

# Artikel

## Het Gemeenschappelijk Referentiekader, het optionele instrument, een mop?

Mr. J.W. Rutgers\*

### 1. Inleiding

'Europees Wetboek via de achterdeur', 'Sluiproute naar een wetboek', 'Geen mop, ook geen studieproject', kopte *NRC Handelsblad* in oktober 2007.<sup>1</sup> Op deze artikelen is zowel in de kranten als in de juridische pers<sup>2</sup> gereageerd. Zo schrijft Hesselink in een ingezonden artikel dat 'Een Europees Burgerlijk Wetboek juist [een] goed idee [is]',<sup>3</sup> terwijl Tjittes in *het Financieele Dagblad* het tegenovergestelde standpunt inneemt in een stuk met als kop 'Geen dictaat voor contracten'.<sup>4</sup> In al deze artikelen wordt ingegaan op de vraag of een project dat gestart is door de Europese Commissie met de naam 'Gemeenschappelijk Referentiekader (GRK)' zal leiden tot een Europees Burgerlijk Wetboek en zo ja of dat wenselijk is.

Inmiddels heeft ook de politiek gereageerd. Zo hebben de Tweede Kamerleden H. ten Broeke en F. Teeven (VVD) vragen gesteld aan de minister van Justitie en heeft deze hierop gereageerd.<sup>5</sup> Hierop zal nader worden ingegaan in paragraaf 3. Alvorens dit te doen, zullen eerst de Mededelingen van de Europese Commissie

worden besproken, waarin de Europese Commissie haar plannen met betrekking tot het Europees contractenrecht bekend heeft gemaakt.

### 2. De Mededelingen van de Europese Commissie

Op 11 juli 2001 heeft de Europese Commissie haar eerste 'Mededeling betreffende het Europees verbintenissenrecht' gepubliceerd.<sup>6</sup> In dit verband moet worden opgemerkt dat de Europese Commissie een andere omschrijving van het verbintenissenrecht hanteert dan de in het Nederlandse recht gebruikelijke.<sup>7</sup> Zo omschrijft de Europese Commissie het verbintenissenrecht als '... het belangrijkste pakket rechtsregels dat grensoverschrijdende transacties reguleert...'<sup>8</sup>

In deze Mededeling legt de Europese Commissie het publiek de vraag voor wat te doen met het Europees verbintenissenrecht en vraagt zij het publiek zich uit te spreken over vier opties, te weten (i) niets doen, (ii) het opstellen van *Restatements (Principles)*, (iii) het verbeteren van het acquis en (iv) Europees Burgerlijk Wet-

\* Mw. mr. J.W. Rutgers is universitair hoofddocent Privaatrecht, Vrije Universiteit, Amsterdam.

1 F. Jensma, 'Europees wetboek via de achterdeur, Sluiproute naar een wetboek', *NRC Handelsblad*, 4 oktober 2007; F. Jensma, 'Geen mop, ook geen studieproject', *NRC Handelsblad* 18 oktober 2007.

2 A.S. Hartkamp, 'Een Europees BW', *NJB* 2007, p. 2482-2483; M.W. Hesselink, 'Een Europees Burgerlijk Wetboek door de voordeur', *NJB* 2007, p. 2484-2485; E.H. Hondius, 'Het spook van een codificatie', *NJB* 2007, p. 2486-2486; J.M. Smits, 'Een Europees Burgerlijk Wetboek mag enkel een optionele code zijn', *NJB* 2007, p. 2487-2488; J.W. Rutgers, 'Europees Burgerlijk Wetboek: we kunnen niet rustig gaan slapen', *NJB* 2007, p. 2750-2751; J. van der Weide, 'EBW en WKV', *NJB* 2007, p. 2751.

3 M.W. Hesselink, 'Een Europees Burgerlijk Wetboek is juist goed idee', *NRC Handelsblad* 10 oktober 2007.

4 R.-J. Tjittes, 'Geen dictaat voor contracten', *Het Financieele Dagblad*, 18 oktober 2007. Zie ook interview met Eurocommissaris F. Frattini, 'Europa zal nooit één burgerlijk wetboek hebben', *Elsevier* 15 december 2007, p. 92-94, op p. 94; R. Zwaap, 'Op weg naar een Europees burgerlijk wetboek', *Pro Memorie*, nummer 16, 2007, p. 7-10.

5 Kamerstukken II 2007/08, Aanhangsel, p. 1011, nr. 473.

6 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, Brussel, 11 juli 2001, COM(2001) 398 definitief. Zie verder in dit verband: Advies van het Economisch en Sociaal Comité over Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht PbEG 2002 C 241/1-7; Resolutie van het Europees Parlement over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten (COM (2001) 398 – C5-0471/2001-2001/2187 (COS), PbEG 2002, C140E/538-542.

