

Impressies

Een haalbaarheidsstudie naar een optioneel instrument

Mr. dr. J.W. Rutgers*

1. Inleiding

102

De Europese Commissie heeft op 3 mei 2011 een concept optioneel instrument (hierna ook: OI) op haar website gepubliceerd onder de titel 'Een haalbaarheidsstudie naar een optioneel instrument'.¹ De Europese Commissie omschrijft een optioneel instrument als een 28ste rechtsstelsel dat partijen als het toepasselijke recht kunnen kiezen in grensoverschrijdende transacties in plaats van een nationaal rechtsstelsel.² Dit concept is opgesteld door de deskundigengroep voor het gemeenschappelijk referentiekader op het gebied van het Europees contractenrecht³ in opdracht van de Europese Commissie. Naast de tekst van het optionele instrument bevat het document ook een begeleidend schrijven van de Europese Commissie. Hierin stelt zij het publiek een aantal vragen naar aanleiding van het concept optioneel instrument. Daarnaast vat zij heel summier de reacties op het

Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen⁴ samen en geeft zij aan welke aanwijzingen de deskundigengroep heeft ontvangen bij het opstellen van het concept optioneel instrument. In deze bijdrage zal niet meer worden ingegaan op het Groenboek, aangezien dit al uitgebreid is besproken in dit tijdschrift en in andere publicaties.⁵

Eerst komt de context waarin de Europese Commissie het concept optioneel instrument plaatst aan de orde. Vervolgens zullen twee punten die de Europese Commissie niet bespreekt centraal staan, namelijk de vragen of er een bevoegdheid is in de Europese verdragen om tot vaststelling van een optioneel instrument te kunnen komen en wat de verhouding tot de Rome I Verordening (Rome I Vo) is. Ten slotte zal worden ingegaan op de inhoud van het document. Twee onderwerpen zullen in het bijzonder worden uitgelicht, te weten het afbre-

* Mr. dr. J.W. Rutgers is universitair hoofddocent Afdeling Privaatrecht, Juridische Faculteit VU en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof te Amsterdam.

1. 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 (hierna ook: Feasibility Study) (een haalbaarheidsstudie van de deskundigengroep over het Europees contractenrecht), <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf>.
2. Vgl. Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen gepubliceerd, COM(2010)348 def. Hierna: het Groenboek, p. 9.
3. De deskundigengroep is opgericht bij besluit van de Europese Commissie: besluit van de Commissie van 26 april 2010 tot oprichting van de deskundigengroep voor het gemeenschappelijke referentiekader op het gebied van het Europees contractenrecht, PbEG 27 april 2010, L 105/109 e.v.

4. Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen gepubliceerd, COM(2010)348 def.

5. Zie bijv.: K. Boele-Woelki, A. Keirse & S. Krusinga, Naar een contractenrecht voor de Unie, NJB 2001/2, p. 58 e.v.; J. Cartwright e.a., Grensoverschrijdend contracteren? Dat lossen we samen wel op, NJB 2011/19, p. 1246 e.v.; C.A.N.M.Y. Cauffman, M.G. Faure & T. Hartlief, Het richtlijnvoorstel consumentenrechten: quo vadis?, Contracteren 2010/3, p. 71 e.v.; A.L.M. Keirse, M.-J. van der Heijden & F. Merab Samii, Naar een beter instrument voor Europees contractenrecht, Contracteren 2011/2, p. 55 e.v.; V. Mak, Hoe meer keus, hoe beter?, Contracteren 2011/1, p. 23 e.v.; R.P.J.L. Tjittes & R. Meijer, Europees contractenrecht: an expensive and time-consuming solution looking for a problem, Contracteren 2010/4, p. 140 e.v. Zie ook: European Review of Contract Law, 2011/2; M. Hesselink e.a. (red.), Het Groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law, Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010)348 final, RabelsZ 75(2011) p. 373 e.v.

ken van onderhandelingen en de toetsing van oneerlijke bedingen.

