

Impressies

Europees contractenrecht: an expensive and time-consuming solution looking for a problem

Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes en mr. R. Meijer*

140

1. Inleiding

Op 1 juli 2010 heeft de Europese Commissie een Groenboek het licht doen zien betreffende mogelijkheden voor een Europees contractenrecht.¹ De opties variëren van een volledige harmonisatie van het civiele recht in Europa, waarbij het nationale civiele recht wordt opgeheven, tot enkel de publicatie van de bevindingen van de *Expert Group*² die de *Common Frame of Reference* op het gebied van het contractenrecht moet herzien om het gebruiksvriendelijker te maken. De openbare consultatie loopt tot 31 januari 2011. De Commissie verwacht al in 2012 een concreet voorstel te doen hoe het Europees contractenrecht vormgegeven moet worden.

Op dit moment heeft politiek de beste papieren het zogenoemde '28e rechtsstelsel': een optioneel Europees

contractenrecht dat bestaat naast de nationale contractenrecht en dat door partijen als toepasselijk recht gekozen kan worden.³ Die optie wordt ook ondersteund door het Europees Parlement.⁴ De Europese Commissie ziet in een Europees contractenrecht zelfs een belangrijk instrument ter bestrijding van de gevolgen van de huidige economische crisis.⁵

In deze *Impressie* bespreken wij kort het nut en de noodzaak van een Europees contractenrecht. Een Engelse collega noemde het '*an expensive and time-consuming solution looking for a problem*'. In de wereld van de wetenschap en in Europese kringen wordt een Europees contractenrecht daarentegen stevig omarmd. In dit artikel gaan we eerst in op de doelstellingen van een Europees contractenrecht (par. 2.1). Immers, bij de beoordeling van nut en noodzaak moet worden bezien of de doelstellingen worden bereikt. Daarna bespreken wij kort de opties die de Europese Commissie voor ogen staan bij de invulling van een Europees contractenrecht (par. 2.2). Vervolgens bespreken wij de behoefte van consumenten en bedrijven aan een Europees contractenrecht als optioneel rechtssysteem naast het nationale recht (par. 3). In de laatste paragraaf (4) volgen een paar slotopmerkingen.

* Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes is werkzaam als advocaat bij Allen & Overy LLP, hoogleraar Privaatrecht aan de VU en raadsheer-plv. bij het Gerechtshof Arnhem. Mr. R. Meijer is werkzaam als advocaat bij Allen & Overy LLP.

1. Advocaten bij Allen & Overy LLP.

European Commission, Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses COM (2010) 348 final.

2. Van de achttien leden zijn er slechts twee afkomstig uit de rechtspraak en slechts drie afkomstig uit een *common law*-land. Kortom, de Expert Group is een continentale en universitaire groep. Voor het creëren van draagvlak in de praktijk (bedrijfsleven en rechtspleging) is dat niet handig. Zo ook The Law Society of England and Wales, Report: discussion forum on European contract law, 13 October 2010 en J. Basedow e.a., Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 7 juli 2010.

3. Volgens de Schotten moet dit zijn het '29e rechtsstelsel' als het Schotse recht in de opsomming wordt betrokken.

4. Zie European Parliament resolution of 25 November 2009 on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – An area of freedom, security and justice serving the citizen (Stockholm programme), par. 99.

5. M.W. Hesselink, An optional instrument on EU contract law: could it increase legal certainty and foster cross-border trade?, 2010, p. 7 (onder 2.1), is kritisch over deze retoriek.

2. Doel en inhoud van een Europees contractenrecht

2.1 De doelstellingen van een Europees contractenrecht

Het doel van een Europees contractenrecht is divers: (1) het voorkomen van transactiekosten (het inwinnen van juridisch advies over de inhoud van het toepasselijke recht), (2) het voorkomen van rechtsonzekerheid voor het bedrijfsleven en (3) het verbeteren van het consumentenvertrouwen in de interne markt, alles opdat eenvoudiger en meer grensoverschrijdende contracten gesloten kunnen worden.

