minste één of meer bijzondere overeenkomsten. Dit betekent dat het Optionele Instrument bepalingen zou moeten bevatten van zowel algemeen contractenrecht als van ten minste één bijzondere overeenkomst. Als dat niet het geval zou zijn, dan bevat het Optionele Instrument immers een niet opzichzelfstaande wettelijke regeling en zullen partijen alsnog

39. Zie art. 81 lid 1 van de ontwerptekst van de Expert Group. Dit is anders voor B2B-overeenkomsten, waar alleen algemene voorwaarden aan de toetsing zijn onderworpen, zie art. 85 lid 1 van de ontwerptekst van de Expert Group.

40. Zie art. 83 en 84 van de ontwerptekst van de Expert Group.

41. Reding 2011, p. 8. Dit lijkt tegemoet te komen aan de zorg die Cartwright (2011, p. 345) naar voren bracht: hoe kan worden verzekerd dat de consument weet welke bescherming hij of zij opgeeft door akkoord te gaan met de keuze voor het Optionele Instrument?

42. Zie ook Mak 2011, p. 27; Howells 2011, p. 183 en 187; C. Twigg-Flesner, 'Good-Bye Harmonisation by Directives, Hello Cross-Border Only Regulation?' – A Way Forward for EU Consumer Contract Law, *European Review of Contract Law* 2011/2, p. 254; Cartwright 2011, p. 343-344.

43. BEUC 2011.

44. Zie M.B.M. Loos, *Individuele handhaving van het consumentenrecht*, in: M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht*, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009, Deventer: Kluwer 2010, p. 17-23, met nadere verwijzingen. Zie echter ook Howells 2011, p. 187, die terecht waarschuwt voor een Optioneel Instrument dat de steun van consumentenorganisaties ontbeert and die uiteraard gelijk heeft als hij stelt dat in een dergelijk geval het Optionele Instrument ook voor ondernemingen een weinig aantrekkelijk marketinginstrument lijkt.

moeten terugvallen op, en kennis verwerven van het nationale recht. Daarmee zou de aantrekkingskracht van het Optionele Instrument natuurlijk drastisch verminderen.⁴⁵

De noodzaak om regels te ontwikkelen voor zowel het algemene contractenrecht als ten minste één bijzondere overeenkomst is dus onmiskenbaar. Op het eerste gezicht lijkt het aantrekkelijk om naast het algemene contractenrecht in ieder geval het kooprecht te regelen, aangezien dat type overeenkomst, zoals de Europese Commissie het verwoordde in haar Groenboek uit 2010, de '[v]anuit het oogpunt van de interne markt (...) het meest gebruikelijke en relevante contract [is]'.⁴⁶

Op het gebied van het kooprecht bestaat al een ruime hoeveelheid van internationale juridische instrumenten op dit terrein, waarvan het Weens Koopverdrag en de Richtlijn consumentenkoop de belangrijkste zijn. Dat heeft als voordeel dat het mogelijk niet al te moeilijk zal zijn om tot overeenstemming over de inhoud van de te ontwikkelen regels te komen. Aan de andere kant betekent dat echter ook dat de toegevoegde waarde van het Optionele Instrument relatief beperkt is. Harmonisatie van de regels voor bijzondere overeenkomsten is vooral nuttig op die gebieden waar deze het meest uiteenlopen en, diensgevolge, de transactiekosten voor partijen het grootst zijn wanneer die hun rechtskeuze moeten maken of wanneer zij dienen uit te maken welke regels van toepassing zijn op hun juridische conflict. Vanuit dit oogpunt bezien lijkt het meer voor de hand te liggen om uniforme regels te ontwikkelen op het gebied van het dienstenrecht dan op het gebied van het kooprecht. Daar komt bij dat op het gebied van het kooprecht in de meeste Europese lidstaten het Weens Koopverdrag voor overeenkomsten tussen professionele partijen al functioneert als een optioneel instrument, terwijl het consumentenkooprecht door de Richtlijn consumentenkoop al in grote mate geharmoniseerd is. Het ontbreken van ervaring met de koopbepalingen van de Draft Common Frame of Reference (DCFR) en die van het toekomstige Optionele Instrument betekent ook dat een keuze voor de toepassing van het Optionele Instrument in een koopcontract in ieder geval gedurende de eerste jaren van het bestaan van dat instrument zal leiden tot meer in plaats van tot minder rechtsonzekerheid voor de partijen dan het geval zou zijn onder het nationale recht of het Weens Koopverdrag.⁴⁷ Wanneer de nadruk in het Optionele Instrument wordt gelegd op regulering van het kooprecht lijkt het dan ook onwaarschijnlijk dat veel gebruik zal worden gemaakt van dat instrument.⁴⁸