7 Zie bijvoorbeeld Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Verbindenissenrecht*, Deel I, De verbintenis in het algemeen, bewerkt door A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer, nr. 1 e.v.

8 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, Brussel, 11 juli 2001, COM(2001) 398 definitief, nr. 12.

boek.<sup>9</sup> Na raadpleging van het publiek komt de Europese Commissie met drie andere maatregelen in haar tweede ‘Mededeling inzake een coherenter Europees verbintenissenrecht, een Actieplan’.<sup>10</sup> De drie maatregelen betreffen (i) het opstellen van een Gemeenschappelijk Referentiekader, (ii) het faciliteren van een website waarop bedrijven algemene voorwaarden kunnen plaatsen en (iii) het zogenoemde optionele instrument. Hierna zullen het Gemeenschappelijk Referentiekader en het optionele instrument worden besproken. Op de website, waarop algemene voorwaarden zouden kunnen worden geplaatst, zal niet nader worden ingegaan, omdat de Europese Commissie in haar eerste jaarlijkse voortgangsrapport aan deze maatregel geen gevolg geeft.<sup>11</sup>

## 2.1 Het Gemeenschappelijk Referentiekader

In het Actieplan omschrijft de Europese Commissie het GRK als een publiekelijk toegankelijk document, waarin gemeenschappelijke beginselen en termen op het gebied van het verbintenissenrecht zijn vastgelegd. Het dient om het bestaande en toekomstige acquis op het gebied van het verbintenissenrecht coherenter te maken. De tweede doelstelling van het GRK is ‘het verbintenissenrecht van de EU-lidstaten ... nader tot elkaar te breng[en]’.<sup>12</sup> Ten slotte zal de Commissie het GRK gebruiken bij de beantwoording van de vraag of een niet-sectorspecifieke maatregel, zoals een optioneel instrument, de problemen die er zijn ten gevolge van de verschillende nationale stelsels van verbintenissenrecht kan oplossen.<sup>13</sup>

In 2004, in de Mededeling ‘Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen’ gaat de Europese Commissie nader in op de wijze waarop het GRK opgesteld zal worden.<sup>14</sup> Inmiddels is een concept-GRK<sup>15</sup> opgesteld en aange-

boden aan de Europese Commissie door een groep academici, het Joint Network on European private law – Network of Excellence (hierna: CoPECL-netwerk),<sup>16</sup> dat gefinancierd is binnen het Zesde Kaderprogramma voor onderzoek en technologische ontwikkelingen van de Europese Gemeenschap. Het CoPECL-netwerk bestaat uit verschillende groepen academici die al werkzaam waren op het gebied van het Europees privaatrecht.<sup>17</sup> De twee belangrijkste groepen binnen dit netwerk zijn de Study Group on a European Civil Code,<sup>18</sup> ook wel aangeduid als de Von Bar Groep, en de Acquis Groep.<sup>19</sup> De Study Group on a European Civil Code is de opvolger van de Commission on European Contract Law, ook wel naar haar voorzitter de Lando-Commissie genoemd, die de *Principles of European Contract Law* (PECL)<sup>20</sup> heeft opgesteld.

Het CoPECL netwerk noemt het aan de Europese Commissie aangeboden werk zelf Draft CFR.<sup>21</sup> Soms komt men ook de term academisch GRK tegen.<sup>22</sup> De versie die aan de Europese Commissie is aangeboden, bevat alleen de bepalingen en niet het commentaar en de rechtsvergelijkende opmerkingen. De Europese Commissie stelt in haar Mededeling Verdere maatregelen dat dit GRK, volgens de onderzoekers, aan de doelstellingen van het Actieplan moet voldoen.<sup>23</sup> De doelstelling die de Europese Commissie daar heeft geformuleerd, is dat het GRK ‘[tegen] zou moeten ... komen aan de behoeften en verwachtingen van de deelnemers aan de interne markt die ’s werelds meest dynamische economie wil worden.’<sup>24</sup> Daarnaast moet het de beste oplossing bieden, waarbij contractsvrijheid het uitgangspunt moet zijn.<sup>25</sup>

Verder stelt de Europese Commissie uitdrukkelijk dat zij niet gebonden is aan het ontwerp-GRK, maar dat zij een eigen GRK, ook wel aangeduid als een politiek GRK, zal opstellen.<sup>26</sup> Dit definitieve GRK zal worden voorgelegd aan de Raad en het

9 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, Brussel, 11 juli 2001, COM(2001) 398 definitief, p. 15 e.v.