In het persbericht dat de Europese Commissie heeft uitgegeven bij de lancering van het Groenboek Europees contractenrecht wijst de Commissie erop dat slechts 8% van de consumenten online producten koopt in een ander land⁶ en dat 61% van de grensoverschrijdende handel wordt geweigerd door bedrijven, omdat zij niet aan het buitenland willen leveren. De Commissie schrijft: *'This is largely due to regulatory barriers and legal uncertainty about the applicable rules.'*

Wij vragen ons af of consumenten en commerciële partijen zich belemmerd voelen over de grens producten te kopen of diensten te betrekken of te leveren vanwege de toepasselijkheid van mogelijk buitenlands recht. Een afnemer zoekt een bedrijf mogelijk in de buurt, omdat men het bedrijf kent en in geval van een probleem dichtbij huis verhaal kan worden gehaald (waarbij het bedrijf beducht is voor zijn reputatie in die nabije omgeving).⁷ Vertrouwen is de basis van handel en niet (of slechts heel indirect) het toepasselijke recht en de bevoegde rechter. Een leverancier (vooral het midden- en kleinbedrijf) zal mogelijk niet aan een buitenlandse partij willen leveren vanwege het praktische gedoe met kosten van leverantie en *after sales*-verplichtingen. Een en ander zal anders zijn als voor de afnemer een aanzienlijke besparing kan worden gerealiseerd en als voor de leverancier een wezenlijke winst kan worden gemaakt. Dan wordt de praktische rompslomp van een transactie met een partij op afstand op de koop toe genomen. Juristerij vormt naar ons weten nauwelijks een belemmering voor het handeldrijven.

Zeker een consument zal zich niet bekreunen om het toepasselijke recht op een transactie. De aandacht zal met name uitgaan naar hoe recht te halen als er wat mis gaat bij een transactie. Regels over eenvoudige geschilbeslechting en tenuitvoerlegging van uitspraken bij kleine internationale transacties zullen wantrouwen over zaken doen over de grens eerder wegnemen dan regels van materieel recht.

6. Zie Flash Eurobarometer 282, Attitudes towards cross-border sales and consumer protection, Analytical report, March 2010, p. 5.

7. Zie Flash Eurobarometer 282 (2010), p. 5: face-to-face grensoverschrijdende transacties door consumenten vinden vaker plaats (24% kocht iets op vakantie).

2.2 Korte beschrijving van de beleidsopties voor een Europees contractenrecht

In het Groenboek noemt de Commissie zeven opties die geschikt zouden kunnen zijn voor het stimuleren van grensoverschrijdende transacties:

1. De publicatie van (niet-bindende) modelbepalingen voor contracten.
2. Een (bindend of niet-bindend) 'instrumentarium' voor de EU-wetgever(s) wanneer zij nieuwe wetgeving aannemen om te komen tot betere en meer samenhangende regels.
3. Een aanbeveling over contractenrecht, waarin de EU-lidstaten wordt verzocht een Europees contractenrecht in hun nationale rechtsstelsels op te nemen. Deze optie is geïnspireerd door de Amerikaanse Uniform Commercial Code die op één staat na door alle vijftig staten in de VS vrijwillig is aangenomen.
4. Een facultatief Europees contractenrecht (een '28e regeling'), dat vrij door consumenten en ondernemingen kan worden gekozen in hun contractuele relaties.
5. Harmonisatie van het nationale contractenrecht via een EU-richtlijn.
6. Volledige harmonisatie van het nationale contractenrecht via een EU-verordening.
7. Het opstellen van een volwaardig Europees burgerlijk wetboek, dat in de plaats komt van alle nationale regelingen voor contracten.

Aangezien de niet-bindende voorstellen geen oplossing bieden voor de verschillen tussen het nationale contractenrecht van de lidstaten en een volledige Europese harmonisatie van het contractenrecht (of zelfs een Europees Wetboek) in de nabije toekomst niet erg waarschijnlijk is, heeft het voorstel voor een facultatief Europees contractenrecht de beste papieren. Het is overigens ook een publiek geheim dat de Commissie een sterke voorkeur heeft voor optie 4: een facultatief contractenrecht.