De situatie ziet er veel rooskleuriger uit wanneer het Optionele Instrument regels zou bevatten voor diensten. Regels voor dienstverleningsovereenkomsten zijn buitengewoon gefragmenteerd – met de regeling van de overeenkomst van opdracht naast die van aanneming van werk is Nederland een van de weinige Europese landen waar een min of meer

coherent stelsel van regels op dit gebied bestaat, terwijl Europese (minimum)regels grotendeels ontbreken.⁴⁹ Een regeling voor dienstverleningsovereenkomsten, bijvoorbeeld gebaseerd op de bepalingen van Boek IV.C van de DCFR, zou dan ook een belangrijk gat op Europees niveau vullen en voor veel landen ook een eerste min of meer systematische regeling voor dienstverleningsovereenkomsten bieden op nationaal niveau. Het Optionele Instrument zou daarmee een aantrekkelijke regeling kunnen bieden voor contracterende partijen, die in de meeste Europese lidstaten al vanaf het begin meer rechtszekerheid aan partijen zou bieden dan de bestaande, veelal min of meer lukrake nationale regelingen. Dat betekent dat de kans dat partijen daadwerkelijk gebruik zouden maken van het Optionele Instrument aanzienlijk hoger lijkt dan het geval zou zijn wanneer het Optionele Instrument hoofdzakelijk kooprecht zou bevatten.

Ook ten aanzien van digitale markten is er behoefte aan regelgeving. Regulering van de digitale markt is volgens de Europese Commissie zelf een van de topprioriteiten van de Europa 2020-strategie.⁵⁰ In haar Digitale Agenda 2010 gaf de Europese Commissie aan dat digitale markten nog steeds in belangrijke mate nationale markten zijn. Als gevolg hiervan zouden Europese burgers 'vanwege problemen die *in se* oplosbaar zijn, verstoken blijven van de inherente voordelen van een waarlijk eengemaakte digitale markt. Zowel commerciële als culturele inhoud moet zich vrij over de grenzen kunnen bewegen.'⁵¹

Bovendien, zo constateert de Commissie, worden consumenten en ondernemingen nog altijd geconfronteerd met aanzienlijke onzekerheid over hun rechten en over hun rechtsbescherming wanneer zij online zaken doen.⁵² Om die reden kondigde de Commissie aan dat zij zal onderzoeken hoe de rechten van consumenten die digitale producten (hierna ook: digitale content) kopen, kunnen worden versterkt. De Commissie vervolgt: 'Grensoverschrijdende online transacties kunnen ook worden vergemakkelijkt door het Europese contractrecht beter te stroomlijnen op basis van een hoog niveau van consumentenbescherming.'⁵³

In het Groenboek stelde de Europese Commissie expliciet dat het Optionele Instrument kan zijn toegespitst op contracten in de onlineomgeving of, meer algemeen, op een afstand, grensoverschrijdende of binnenlandse. De Commissie merkt dat dergelijke overeenkomsten een aanzienlijk deel van de grensoverschrijdende transacties in de interne markt vormen en het hoogste potentieel voor groei vormen.⁵⁴

45. Mak 2011, p. 25.

46. Zie Groenboek, p. 13.

47. Zie S. Augenhof, A European Civil Law – For Whom and What Should it Include? Reflections on the Scope of Application of a Future European Legal Instrument, *European Review of Contract Law* 2011/2, p. 211; Cartwright 2011, p. 347.

48. Zo ook Howells 2011, p. 182-183.

49. Zie uitgebreid M.B.M. Loos, Chapter 33, Service Contracts, in: A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E.H. Hondius, C. Mak & C.E. du Perron (red.), *Towards a European Civil Code* (vierde druk), Den Haag/Londen/New York/Nijmegen: Kluwer Law International/Ars Aequi Libri 2011, p. 757-759.