2. De Europese Commissie en het optionele instrument

De Europese Commissie plaatst het optionele instrument binnen het kader van de interne markt. Zij benadrukt dat de interne markt wordt belemmerd door de verschillende rechtsstelsels van contractenrecht binnen de Europese Unie. Deze verschillen leiden onder andere tot meer transactiekosten en rechtsonzekerheid.⁶ De Commissie illustreert de belemmeringen aan de hand van een aantal casusposities. Zij geeft het voorbeeld van een Brits bedrijf dat sieraden verkoopt in Engeland. Het bedrijf wil zijn handel uitbreiden door zijn waren via internet in alle lidstaten aan te bieden. De geraadpleegde advocaat adviseert alle rechtsstelsels van de lidstaten te bekijken en voor ieder land een aparte set algemene voorwaarden op te stellen. Een en ander leidt tot een kostenpost van € 230.100, aldus de Commissie; de kosten voor het opzetten van websites gericht op de verschillende lidstaten worden niet meegerekend. Dit bedrag kan het bedrijf niet opbrengen en het besluit daarom om zich slechts op Frankrijk en Duitsland te richten. Uit deze en andere voorbeelden leidt de Europese Commissie af dat de verschillende stelsels van contractenrecht een belemmering voor de interne markt zijn. Overigens plaatsen onder andere het Verenigd Koninkrijk, Hongarije en de Duitse Bondsdag vraagtekens bij deze stelling en haar onderbouwing door de Europese Commissie.⁷

De deskundigengroep had aanvankelijk de opdracht om de tekst van het *Draft Common Frame of Reference* (DCFR),⁸ die van direct belang is voor het contractenrecht, te herstructureren, te vereenvoudigen, aan te vullen en te herzien.⁹ In de loop van de tijd is de opdracht gewijzigd in het opstellen van een concept optioneel instrument voor het contractenrecht dat zelfstandig – dat wil zeggen los van enig nationaal rechtsstelsel – kan worden gebruikt.¹⁰ De Europese Commissie heeft de deskundigengroep gevraagd om naast het DCFR ook het Weens Koopverdrag (1980),¹¹ de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles), de Principles of European Contract

Law (PECL)¹² en de Principles opgesteld door de Franse vereniging Henri Capitant¹³ bij haar werk te betrekken.¹⁴ Verder was de instructie dat het OI regels voor zowel b2c- als b2b-overeenkomsten moest bevatten.¹⁵ Daarnaast was er de aanwijzing dat regels voor de koopovereenkomst moesten worden opgenomen, evenals regels met betrekking tot diensten voor zover deze van belang zijn voor de koopovereenkomst.¹⁶ Een ander kenmerk van het optionele instrument is dat de regels vooral betrekking moeten hebben op grensoverschrijdende transacties.¹⁷ Volgens de Europese Commissie noopt een en ander niet tot regels met betrekking tot handelsbekwaamheid, vertegenwoordiging en cessie.¹⁸ Ten slotte heeft de Europese Commissie op diverse plaatsen duidelijk gemaakt dat zij zich niet gebonden acht aan de tekst van het OI zoals die is opgesteld door de deskundigengroep. Zij is vrij om deze te wijzigen en aan te vullen.¹⁹

3. Onbeantwoorde vragen: bevoegdheid en verhouding tot het IPR

In het consultatieproces van het Groenboek is naar voren gekomen dat er nog veel vragen zijn. Een van die vragen betreft de bevoegdheid op grond waarvan een optioneel instrument kan worden aangenomen, een andere de verhouding tussen de Rome I Verordening²⁰ en een optioneel instrument.²¹ Deze vragen beantwoordt de Europese Commissie wederom niet in de Feasibility Study.

De vraag naar de bevoegdheid is relevant, omdat het antwoord op de vraag onder meer bepaalt of er unanimiteit of een gekwalificeerde meerderheid in de Europese Raad aanwezig moet zijn om een optioneel instrument aan te nemen. Als blijkt dat unanimiteit in de Raad het vereiste is, rijst onder andere de vraag of het aannemen

6. Feasibility Study, p. 1 en 3. Zie hierover kritisch: Cartwright e.a. 2011, p. 1246 e.v.
7. <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/100701_en.htm>.
8. C. von Bar e.a. (Eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, München: Sellier, Europa Law Publishers 2009.
9. Feasibility Study, p. 5.
10. Feasibility Study, p. 5.
11. Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, Wenen, 11 april 1980.

