

II

(Vorbereidende besluiten)

EUROPEES ECONOMISCH EN SOCIAAL COMITÉ

405E ZITTING VAN 28 EN 29 JANUARI 2004

Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het „Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan”

(COM(2002) 654 def.)

Op 14 januari 2003 besloot de Europese Commissie, overeenkomstig artikel 262 van het EG-Verdrag, het Europees Economisch en Sociaal Comité te raadplegen over het voornoemde Groenboek.

De gespecialiseerde afdeling „Interne markt, productie en consumptie”, die met de voorbereidende werkzaamheden was belast, heeft zijn advies op 12 november 2003 goedgekeurd; rapporteur was de heer PEGADO LIZ.

Het Europees Economisch en Sociaal Comité heeft tijdens zijn 405e zitting van 28 en 29 januari 2004 (vergadering van 29 januari 2004) het volgende advies uitgebracht, dat met 65 stemmen vóór, bij 1 onthouding, werd goedgekeurd.

I. INLEIDING

A) Doelstellingen en achtergrond van het voorstel

1.1. Het belangrijkste doel dat de Commissie voor ogen had met haar Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een EG-regeling, alsmede over de modernisering ervan (COM (2002) 654 def. van 14 januari 2003), hierna kortweg genoemd „het Groenboek”, was „de aanzet te geven tot een breed overleg met alle belanghebbende kringen over een aantal vraagstukken van juridische aard” met betrekking tot die omzetting en modernisering, zonder officieel een „standpunt in te nemen over de noodzaak om het verdrag van Rome te moderniseren of om het om te zetten in een communautair rechtsinstrument”.

1.2. Het Comité, daarentegen, wil bij dezen, en binnen de grenzen van zijn bevoegdheden als adviesorgaan, al meteen duidelijk maken dat het in principe instemt met de omzetting van het Verdrag van Rome in een EG-regeling en met de modernisering ervan. Het Comité is zich immers terdege bewust van zijn adviserende rol op een fundamenteel terrein als de totstandbrenging van de interne markt en ook, en vooral, de verwezenlijking van een Europese civil society als essentieel onderdeel van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Zie vraag 2 van het Groenboek.

1.3. Bovendien heeft het Comité zich in tal van eerdere adviezen al afgevraagd of de bepalingen van het Verdrag van Rome nog wel actueel zijn en heeft het gewezen op de problemen die zich, in algemene zin of in specifieke gevallen, hebben voorgedaan bij de tenuitvoerlegging ervan ⁽²⁾.

1.4. Ook ten aanzien van de omzetting van het Verdrag van Rome in een communautair rechtsinstrument - waarvoor het Verdrag van Amsterdam nieuwe mogelijkheden heeft geschapen in het kader van de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid, welke mogelijkheden zijn uitgewerkt in het actieplan van Wenen, dat in 1998 ⁽³⁾ door de Raad is opgesteld, en zijn bekrachtigd door de Europese Raad van Tampere van oktober 1999 - blijft het Comité bij het standpunt dat het al eerder, in zijn advies over de omzetting van het Verdrag van Brussel in de huidige Verordening (EG) nr. 44/2001 van 22-1-2000 ⁽⁴⁾, alsook in zijn advies over de Mededeling van de Commissie betreffende het Europese verbin-tenissenrecht ⁽⁵⁾ heeft geformuleerd.

1.4.1. In het eerste van de genoemde adviezen toont het Comité zich „tevreden dat de Commissie de ontwerprichtlijn tot een ontwerpverordening heeft omgevormd” en wel „een verordening die direct werkt”. Dat is „een significante stap vooruit, met name omdat de rechtszekerheid wordt verhoogd (...). Bovendien kan het Hof van Justitie voor uniforme toepassing van de verordening in alle lidstaten zorgen.”

1.4.2. In het tweede advies wordt gesteld dat „de deelnemers aan de internationale handel ontegenzegge-lijk behoefte hebben aan algemeen toepasselijke, stabiele en voorspelbare regelingen die zekerheid en eerlijkheid van transacties en respect voor volkenrechtelijke bepalingen en beginselen, zoals verankerd in de belangrijke internationale verdragen en het gewoonterecht, in de hand werken”.

