

Europees overeenkomstenrecht en de bouwsector¹

Benoît Kohl
Professor (Universiteit van Luik)
Gastprofessor (Universiteit van Parijs II)
Advocaat (Stibbe Brussel)

Inleiding

1. Op 11 oktober 2011 publiceerde de Europese Commissie haar Voorstel voor een Verordening betreffende een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht.² Dit Voorstel volgt op een Groenboek van 1 juli 2010 over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen³, waarin de Europese Commissie zeven beleidsopties identificeerde voor een vervollediging van de interne markt door middel van harmonisatie op het gebied van het Europees overeenkomstenrecht. De Commissie lanceerde tevens een publieke consultatieronde met betrekking tot deze verschillende opties.

2. Dit Groenboek betreft een uitbreiding van de initiatieven binnen de Europese Unie sinds het begin van de jaren 2000 op het gebied van het Europees overeenkomstenrecht. Na haar mededeling van 2001 betreffende Europees overeenkomstenrecht⁴ hield de Europese Commissie een publieke consultatieronde over de manier waarop problemen als gevolg van de verschillen tussen de diverse nationale systemen van overeenkomstenrecht van de Europese Unie op Europees niveau dienen te worden behandeld.

Op basis van de reacties publiceerde de Commissie in 2003 een actieplan betreffende het overeenkomstenrecht.⁵ Het actieplan stelde in het bijzonder voor om de coherentie van het *acquis* van de Unie op het gebied van overeenkomstenrecht te verhogen, om de creatie van EU-brede algemene contractvoorwaarden te bevorderen en om verder na te gaan of de problemen die ontstaan uit een Europees overeenkomstenrecht, waarschijnlijk oplossingen behoeven die niet noodzakelijk sectoraal zijn, zoals een 'optioneel instrument' op dit gebied. Om de kwaliteit en de consistentie van het Europees overeenkomstenrecht te verbeteren, stelde de Commissie voor om een 'Gemeenschappelijk Referentiekader' (CFR) op te richten, dat de principes, terminologie en gemeenschappelijke regels aanreikt die door de uniewetgever bij het aannemen of amenderen van wetgeving, zouden moeten worden toegepast.⁶

3. Op hetzelfde moment als de Europese instellingen hun initiatieven namen, waren verschillende onderzoeksgroepen onderzoek aan het voeren naar Europees overeenkomstenrecht. Dit onderzoek leidde in het bijzonder tot de publicatie in 2008

¹ De auteur is co-voorzitter van de European Society of Construction Law (2011-2012). Deze bijdrage is een verkorte versie van de studie: B. KOHL, "European Contract Law and the Building Industry in the Light of the 2011 Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law", *I.C.L.R.* 2012/3, 253-272. De auteur is dankbaar aan Cédric Degreef, advocaat (Stibbe Brussel), voor de hulp bij de vertaling van deze studie. Zie ook op hetzelfde topic de antwoorden van de "Property Law Working Group of the Trans Europe Experts network" (www.transeuropexperts.eu) i) op de publieke consultatie volgend op de publicatie op 1 juli 2010 van het Groenboek van de Europese Commissie en ii) op de publieke consultatie volgend op de publicatie op 3 mei 2011 van de "Feasibility Study on European Contract Law" (zie H. PERINET-MARQUET, B. KOHL, B. MALLET-BRICOUT en J. SENECHAL, "Le secteur immobilier face au développement du droit européen des contrats (Position du pôle immobilier de Trans Europe Expert sur le Livre vert du 1er juillet 2010 relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats)" in M. BEHAR-TOUCHAIS en M. CHAGNY (dir.), *Livre vert sur le droit européen des contrats – Réponses du réseau Trans Europe Experts*, coll. TEE, vol.1, Paris, ed. Société de législation comparée, 2011, 214 *et seq.*).

² Voorstel van 11 oktober 2011 voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht (COM (2011) 635 final).

³ COM (2010) 348/1.

⁴ Mededeling van 11 juli 2001 betreffende Europees overeenkomstenrecht (*Pb.C.* 255/1 van 13 september 2001). Deze mededeling beantwoordde een verzoek hieromtrent door het Europees Parlement in 1989 (Resolutie A2-157/89, *Pb.C.* 158/400 van 26 juni 1989).

⁵ Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, "A More Coherent European Contract Law. An Action Plan" (*Pb.C.* 63/1 van 15 maart 2003).