10 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad inzake een coherenter verbintenissenrecht: een actieplan, PbEG 2003 C63/1-44. Hierna: het Actieplan. Zie hierover bijvoorbeeld: M.W. Hesselink, ‘Naar een coherenter Europees contractenrecht’, NJB 2003, p. 2086-2094; J.M. Smits, R.R.R. Hardy, ‘Boekbespreking, Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking’, WPNR 6532(2003) p. 385-389; D. Staudenmayer, ‘The Commission Action Plan on European Contract Law’, *European Review of Private Law* 2003, p. 113-127.

11 Verslag van de Commissie, eerste voortgangsverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis, Brussel, 23 september 2005, COM (2005) 456 definitief, p. 11 e.v.

12 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad inzake een coherenter verbintenissenrecht: een actieplan, PbEG 2003 C63/1-44, p. 11, nr. 62.

13 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad inzake een coherenter verbintenissenrecht: een actieplan, PbEG 2003 C63/1-44, p. 11, nr. 62.

14 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, Brussel 11 oktober 2004, COM (2004) 651 definitief, p. 13 e.v. Hierna zal deze Mededeling worden aangehaald als ‘verdere maatregelen’. Zie hierover: J.M. Smits, N. Kornet, R.R.R. Hardy, ‘Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees contractenrecht’, 6603(2004) p. 1001-1006.

15 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier Europa Publishers, 2008. Hierna aan te halen als DCFR. Zie over het DCFR: J.M. Smits, ‘Het ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader (GRK) voor een Europees privaatrecht’, WPNR 6741(2008), p. 109-111.

16 Zie: <www.copeccl.org>.

17 Zie: <www.copeccl.org>. Zie over de ontwikkeling van het Europees privaatrecht: E.H. Hondius, ‘Towards a European Civil Code’, in: *Towards a European Civil Code, Third Fully Revised and Expanded Edition*, A.H. Hartkamp et al. (eds.), Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2004, p. 3-20; R. Zimmermann, ‘Comparative Law and the Europeanization of Private Law’, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. Reimann, R. Zimmermann, Oxford: OUP, 2006, p. 539-578.

18 Zie: <www.sgecc.net>.

19 Zie: <www.acquis-group.org>.

20 Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law, O. Lando, H. Beale (eds.), Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000; Principles of European Contract Law, Part III, O. Lando, E. Clive, A. Prüm, R. Zimmermann (eds.), Kluwer Law International, 2003.

21 DCFR, p. 3.

22 Zie bijvoorbeeld: C. von Bar, ‘Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference’, *European Review of Contract Law* 2007, p. 350-361.

23 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, Brussel 11 oktober 2004, COM (2004) 651 definitief, p. 11.

24 Het Actieplan, nr. 59, p. 11. Zeer kritisch over dit uitgangspunt is de Study Group on Social Justice in ‘European Private Law, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto’, *European Law Journal* 2004, p. 653-674.

25 Het Actieplan, nr. 62, p. 11.

26 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, Brussel 11 oktober 2004, COM (2004) 651 definitief, p. 13. Zie ook Eurocommissaris M. Kuneva, ‘Introduction’, *European Review of Contract Law* 3(2007) p. 239-244, p. 243; DCFR, p. 5 e.v.

Europees Parlement. Vervolgens zal de Europese Commissie een witboek publiceren, waarbij een raadpleging van het volk plaatsvindt. Het doel is dat de Europese Commissie in 2009 het GRK vaststelt.<sup>27</sup>

Ondertussen heeft de Europese Commissie in de Mededeling Verdere maatregelen en het eerste voortgangsverslag het accent verlegd naar verbetering van het bestaande consumentenacquis.<sup>28</sup> De Europese Commissie kondigt hier een onderzoek aan naar acht consumentenrichtlijnen. In het bijzonder zal gekeken worden (i) in hoeverre deze richtlijnen het vertrouwen van de consument en het bedrijfsleven in de interne markt vergroot door een hoge mate van consumentenbescherming, (ii) belemmeringen voor de interne markt wegneemt en (iii) de regelgeving vereenvoudigt. Dit alles heeft zijn beslag gevonden in een Groenboek Herziening van het consumentenacquis,<sup>29</sup> waarin de Europese Commissie hieromtrent het publiek informeert en consulteert. Inmiddels heeft de Europese Commissie de reacties van het publiek bestudeerd en in een samenvatting neergelegd.<sup>30</sup> Daarnaast zijn deze onderzocht door het *Consumer Policy Evaluation Consortium*.<sup>31</sup> Volgens de Europese Commissie komt uit de reacties een voorkeur voor een horizontaal instrument met maximumharmonisatie naar voren. Het is de vraag of er geen vraagtekens gesteld kunnen worden bij de samenvatting van de Europese Commissie.<sup>32</sup> Zo stelt de Europese Commissie dat een grote meerderheid van de respondenten een voorkeur heeft voor een horizontaal instrument dat hoofdzakelijk maximumharmonisatie betreft. Nadere bestudering van het document toont dat plusminus 188 instellingen die gelieerd zijn aan het bedrijfsleven hebben geantwoord en 41 consumentenorganisaties, vijf Europese consumentencentra, 30 academici