1.4.3. Het Comité spreekt zich dus ook hier, net als in het geval van de omzetting van het Verdrag van Brussel in een EG-verordening, positief uit over dit initiatief van de Commissie, en hamert ook hier op de behoefte aan juridische samenhang, die een soortgelijke oplossing vergt.

1.5. Het Comité is overigens van mening dat de Commissie, mede dank zij de informatie die door diverse instanties ⁽⁶⁾ en met name in de eerder genoemde adviezen van het EESC is verstrekt, reeds over voldoende elementen beschikt om vaart te zetten achter de uitvoering van een belangwekkend initiatief dat, zeker met het oog op de aanstaande uitbreiding met tien nieuwe lidstaten, niet op de lange baan mag worden geschoven.

⁽²⁾ Zie m.n. het advies over het Voorstel voor een verordening betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB C 117 van 26-4-2000), het advies over het Initiatief van de Bondsrepubliek Duitsland met het oog op de aanneming van een verordening van de Raad betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken (PB C 139 van 11-5-2001), het advies over het Voorstel voor een beschikking van de Raad betreffende de oprichting van een Europees justitieel netwerk op het gebied van burgerlijke en handelszaken (PB C 139 van 11-5-2001), het advies over het Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (PB C 368 van 20-12-1999), het advies over het Voorstel voor een verordening van de Raad tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen (PB C 85 van 8-4-2003), het advies over het „Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten” (PB 116 van 20-4-2001), het advies over het Groenboek betreffende een Europese procedure inzake betalingsbevelen en maatregelen ter vereenvoudiging en bespoediging van de procesvoering over geringe vorderingen (COM (2002) 746 def.) (PB C 220 van 16-9-2003).

⁽³⁾ PB C 19 van 23-1-1999.

⁽⁴⁾ PB C 117 van 26-4-2000, rapporteur: de heer MALOSSE.

⁽⁵⁾ PB C 241 van 7-10-2002, rapporteur: de heer RETUREAU.

⁽⁶⁾ Waaronder de Europese Groep Internationaal Privaatrecht (<http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>).

1.6. Gezien de vooruitgang die reeds of bijna is geboekt op het gebied van het materieel recht en het procesrecht – waarbij onder meer ⁽⁷⁾ valt te denken aan de Mededeling van de Commissie over het Europees verbintenissenrecht ⁽⁸⁾ en de Verordening betreffende buitencontractuele verplichtingen (Rome II) ⁽⁹⁾ – is het raadzaam om op zijn minst alle aspecten van het internationaal privaatrecht (IPR), die in de hierna te noemen rechtsinstrumenten en documenten zijn vervat, samen te brengen in één instrument dat in alle lidstaten rechtstreeks van toepassing is, ten einde een gelijke toepassing van uniforme verwijzingsregels (collisieregels) in alle lidstaten te waarborgen.

B) Het sociaal-economisch effect van het initiatief

1.7. Afgezien van de puur technische en juridische aspecten van de modernisering en de omzetting van het verdrag van Rome in een EG-regeling, behandelt de Commissie ook nog het sociaal-economisch effect van het initiatief, naar aanleiding van de vele vragen die de toepassing van de diverse bepalingen van een dergelijk instrument oproept.

1.8. Het Comité deelt de bezorgdheid van de Commissie en houdt bij het bestuderen van de voorstellen voor modernisering van de bepalingen van het verdrag rekening met de beschikbare gegevens over het effect van de beoogde maatregelen op met name terreinen als verzekeringsovereenkomsten, huurkwesties of arbeidsrecht, ook op het bedrijfsleven, met name kleine of middelgrote ondernemingen, en op consumenten.

1.9. Het Comité is er echter van overtuigd dat modernisering en bundeling op EG-niveau van het internationaal privaatrecht een uitermate positief effect zal hebben op de sociaal-economische betrekkingen binnen de Gemeenschap, omdat de uniformiteit van verwijzingsregels, en bijgevolg ook de rechtszekerheid en het vertrouwen, hierdoor worden bevorderd.