3. Nut en noodzaak van een Europees contractenrecht

3.1 Algemeen

Doel van een Europees contractenrecht is voor consumenten het bieden van meer bescherming en uniformering wat betreft het mogelijk toepasselijke recht op een overeenkomst en daardoor het bevorderen van grensoverschrijdende consumententransacties (met inachtneming van het concurrentievermogen van bedrijven). Doel van een Europees contractenrecht voor bedrijven is het verminderen van transactiekosten en rechtsonzekerheid over de inhoud van het toepasselijke recht, ook ter bevordering van grensoverschrijdende transacties. De vraag is of de daaraan ten grondslag liggende veronderstellingen (consumenten en bedrijven zouden bij meer uniformiteit meer handel over de grens doen) juist zijn en of de doelstellingen (meer zekerheid en uni-

formiteit) gediend worden met de introductie van een nieuw Europees contractenrecht.

3.2 Consumenten

De vraag is wat een Europees contractenrecht toevoegt aan de bescherming en de uniformering van het consumentencontractenrecht. Europa heeft reeds vele richtlijnen op het gebied van het consumentencontractenrecht het licht doen zien. De richtlijnen gaan veelal uit van minimumharmonisatie, zodat lidstaten ook meer strikte regels van consumentenbescherming kunnen introduceren (zoals vooral in Duitsland is gebeurd). Veel Europese landen hebben daar gebruik van gemaakt. Het gevolg is dat het consumentenrecht in Europa nog steeds versnipperd is. Ter unificatie van het consumentenrecht wordt gewerkt aan een ontwerp-Consumentenrichtlijn.⁸ De ontwerp-Consumentenrichtlijn beoogt vier bestaande richtlijnen op het gebied van verkoop van en garanties voor consumptiegoederen, oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, op afstand gesloten overeenkomsten en colportage te vervangen. De ontwerp-richtlijn gaat uit van volledige harmonisatie, dat wil zeggen dat lidstaten geen bepalingen mogen handhaven of invoeren die afwijken van de richtlijn. Op dit moment wordt aan een volledige harmonisatie gedacht van een aantal onderwerpen (informatieverplichtingen en terugtrekrecht), terwijl de resterende onderwerpen (waaronder onredelijke voorwaarden en kooprecht) voorwerp blijven van minimumharmonisatie. Minimumharmonisatie leidt tot minder uniformiteit, volledige harmonisatie leidt ertoe dat consumenten in bepaalde landen minder bescherming krijgen dan nu het geval is. Het gevaar van volledige harmonisatie is dat de grootste gemene deler wordt gekozen, hetgeen veelal de laagste vorm van bescherming inhoudt.

Indien de bepalingen van consumentenrecht van een Europees contractenrecht niet dwingend zijn, maar optioneel, dan zal er weinig prikkel zijn om daarvoor te kiezen. Indien een nieuw Europees contractenrecht dwingende regels bevat, dan zullen dit gemiddeld lage beschermingsnormen zijn, zodat landen als Duitsland en Nederland erop zullen staan consumenten aanvullende bescherming te bieden. De uniformiteit en rechtszekerheid binnen Europa is dan zoek. Het is vooral de vraag wat een Europees contractenrecht toevoegt aan de bestaande initiatieven om tot een meer uniform Europees consumentenrecht te komen.

Wat betreft het toepasselijke recht op een consumentenovereenkomst merken wij op dat consumenten reeds worden beschermd door art. 6 Rome I Verordening, dat op consumentencontracten het recht van toepassing verklaart van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft als de verkoper zijn activiteiten ook richt op dat land.⁹ Rechtskeuze is toegestaan, maar laat dwingende bepalingen van het recht van de gewone verblijfplaats van de consument onverlet. Van Wechem heeft er terecht op gewezen dat het lokaliseren van bui-

tenlandse contracten voor toepassing op de Nederlandse markt vragen oproept, zodat het verkieslijk zou zijn geweest de simpele regel in te voeren dat het recht van de gewone verblijfplaats van de consument altijd van toepassing is.¹⁰ Een simpele wijziging van de Verordening in die zin biedt consumenten mogelijk meer bescherming dan een Europees contractenrecht.