⁶ De Commissie stelde ook voor om het *acquis* van de Unie met betrekking tot het overeenkomstenrecht voor consumenten te herzien om inconsistenties te verwijderen en wetgevende lacunes te dichten. Deze herziening resulteerde in de aanneming van Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (*Pb.L.* 304/64 van 22 november 2011).



van een ‘Ontwerp van Gemeenschappelijk Referentiekader’ (DCFR), dat principes, definities en modelregels van burgerlijk recht omvatte, in het bijzonder van overeenkomstenrecht (algemene beginselen, bijzondere overeenkomsten en consumentenrecht) en aansprakelijkheidsrecht.⁷

4. Volgend op de publicatie van het DCFR, heeft de Commissie een groep van deskundigen aangesteld “(...) to study the feasibility of a user-friendly instrument of European Contract Law, capable of benefiting consumers and businesses which, at the same time, would provide for legal certainty”.⁸

De Commissie publiceerde vervolgens een Groenboek op 1 juli 2010. Dit Groenboek identificeerde zeven opties voor de vervollediging van de interne markt door middel van harmonisatie op het gebied van Europees overeenkomstenrecht: 1) de publicatie van de resultaten van de groep van deskundigen die door de Commissie werd aangesteld om de haalbaarheid van een instrument van Europees overeenkomstenrecht te bestuderen, 2) een ‘officiële’ set van instrumenten voor de Europese wetgever, 3) een aanbeveling van de Commissie aan de lidstaten, 4) een verordening tot creatie van een optioneel instrument van Europees overeenkomstenrecht, 5) een richtlijn betreffende Europees overeenkomstenrecht (gemeenschappelijke minimumstandaarden), 6) een verordening tot

oprichting van een Europees overeenkomstenrecht en 7) een verordening tot oprichting van een Europees burgerlijk wetboek.

De groep van deskundigen publiceerde haar bevindingen op 3 mei 2011. Deze namen de vorm aan van een ‘Haalbaarheidsstudie’⁹, die reeds een werkelijk ontwerp van optioneel instrument (optie 4 van het bovenvermelde Groenboek van 1 juli 2010)¹⁰ inhield.

Hoewel deze studie geen duidelijk standpunt innam ten aanzien van de voorgestane methode van harmonisatie, werd de voorkeur van tal van Europese instellingen voor optie 4 reeds herhaaldelijk aangetoond. De Commissie kreeg in het bijzonder aanzienlijke steun van het Europees Parlement, dat op 8 juni 2011, met een comfortabele meerderheid, een advies uitbracht ten gunste van het principe van een optioneel instrument voor Europees overeenkomstenrecht.^{11, 12}

⁷ C. VON BAR, E. CLIVE en H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009. Dit Gemeenschappelijk Referentiekader was gebaseerd op diverse vroegere onderzoeksprojecten in overeenkomstenrecht. Het baseerde zich in het bijzonder op de *Principles of European Contract Law (PECL)*, gepubliceerd in 2000 door een onderzoeksgroep onder leiding van O. LANDO (O. LANDO and H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2nd ed., The Hague, Kluwer Law International, 2000; O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM en R. ZIMMERMANN, *Principles of European Contract Law. Part III*, The Hague, Kluwer Law International, 2003). Sommige principes van het Gemeenschappelijk Referentiekader waren ook gebaseerd op principes en modelregels voorbereid door de Association Henri Capitant en de Société de législation comparée (ASSOCIATION HENRI CAPITANT, SOCIÉTÉ DE LEGISLATION COMPARÉE, *Terminologie contractuelle commune*, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 6, Paris, Société de législation comparée, 2008; ASSOCIATION HENRI CAPITANT, SOCIÉTÉ DE LEGISLATION COMPARÉE, *Principes contractuels communs*, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 7, Paris, Société de législation comparée, 2008). De auteurs van het Gemeenschappelijk Referentiekader hadden ook nut van het werk van de “Acquis Group”, die in 2007 een vergelijkende studie publiceerde over hoe acht Europese richtlijnen betreffende consumentenbescherming in overeenkomstenrecht werden toegepast in de lidstaten (RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I (Precontractual Obligations, Conclusion of the Contract, Unfair Terms)*, München, Sellier, 2007).

⁸ Groenboek van 1 juli 2010, p. 4. Zie ook de Mededeling van de Europese Commissie van 19 mei 2010: “A Digital Agenda for Europe” (COM (2010) 245). De groep bestaat uit deskundigen die de diverse rechtstradities van de Unie en de belangen van de betrokken partijen vertegenwoordigden. De leden werden geselecteerd uit erkende specialisten inzake burgerlijk recht, in het bijzonder overeenkomstenrecht.

⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law* (http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf).

¹⁰ Deze haalbaarheidsstudie gaat vergezeld van een toelichtend memorandum en diverse vragen betreffende de inhoud, gesteld door de Europese Commissie.

¹¹ EUROPEES PARLEMENT, *Resolution on policy options for progress towards a European contract law for consumers and businesses*, Ref. INI/2011/2013. Het Parlement: “(...) (6) Believes that only by using the legal form of a Regulation can the necessary clarity and legal certainty be provided; (7) Stresses that a Regulation setting up an OI of European Contract Law would improve the functioning of the internal market because of the direct effect, with benefits for businesses (reduction in costs as a result of obviating the need for conflict-of-law rules), consumers (legal certainty, confidence, high level of consumer protection) and Member States’ judicial systems (no longer necessary to examine foreign laws) (...)”.