individueel of gezamenlijk.<sup>33</sup> Het is de vraag of alle respondenten gelijkgesteld kunnen worden, nu bijvoorbeeld 188 reacties zijn gekomen uit het bedrijfsleven en ongeveer 50 van de zijde van de consumentenorganisaties. De reacties uit het bedrijfsleven staan in overgrote meerderheid positief tegenover het voorstel voor een horizontaal instrument dat maximumharmonisatie betreft, terwijl de meerderheid van de consumentenorganisaties zich uitspreekt voor minimumharmonisatie.

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat naar aanleiding van de Mededelingen van de Europese Commissie er thans een project is dat de herziening van het consumentenacquis betreft. Een vraag die hier speelt, is of deze herziening zal resulteren in een Europees Consumentenwetboek. Daarnaast is er het GRK en de vraag waartoe dat zal leiden in de toekomst.

## 2.2 Het optionele instrument

Een andere maatregel die de Europese Commissie in haar Actieplan noemt, is een non-sectorspecifiek instrument, ook wel optioneel instrument genoemd.<sup>34</sup> Zowel in het Actieplan als in de volgende Mededeling Verdere maatregelen, stelt de Europese Commissie dat zij een discussie wenst te voeren over de opportuniteit en de wenselijkheid van een optioneel instrument.<sup>35</sup> Bij deze discussie zijn de meeste vragen nog open, zoals de vorm van het instrument en zijn toepassingsgebied. Hoewel de Europese Commissie stelt dat er een discussie moet worden gevoerd over de opportuniteit en de wenselijkheid van een dergelijk optioneel instrument, neemt de Europese Commissie hierop een voorschot in het Actieplan.<sup>36</sup> Zo suggereert de Commissie dat een optioneel instrument de vorm van een aanbeveling of een verordening in de zin van artikel 249 EG kan hebben.<sup>37</sup> Daarnaast zou het optionele instrument van toepassing kunnen zijn op alle grensoverschrijdende transacties of slechts als partijen het optionele instrument aanwijzen als toepasselijk recht in plaats van het toepasselijke rechtsstelsel dat op grond van de conflictregels van toepassing zou zijn in een internationale situatie. Vervolgens komt de Europese Commissie naar aanleiding van de reacties op het Actieplan tot de conclusie dat een opt-in instrument de voorkeur zou verdienen.<sup>38</sup> Dit betekent dat partijen in een grensoverschrijdende transactie de mogelijkheid hebben om het optionele instrument te selecteren als het toepasselijke recht op hun overeenkomst. Het optionele instrument kan gezien worden als een extra rechtsstelsel dat partijen kunnen kiezen in plaats van een nationaal rechtsstelsel.

27 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, Brussel 11 oktober 2004, COM (2004) 651 definitief, p. 15.

28 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, Brussel 11 oktober 2004, COM (2004) 651 definitief, p. 3, 4; Tweede voortgangsverslag over het gemeenschappelijk referentiekader (Common Frame of Reference) Brussel, 25 juli 2007, COM (2007) 447 definitief, p. 2 e.v. (hierna aan te duiden als Tweede Voortgangsverslag). Zie ook D. Staudenmayer, 'The Way Forward in European Contract Law', *European Review of Private Law* 2005, p. 95-104, p. 97. Verslag van de Commissie, Eerste voortgangsverslag over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis, Brussel, 23 september 2005, COM(2005) 456 definitief, p. 5.

29 Groenboek Herziening van het consumentenacquis, Brussel 8 februari 2007, COM(2006) 744 def. Zie over het Groenboek: M.W. Hesselink, 'Naar een (Europees) wetboek van consumentenrecht?', *NJB* 2007, p. 850-857; V. Heutger, 'Der Abschluss der Diagnosephase zum Europäischen Vertragsrecht – Das Grünbuch', *European Review of Private Law* 2007, p. 723-733; H.W. Micklitz, 'Dergemeinschaftsrechtliche Verbraucherschutz-Acquis, Rechtspolitische Überblick und Zukunftsperspektiven', in: *Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht*, A. Wagner, V. Wedl (Hg). OGB Verlag, 2007, p. 293-323; C. Poncibò, 'The Challenges of EC Consumer Law', *EUI Working Paper MWP*, No. 2007/24.