1.10. Voor een goede werking van de interne markt en, meer in het bijzonder, het vrije verkeer en de vrijheid van vestiging van natuurlijke en rechtspersonen is meer rechtszekerheid geboden. Dit vergt niet alleen stabiele rechtsbetrekkingen maar ook een gelijke behandeling van deze betrekkingen in alle lidstaten van de Europese Unie (een en ander binnen de grenzen van de nationale openbare orde).

1.10.1. Dit geldt eens te meer wanneer men tegemoet wil komen aan de legitieme verwachtingen van eenieder die een overeenkomst heeft gesloten met een partij in een andere lidstaat, in welk geval partijen zekerheid moeten hebben omtrent het toepasselijke recht. Bovendien zal de genoemde uniformisering nog meer vruchten afwerpen indien men er in slaagt enige lijn te brengen in de beoordeling van rechtsituaties en contractuele betrekkingen in alle lidstaten van de Unie. De weg naar een dergelijke eenvormige beoordeling voert ongetwijfeld langs de eenmaking van de verwijzingsregels, waarmee wetsconflicten in de EU kunnen worden voorkomen of beslecht.

⁽⁷⁾ Zie verder ook: de Verordeningen (EG) nrs. 1346, 1347 en 1348/2000 van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, en de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (PB L 160 van 30-6-2000), Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverzekering in burgerlijke en handelszaken (PB L 174 van 27-6-2001), het voorstel voor een verordening van de Raad tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen (COM (2002) 159 def.), het Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht (COM(2002) 196 def.), het Groenboek betreffende de wettelijke aansprakelijkheid voor producten met gebreken (COM(1999) 396 def. van 28 juli 1999), Richtlijn 2000/35/EG van 29 juni 2000 betreffende de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (PB L 200 van 8-8-2000), Richtlijn 2002/65/EG van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten (PB L 271 van 9-10-2002), Richtlijn 1999/44/EG van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (PB L 171 van 7-7-1999), Richtlijn 97/7/EG van 20 mei 1995 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PB L 144 van 4-6-1997), de Mededeling van de Commissie betreffende de codificatie van het *acquis communautaire* (COM (2001) 645 def.), Beschikking 2003/48/BZ van de Raad van 19 december 2002 betreffende de toepassing van specifieke maatregelen op het gebied van politieke en justitiële samenwerking ter bestrijding van het terrorisme (PB L 16 van 22-1-2003), Richtlijn 2003/8/EG van 27 januari 2003 tot verbetering van de toegang tot de rechter bij grensoverschrijdende geschillen (PB L 26 van 31-1-2003), Richtlijn 98/27/EG van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (PB L 166 van 11-6-1998).

⁽⁸⁾ Actieplan voor een coherenter Europees verbintenissenrecht, Mededeling van de Commissie COM (2003) 68 def. van 12-2-2003.

⁽⁹⁾ Cf. COM (2003) 427 def. van 22-7-2003 - http://europe.eu.int./comm/dgs/justice_home/index_fr.htm

1.10.2. Zo ontstaat immers een ondubbelzinnig beeld van de rechtsbetrekking en wordt de zekerheid ten aanzien van het recht dat deze betrekking beheerst, vergroot. Dit heeft ontegenzeggelijk positieve gevolgen voor het bedrijfsleven en zal ook de uitbreiding van de handelsactiviteiten in het buitenland ten goede komen omdat men voortaan niet bang meer hoeft te zijn dat overeenkomsten te allen tijde aan een ander recht kunnen worden onderworpen ⁽¹⁰⁾. Bovendien wordt hiermee het zogeheten „forum shopping” voorkomen ⁽¹¹⁾.

1.10.3. Afgezien daarvan zal de eenmaking van de verwijzingsregels ook tot gevolg hebben dat men met meer zekerheid kan zeggen welk recht van toepassing is op de contractuele betrekkingen tussen particulieren. Hierdoor zal ook de handel vlotter verlopen en een sterke impuls krijgen, omdat de marktpartijen zich minder zorgen maken over de toekomst van hun rechtsbetrekkingen en derhalve meer risico's durven te nemen ⁽¹²⁾.