3.3 Bedrijven

Recent is onderzocht welke factoren bedrijven meewegen bij de beslissing welk toepasselijk recht overeen te komen.¹¹ De meest belangrijke factor volgens de bedrijven is de neutraliteit en onpartijdigheid van het toepasselijke recht (66%), gevolgd door de geschiktheid van het toepasselijke recht voor de desbetreffende overeenkomst (60%) en de bekendheid en ervaring met het desbetreffende recht (58%).

Indien een partij vrij is in de rechtskeuze, dan kiest 44% van de bedrijven het eigen recht, 25% Engels recht, 9% Zwitsers recht en 6% het recht van de Staat New York.¹² De redenen die gegeven worden voor die rechtskeuze zijn, behalve bekendheid met het eigen recht, voorspelbaarheid, voorzienbaarheid, rechtszekerheid en een ontwikkeld systeem van rechtspraak.¹³ Om die reden en vanwege het respect voor de contractsvrijheid wordt Engels recht als toepasselijk recht gekozen. Indien het toepasselijke recht wordt opgelegd door de wederpartij, dan zijn de percentages vergelijkbaar: in 53% is dat het eigen recht van de desbetreffende partij, in 21% Engels recht, in 10% het recht van de Staat New York en, in 3% naar ander Amerikaans recht. Het meest van toepassing verklaarde recht, als de onderhandelingspositie van partijen gelijk is en een keuze voor het eigen recht is uitgesloten, is Engels recht (40%), gevolgd door het recht van de Staat New York (17%) en Zwitsers recht (8%).

Aan bedrijven is ook gevraagd of zij wel eens transnationaal recht of transnationale regels van toepassing verklaren. Wat betreft het Weens Koopverdrag stelt 53% daar nooit gebruik van te maken (41% soms en maar 6% vaak). Het is onze waarneming dat in Nederland vrijwel standaard de toepasselijkheid van dit Verdrag wordt uitgesloten. Bedrijven hebben geen behoefte aan dit uniforme recht en nemen de moeite om hier expliciet in hun overeenkomst afstand van te doen.

Wat betreft andere regels van commercieel recht, zoals de UNIDROIT Principles en Incoterms, zegt 39% van de bedrijven daar nooit gebruik van te maken (48% soms en 14% vaak). Het is jammer dat laatstgenoemd

8. Ontwerp-richtlijn Consumentenrechten, COM 2008/614 van 8 oktober 2008.

9. Zie de overwegingen 23 en 24 die aan de Verordening voorafgaan.

10. Zie T.H.M. van Wechem, Europese conflictregels voor de overeenkomst en de onrechtmatige daad: Rome I en II, preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2008, p. 40.

11. Zie 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, Queen Mary University of London, School of international arbitration en White & Case, hfdst. 3, p. 11 e.v.

12. In eerder onderzoek uit 2005 (The Clifford Chance Survey European Contract Law, April 2005, p. 5) koos 2/3e voor het eigen recht als voorkeur voor het toepasselijke recht. Gevraagd naar welk recht in de praktijk het meest werd overeengekomen, inclusief het eigen recht, was dat Engels recht (26%) op ruime afstand gevolgd door Frans recht (11%).

13. 2010 International Arbitration Survey 2010, p. 13.

cijfer niet differentieert tussen de meer geaccepteerde Incoterms (die in de desbetreffende tak van handel vrijwel altijd van toepassing worden verklaard) en de UNIDROIT Principles. In onze praktijk hebben wij namelijk nooit gezien dat partijen in hun contract een verwijzing opnemen naar de UNIDROIT Principles. De inertie die de bestaande Principles ten deel valt en die zelden of nooit als toepasselijk recht worden overeengekomen, zal ook een optioneel Europees contractenrecht treffen.¹⁴