30 Commission Staff Working Paper, Report on the Outcome of the public consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis. Zie [http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons\\_acquis\\_en.htm#outcome](http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm#outcome).

31 Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis, DG Health and Consumer Protection, Analytical Report on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis submitted by the Consumer Policy Evaluation Consortium, 6 November 2007. Zie [http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons\\_acquis\\_en.htm#outcome](http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm#outcome).

32 Zie bijvoorbeeld: R. Sefton-Green, J.W. Rutgers, 'Revising the Consumer Acquis: (Half) Opening the Doors of the Trojan Horse', te verschijnen in *European Review of Private Law* 2008.

33 Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis, DG Health and Consumer Protection, Analytical Report on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis submitted by the Consumer Policy Evaluation Consortium, 6 November 2007, p. 5. De aantallen die in dit rapport worden genoemd komen niet overeen met die geplaatst op de website van de DG Consumentenbescherming.

34 Het Actieplan, nr. 89 e.v.

35 Het Actieplan, nr. 89 e.v.; Mededeling Verdere maatregelen, p. 9 e.v. Zie in het bijzonder Bijlage 2 bij de Mededeling Verdere maatregelen.

36 Het Actieplan, nr. 92 e.v. Zie ook Bijlage 2 bij de Mededeling Verdere maatregelen.

37 Het Actieplan, nr. 92.

38 Mededeling Verdere Maatregelen, p. 20. Zie ook D. Staudenmayer, 'The Way Forward in European Contract Law', *European Review of Private Law* 2005, p. 95-104, p. 100.

De Europese Commissie merkt in dit verband dat er coherentie moet zijn tussen het optionele instrument en de omzetting van het Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten (EVO) in een Verordening.<sup>39</sup> De daad is bij het woord gevoegd. In het ‘Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I)’ zijn twee bepalingen opgenomen die betrekking hebben op het optionele instrument.<sup>40</sup> Zo is er in artikel 3 lid 2 van de conceptverordening de mogelijkheid opgenomen dat partijen als toepasselijk recht ‘beginselen en regels van het materiële verbintenissenrecht die op internationaal of communautair niveau zijn erkend’, kiezen.<sup>41</sup> Uit de toelichting bij deze partijen blijkt dat hierbij gedacht wordt aan de PECL, de *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* of een optioneel instrument.<sup>42</sup> Als partijen het optionele instrument door middel van artikel 3 van de conceptverordening van toepassing kunnen verklaren, zullen de andere bepalingen van de verordening, zoals de beschermende conflictregels voor consumenten en de regels betreffende voorrangregels en de openbare orde, van toepassing blijven.<sup>43</sup> De regeling van artikel 3 lid 2 van de conceptverordening zal echter niet worden opgenomen in een verordening, omdat de Raad deze mogelijkheid unaniem heeft verworpen. In een voorstel van het Europees Parlement dat is opgesteld in samenspraak met de Raad wordt nu in de considerans van de Rome I-verordening vermeld dat partijen ‘in hun overeenkomst een niet-statelijk recht of een internationale overeenkomst kunnen opnemen, door verwijzing ernaar’.<sup>44</sup>

Een andere bepaling die is opgenomen in de conceptverordening en betrekking heeft op het optionele instrument is artikel 22 sub b.<sup>45</sup> Op grond van die bepaling zou de keuze voor een optioneel instrument de bepaling van de Rome I-Verordening buiten werking stellen en spelen alleen de regels zoals neergelegd in het optionele

instrument een rol als toepasselijk recht.<sup>46</sup> De voorkeur van de Europese Commissie lijkt uit te gaan naar deze laatste optie.<sup>47</sup> Ook deze bepaling is verdwenen in het eerder genoemde voorstel van het Europees Parlement en opgenomen als een considerans.<sup>48</sup>

Wat de inhoud betreft, stelt de Europese Commissie dat contractsvrijheid het leidende beginsel van een dergelijk optioneel instrument moet zijn.<sup>49</sup> Daarnaast zal het GRK de basis van een optioneel instrument zijn.<sup>50</sup>

In de Mededeling Verdere maatregelen, benadrukt de Europese Commissie allereerst dat het niet haar bedoeling is om een Europees Burgerlijk Wetboek op te stellen waarin het verbintenissenrecht wordt geharmoniseerd.<sup>51</sup> Vervolgens heeft de Europese Commissie in haar voortgangsrapporten nauwelijks of geen woorden aan het optionele instrument gewijd. Het is derhalve onduidelijk wat de plannen hieromtrent zijn van de Europese Commissie. Wel duikt het optionele instrument op in stukken van de Raad en het Europees Parlement, waarin zij zich uitspreken over de toekomst van het Europees contractenrecht.<sup>52</sup>