12. O. Lando & H. Beale (Eds.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law, Den Haag: Kluwer Law International 2000; O. Lando, E. Clive, A. Prüm & R. Zimmermann (Eds.), Principles of European Contract Law, Part III, Prepared by The Commission on European Contract Law, Den Haag: Kluwer Law International 2003.
13. B. Fauvarque-Cosson & D. Mazeaud (red.), Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, Parijs 2008.
14. Feasibility Study, p. 5.
15. Feasibility Study, p. 6.
16. Feasibility Study, p. 6.
17. Feasibility Study, p. 6.
18. Feasibility Study, p. 6.
19. Viviane Reding, The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers, Speech/11/411.
20. EG-Verordening 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), PbEG 2007, L 177/6.
21. Een andere vraag is bijvoorbeeld de verhouding tussen het Weens Koopverdrag en het optionele instrument. Zie hierover: Boele-Woelki e.a. 2001, p. 62.

van een optioneel instrument politiek haalbaar is, nu verschillende lidstaten zoals bijvoorbeeld Frankrijk, Engeland, Hongarije en Oostenrijk in hun reacties op het Groenboek hebben aangegeven geen voorstander te zijn van een optioneel instrument op dit moment.²² Daarnaast is een optioneel instrument dat is aangenomen op grond van een dubieuze bevoegdheidsgrond, kwetsbaar, zoals uiteen wordt gezet in de reactie van Engeland. In dat geval rijst de vraag of de regeling waarin het OI is neergelegd, bestand is tegen *judicial review*. Het enkele feit dat er vragen rondom de bevoegdheid zijn, maakt het voor partijen onaantrekkelijk om het OI te gebruiken.

In de literatuur worden verschillende bevoegdheidsgronden genoemd, te weten de artikelen 81, 114 en 352 VWEU.²³ Algemeen wordt aangenomen dat artikel 81 VWEU slechts bevoegdheid schept voor regelingen op het gebied van het internationaal privaatrecht en niet voor het materiële vermogensrecht. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie lijkt te volgen dat artikel 114 VWEU niet gebruikt kan worden als het gaat om een Europees instrument dat naast het nationale recht blijft bestaan.²⁴ In een dergelijk geval verschaft artikel 352 VWEU bevoegdheid. In die situatie is echter unanimititeit van de lidstaten binnen de Raad vereist voor het vaststellen van een regeling betreffende een OI.

Een andere onbeantwoorde vraag betreft de verhouding tussen het optionele instrument en de conflictregels zoals die zijn neergelegd in de Rome I Verordening.²⁵ De Europese Commissie heeft de deskundigengroep meegedeeld dat zij zelf de regels met betrekking tot de verhouding met de conflictregels opstelt.²⁶ De wijze waarop het instrument zal worden toegepast is van belang voor de vraag in hoeverre nationaal recht nog kan worden toegepast naast het optionele instrument. Er zijn verschillende mogelijkheden. Het optionele instrument kan worden toegepast los van Rome I, hoewel het de vraag is in hoeverre het optionele instrument los gezien kan worden van het nationale recht, nu sommige

onderdelen van het contractenrecht niet binnen het toepassingsgebied van het optionele instrument vallen.

Daarnaast kan het optionele instrument een rechtsstelsel zijn dat gekozen kan worden binnen de Rome I Verordening op grond van artikel 3 Rome I Vo. Als dit het geval is, blijven ook de andere bepalingen van Rome I van toepassing. Voor deze oplossing pleiten Boele-Woelki, Keirse en Kruisinga.²⁷ Dit betekent, ten eerste, dat er in het geval van een consumentenovereenkomst dwingende conflictregels zijn, die moeten worden toegepast mits aan alle voorwaarden is voldaan. Verder houdt dit in dat een rechter voorrangregels en in exceptionele gevallen de openbare orde-*exceptie* kan toepassen. Het lijkt onwaarschijnlijk dat Rome I nog van toepassing zal zijn, mochten partijen een keuze maken voor het optionele instrument. Als dat immers het geval is, zullen contractspartijen toch nationale rechtsstelsels moeten bestuderen om na te gaan of er misschien bepaalde voorrangregels zullen worden toegepast. Dit zal het voordeel van een rechtsstelsel dat contractspartijen uit verschillende landen kennen, teniet doen gaan.

De antwoorden op deze en andere vragen, zoals bijvoorbeeld de verhouding tussen het optionele instrument en het Weens Koopverdrag 1980, zijn van belang, omdat de discussie op een ander niveau gevoerd kan worden. Zolang de Europese Commissie geen duidelijk antwoord geeft op deze en andere vragen, zal de discussie over het optionele instrument vertroebeld worden en zal de aandacht niet gericht zijn op de inhoud van het optionele instrument, omdat die inhoud te zeer afhankelijk is van het antwoord op deze vragen.