¹² Gelijkkluidend beveelde het Europees Economisch en Sociaal Comité, in een opinie van 19 januari 2011, aan om een ‘gemengde’ optie te behouden in de vorm van: “(i) a ‘toolbox’ serving as a common frame of reference available to parties drawing up cross-border contracts, accompanied by (ii) an optional regulatory regime establishing an ‘optional advanced new regime’ which could be used by the parties as a more favourable basis when entering into cross-border contracts, as an alternative to national rules, provided that both the toolbox and the regulation are available in all EU languages and ensure legal certainty based on the most advanced forms of protection for individual citizens and companies. Such regulation shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures for consumers.” (ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, *Opinion on the Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European contract law for consumers and businesses*, 19 January 2011, no. INT/524-CESE 60-2011). In dezelfde zin drukte vicevoorzitter van de Europese Commissie V. Reding in een speech, gegeven op 3 juni 2011, haar voorname uit om in de herfst van 2011 aan het Europees Parlement een ontwerpverordening betreffende een optioneel instrument voor overeenkomstenrecht voor te leggen (V. REDING, “The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers”, Speech/11/411, *Key-note speech given by Commissioner Reding at the Conference ‘Towards a European Contract Law’*, Leuven, 3 juni 2011, p. 9 (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/411&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>)).



5. Het Voorstel voor een Verordening, gepubliceerd door de Commissie op 11 oktober 2011, steunt zeer sterk op de vermelde haalbaarheidsstudie. Dit Voorstel voor een Verordening is een begin van Europees kooprecht, dat de lidstatelijke systemen van overeenkomstenrecht harmoniseert, niet door een wijziging van de respectievelijke nationale regels op te leggen, maar door in deze systemen een tweede regime van overeenkomstenrecht te creëren voor contracten die binnen het toepassingsgebied vallen. Dit tweede regime dient identiek te zijn doorheen de Europese Unie en samen te bestaan met de nationale systemen van overeenkomstenrecht. Het gemeenschappelijk Europees kooprecht dient dus toegepast te worden op grensoverschrijdende contracten, met instemming van de contractpartijen.

6. Gedurende twintig jaar is de Europese harmonisatie van overeenkomstenrecht voorwerp geweest van veel onderzoek, in het bijzonder diverse doctoraten. Europees overeenkomstenrecht wordt bovendien in veel rechtenfaculteiten doorheen Europa onderwezen, waar het een verplichte cursus in het curriculum van de studenten betreft.

Desalniettemin blijft het effect van de Europese harmonisatie van overeenkomstenrecht op de vastgoedsector (en in het bijzonder de bouwsector) grotendeels onbekend.¹³ We stellen

¹³ Zie echter in het bouwrecht C.E.C. JANSEN, *Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, coll. Schoordijk Instituut – Center for Liability Law, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998; B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe, Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, pref. H. PERINET-MARQUET, Brussels, Bruylant, 2008; J. SENECHAL, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux, Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, pref. M. DEFOSSEZ, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 259-306 en 417-421; H. BEALE, "Harmonisation of Construction Law and Practice. Part II: European Principles of Contract Law and Construction Contracts", *I.C.L.R.* 1998, 85 *et seq.*; J. HELLER, "Les responsabilités des constructeurs et les assurances construction dans les pays de la C.E.E. et les perspectives d'harmonisation. Les systèmes français et étrangers «Assurance-Construction» et les perspectives communautaires", *R.D.I.* 1990, 50 *et seq.*; C.E.C. JANSEN, "Unification of liabilities in the European Construction Industry", *I.C.L.R.* 1995, 440 *et seq.*; C.E.C. JANSEN, "The Case for the European Lex Constructionis", *I.C.L.R.* 2000, 598 *et seq.*; D.D.W. HELPS, "Harmonisation of Construction Law and Practice. Part I. The Current Position", *I.C.L.R.* 1997, 525 *et seq.*; B. KOHL, "Towards a European Consumer Construction Law?", *I.C.L.R.* 2010, 211 *et seq.*; B. KOHL, "European Construction Law and the Draft Common Frame of Reference: Selected Topics", *R.E.D.P./E.P.L.R.* 2009, 675 *et seq.*; B. KOHL, "Des opérations transfrontalières de construction à la construction européenne. Exposé de synthèse" in B. TILLEMANN and J. SENECHAL (ed.), *Les opérations transfrontalières de construction*, coll. Contrats et Patrimoine, no. 5, Brussel, Larcier, 2007, 263 *et seq.*; H. PÉRINET-MARQUET, "La responsabilité des constructeurs en droit communautaire: enjeux et débats", *R.D.I.* 1992, 457 *et seq.*; PÉRINET-MARQUET, "Les responsabilités des constructeurs et les assurances construction dans les pays de la C.E.E. et les perspectives d'harmonisation", *R.D.I.* 1990, 39 *et seq.*; V. VAN HOUTTE, "The Impact of Europe upon the Construction Industry", *I.C.L.R.* 1991, 209 *et seq.*

in deze bijdrage ook voor om de voordelen en uitdagingen van het principe zelf van een harmonisatie van nationale regulering met betrekking tot overeenkomstenrecht te analyseren, met bijzondere aandacht voor de eigenheden van de vastgoedsector (I). Vervolgens (II) zal de harmonisatiemethode, gekozen door de Europese Commissie in haar voorstel van 11 oktober 2011, meer diepgaand worden geanalyseerd.