Onder de Rome I Verordening, die van toepassing is op overeenkomsten gesloten op of na 17 december 2009, is een (conflictenrechtelijke) rechtskeuze voor niet-staatelijk recht zoals de UNIDROIT Principles niet mogelijk.¹⁵ Uit overweging 13 van de considerans bij Rome I volgt dat het wel mogelijk is dat partijen in hun overeenkomst een niet-staatelijk recht of een internationale overeenkomst kunnen opnemen, door verwijzing ernaar. Het verschil met een 'echte' (conflictenrechtelijke) rechtskeuze is dat met deze verwijzing naar niet-staatelijk recht (een materieelrechtelijke rechtskeuze) niet kan worden afgeweken van de dwingende bepalingen van het recht dat op de overeenkomst van toepassing is (er kan alleen worden afgeweken van regeland recht).¹⁶ Mocht het komen tot een facultatief Europees contractenrecht, dan zal het vanzelfsprekend niet de bedoeling zijn dat de dwingende bepalingen van nationaal (staatelijk) recht onverkort van toepassing blijven nadat contractspartijen hebben gekozen voor de toepasselijkheid van het Europese contractenrecht. Overweging 14 van de considerans van de Rome I Verordening biedt hier uitkomst, aangezien hierin wordt aangegeven dat in een besluit waarbij de Gemeenschap (thans: Unie) regels vaststelt van materieel verbintenissenrecht, kan worden bepaald dat partijen ervoor mogen kiezen deze regels toe te passen. Er kan dus worden bepaald dat partijen een rechtskeuze kunnen maken voor een Europees contractenrecht.

In een andere enquête is bedrijven gevraagd naar het bestaan van obstakels voor handel tussen EU-lidstaten.¹⁷ Volgens 14% was dat in ernstige mate het geval, volgens 51% in enige mate en voor 31% niet echt of helemaal niet. Kortom, de meerderheid van de bedrijven ziet geen noemenswaardige belemmering van de interstate-lijke handel binnen de EU. Van degenen die een obstakel ontwaren, worden de verschillen in de rechtsstelsels en de kosten van advies over buitenlands recht gezien als

een factor die middelmatige invloed heeft op het aangaan van transacties over de grens (op een schaal van 1 [geen impact] tot 10 [hoge impact] 5.35, respectievelijk 5.16).

Op de vraag of een Europees contractenrecht een oplossing biedt, zegt ruim 80% (midden- en kleinbedrijf: 88%) daar een voorstander van te zijn en 15% niet (opvallend is dat in Engeland slechts 63% een voorstander daarvan is en ruim 30% een tegenstander). Bedrijven geven echter aan dat zij het belangrijk vinden dat zij de vrijheid behouden zelf een toepasselijk recht te kiezen (83%). Een verplicht Europees contractenrecht wordt door het bedrijfsleven niet op prijs gesteld. Van de bedrijven vindt 61% het belangrijk dat zij de mogelijkheid hebben om tussen verschillende contractenrechtstelsels in Europa te kiezen. Kortom, bedrijven zien geen bezwaar tegen een Europees contractenrecht, mits het geen verplichtend karakter heeft. Die houding is niet verwonderlijk, want baat het niet, dan schaadt het in ieder geval ook niet.

Bedrijven is ook gevraagd of zij van een Europees contractenrecht gebruik zouden maken in verband met grensoverschrijdende transacties. In totaal zegt 34% dat zeer waarschijnlijk te zullen gaan doen, 48% waarschijnlijk en 11% waarschijnlijk of zeker niet.

Een interessante vraag was ook wat het bedrijfsleven zoekt in een contractenrecht. Belangrijk worden gevonden redelijkheid (8.5 op de schaal van 10), voorzienbaarheid (8.21 op de schaal van 10) en het mogelijk maken van handel (8.6 op de schaal van 10). De *common law* (waaronder het recht van Engeland en Wales en recht van een Amerikaanse staat) wordt algemeen gezien als een systeem waar de business certainty vooropstaat, anders dan *civil law* waar de goede trouw centraal staat. Waar Engels recht en het recht van de staat New York favoriet zijn en de voorzienbaarheid als belangrijk element van het contractenrecht wordt gezien, is de rechtszekerheid een belangrijke factor bij de keuze van een bedrijf voor het toepasselijke recht. Het bedrijfsleven zoekt in een Europees contractenrecht vooral rechtszekerheid. Het is zeer de vraag of een Europees contractenrecht die zekerheid kan bieden.