4. Het concept optioneel instrument

Het optionele instrument bestaat uit verschillende delen, die op hun beurt weer bestaan uit hoofdstukken, welke zijn verdeeld in secties. Het OI bevat acht delen (parts) en twee annexes. Hierna zal ik de Engelse termen gebruiken, omdat een Nederlandse versie nog niet voor handen is op het moment van schrijven van dit artikel. Part I is getiteld 'Introductory provisions', part II 'Making a binding contract', part III 'Assessing what is in the contract', part IV 'Obligations and remedies of the parties to a sales contract', part V 'Obligations and remedies of the parties to a related services contract', part VI 'Damages, stipulated payments for non-performance and interest', part VII 'Restitution', part VIII 'Prescription', annex I(A) 'Information concerning the exercise of the right of withdrawal' en annex I(B) 'Standard withdrawal form'.

Anders dan bij de PECL en de Unidroit Principles zijn er geen *comments* beschikbaar bij de artikelen van het optionele instrument. De Europese Commissie laat zich er niet over uit of deze nog komen. Wel zijn samenvat-

22. <http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/100701_en.htm>.

23. Zie over de bevoegdheidsvraag onder andere: Editorial Comments, Union Competences in the field of contract law: Some questions – no answers, *Common Market Law Review* 2011/48, p. 653 e.v.; K. Gutmann, The Commission's 2010 Green Paper on European Contract Law: Reflections on Union Competence in Light of the Proposed Options, *European Review of Contract Law* 2011/7, p. 151 e.v.; J.W. Rutgers, European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer International, 2011, p. 311 e.v.; S. Weatherill, The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court's Case Law has become a 'Drafting Guide', *German Law Journal* 2011/12, 3, p. 827 e.v.

24. Zie bijv. zaak C-377/98 (Nederland vs. Europees Parlement en Raad), *Jur. EG* 2001 I-7079, 7157; zaak C-436/03 (Parlement vs. Raad), *Jur. EG* 2006 I-3733.

25. Zie hierover ook: Boele-Woelki e.a. 2001, p. 61. J.W. Rutgers, An Optional Instrument and Social Dumping, *European Review of Contract Law* 2006, 2, p. 199, 201 e.v.

26. Expert Group on a Common Frame of Reference in European Contract Law, *Synthesis of the Fourth Meeting*, 1-2 september 2010, Brussel 14 september 2010, p. 1.

27. Boele-Woelki e.a. 2001, p. 61.

tingen van de discussies tijdens de bijeenkomsten van de Expert Group gepubliceerd op de website van de Europese Commissie.²⁸ Deze zijn opgesteld door de Europese Commissie en geven zeer globaal de discussie weer. Nu het DCFR een van de bronnen is van het optionele instrument, zal hierna het bij de bepalingen van het DCFR geschreven commentaar betrokken worden, voor zover de bepalingen in het DCFR en het OI nagenoeg gelijkkluidend zijn.

De uitgangspunten voor het optionele instrument zijn een hoog niveau van consumentenbescherming voor b2c-overeenkomsten en contractsvrijheid voor b2b-overeenkomsten, aldus de Europese Commissies in haar instructies aan de expertgroep.²⁹ Dit houdt onder andere in dat de regels voor b2b-overeenkomsten van aanvullend recht zijn.³⁰ Partijen kunnen bij overeenkomst van deze regels afwijken. Alleen in uitzonderlijke gevallen zijn er regels van dwingend recht voor dit type overeenkomst, zo schrijft de Europese Commissie. Als voorbeeld noemt zij de regels met betrekking tot de toetsing van oneerlijke bedingen in b2b-overeenkomsten (art. 79 OI). Daarnaast kan in dit verband ook nog artikel 8 OI genoemd worden, waarin wordt bepaald dat partijen het beginsel van de goede trouw niet kunnen uitsluiten (art. 8 III OI). Ook mogen de wilsgebreken bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden niet worden uitgesloten (art. 54 I OI), terwijl de regels met betrekking tot dwaling alleen van dwingend recht zijn in b2c-overeenkomsten.