I. Voordelen en uitdagingen van het principe van de harmonisatie van nationale regelgeving in de vastgoedsector

A. De voordelen

7. *Voor de economische actoren in de vastgoedsector*: de waarde van een optreden van de Europese Unie is dat het de nationale systemen zal harmoniseren of een gemeenschappelijk systeem zal creëren, dat samen bestaat met de nationale regelgeving of deze vervangt.

De opties 2 en 3 van het Groenboek van 1 juli 2010 zijn niet meteen van grote waarde voor de economische actoren, zelfs al zouden ze een nuttige eerste stap zijn in de creatie van een Europees overeenkomstenrecht in de vastgoedsector. Desalniettemin kan *a priori* een instrument dat de nationale regelgeving harmoniseert, de bouw- en vastgoedmarkten in de Europese Unie openen door de mededingingsvoorwaarden te effenen. Dit is een wenselijke doelstelling. Enerzijds dient echter te worden opgemerkt dat uit de praktijk blijkt dat veel bouwfirmas reeds dochterondernemingen hebben in de diverse lidstaten en dat zij zich reeds aan de verscheidenheid in regelgeving hebben aangepast.

Anderzijds dient te worden opgemerkt dat de meeste overeenkomsten in vastgoedrecht tussen twee burgers van eenzelfde lidstaat zijn. Enkel voor grensoverschrijdende situaties (bv. burgers die aan weerskanten van de grens tussen twee lidstaten wonen) zal het Europese overeenkomstenrecht van toepassing zijn.

8. *Voor de consument*: net zoals werd vastgesteld na de harmonisatie van overeenkomsten betreffende roerende goederen of diensten, zal de harmonisatie van wetgeving voor overeenkomsten betreffende onroerend goed, voor zover het consumenten affecteert, het vertrouwen van consumenten in dergelijke overeenkomsten vergroten en grensoverschrijdende transacties vergemakkelijken.

9. Ten slotte, *voor de Europese Unie* zal men voor de vooruitgang van het Europese ideaal ongetwijfeld niet kunnen afzien van wetgevende vooruitgang in het gebied van overeenkomstenrecht, de grondslag van commerciële transacties.

Alvorens de Europese Unie optreedt, zou zij er niettemin voordeel bij hebben om de tijd te nemen om na te denken over de eigenheden, in elke lidstaat, in de bouwsector. Het lijkt bovendien moeilijk om de harmonisatie van algemeen overeenkomstenrecht te overwegen zonder rekening te houden met de



impact op bijzondere contracten. Daarbij aansluitend zal de zichtbaarheid van het optreden per definitie worden uitgedrukt via bijzondere contracten, eerder dan via de algemene theorie inzake overeenkomsten.

B. De uitdagingen

10. De voornaamste uitdaging ligt in de fundamentele vaststelling dat er geen *acquis* gedeeld wordt tussen verschillende lidstaten voor de betreffende sector, noch, voor zoverre relevant, dat er voldoende gedachtewisseling is tussen de Europese autoriteiten. De studies en rapporten die door de Commissie of in de academische wereld werden uitgevoerd¹⁴, hebben de moeilijkheid van harmonisatie in de vastgoedsector aangetoond. Deze sector is bijzonder significant in de Europese economie en in de economie van elke lidstaat.

Erg diverse beleidskeuzes zijn echter gemaakt in de verschillende lidstaten (beroepsregulering¹⁵, voorrechten, impact van het eigendomsregime en van zakelijke rechten etc.).

11. Bouwrecht ligt bovendien vaak op het kruispunt van diverse rechtstakken, zodanig dat wanneer er een conflict ontstaat omtrent een bouwproject, zowel overeenkomstenrecht als buitencontractuele aansprakelijkheid als eigendomsrecht van toepassing zal zijn. Soms duiken ook aspecten van sociaal recht (in het bijzonder veiligheids- en gezondheidsvoorschriften op het bouwterrein), overheidsopdrachtenrecht, milieurecht, recht van de ruimtelijke ordening of zelfs fiscaal recht op. Gelet op de nauwe verwevenheid van al deze aspecten,

¹⁴ Zie in het bijzonder C.E.C. JANSEN, *Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, coll. Schoordijk Instituut – Center for Liability Law, Deventer, W.E.J. Tjeenk Wilink, 1998; B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe, Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, pref. H. PERINET-MARQUET, Brussel, Bruylant, 2008; zie ook het rapport opgesteld in 2010 volgend op de 'ELIOS' studie besteld door de Europese Commissie (ELIOS, *Liability and Insurance Regimes in the Construction Sector: National Schemes and Guidelines to Stimulate Innovation and Sustainability*, Paris, 2010 (www.elios-ec.eu)). Zie ook de studie uitgevoerd in 1989 door C. MATHURIN, eveneens op vraag van de Europese Commissie (C. MATHURIN, *Etude des responsabilités, des garanties et des assurances dans la construction en vue d'une harmonisation au niveau communautaire. Rapport final*, Brussels, ed. Commissions of the European Communities, III/8326/89-FR, 1989).