In de diverse nationale contractenrechten zijn leerstukken en begrippen na jarenlange rechtsontwikkeling uitgekristalliseerd, althans bestaat er enige duidelijkheid in welke richting een oplossing gaat. Rechters en arbiters weten hoe het nationale recht toe te passen en advocaten en bedrijfsjuristen kunnen (bij benadering) een reële inschatting maken van de kansen wie het gelijk in een geschil aan zijn zijde heeft.

Bij een nieuw Europees contractenrecht zullen er talloze begrippen zijn die nader uitgelegd moeten worden. Nationale rechters op allerlei niveaus zullen verschillende en mogelijk tegenstrijdige uitspraken doen. Een Europese databank van uitspraken (vergelijkbaar met de databank van uitspraken over het Weens Koopverdrag van de Pace University) zal enige orde scheppen, maar er kan niet zonder meer op worden vertrouwd dat de rechter van het ene land zich veel gelegen zal laten liggen aan uitspraken van een rechter van een ander land.

14. G. Low, The (ir)relevance of harmonization and Legal diversity to European contract law: a perspective from psychology, ERPL 2010, p. 285 e.v.

15. In het Commissie-voorstel van de Rome I-Vo was deze mogelijkheid wel opgenomen in art. 3 lid 2 waarin was bepaald dat partijen als toepasselijk recht ook kunnen kiezen voor beginselen en regels van materieel verbintenissenrecht die op internationaal of communautair niveau zijn erkend. Zie daarover K. Boele-Woelki, Nieuw Europees IPR inzake overeenkomsten. Van Verdrag naar Verordening, in: Contracteren internationaal (F.W. Grosheide-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2006, p. 264-266. In de definitieve tekst van de Rome I Vo is deze mogelijkheid echter verdwenen.

16. L. Strikwerda, De overeenkomst in het IPR, Deventer: Kluwer 2010, p. 118-119.

17. The Clifford Chance Survey European Contract Law, April 2005.

Het Hof van Justitie zal daarom veelvuldig geroepen worden om een prejudiciële vraag te beantwoorden over de uitleg van een begrip van Europees contractenrecht. Het kan daarom jaren duren voordat een duidelijk richtinggevend en rechtszekerheid biedende *body* van rechterlijke uitspraken over het Europees contractenrecht bestaat.

De onduidelijkheid die in ieder geval op de korte tot middellange termijn zal bestaan over de juiste uitleg van een nieuw Europees contractenrecht is in het bijzonder problematisch voor grote ondernemingen die hun geschillen regelmatig doen beslechten in een arbitrale procedure. Naar vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn arbiters immers niet bevoegd tot het stellen van prejudiciële vragen, aangezien een scheidsgerecht geen rechterlijke instantie van een lidstaat is in de zin van artikel 267 VWEU (oud 234 EG).¹⁸ Dit betekent dat indien in een arbitrage moet worden geoordeeld over een geschil waarin partijen hebben gekozen voor toepassing van Europees contractenrecht, arbiters dit nieuwe Europese recht zullen moeten toepassen zonder dat de mogelijkheid bestaat om daarover vragen te stellen aan het Hof van Justitie en er zeker in de nabije toekomst weinig sturing zal (kunnen) uitgaan van jurisprudentie van het Hof (*acte éclairé*). Hoewel partijen in een arbitrage in de meeste gevallen niet erg zullen zitten te wachten op een prejudiciële procedure vanwege de vertraging die dit oplevert, zal de algehele onmogelijkheid voor arbiters om vragen te stellen over een nieuw Europees contractenrecht dat nog niet is uitgekristalliseerd een (extra) argument kunnen zijn om af te zien van de keuze voor een facultatief Europees contractenrecht. De invoering van een bepaling die het mogelijk maakt voor arbiters om via tussenkomst van de overheidsrechter (Rb. Den Haag) prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie, zoals voorgesteld door Van den Berg in het voorstel voor een nieuwe Arbitragewet, zou dit bezwaar kunnen wegnemen.¹⁹