In de literatuur is gemengd gereageerd op het optionele instrument. Op basis van interdisciplinair onderzoek komt Smits tot de conclusie dat de tijd nog niet rijp is voor een Europees Burgerlijk Wetboek. Een optioneel instrument is een goede stap voorwaarts, omdat het partijen de mogelijkheid geeft om zelf te bepalen of een optioneel instrument de beste rechtsregels voor hen verschaft.<sup>53</sup> Daarnaast heeft Schulte-Nölke met betrekking tot het optionele instrument de gedachte van de *blue button* geïntroduceerd.<sup>54</sup> Het

39 Mededeling Verdere maatregelen, p. 20.

40 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), Brussel 15 december 2005, COM (2005) 650 definitief, 2005/0261 (COD).

41 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), Brussel 15 december 2005, COM (2005) 650 definitief, 2005/0261 (COD), p. 3, 15.

42 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), Brussel 15 december 2005, COM (2005) 650 definitief, 2005/0261 (COD), p. 3.

43 B. Lurger, ‘The Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe’, in: *Private Law and the Many Cultures of Europe*, T. Wilhelmsson, E. Paunio, A. Pohjolainen, Kluwer Law International, 2007, p. 177-199, p. 182; J.W. Rutgers, ‘An Optional Instrument and Social Dumping’, *European Review of Contract Law* 2006, p. 199-212, p. 211.

44 Standpunt van het Europees Parlement in eerste lezing vastgesteld op 29 november 2007 met het oog op aanneming van Verordening (EG) nr. .../2007 van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) P6\_TC1-COD(2005)0261, considerans 15.

45 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), Brussel 15 december 2005, COM (2005) 650 definitief, 2005/0261 (COD), p. 10, 23.

46 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), Brussel 15 december 2005, COM (2005) 650 definitief, 2005/0261 (COD), p. 10, 23. Zie ook: B. Lurger, ‘The Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe’, in: *Private Law and the Many Cultures of Europe*, T. Wilhelmsson, E. Paunio, A. Pohjolainen, Kluwer Law International, 2007, p. 177-199, p. 181; J.W. Rutgers, ‘An Optional Instrument and Social Dumping’, *European Review of Contract Law* 2006, p. 199-212, p. 210.

47 Mededeling Verdere maatregelen, p. 22 e.v.

48 Standpunt van het Europees Parlement in eerste lezing vastgesteld op 29 november 2007 met het oog op aanneming van Verordening (EG) nr. .../2007 van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) P6\_TC1-COD(2005)0261, considerans 16.

49 Het Actieplan, nr. 93.

50 Het Actieplan, nr. 95.

51 Mededeling Verdere maatregelen, p. 9 e.v.

52 Zie bijvoorbeeld: Nota van de Raad van de Europese Unie, Brussel, 17 april 2007 (18.04) (OR.en) 8548/07, JUSTCIV 90; Raad van de Europese Unie, 2794<sup>e</sup> zitting van de Raad Justitie en Binnenlandse Zaken, Luxemburg, 19-20 april 2007, 8364/07 (Presse 77), p. 21, 22.

53 J.M. Smits, ‘Diversity of Contract Law and the European Internal Markt’, in: *The Need for a European Contract Law, Empirical and Legal Perspectives*, Groningen: Europa Law Publishing, p. 151-186, p. 178 e.v.; J.M. Smits, ‘Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid’, *Handelingen Nederlandse JuristenVereniging*, 136<sup>e</sup> jaargang/2006-I, Europese integratie, Preadviezen, Deventer: Kluwer, 2006, p. 57-104; J.M. Smits, ‘De toekomst van het Europees privaatrecht: Gemeenschappelijk referentiekader, optionele code en implementatie van richtlijnen’, in: *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, A.S. Hartkamp et al. (red.), Serie onderneming en recht, deel 42-I, Deventer: Kluwer, p. 281-297.

54 H. Schulte-Nölke, ‘EC Law on the Formation of Contracts – from the Common Frame of Reference to the “Blue Botton”’, *European Review of Contract Law* 3(2007) p. 332-349, p. 348 e.v.

zou gaan om een optioneel instrument dat alleen van toepassing zou zijn op koopovereenkomsten die worden gesloten via internet. Het optionele instrument in de vorm van een *blue button* bevat algemene regels van contractenrecht naast regels betreffende de koopovereenkomst, de goederenrechtelijke gevolgen van de koopovereenkomsten en regels met een hoog niveau van consumentenbescherming. Bepaalde regels zouden een dwingendrechtelijk karakter hebben voor zover zij van toepassing zijn op consumentenovereenkomsten (b2c), terwijl in de overige gevallen het regels van aanvullend recht zal betreffen. Partijen kunnen bij het sluiten van hun overeenkomst op een *blue button* op de website klikken, zodat het optionele instrument op hun overeenkomst van toepassing is.