50. Vgl. Digitale Agenda 2010, p. 3.

51. Digitale Agenda, p. 6.

52. Digitale Agenda, p. 8.

53. Digitale Agenda, p. 14.

54. Groenboek, p. 13.

Dat er een behoefte aan regelgeving voor digitale producten bestaat, is duidelijk. Uit een vergelijkende studie die ik momenteel met collega's in Amsterdam uitvoer in opdracht van de Europese Commissie blijkt dat in alle lidstaten die zijn opgenomen in het onderzoek er aanzienlijke onzekerheid bestaat over de kwalificatie van de overeenkomst als een overeenkomst voor de levering van goederen of diensten. Kwalificatie van digitale producten als een goed of een dienst is naar geldend recht van essentieel belang omdat de kwalificatie veelal bepaalt of informatieverplichtingen van toepassing zijn, en zo ja, welke informatie moet worden vermeld, of de aanbieder van het digitale product aansprakelijk kan worden gehouden voor verborgen gebreken of voor non-conformiteit van het geleverde product, welke remedies beschikbaar zijn bij non-conformiteit, of de consument gebruik kan maken van een herroepingsrecht (dat wil zeggen de overeenkomst tijdens de bedenktijd kan ontbinden), enzovoort. Digitale content als muziek, films, boeken, videogames of software kan worden geleverd op een duurzame drager zoals een cd, dvd, USB-stick, enzovoort, of langs elektronische weg. Verdedigd zou kunnen worden dat de wijze waarop de digitale content wordt geleverd – door middel van een duurzame drager of langs elektronische weg – bepaalt of de digitale content een roerende zaak of een dienst is. Op de overeenkomst tot levering van een film op een dvd zouden dan de regels voor de koop van roerende zaken van toepassing zijn, terwijl op de overeenkomst waarbij dezelfde film gedownload zou worden via het internet de regels voor diensten van toepassing zouden zijn. Terwijl een dergelijk onderscheid tussen goederen en diensten in dit geval nog wel kan worden gemaakt, wordt dat bij veel online en offline gedistribueerde vormen van digitale content een stuk moeilijker. Hoe zou bijvoorbeeld de aanschaf van een via internet te spelen game met een maandelijks abonnement moeten worden gekwalificeerd? In dit geval bestaat de transactie uit drie elementen: de installatiesoftware om het spel op de eigen computer te installeren, de persoonlijke account van de gamer en het onlineabonnement. In de regel zijn dan alle drie elementen noodzakelijk om de game online te spelen. De installatiesoftware zou (zeker als die geleverd wordt op een cd of dvd) kunnen worden gekwalificeerd als een digitaal goed, terwijl het onlineabonnement zou kunnen worden aangemerkt als een dienst. De persoonlijke account, waaronder ook de mogelijk verworven eigenschappen en eigendommen van de avatar, wordt veelal op de server van de aanbieder van de game opgeslagen en kan dan niet worden gedownload op de computer van de consument. Ook software kan soms worden gekwalificeerd als een digitaal goed, maar kan continue of regelmatige toegang tot het internet vereisen om updates te kunnen ontvangen en verwerken om nuttig en werkzaam te blijven. In een dergelijk geval gaat de overeenkomst gepaard met een duidelijk dienstverleningselement, net als in het geval van antivirussoftware die constant moet worden geüpdatet om zijn taken te kunnen uitvoeren. Met de opkomst van *cloud computing* – waarbij de digitale content (waaronder ook Word-documenten) niet is opgeslagen op de computer van de consument, maar veeleer op de server van de onderneming, en waarbij de

consument alleen maar de toegang wordt verstrekt tot een gepersonaliseerd, afgeschermd deel van die server om gebruik te kunnen maken van zijn eigen digitale content – lijkt het waarschijnlijk dat de kwalificatie van digitale content als goederen of diensten alleen maar problematischer zal worden.

Hoewel de kwalificatie van digitale-contentcontracten dus ingewikkeld is, toont ons onderzoek aan dat die in de praktijk maar in zeer weinig gevallen echt van belang is. In het rapport dat wij thans afronden voor de Europese Commissie proberen we om het probleem van de kwalificatie te omzeilen door de ontwikkeling van een *sui generis*-regeling voor digitale-contentcontracten en in het bijzonder door het ontwikkelen van specifieke regels wanneer die voorzien in een bijzondere behoefte. We hebben ontdekt dat in de door ons onderzochte rechtsstelsels⁵⁵ weinig verschil bestaat bij de beoordeling of de geleverde digitale content aan de overeenkomst beantwoordt. In de meeste rechtsstelsels wordt daartoe de conformiteitstest toegepast zoals deze is ontwikkeld onder de Richtlijn consumentenkoop voor 'gewone' zaken.⁵⁶ Deze test lijkt flexibel genoeg te zijn om rekening te houden met de zeer uiteenlopende soorten digitale content die kan worden geleverd, zoals de conformiteitstest ook flexibel genoeg is om te worden toegepast op zo verschillende goederen als auto's, meubels, speelgoed en levensmiddelen. De lidstaten hebben bovendien ruime ervaring met de toepassing van de verschillende onderdelen van de conformiteitstest uit de Richtlijn consumentenkoop en met de toepassing van de regels voor de consumentenkoop op overeenkomsten waarmee digitale content permanent wordt overgedragen, zoals in gevallen waar de digitale content is opgeslagen op een duurzame drager of verzonden door de onderneming of gedownload door de consument voor permanent gebruik.⁵⁷ Ook de remedies die de Richtlijn consumentenkoop aan de teleurgestelde consument toekent kunnen zonder veel aanpassingen worden toegepast.⁵⁸

Meer problematisch is de toepassing van het herroepingsrecht dat voortvloeit uit de Richtlijn koop op afstand. Ons onderzoek toont aan dat de lidstaten de neiging hebben om de mogelijkheid voor consumenten om zich bij overeenkomsten

55. Het rapport bouwt voort op een rechtsvergelijkende voorfase, waarin landenrapporten zijn opgesteld voor Nederland, Duitsland, Engeland, Frankrijk, Italië, Spanje, Finland, Polen, Hongarije en de niet-EU-landen Noorwegen en de Verenigde Staten.