¹⁵ Om slechts één voorbeeld te geven: de sector van de architectuur is verre van uniform doorheen Europa. In het bijzonder hebben twee componenten, verweven met de uitoefening van het beroep, namelijk het monopolie en de onafhankelijkheid, verschillende ontwikkelingen gekend in de diverse lidstaten. Deze zijn opvallend, *inter alia*, met betrekking tot de aard van de relatie tussen cliënt en architect, met betrekking tot het monopolie en met betrekking tot de onafhankelijkheid tussen architect en bouwheer (zie hieromtrent B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe, Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, pref. H. PERINET-MARQUET, Brussel, Bruylant, 2008, 535-544, nr. 199; S. VAN GULIJK, *European Architect Law. Towards a New Design*, Antwerpen, Maklu, 2009, 30-43).

waarvan de meeste tot de nationale bevoegdheden behoren, lijkt het moeilijk om overeenkomstenrecht buiten de bevoegdheidssfeer van lidstaten te brengen zonder de impact van een dergelijke beslissing op de coherentie van het rechtssysteem te bestuderen.

12. De afwezigheid van een gemeenschappelijk *acquis* bepalen is eenvoudig wanneer men het DCFR, gepubliceerd in 2008¹⁶, bestudeert.

Het DCFR heeft immers als basis gediend voor de door de Commissie aangestelde deskundigen om de haalbaarheidsstudie te vervolledigen en vervolgens het Voorstel voor een Verordening gepubliceerd op 11 oktober 2011: een snelle blik op delen A en C of Boek IV van het ontwerp, gewijd aan koopcontracten (deel A) en dienstencontracten (deel C), zou de (valse) indruk kunnen geven van grote overeenstemming op bepaalde delen tussen de bepalingen van de DCFR en die van bepaalde nationale wetten. Echter, met betrekking tot het eigendomsrecht is niets minder zeker.

II. Het optioneel instrument inzake Europees kooprecht. Analyse van het Voorstel voor een Verordening van 11 oktober 2011 wat betreft de vastgoedsector

A. Inleiding

13. De vierde optie voorgesteld door de Europese Commissie in haar Groenboek van 1 juli 2010 bestond in de aanneming van een Europese Verordening die een optioneel instrument voor Europees overeenkomstenrecht zou creëren. Dit zou worden ontworpen als een 'tweede regime' in elke lidstaat, zo de mogelijkheid biedend aan partijen om te kiezen uit twee interne regimes van overeenkomstenrecht. De invoering van een dergelijk optioneel instrument zou daarom psychologisch een 'soft law' instrument lijken, dat lijkt plaats te laten voor nationaal recht, maar het tegelijkertijd vergezelt met een optioneel, doch aantrekkelijk alternatief. Vanuit dit perspectief kan het eenvoudiger het nodige lidmaatschap van de lidstaten vergaren, zonder hen af te schrikken.

Deze optie werd uiteindelijk behouden door de deskundigen van de Commissie in hun haalbaarheidsstudie, gepubliceerd op 3 mei 2011. Dit is ook de optie die werd weerhouden in het Voorstel voor een Verordening van 11 oktober 2011.

Dit Voorstel voor een Verordening bevat in bijlage I de regels die van toepassing zijn op het 'Gemeenschappelijk Europees Kooprecht', die onderverdeeld zijn in acht delen: i) *Inleidende bepalingen*, ii) *Het sluiten van een bindende overeenkomst*, iii) *Vaststelling van de inhoud van een overeenkomst*, iv) *Verbintenissen en rechtsmiddelen van partijen bij een koopovereenkomst*, v) *Verbintenissen en rechtsmiddelen van partijen bij een verbonden dienstenovereenkomst*, vi) *Schadevergoeding en rente*, vii) *Teruggave* en viii) *Verjaring*.

¹⁶ C. VON BAR, E. CLIVE en H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009.



14. Vooraleer over te gaan tot de analyse van de inhoud van het Voorstel voor een Verordening in de vastgoedsector, zijn er een aantal bezorgdheden die de aandacht hebben getrokken betreffende het toepassingsgebied en het principe zelf van toevlucht tot een optioneel instrument.¹⁷

15. Allereerst maakt de tekst geen duidelijk onderscheid tussen contractuele relaties B2B en B2C. In de vastgoedsector is deze vaststelling verre van bijkomstig, in die zin dat naast het ‘gemeenschappelijk’ recht dat toepassing vindt in de vastgoeden- en de bouwsector, bijzondere regimes systematisch gecreëerd zijn in vele landen om de bijzondere bescherming van de medecontractant, geconfronteerd met een vastgoedprofessioneel, te verzekeren bij de aankoop of bouw van een eigendom die hoofdzakelijk is bedoeld als woonplaats van deze medecontractant.¹⁸

16. Ten tweede zou de tekst enkel toepassing vinden bij grensoverschrijdende transacties betreffende de verkoop van goederen, de terbeschikkingstelling van digitale inhoud en de verlening van gerelateerde diensten.