De regels die gelden voor b2c-overeenkomsten zijn in het algemeen dwingend recht.³¹ Zo veel mogelijk is hierbij aansluiting gezocht bij het Acquis en de Richtlijn consumentenrechten.³²

4.1 Precontractuele informatie en onderhandelingen

In hoofdstuk 2 van het optionele instrument worden regels gegeven voor de precontractuele fase. Het hoofdstuk kent 6 sections. De eerste drie sections betreffen het verschaffen van informatie in de precontractuele fase in zowel b2c- als b2b-overeenkomsten. In section 4 zijn de regels neergelegd voor de remedies in het geval de regels neergelegd in de eerste drie sections niet worden nageleefd. Het opschrift van section 5 is 'Contracts to be concluded by electronic means'. Ten slotte bevat section 6 regels met betrekking tot het afbreken van onderhandelingen.³³ In artikel 27 II is bepaald dat partijen niet in strijd met de goede trouw onderhandelingen mogen afbreken. Deze bepaling is van dwingend recht. Vervolgens is degene die de onderhandelingen afbreekt in strijd met de goede trouw, aansprakelijk voor *any loss caused to the other party by the breach* (art. 27 III OI). Deze verplichting is niet van dwingend recht als de systematiek van het OI wordt gevolgd.

De vraag die kan opkomen, is wat wordt bedoeld met *any loss*.³⁴ In de lijst van definities wordt *loss* omschreven (art. 2 (12) Definitions OI) als: 'economic and non-economic loss; non-economic loss includes pain and suffering, impairment of the quality of life and loss of enjoyment'.

Deze definitie geeft geen duidelijk antwoord op de vraag of de schade zowel negatief als positief contractsbelang betreft. Uit het commentaar op het DCFR blijkt dat de niet-afbrekende partij niet in de situatie gesteld hoeft te worden waarin zij zou zijn geweest als de overeenkomst wel zou zijn afgesloten. Alle andere schade, zoals gemaakte kosten of een vergoeding voor gedaan werk, moet wel worden vergoed.³⁵

4.2 Toetsing oneerlijke bedingen

Het optioneel instrument bevat in chapter 8, 'Unfair contract terms and default options', bepalingen betreffende de toetsing van oneerlijke bedingen in zowel b2c- als b2b-overeenkomsten (art. 77 e.v. OI).³⁶ Deze artikelen zijn van dwingend recht (art. 79 OI); uitgesloten zijn bepalingen betreffende de essentialia van de overeenkomst en de redelijkheid van de prijs (art. 78 II OI). Het gevolg van een oneerlijk beding is dat het *not binding* is. Dezelfde woorden zijn neergelegd in artikel 6 van Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten³⁷ en artikel II.-9:409 DCFR. Opmerkelijk is dat *not binding* niet wordt gedefinieerd in het OI. Uit het commentaar bij artikel II.-9:409 DCFR volgt dat dit inhoudt dat een dergelijk beding geen rechtsgevolgen heeft.³⁸

Voor b2c- en b2b-overeenkomsten zijn er verschillende toetsen om vast te stellen of een beding oneerlijk is (respectievelijk art. 81 OI en art. 85 OI).³⁹ Daarnaast kunnen in b2b-overeenkomsten slechts bedingen worden getoetst waarover niet door partijen is onderhandeld (art. 85 OI), terwijl deze beperking niet geldt voor b2c-overeenkomsten. In die gevallen kunnen ook bedingen waarover tussen partijen is onderhandeld, worden getoetst, tenzij zij de essentialia van de overeenkomst of de redelijkheid van de prijs betreffen.

In artikel 81 OI is voor b2c-overeenkomsten een toetsingsgrond opgenomen die vergelijkbaar is met die van artikel 3 van Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke consumentenbedingen.^{40,41} Het moet gaan om een beding

28. <http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group/index_en.htm>.

29. Feasibility Study, p. 6.

30. Feasibility Study, p. 6.

31. Feasibility Study, p. 6.

32. Feasibility Study, p. 6.

33. Deze bepaling is nagenoeg gelijk aan art. II.-3:301 DCFR.

34. Zie over de vraag of een schadevergoeding moet worden betaald bij het afbreken van onderhandelingen: M.R. Ruygvoorn, Bestaat de 'tweede fase' uit Plas/Valburg nog?, *Contracteren* 2011/2, p. 39 e.v.

35. Comment H, art. II.-3:301 DCFR Full Edition.

36. Zie M.W. Hesselink, Unfair Terms in Contracts between Businesses (<<http://ssrn.com/abstract=1871130>>).

37. Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, OJ 1993, L 95/29 e.v.