56. Zie ook meer algemeen Th. Wilhelmsson, *The Solution of the Consumer Sales Directive*, in: H. Collins (red.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices. Contract, Consumer and Competition Law Implications*, Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2004, p. 235, die stelt dat er geen dwingende reden bestaat om de levering van goederen en diensten op dit punt anders te beoordelen.

57. Vgl. M. Schmidt-Kessel, *The Application of the Consumer Rights Directive to Digital Content*, Paper prepared for the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), 2011, p. 13, met nadere verwijzingen, te downloaden via <www.europa.eu/document/activities/cont/201101/20110113ATT11670/20110113ATT11670EN.pdf> (laatstelijk gecontroleerd op 5 juli 2011).

58. Een uitzondering geldt voor de ontbinding, waar bijzondere regels noodzakelijk lijken voor het geval de digitale content al geleverd is en het voor de onderneming niet mogelijk is te beoordelen of de consument geen kopie heeft gemaakt en achtergehouden.

tot levering van digitale content te beroepen op de ontbindingsbevoegdheid uit te sluiten of te beperken. Die neiging hangt ongetwijfeld samen met het feit dat het moeilijk, zo niet onmogelijk is om de prestatie van de onderneming ongedaan te maken na de ontbinding.⁵⁹ In veel lidstaten wordt daartoe een beroep gedaan op de uitzondering voor met toestemming van de consument tijdens de bedenktijd geleverde diensten⁶⁰ of de uitzonderingen voor goederen waarvan de verzegeling is verbroken of die naar hun aard niet kunnen worden geretourneerd.⁶¹ Ons onderzoek toont echter aan dat het twijfelachtig is of op de laatste twee uitzonderingen kan worden vertrouwd. In de onlangs door het Europees Parlement aanvaarde tekst van de Richtlijn consumentenrechten is dan ook terecht voor digitale-contentovereenkomsten een bijzondere regeling ontworpen.⁶² Deze nieuwe regeling vormt een erkenning van de gedachte dat er met betrekking tot digitale-contentcontracten zeker onderwerpen zijn die specifieke aandacht van de Europese wetgever behoeven. Gezien onze bevindingen ten aanzien van de conformiteitseis lijkt het echter niet zeer problematisch om coherente wetgeving op dit gebied te ontwerpen. Op verzoek van de Europese Commissie hebben wij daartoe ook enkele aanbevelingen gedaan – de in deze paragraaf behandelde onderwerpen behoren daar uiteraard toe.

2.2.2 *Het voorgestelde materiële bereik*

Het door de Expert Group voorbereide ontwerp bevat als verwacht zowel regels van algemeen contractenrecht als regels voor bijzondere overeenkomsten. Ongelukkig is echter dat de Europese Commissie de Expert Group vooral blijkt te hebben opgedragen regels te ontwikkelen voor koopovereenkomsten en voor diensten die samenhangen met een gesloten koopovereenkomst en die worden geleverd door de verkoper.⁶³ Mijns inzien is dit een gemiste kans: zoals eerder opgemerkt, lijkt de toegevoegde waarde die het Optionele Instrument kan hebben voor koopovereenkomsten beperkt te zijn. Voor digitale-contentcontracten worden thans nog geen regels voorgesteld, maar in de Feasibility study vraagt de Europese Commissie respondenten nadrukkelijk of zij denken dat het Optionele Instrument ook voor dergelijke overeenkomsten regels zou moeten bevatten.⁶⁴ In haar toespraak op het Leuvense symposium bevestigde Commissaris Reding ook dat zij voornemens is in het Optionele Instrument regels op te nemen waarmee rekening wordt gehouden met digitaal tot stand gekomen overeenkomsten.⁶⁵ De Europese Commissie laat de deur voor regelgeving op dit punt dus open. Desalniettemin is het ontbreken van regels in het ontwerp van de Expert Group op dit punt teleurstellend te noemen. In de Digitale Agenda had de Europese Commissie immers al aangegeven dat zij juist op dit

gebied wetgeving in de vorm van een Optioneel Instrument zou voorstellen.⁶⁶

In het Groenboek werd erkend dat ook regulering van diensten zeer belangrijk is. Daaraan werd toegevoegd dat omdat diensten zeer uiteenlopend van aard zijn, voor specifieke dienstencontracten specifieke regels moeten worden ontworpen.⁶⁷ De Commissie dacht daarbij aan regels voor financiële diensten en voor ‘met verkoop verwante dienstencontracten, zoals autoleasing of voor verzekeringscontracten’.⁶⁸

Dit gaf al aan dat de Europese Commissie de Expert Group slechts in beperkte mate regels zou laten ontwerpen voor diensten. Art. 150 van het ontwerp van de Expert Group geeft aan dat de regels voor dienstverleningsovereenkomsten alleen gelden voor overeenkomsten:

- a. waarbij een verkoper diensten aanbiedt die verband houden met de verkoop van de goederen, zoals installatie, onderhoud of reparatie; en
- b. waarbij de overeenkomst tot levering van de dienst op hetzelfde moment als het koopcontract wordt gesloten of waarbij in het koopcontract al wordt voorzien in de mogelijke latere sluiting van de dienstverleningsovereenkomst.