De tekst regelt bovendien geen algemene overeenkomsten (de ‘algemene verbintenistheorie’) en is daarom *a priori* niet in staat om op andere contracten van toepassing te zijn. In de huidige versie en in vergelijking met de DCFR bevat de tekst geen regels in verband met de algemene regels betreffende de niet-uitvoering van verbintenissen: de gevolgen van niet-uitvoering worden afzonderlijk behandeld per type overeenkomst (goederen of diensten) en, binnen elk van deze categorieën, voor elke van de partijen (koper of verkoper, dienstverlener of klant). Een contract mag bijvoorbeeld enkel worden ontbonden als sanctie voor bepaalde overtredingen (zie art. 114-119 en 134-139 van Bijlage I), maar kan niet in het algemeen worden ontbonden.¹⁹

17. Ten derde doet het onderscheid tussen koop- en dienstenovereenkomst een vraag rijzen.²⁰

In de definitie van artikel 2 (k) wordt een koop begrepen als de overdracht van de eigendom van goederen tegen betaling van een prijs, daarin inbegrepen de overeenkomst tot levering van te vervaardigen of te produceren goederen. Boven-

dien specificceert artikel 3 (1) dat de koopovereenkomst ook de diensten gerelateerd aan de verkoop van het goed inhoudt. De ‘gerelateerde diensten’-overeenkomst (*related service contract*) op haar beurt wordt begrepen als “installation, maintenance, repair or any other processing, provided by the seller of the goods or the supplier of the digital content under the sales contract, the contract for the supply of digital content or a separate related service contract which was concluded at the same time as the sales contract or the contract for the supply of digital content” (art. 2 (m)), zonder verwijzing naar het mogelijke product, geproduceerd door het bedrijf bij deze dienstverlening.

Deze definities leiden tot een aanzienlijke moeilijkheid: de afwezigheid van een duidelijk criterium om deze twee contracten van elkaar te onderscheiden houdt het risico in dat de kenmerken kunnen worden gemanipuleerd. Een dergelijke contractuele kenmerking behoudt een bepaalde betekenis in de bepaling, niet enkel met betrekking tot intern recht, maar ook met betrekking tot de voorgestelde tekst, van bepaalde rechten en verplichtingen van de contracterende partijen.

18. Tot slot, en meer algemeen, zal de toevlucht tot een optioneel instrument noodzakelijkerwijze een hoger niveau van kennis inzake overeenkomstenrecht vereisen van de juridische actoren.

In tegenstelling tot de aanneming van een gecodificeerde tekst, opgelegd aan elke lidstaat en als alternatief voor nationaal recht, dwingt een systeem van een optioneel instrument alle juridische actoren in elke lidstaat niet enkel één set van regels, maar twee te kennen, zodat ze een geïnformeerde keuze kunnen maken. Dit zou tot een discriminatie leiden tussen de actoren die in een positie zijn de twee systemen te kennen, vanwege hun structurele middelen, en de actoren, in het bijzonder particulieren en KMO’s, die dit niet kunnen. Voor deze laatste zal het systeem een onmiskenbare bron van complexiteit zijn en extra toevlucht tot juridisch advies inhouden, met verhoogde kosten tot gevolg.

Deze kritiek is echter niet van toepassing op grensoverschrijdende situaties, aangezien in dit geval het ‘tweede regime’ in feite een instrument tot vereenvoudiging van de juridische relatie zou zijn, vergeleken met de huidige moeilijkheden. Deze vereiste om twee systemen te kennen zou in het bijzonder veeleisend kunnen lijken, aangezien het *a priori* als overbodig kan worden gezien.

B. Toepasselijkheid van het Voorstel voor een Verordening in de vastgoedsector

19. Een eerste lezing van artikel 2 van het Voorstel voor een Verordening lijkt te suggeren dat de vastgoedsector buiten het toepassingsgebied van dit ontwerpinstrument valt. Deze bepaling (*Definities*) zet uiteen wat wordt begrepen onder: “(...) (h) ‘goods’: any tangible movable items; (...) (k) ‘sales contract’: means any contract under which the trader (‘the seller’) transfers or undertakes to transfer the ownership of the goods to another person (‘the buyer’), and the buyer pays or undertakes

¹⁷ Voor een gedetailleerde studie betreffende deze aspecten, zie de bijdragen in het verzamelde werk: D. VOINOT en J. SENECHAL (dir.), *Vers un droit européen des contrats spéciaux*, coll. Code économique européen, Brussel, Larcier, 2012.

¹⁸ Voor een overzicht van enkele van deze, zie B. KOHL, “Towards a European Consumer Construction Law?”, *I.C.L.R.* 2010, 211 *et seq.*; B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe, Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, pref. H. PERINET-MARQUET, Brussel, Bruylant, 2008, 73-260.

¹⁹ Zie hierover ook M. STORME, “Europees contractenrecht dichterbij?”, *Juristenkrant* 2011, nr. 230, p. 16.

²⁰ Zie hierover o.a. J. SENECHAL, *Le contrat d’entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux, Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, pref. M. DEFOSSEZ, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2008, 131-143.



to pay the price thereof; it includes a contract for the supply of goods to be manufactured or produced”.

Een aandachtiger lezing van de ontwerptekst laat echter duidelijk ruimte voor de overweging dat de vastgoedsector, en meer in het bijzonder de activiteiten van KMO's in de vastgoedsector, door deze tekst wordt geraakt.