Gepruttel over de hoge kosten van de praktijk om een Europees contractenrecht onder de knie te krijgen en algemene voorwaarden aan te passen, moet onzes inziens met een korrel zout worden genomen. Bij de invoering van het nieuwe BW in 1992 vielen die moeite en kosten reuze mee (ondanks de onheilstijdingen van Van Dunné en P.A. Stein destijds).

4. Slotopmerkingen

Met een nieuw Europees contractenrecht wordt uniformiteit en rechtszekerheid beoogd, in de hoop dat consumenten en bedrijven minder belemmerd worden grensoverschrijdende transacties te verrichten. Wij vragen ons af of verschil in toepasselijk recht een serieuze handelsbelemmerende factor is. In de praktijk kiest het bedrijfsleven juist vooral voor Engels recht en het recht van de staat New York, omdat in de *common law* de rechtszekerheid (*business certainty*) centraal staat. Waar een Europees contractenrecht nieuw recht is dat in rechtspraak geduid moet worden, zal het jaren duren voordat die rechtszekerheid er is. Waar het bedrijfsleven nu geen keuze maakt voor de toepasselijkheid van Principles op zijn contract, of zelfs de moeite neemt om uniform recht als het Weens Koopverdrag expliciet uit te sluiten, valt niet in te zien waarom het voor een nieuw Europees contractenrecht wel warm zou lopen. De houding van het bedrijfsleven tegenover een optioneel Europees contractenrecht is pragmatisch: baat het niet, dan schaadt het niet, dus er is geen reden om tegen een optioneel Europees contractenrecht te zijn zolang de vrijheid van rechtskeuze maar blijft bestaan. Het bedrijfsleven is overigens sceptisch over de haalbaarheid van een Europees contractenrecht (42% acht het niet of niet erg haalbaar, 45% haalbaar en slechts 9% zeer haalbaar).²⁰

Wat betreft consumenten is de vraag of zij er wat hun rechtsbescherming betreft op vooruit zouden gaan onder een nieuw Europees contractenrecht. Veel beschermend consumentenrecht is al van Europese origine, terwijl er reeds lopende initiatieven zijn om Europees consumentenrecht te uniformeren. Het is de vraag wat een nieuw Europees contractenrecht daaraan toevoegt.

Kortom, voor grote bedrijven is een Europees contractenrecht niet nodig en voor consumenten voegt het weinig toe. De enige groep waarvoor het wellicht nuttig kan zijn, is het midden- en kleinbedrijf. In hoeverre moet het midden- en kleinbedrijf worden beschermd tegen enerzijds machtige grote bedrijven en anderzijds de door dwingend recht beschermde consumenten? Die vraag is legitiem, maar vergt maatwerk en geen nieuw en ongedifferentieerd Europees contractenrecht waar niemand op zit te wachten.

18. HvJEU 23 maart 1982, C-102/81 (Nordsee/Nordstern), Jur. 1982, p. 1095, r.o. 10-12 en HvJEU 1 juni 1999, C-126/97 (Eco Swiss/Benetton), Jur. 1999, p. I-3055, r.o. 34 en 40.

19. Het voorgestelde art. 1044a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering staat in de toelichting bij het voorstel en niet in de tekst van het voorstel zelf. De reden hiervoor is dat Van den Berg van mening is dat eerst overleg nodig is met de Europese instanties. Het voorgestelde artikel kan daarbij dienen als uitgangspunt voor overleg. De tekst van het voorstel, alsmede de toelichting daarop kan worden geraadpleegd op <www.arbitragewet.nl>.

20. The Clifford Chance Survey European Contract Law, April 2005, p. 15 tabel A17.