Er is echter ook kritisch gereageerd op de idee van het optionele instrument. Zo zal naar de mening van Lurger een optioneel instrument minder consumentenbescherming bieden en meer contractsvrijheid dan nu gebruikelijk is, omdat het optionele instrument een succesvol instrument moet zijn.<sup>55</sup> Om dit te bewerkstelligen, moeten partijen het optionele instrument kiezen als toepasselijk recht voor hun rechtsverhouding. Het is voor partijen, en in het bijzonder de sterkere partij, aantrekkelijk om het optionele instrument van toepassing te verklaren als er minder dwingende regels van toepassing zijn dan de volgens de conflictregels op de overeenkomst van toepassing zijnde regels.

Hierbij moet wel worden opgemerkt dat, wil er een optioneel instrument door de Europese regelgever vastgesteld worden, er een bevoegdheid moet zijn op grond van het EG-Verdrag. Op dit moment is – op grond van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie<sup>56</sup> – de enige bevoegdheidsgrond die hiervoor in aanmerking komt, artikel 308 EG.<sup>57</sup> Deze bepaling vereist onder meer unanimititeit. Dit betekent dus dat alle lidstaten hiermee moeten instemmen. Het is de vraag of dat haalbaar is in een Europese Unie met 27 lidstaten.

### 3. GRK-proces en de Nederlandse positie

In de Mededeling Verdere maatregelen gaat de Europese Commissie in op de wijze waarop belanghebbenden in het kader van

het Gemeenschappelijk Referentiekader zullen worden geraadpleegd.<sup>58</sup> Op 31 juli 2004 heeft de Europese Commissie een oproep gedaan voor deelname aan het 'stakeholder network', ook wel 'CFR-Net' genoemd, door belanghebbenden (niet-academici). Een lijst van stakeholders is gepubliceerd op de website van de Europese Commissie.<sup>59</sup> Het is onduidelijk of en op welke wijze belanghebbenden zijn geselecteerd en of er belanghebbenden, die zich aangemeld hebben, zijn geweigerd. Het werk van de academici die het *draft GRK* hebben opgesteld wordt en werd besproken in workshops in Brussel waarbij belanghebbenden uit het CFR-net en de opstellers van het *Draft GRK* aanwezig zijn.<sup>60</sup> Daarnaast is er ook nog een CFR-net, waaraan nationale deskundigen deelnemen.<sup>61</sup> Veelal zijn dat nationale ambtenaren. Tijdens bijeenkomsten van dat net worden zij geïnformeerd over wat er gaande is. Vooral nog is onduidelijk wat hun invloed is.

De vraag die rijst in dit verband is in hoeverre Nederland deelneemt aan het GRK-proces. Anders dan de vraag misschien doet vermoeden, kan er niet worden gesproken over de Nederlandse positie binnen het GRK-proces. Wel zijn er verschillende geleidingen uit de Nederlandse samenleving actief binnen dit proces. Allereerst is er de Nederlandse regering, die onderdeel uitmaakt van de Raad van de Europese Unie. Vervolgens zijn er de leden van zowel de Nederlandse als het Europese parlement. Ten slotte zijn er maatschappelijke geleidingen, zoals consumentenorganisaties, werkgeversorganisaties, het Nederlands genootschap van bedrijfsjuristen, die actief kunnen zijn als belanghebbenden (*stakeholder*) binnen het GRK-proces. Allereerst zal worden ingegaan op de vraag of en welk standpunt de Nederlandse politiek inneemt ten aanzien van het GRK-proces. Vervolgens zal worden besproken in hoeverre Nederlandse stakeholders betrokken zijn bij het GRK-proces.