38. Comment B bij art. II.-9:409 DCFR Full Edition.

39. Dit komt overeen met de regeling in het DCFR (art. II.-9:403, II.-9:405 DCFR). Zie over de rechtsgevolgen van niet bindend en de omzetting in het Nederlandse recht: J. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Monografieën BW, B55, Deventer: Kluwer 2010, nr. 44a.

40. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, PbEG 21 april 1993, L95/29 e.v.

41. Verg. Comment B, art. II.-9:403 DCFR Full Edition.

dat de consument (*significantly*) aanzienlijk benadeelt, dit alles in strijd met de goede trouw. Daarnaast is er een zwarte (art. 83 OI) en een grijze lijst (art. 84 OI). Bij de eerste lijst gaat het om bedingen die altijd oneerlijk worden geacht, terwijl in de grijze lijst bedingen zijn opgenomen waarvan vermoed wordt dat deze oneerlijk zijn.

In b2b-overeenkomsten moet het gaan om een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld door partijen. Anders dan in de Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en het DCFR (art. II.-9:403) wordt in het OI niet gedefinieerd wat verstaan moet worden onder 'niet afzonderlijk onderhandeld'. De toets die wordt voorgesteld is dat de andere contractspartij aanzienlijk wordt benadeeld en het beding *grossly deviates* van goede handelspraktijken. Volgens het commentaar bij de vergelijkbare bepaling in het DCFR is deze terminologie ontleend aan artikel 3 lid 3 van Richtlijn 2000/35/EG betreffende bestrijding van betalingsachterstanden.^{42,43} Deze richtlijn spreekt echter over bedingen die kennelijk onbillijk zijn als daarbij onder andere de handelspraktijken in aanmerking worden genomen. Dit lijkt toch een enigszins andere toets. Met betrekking tot dit type overeenkomst bestaat geen grijze noch een zwarte lijst voor (vermeend) oneerlijke bedingen. Verder moeten voor zowel b2c- als b2b-overeenkomsten alle omstandigheden van het geval erbij betrokken worden.

In vergelijking met het Nederlandse recht is de definitie van algemene voorwaarden (*standard terms*, art. 2 lid 17 OI) opvallend. Algemene voorwaarden in de zin van deze bepaling zijn bedingen die bedoeld zijn om in een aantal overeenkomsten met verschillende partijen te worden gebruikt, die tevoren zijn geformuleerd en waarover door partijen niet individueel is onderhandeld. De definitie in artikel 2 lid 17 OI lijkt een combinatie te zijn van die gegeven in de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en die in artikel 6:231 sub a Burgerlijk Wetboek (BW). In de richtlijn wordt slechts gesproken over bedingen waarover niet is onderhandeld en in het BW alleen over bedingen die van tevoren zijn opgesteld en bedoeld zijn om in een aantal overeenkomsten te gebruiken.⁴⁴

De besproken regels geven aan dat de regels van het optionele instrument op bepaalde punten afwijken van het Nederlandse recht en dat er vragen kunnen rijzen met betrekking tot de uitleg van de bepalingen.

5. Conclusie

Hiervoor zijn slechts twee onderwerpen uit het OI besproken. Dit doet geen recht aan het enorme werk dat de deskundigengroep heeft verricht om het OI tot stand

te brengen. Dit stuk is een aanzet tot een bespreking van twee onderwerpen van het optionele instrument. Op bepaalde punten is het OI anders dan het nu geldende Nederlandse recht en roept de tekst vragen op. De Europese Commissie is van plan om binnen zeer korte tijd een tekst voor een verordening aan te bieden. Het is de vraag of dit wenselijk is.

Tot slot moet worden opgemerkt dat de Europese Commissie in de Feasibility Study onder meer niet uiteen heeft gezet op welke wijze een OI door partijen gekozen kan worden, noch wat de verhouding tot de Rome I Verordening is en wat de bevoegdheidsgronden voor een optioneel instrument zijn. Het zou wenselijk zijn als de Europese Commissie duidelijkheid over deze punten geeft, zodat de discussie over het optionele instrument zich kan richten op zijn inhoud zonder dat deze vertoebeld wordt door vragen of er überhaupt een bevoegdheid is om een optioneel instrument vast te stellen.

42. PbEG 2000, L 200/35 e.v. In deze richtlijn is de test niet *grossly deviates*, maar *grossly unfair*, wat in de Nederlandse versie wordt vertaald naar kennelijk onbillijk.

43. Comment C, art. II.-9:405 DCFR Full Edition.

44. Hijma 2010, nr. 11 e.v.