Bovendien zouden de samenhangende diensten geen betrekking mogen hebben op vervoer, ‘opleidingsdiensten’ (*training services*), ondersteuning bij telecommunicatiediensten of financiële diensten. De beperkte reikwijdte van deze regels is het rechtstreeks gevolg van de opdracht van de Europese Commissie aan de Expert Group,⁶⁹ maar is mijns inziens zeer betreurenswaardig. Zij brengt in feite mee dat de regels voor dienstverleningsovereenkomsten alleen betrekking hebben op wat in de DCFR ‘processing contracts’ wordt genoemd,⁷⁰ en alleen voor zover de dienst samenhangt met een koopovereenkomst die op hetzelfde moment is gesloten of die een optie tot een later te sluiten dienstverleningsovereenkomst bevatte. Voor zover het echter gaat om de installatie van de goederen is deze (in aansluiting bij de Richtlijn consumentenkoop) reeds geregeld als onderdeel van de koopovereenkomst,⁷¹ evenals overeenkomsten waarbij de te leveren goederen nog tot stand moeten worden gebracht.⁷² De toegevoegde waarde van de regels voor met de koop samenhangende diensten is daarmee dus grotendeels beperkt tot overeenkomsten tot onderhoud of reparatie van de gekochte goederen door de verkoper, voor zover de mogelijkheid tot het sluiten van deze vervolgovereenkomst al werd aangeboden op het moment waarop de koopovereenkomst werd gesloten. Dit is zeker een welkome aanvulling op de regels die volgen uit de Richtlijn consumentenkoop,

59. Zie voor de ontbinding wegens non-conformiteit ook de vorige voetnoot.

60. Vgl. bij ons art. 7:46i lid 5 BW.

61. Zie bij ons resp. art. 7:46d lid 4 onder c en lid 4 onder b sub 3 BW.

62. Zie art. 9 lid 2 onder c, art. 14 lid 4 onder b en art. 16 onder m van de door het Europees Parlement aanvaarde tekst van de Richtlijn consumentenrechten.

63. Zie Feasibility study, p. 6.

64. Zie Feasibility study, p. 9.

65. Reding 2011, p. 8.

66. Zie Digitale Agenda, p. 15.

67. Groenboek, p. 14.

68. Groenboek, p. 14.

69. Zie Feasibility study, p. 6.

70. In de Nederlandse vertaling van de Principles of Law on Service Contracts, die de basis vormen van de DCFR, hebben we dat vertaald met de term ‘bewerkingsovereenkomsten’.

71. Zie art. 104 van het ontwerp van de Expert Group.

72. Zie de omschrijving van een koopovereenkomst in art. 2 onder (15) van het ontwerp van de Expert Group.

maar betreft maar een zeer beperkt deel van de markt voor dienstverleningsovereenkomsten, en zelfs van de markt voor reparatie- en onderhoudscontracten: elke dienst die door een onafhankelijke derde partij wordt geleverd of door de verkoper zonder dat een aanbod was gedaan op het moment waarop de koopovereenkomst was gesloten, valt buiten de werkingssfeer van de regels voor diensten in het Optionele Instrument. Betekent dit nu dat dergelijke partijen hun diensten niet kunnen aanbieden onder toepasselijkheid van het Optionele Instrument? Dat zou betekenen dat de verkoper die het Optionele Instrument van toepassing had verklaard op de koopovereenkomst, maar pas later het aanbod heeft gedaan om een onderhoudscontract te sluiten, zou worden gedwongen om dat onderhoudscontract te sluiten onder toepasselijkheid van het nationale contractenrecht. Daarmee zouden beide partijen alsnog twee rechtsstelsels moeten kennen, hetgeen voor geen van hen aantrekkelijk lijkt. Het lijkt overigens mogelijk dat de verkoper-dienstverlener alsnog kiest voor toepassing van het Optionele Instrument op de dienstverleningsovereenkomst, maar dat dan alleen de regels van het algemene contractenrecht van toepassing zouden zijn. Het zou dan aan de rechter zijn om te bepalen of de bijzondere bepalingen voor dienstverleningsovereenkomsten kunnen worden ingeroepen bij de uitleg en toepassing van de regels van het algemene contractenrecht.

Dit lijkt mij een onhoudbare regeling. Zelfs als men het bereik van de regels voor dienstverleningsovereenkomsten zou willen beperken tot 'processing contracts', overtuigt het niet om partijen alleen de mogelijkheid te bieden om te kiezen voor toepassing van het Optionele Instrument als de overeenkomst tegelijk met de koopovereenkomst is gesloten of in de koopovereenkomst voorzien was in de latere sluiting van de dienstverleningsovereenkomst. Ik zie bovendien niet in waarom de mogelijkheid voor toepassing van het Optionele Instrument wel zou moeten worden geboden aan de verkoper-dienstverlener, maar niet aan een onafhankelijke dienstverlener. Mijns inziens dienen beide beperkingen in art. 150 van het ontwerp van de Expert Group dan ook te worden geschrapt.