Ondanks een oproep van Bouwes in het *NJB* in 2005,<sup>62</sup> hebben de Eerste en Tweede Kamerleden zich afzijdig gehouden van het GRK-proces totdat de al eerder genoemde artikelen in *NRC Handelsblad* verschenen in oktober 2007. Naar aanleiding van deze stukken hebben Tweede Kamerleden Ten Broeke en Teeven (VVD) de minister van Justitie vragen gesteld over het GRK-proces.<sup>63</sup> Een van de vragen was of de minister op de hoogte was van het proces, een andere welke actie de minister op dit punt zal ondernemen.<sup>64</sup> De minister antwoordt onder meer dat het GRK regelmatig wordt besproken in de Raden voor Juridische en Binnenlandse Zaken (JBA) en Concurrentievermogen van de Europese Unie, waarover het kabinet de Kamer op voorhand informeert en geïnformeerd heeft. Op dit moment neemt de minister geen standpunt in over de reikwijdte van het GRK. Hij verwelkomt

55 B. Lurger, 'The Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe', in: *Private Law and the Many Cultures of Europe*, T. Wilhelmsson, E. Paunio, A. Pohjolainen, Kluwer Law International, 2007, p. 177-199. Zie ook: J.W. Rutgers, 'An Optional Instrument and Social Dumping', *European Review of Contract Law* 2006, p. 199-212.

56 Zaak C-377/98 *Nederland v. Europees Parlement en Raad van de Europese Unie*, Jur. 2001 I-7079, p. 7157; Zaak C-436/03 *Europees Parlement v. Raad van de Europese Unie*, Jur. 2006 I-3733, nr. 36; Verg. *Advies 2/94*, *Advies uitgebracht krachtens artikel 228 lid 6 EG-Verdrag*, Jur. 1996 I-1759, p. 1788.

57 Zie over de problematiek en meer literatuur: M. Ludwigs, 'Harmonisering des Schuldrechtsvertrags in Europa', in: *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, A.S. Hartkamp et al. (red.), Serie onderneming en recht, deel 42-I, Deventer: Kluwer, p. 243-280, p. 275; J.W. Rutgers, 'Secured Credit and the Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU's Mandate for Legislation, Section II, 2', wordt gepubliceerd in *European Company and Financial Review* 2008.

58 Mededeling verdere maatregelen, p. 11.

59 Zie: <[http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/cfr\\_net\\_members\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cfr_net_members_en.pdf)>; zie verder over het CFR-net: Tweede voortgangsverslag, p. 2.

60 Mededeling Verdere Maatregelen, p. 11; Tweede voortgangsverslag, p. 3. Zie ook: H. Beale, 'The Future of the Common Frame of Reference', *European Review of Contract Law* 2007, p. 257-276.

61 Tweede voortgangsverslag, p. 3.

62 M. Bouwes, 'Harmonisatie van het burgerlijk recht door de achterdeur, Een Common Frame of Reference', *NJB* 2005, p. 944-948, p. 948.

63 Kamerstukken II 2007/08, Aanhangsel, p. 1011, nr. 473.

64 Kamerstukken II 2007/08, Aanhangsel, p. 1011, nr. 473.

daarentegen een discussie in de wetenschap en de praktijk over de voor- en nadelen van het gebruik van het GRK.<sup>65</sup>

Daarnaast nemen de hiervoor omschreven belanghebbenden (*stakeholders*) deel aan het GRK-proces. Er zijn echter weinig Nederlandse belanghebbenden die deel uitmaken van GRK-Net. Op dit moment zijn het er slechts vier, te weten een raadsheer-plaatsvervanger van het Hof Den Bosch, een vertegenwoordiger van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, een vertegenwoordiger van FMECWM<sup>66</sup> en een vertegenwoordiger van Stork Prints BV, terwijl er bijvoorbeeld 36 belanghebbenden uit Duitsland en 24 uit het Verenigd Koninkrijk deelnemen aan het GRK-Net.<sup>67</sup>

Uit het vorenstaande blijkt dat de belangstelling voor het GRK-proces in Nederland gering is. Dit heeft tot gevolg dat er weinig of geen invloed wordt uitgeoefend door Nederland binnen het GRK-proces in dit stadium.

## 4. Conclusie

In 2001 heeft de Europese Commissie een discussie over het Europees contractenrecht geïnitieerd die heeft geleid tot een Draft Gemeenschappelijk Referentiekader dat aan de Europese Commissie is aangeboden in december 2007. Onduidelijk is wat het lot zal zijn van dit Draft Gemeenschappelijk Referentiekader. De Europese Commissie is nu aan zet. Daarnaast worden acht consumentenrichtlijnen herzien. Wellicht leidt deze herziening tot een (Europees) wetboek van consumentenrecht. Wel is duidelijk dat de invloed van Europa op het nationale contractenrecht groeit en zal blijven groeien.

<sup>65</sup> Kamerstukken II 2007-2008, Aanhangsel, p. 1011, nr. 473.

<sup>66</sup> Ondernemersorganisatie voor de technologischindustriële sector.

<sup>67</sup> Zie <[http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/cfr\\_net\\_members\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cfr_net_members_en.pdf)>.