20. De verkoop van bouwmaterialen mag inderdaad zeker worden opgenomen in het toepassingsgebied van het Voorstel voor een Verordening, aangezien het goederen betreft in de zin van artikel 2 van deze tekst. Bovendien kan deel 5 van Bijlage 1, dat voorziet in de rechten en verplichtingen van partijen van een overeenkomst van verbonden diensten, volledig toepasbaar worden gemaakt op contracten betreffende de installatie van goederen in een reeds bestaand gebouw.

21. Dientengevolge kunnen bepaalde activiteiten in de vastgoedsector, in het bijzonder bepaalde activiteiten gerelateerd aan renovatie, installatie, verbetering van een bestaand gebouw, zoals loodgieterij, dakbedekking, voegen enzovoort, worden opgenomen in het toepassingsgebied van de ontwerptekst, aangezien ze zowel de verkoop van materialen, de bouwelementen als de installatie hiervan in een bestaand gebouw betreffen.

Zoals de tekst op dit moment luidt, kan de mogelijkheid dat deze activiteiten van de vastgoedsector ook worden beheerst door een optioneel instrument, problematisch lijken in verscheidene opzichten, zozeer zelfs dat het beter zou zijn om duidelijk en uitdrukkelijk zaken van oprichting van roerende goederen in bestaand onroerend goed uit het toepassingsgebied van het toekomstige instrument uit te sluiten.

C. *Moelijkheden van een optioneel instrument in Europees overeenkomstenrecht met betrekking tot de vastgoedsector*

22. De volgende moeilijkheden kunnen o.a. worden vastgesteld.

23. i) Het nationale vastgoedrecht reflecteert vaak ook een bepaalde beleidskeuze (beroepsregulering, voorrechten, impact op het eigendomsregime en de zakelijke rechten, ...). In deze zin bestaan er binnen de verschillende lidstaten verschillende bepalingen van openbare orde betreffende de vastgoed- en bouwsector.

Aangezien er geen gedeeld *acquis* is tussen de lidstaten, heeft het Voorstel tot een Verordening een keuze moeten maken. De vraag rijst dan ook of contractpartijen deze beleidskeuzes kunnen omzeilen door te kiezen voor het optioneel instrument. Bovendien bepaalt artikel 11 van Bijlage I van het Voorstel voor een verordening dat “Where the parties have validly agreed to use the Common European Sales Law for a contract, only the Common European Sales Law shall govern the matters addressed in its rules (...).”

Dit principe creëert het risico dat de bescherming die door nationale wetten aan bepaalde categorieën van professionelen (bedrijven en onderaannemers) en vastgoedconsumenten

wordt gegeven, geschaad wordt. Aldus zou, wat betreft de bouwcontracten, de toepassing van de principes, weergegeven in het Voorstel tot een Optioneel Instrument, wel leiden tot, in naam van de vrijheid van de partijen, het in vraag stellen van een groot deel van de openbare-orde-bepalingen in het Belgische bouwrecht.

Bovendien bepaalt artikel 1 van Bijlage I dat de partijen vrij zijn een contract te sluiten en de inhoud te bepalen door de voorziene regels uit te sluiten of ervan af te zien, behalve indien anders is bepaald.²¹ Bijgevolg is het mogelijk dat men afstand kan nemen van de openbare-orde-regels uit het nationale recht, maar ook van de regels uit het optionele instrument, aangezien deze enkel vrijwillig van toepassing zijn. Het gevolg hiervan is dat de keuze niet langer bestaat tussen het nationale beleid en optionele instrumenten, maar tussen het nationale beleid en volle contractvrijheid, gereguleerd door een optioneel instrument. Het Europese beleid leidt dus tot absolute contractvrijheid.

24. ii) Doordat bepaalde activiteiten uit de vastgoedsector, zoals de renovatie, installatie, verbetering van een bestaand gebouw (aangezien ze zowel de verkoop van materialen, de bouwelementen als de installatie hiervan in een bestaand gebouw betreffen), wel binnen het toepassingsgebied van het Voorstel voor een Verordening vallen²² en andere niet, wordt de complexiteit er enkel groter op.

25. iii) Een opeenvolging van dienstencontracten is gebruikelijk in het vastgoedrecht (o.a. in het geval van onderaanneming). Dit doet de vraag rijzen of men voor één van dergelijke contracten voor het optioneel instrument zou kunnen kiezen, terwijl men voor het andere voor het nationale recht kiest.

Kiezen voor het optioneel instrument voor één van deze contracten zou het zeer moeilijk maken voor het andere contract dat onderworpen is aan het nationale recht, of het zou veel van het toepassingsgebied uitsluiten (en in voorkomend geval zal het nog ingewikkelder zijn indien er meer dan twee contracten zijn). In feite zou het kiezen van het optioneel instrument voor één van de contracten de aantrekkelijkheid om voor het andere contract het nationale recht te kiezen sterk verminderen, als het al niet zou leiden tot het uitsluiten ervan.