Zoals hierboven werd aangevoerd, lijkt het erop dat een regeling voor dienstverleningsovereenkomsten nuttiger zou zijn geweest dan de nu voorgestelde regeling voor koopovereenkomsten. Dat betekent niet dat regulering van het kooprecht zinloos is. Een voordeel van het Optionele Instrument boven het Weens Koopverdrag is het feit dat het ontwerp van de Expert Group voor het Optionele Instrument, anders dan het Verdrag, wel een regeling bevat voor het algemene contractenrecht. Dat is vooral van belang ten aanzien van de wilsgebreken. Terwijl duidelijk is dat de conformiteitsregels in het Weens Koopverdrag geen ruimte laten voor vernietiging of wijziging van de overeenkomst wegens dwaling,⁷³ is omstreden of de koper overeenkomstig het anders van toepassing zijnde

nationale recht wel een beroep kan doen op de wilsgebreken bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden.⁷⁴ Het ontwerp van de Expert Group regelt zowel de wilsgebreken als de conformiteitsregels in hetzelfde juridische instrument en lijkt daarmee op dit punt meeromvattend dan het Weens Koopverdrag.

De in het ontwerp gevolgde structuur is daarentegen gebruiksvriendelijk.⁷⁵ Het lijkt weinig zinvol om twee afzonderlijke regelingen te ontwerpen voor de remedies van de teleurgestelde schuldeiser, één voor het kooprecht en één voor de regeling van met de koopovereenkomst samenhangende dienstverleningsovereenkomsten, temeer niet nu de tweede regeling weinig anders doet dan te bepalen dat de remedies uit het kooprecht met slechts enkele kleine aanpassingen van overeenkomstige toepassing zijn. Een generieke regeling in het algemene contractenrecht voorkomt ook dat er verschillen ontstaan in de uitleg van dezelfde bepalingen voor koop- en dienstverleningsovereenkomsten en maakt het eenvoudiger om op een later tijdstip aanvullende specifieke regelingen voor bijzondere overeenkomsten op te nemen in het Optionele Instrument.

2.3 *Het territoriale bereik van het Optionele Instrument*

2.3.1 *Wat zou het territoriale bereik moeten zijn?*

In het Groenboek geeft de Europese Commissie aan dat het Optionele Instrument zou kunnen bewerkstelligen dat ondernemingen en consumenten gebruik zouden kunnen maken van, respectievelijk onderworpen zouden zijn aan slechts één juridisch regime voor al hun overeenkomsten. Met name ondernemingen zou dit de mogelijkheid bieden om met één set algemene voorwaarden overal in de Europese Unie actief te worden.⁷⁶ Als het Optionele Instrument alleen beschikbaar zou zijn voor grensoverschrijdende overeenkomsten, zullen ondernemingen nog steeds geconfronteerd worden met twee juridische regimes en daarop hun algemene voorwaarden moeten afstemmen: één set algemene voorwaarden voor grensoverschrijdende overeenkomsten en één set voor binnenlandse overeenkomsten. Dat zou wel betekenen dat consumenten of ondernemingen die geen gebruik willen maken van de interne markt en kiezen voor het behoud van nationale niveaus van consumentenbescherming ook last hebben van een mogelijke keuze van hun wederpartij voor de toepasselijkheid van het Optionele Instrument.⁷⁷

Op het eerste gezicht lijkt het aantrekkelijk om de werkingssfeer van het Optionele Instrument te beperken tot grensoverschrijdende contracten, op dezelfde manier als het Weens Koopverdrag alleen van toepassing is op internationale handelskoopovereenkomsten. Dit lijkt ook de heersende

73. Zie R.I.V.F. Bertrams & S.A. Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag* (derde druk), Deventer: Kluwer 2007, p. 272.

74. Zie Bertrams & Kruisinga 2007, p. 219.

75. Gebruiksvriendelijkheid was een van de eisen die de Europese Commissie aan de Expert Group stelde, zie Feasibility study, p. 6.

76. Groenboek, p. 13.

77. Groenboek, p. 12.

mening onder de respondenten op het Groenboek.⁷⁸ Bij wat langer nadenken lijkt een dergelijke beperking echter veel minder evident. In de eerste plaats kan men zich afvragen waarom ondernemingen moeten worden beroofd van de voordelen die het Optionele Instrument zou kunnen bieden – de mogelijkheid om zowel bij grensoverschrijdende als binnenlandse overeenkomsten zaken te doen op basis van slechts één set algemene voorwaarden en op basis van één juridisch regime enkel omdat hun nu gesloten overeenkomst niet een grensoverschrijdende overeenkomst is. Dat zou betekenen dat dergelijke ondernemingen toch zouden moeten investeren in het kennen van (de ontwikkelingen in) twee juridische regimes (het nationale recht voor binnenlandse overeenkomsten en het Optionele Instrument voor grensoverschrijdende overeenkomsten), waarmee een belangrijk deel van de gewenste kostenbesparingen uitblijft.⁷⁹ Zeker ondernemingen uit het MKB zouden dan vermoedelijk uit puur praktische overwegingen afzien van een keuze voor het Optionele Instrument, terwijl – zoals is opgemerkt in paragraaf 2.1.1 – het Optionele Instrument juist voor het MKB aantrekkelijk zou kunnen zijn. Voor grensoverschrijdende handelskoopovereenkomsten kan ook gebruik worden gemaakt van het Weens Koopverdrag, terwijl ook een rechtskeuze voor het eigen interne nationale recht mogelijk is. Zowel het Weens Koopverdrag als het eigen interne nationale contractenrecht zal bovendien (zeker gedurende de eerstkomende jaren) ook meer rechtszekerheid bieden. Als het Optionele Instrument alleen beschikbaar is in grensoverschrijdende situaties, lijkt er niet veel reden om verder te gaan met de ontwikkeling ervan.

Bovendien is het tegenwoordig – anders dan in het verleden – in veel gevallen op het moment van de contractssluiting helemaal niet duidelijk dat de overeenkomst een grensoverschrijdende is. Dat geldt met name wanneer de overeenkomst is gesloten via het internet. Alleen wanneer de onderneming diensten levert op basis van een schriftelijk tot stand gekomen overeenkomst⁸⁰ of indien de onderneming (gedeeltelijke) betaling verlangt voordat zij haar goederen of diensten levert,⁸¹ is zij gehouden al voor contractssluiting haar geografische adres te verstrekken, terwijl niet-naleving van die verplichting niet afzonderlijk gesanctioneerd is.⁸² Ook de wederpartij hoeft zich niet bewust te zijn van het feit dat een grensoverschrijdende overeenkomst wordt gesloten, laat staan

dat deze zich zal realiseren dat de (evenmin gelezen) rechtskeuze in de algemene voorwaarden van de aanbieder voor het Optionele Instrument in dat geval wel (maar bij een binnenlandse overeenkomst geen) gevolgen heeft. In veel gevallen maakt de onderneming bij haar website immers gebruik van een extensie als .com, .int of .eu, waaruit de wederpartij niet eenvoudig de buitenlandse origine van de website behoeft te herkennen, met name niet wanneer de wederpartij de mogelijkheid heeft om op een vlag te klikken die haar eigen land vertegenwoordigt en de overeenkomst vervolgens in de eigen taal kan worden gesloten. Daar komt bij dat de wederpartij niet verplicht is informatie te verstrekken over haar geografische adres en de onderneming daar veelal ook weinig belangstelling voor heeft wanneer geen fysieke goederen of diensten worden geleverd – de overeenkomst betreft bijvoorbeeld het downloaden of streamen van muziek of de verlening van toegang tot onlinediensten. Die belangstelling zal met name ontbreken wanneer de onderneming zeker heeft gesteld dat de klant heeft betaald voor de prestaties die hij zal ontvangen en dat de prestatie aan de juiste wederpartij zal worden geleverd. Door pas te leveren na betaling en de klant vervolgens toegang te geven tot het beveiligde systeem met een wachtwoord of door het verstrekken van een hyperlink voor directe toegang kan de onderneming haar belangen afdoende beschermen. Zeker wanneer de keuze voor het Optionele Instrument gedaan wordt door middel van een bepaling in de algemene voorwaarden en deze door de wederpartij aanvaard zijn, is het in dergelijke gevallen bijna toeval of de rechtskeuze wel of geen effect heeft omdat de overeenkomst grensoverschrijdend van aard is of juist een binnenlandse overeenkomst blijkt te zijn.

Op basis van het bovenstaande lijkt duidelijk dat het Optionele Instrument zowel voor grensoverschrijdende als voor binnenlandse overeenkomsten van toepassing zou moeten kunnen zijn.

2.3.2 *Het voorgestelde territoriale bereik*

Hoewel de Commissie de keuze voor het territoriale bereik in het Groenboek nog heeft opengelaten, blijkt zij in de Feasibility study ervoor gekozen te hebben om het bereik te beperken tot grensoverschrijdende overeenkomsten.⁸³ In haar toespraak op het symposium in Leuven heeft Commissaris Reding echter aangegeven dat uiteindelijk een middenweg zou kunnen worden gekozen: de verordening waarmee het Optionele Instrument zou worden vastgesteld, zou beperkt kunnen worden tot grensoverschrijdende contracten, maar lidstaten zou kunnen worden toegestaan om het Optionele Instrument ook open te stellen voor binnenlandse overeenkomsten.⁸⁴ De keuze tot uitbreiding van de werkingssfeer van het Optionele Instrument tot binnenlandse overeenkomsten zou dan de keuze zijn van de nationale wetgever, waardoor het subsidiariteitsbeginsel geen problemen zou opleveren voor de bevoegdheid