26. iv) Tot slot toont een bedrijfsbevraging, uitgevoerd door het *European Business Test Panel* voor de Europese Commis-

²¹ Zie art. 1 van Bijlage I: “(1) Parties are free to conclude a contract and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules. (2) Parties may exclude the application of any of the provisions of the Common European Sales Law, or derogate from or vary their effects, unless otherwise stated in those provisions.”

²² Zie *Recital* 22 van het Voorstel voor een Verordening: “With a view to maximising the added value of the Common European Sales Law its material scope should also include certain services provided by the seller that are directly and closely related to specific goods or digital content supplied on the basis of the Common European Sales Law, and in practice often combined in the same or a linked contract at the same time, most notably repair, maintenance or installation of the goods or the digital content.”



sie, aan dat het merendeel van de bedrijven voor het optioneel instrument zou kiezen, aangezien de respectievelijke nationale regelingen vaak een aantal dwingende bepalingen ter bescherming van de consument of van één van beide partijen bevatten (bv. de tienjarige aansprakelijkheid in België). Gezien artikel 11 van Bijlage I, kunnen deze bepalingen terzijde worden gesteld wanneer zij een rechtspunt regelen dat door het Voorstel geregeld is.

Dit zal zeker in het voordeel zijn van de partij die ermee kan dreigen de overeenkomst niet te ondertekenen als ze niet refereert aan het optionele Europese instrument. Logischerwijs zal het toepasselijke recht worden gekozen door de economisch sterkere partij, die haar opties kan doordrukken met als gevolg alle denkbare nadelen veroorzaakt door het weglaten van de meest beschermende wetten. Zo kan in de bouwsector de situatie niet worden uitgesloten waarin bepaalde verzekeraars of zekerheidstellers hun garantie zullen laten afhangen van de keuze van een bepaald instrument dat hen past. Het algemene risico is dan ook dat de opties die worden aangeboden, niet echt tot de keuze van de partijen worden gelaten, maar afhankelijk zijn van de beperkingen die worden opgelegd door een derde partij zekerheidsteller of verzekeraar van de operatie.

Besluit

27. In het licht van de beschreven elementen (en in het bijzonder in het licht van de afwezigheid van een gedeeld *acquis* tussen de lidstaten in de besproken sector), lijkt het thans aangewezen om uitdrukkelijk uit het toepassingsgebied uit te sluiten: zaken waarbij de dienst, verleend met betrekking tot de terbeschikkingstelling van koopwaar, geanalyseerd wordt in de incorporatie van deze koopwaar in een bestaand onroerend goed.

Deze uitsluiting zou toelaten om een coherente regeling van overeenkomsten te creëren in de vastgoedsector op Europees niveau²³, die eerst de vorm van een ‘set van regels’, voor zowel de Europese als de nationale wetgevers zou aannemen (zoals aanbevolen in opties 2 en 3 van het Groenboek van 1 juli 2010). Op de lange termijn zou de aanneming van gedeelde principes of een wet die toepasbaar is op de vastgoedsector doorheen heel Europa, een realiseerbaar doel kunnen zijn.

28. Als een eerste stap, in de mate dat consumentenbescherming een van de hoofdredenen is van het Voorstel voor een Verordening, zou een onderzoek snel vorm kunnen aannemen met betrekking tot de mogelijkheid en haalbaarheid van Europese harmonisatie van nationale systemen van consumentenbescherming in de vastgoedsector. Eerder toonden we dat een dergelijke harmonisatie, beperkt tot methoden van consumentenbescherming in de bouwsector, met veel minder moeilijkheden bewerkstelligd zou kunnen worden dan een grootschalige harmonisatie van het bouwrecht of het overeenkomstenrecht in het algemeen.²⁴

29. Tot slot, zelfs indien het Voorstel voor een Verordening van 11 oktober 2011, dat de vorm aanneemt van een optioneel instrument²⁵, zou worden beschouwd als niet-toepasbaar op enige manier in de vastgoed- en bouwsector (gebruikmakend van de beperkte interpretatie van het begrip ‘diensten’), blijven bepaalde principes waarop het berust, in het bijzonder de mogelijkheid die geboden wordt aan partijen om zowel het bestaande recht als het optionele regime opzij te zetten (wat een bedreiging vormt voor de toepasbaarheid van het contractuele regime en ernstige vragen doet rijzen over het lot van dwingende bepalingen in intern recht), schadelijk voor de toekomst in de mate dat ze als (paupere) modellen kunnen dienen voor andere sectoriële reguleringen, de bouw inbegrepen.

²³ Heden vertegenwoordigt de bouwsector een aanzienlijk economisch gewicht in alle lidstaten. Daardoor schijnt het moeilijk in te beelden om tot een harmonisatie van wetgeving te komen zonder rekening te houden met het standpunt van professionelen uit de verschillende lidstaten en zonder hen te betrekken in het totstandkomingsproces.

²⁴ Zie hierover B. KOHL, “Towards a European Consumer Construction Law?”, *I.C.L.R.* 2010, 211 *et seq.*; B. KOHL, *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe, Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, pref. H. PERINET-MARQUET, Brussels, Paris, Bruylant, LGDJ, 2008.

²⁵ Zie *supra* “Inleiding”.