78. Zie Feasibility study, p. 3.

79. Zo ook Augenhof 2011, p. 213.

80. Zie art. 6:230 sub 1 jo. art. 6:230e BW.

81. Zie art. 7:46c lid 1 onder a BW.

82. Bij op afstand gesloten overeenkomsten leidt alleen de schending van de contractuele informatieplicht tot verlenging van de bedenktijd, zie art. 7:46d lid 1 BW. Schending van de informatieverplichtingen voor dienstverleners op grond van art. 6:230a e.v. BW is niet afzonderlijk geregeld, zodat slechts de normale regels voor wilsgebreken en tekortkomingen van toepassing zijn. Het lijkt niet direct aannemelijk dat op deze grond de overeenkomst vernietigd zou kunnen worden wegens dwaling of ontbonden wegens een tekortkoming, zodat waarschijnlijk alleen schadevergoeding resteert, zo er al sprake is van schade in de zin van de wet. Daarnaast zou mogelijk een rechtskeuze voor het Optionele Instrument in de algemene voorwaarden van de wederpartij onder deze omstandigheden onredelijk bezwarend kunnen worden geacht.

83. Feasibility study, p. 6.

84. Vgl. Reding 2011, p. 9.

van de Europese wetgever.⁸⁵ Indien dit inderdaad de uitkomst van het Europese debat zou worden, denk ik dat er vanuit het bedrijfsleven op nationaal niveau veel druk zal worden uitgeoefend om het toepassingsgebied van het Optionele Instrument alsnog uit te breiden tot zuiver binnenlandse gevallen, juist om te voorkomen dat buitenlandse klanten of – erger nog – buitenlandse concurrenten zouden kunnen kiezen voor het Optionele Instrument, terwijl die mogelijkheid niet zou worden geboden aan de ‘eigen’ afnemers en leveranciers.⁸⁶ Een dergelijke discriminerende aanpak is dan wel niet in strijd met Europese wetgeving, maar lijkt voor de nationale wetgever toch moeilijk te verdedigen.

3 Conclusies

Hoe moeten de keuzes van de Europese Commissie en de Expert Group worden beoordeeld? Als de bevordering van de interne markt centraal wordt gesteld, zou een ruim personeel en territoriaal bereik moeten worden nagestreefd, dient het niveau van consumentenbescherming voldoende hoog te zijn en zouden de in het Optionele Instrument geregelde onderwerpen voor de rechtspraktijk relevant moeten zijn. Een en ander zou moeten garanderen dat ondernemingen het gebruik van het Optionele Instrument kunnen ‘verkopen’ als een soort kwaliteitskeurmerk.

Het besluit om het Optionele Instrument beschikbaar te stellen voor binnenlandse overeenkomsten zal waarschijnlijk worden overgelaten aan de lidstaten zelf. Het Optionele Instrument kan bovendien worden gekozen voor zowel B2B-overeenkomsten als B2C-overeenkomsten en het niveau van consumentenbescherming lijkt voldoende hoog te zijn om het Optionele Instrument in te kunnen zetten als marketing tool. Zowel ten aanzien van het territoriale en het personele bereik als ten aanzien van het niveau van consumentenbescherming scoort het ontwerp van de Expert Group derhalve goed. Dat is echter anders ten aanzien van het materiële bereik van het Optionele Instrument. Het (vooralsnog) ontbreken van specifieke regels voor digitale-contentcontracten is teleurstellend. Het buitengewoon beperkte toepassingsgebied van de regels voor dienstverleningsovereenkomsten leidt ertoe dat de praktische relevantie van deze bepalingen gering is. En precies waar wel regels voor het bijzondere contractenrecht zijn ontwikkeld – het kooprecht – is de noodzaak voor dergelijke regels niet zeer groot. Dat doet de vraag rijzen wat we nu eigenlijk met het Optionele Instrument moeten als dit alles is. Kunnen we niet gewoon volstaan met een uitbreiding van het Weens Koopverdrag voor grensoverschrijdende B2C-overeenkomsten en daaraan enkele regels toevoegen ter bescherming van consumenten? Het materiële bereik van de regels zal moeten worden uitgebreid, bijvoorbeeld door alsnog regels op te nemen voor digitale-contentcontracten of door het bereik van

de regels voor dienstverleningsovereenkomsten te vergroten. Een Optioneel Instrument dat zich voornamelijk richt op het kooprecht zal waarschijnlijk de rechtspraktijk niet veel helpen.

85. Zie over subsidiariteit als een reden voor de beperking van Europese regelgeving tot grensoverschrijdende gevallen, Twigg-Flesner 2011, p. 250-251.

86. Dit zou uiteraard anders kunnen zijn indien het niveau van consumentenbescherming, of meer in het algemeen: het niveau van bescherming van zwakkere partijen, op nationaal niveau lager is dan het beschermingsniveau van het Optionele Instrument.