C) Methodologische kwesties; de vragenlijst

1.11. Het Groenboek is hoofdzakelijk gericht tot juristen, met name tot rechtsgeleerden, rechters, bedrijven en instanties die de belangen van de burgers, met name de consumenten, beogen te beschermen. Ook de vragenlijst, die een vrijwel uitputtende reeks vragen over de toepassing van het Verdrag van Rome bevat, is hierop afgestemd.

1.12. Het Comité behandelt deze vragen, op zijn beurt, groepsgewijs in zijn advies en onderscheidt daarbij algemene kwesties van specifieke voorstellen.

1.13. Gezien de grote hoeveelheid theoretische en juridische informatie die in het Groenboek wordt aangeboden, ten einde de verschillende problemen waartoe het Verdrag van Rome kan leiden te onderwerpen en de mogelijke oplossingen hiervoor, brevitatis causa, te onderbouwen, zal het Comité hier niet nog eens alle argumenten herhalen; wél zal het soms wat dieper ingaan op de voordelen van sommige oplossingen.

1.14. Het Comité zal ten slotte kort ingaan op alle kwesties die door de Commissie worden aangesneden, en zal zelf nog enkele andere kwesties te berde brengen alsook aanbevelingen formuleren voor de toekomstige werkzaamheden van de Commissie. Hiermee wil het Comité bijdragen tot een regeling die in alle thans aanwezige behoeften op dit vlak voorziet.

⁽¹⁰⁾ Het internationaal privaatrecht leent zich overigens zeer goed voor eenmaking omdat het toepasselijk recht vaak los staat van de specifieke nationale omstandigheden. Dat geldt nog meer voor het verbintenissenrecht, waarbij partijen doorgaans dezelfde intentie hebben, ongeacht hun geografische situatie. Dit neemt niet weg dat bepaalde materieel-rechtelijke doelstellingen erbij inschieten, maar ook hierover bestaat een brede consensus in de Gemeenschap in de zin dat alleen nog moet worden nagegaan hoe de bestaande regels kunnen worden afgestemd op het beoogde materiële resultaat, zoals bijv. bescherming van de zwakste partij. Hierbij kunnen, mutatis mutandis, ook de recente overwegingen n.a.v. de verordening „Brussel I” van pas komen.

⁽¹¹⁾ Uniformering van de verwijzingsregels, waarbij wordt afgestapt van de forumkeuze volgens het nationale IPR, betekent bovendien een stimulans voor het streven naar eenmaking van de regels aangaande de bevoegdheid van rechters, omdat het voortaan niet meer uitmaakt welke van de wellicht vele rechters die hiervoor in aanmerking komen wordt gekozen om kennis te nemen van het geschil, ten minste niet meer wat betreft het recht dat door hem of haar wordt toegepast. Dit bevordert niet alleen de eenheid van de markt maar doet ook de handel op die interne markt vlotter verlopen. Nog een reden overigens om te pleiten voor complementariteit van de twee, tegenover elkaar staande soorten verwijzingsregels van het internationaal privaatrecht, hoewel niet mag worden vergeten dat deze verschillende belangen en doelstellingen beogen aangezien zij ook verschillende problemen aanpakken en andere rechtsvragen oproepen. Als het dus niet uitmaakt waar de zaak aanhangig wordt gemaakt, zal dat het vrije verkeer en de vrijheid van vestiging van personen en belangen stimuleren. Zo wordt, met andere woorden, échte mobiliteit op de interne markt bevorderd, een mobiliteit die aan werkelijke behoeften beantwoordt en niet geforceerd ontstaat omdat in bepaald land een gunstigere wetgeving toepasselijk wordt geacht. Cfr. M. GIULIANO, P. LAGARDE, op.cit. blz. 5, die erop hameren dat de harmonisatie van de verwijzingsregels betreffende overeenkomsten „het logische verlengstuk van het Executieverdrag is” alsook M. GIULIANO, op. cit. loc. cit. die erop wijst dat het Verdrag van Rome het „complemento naturale” van het Verdrag van Brussel van 1968 is, „in quanto essa avrebbe evitato il forum shopping che l'ultima Convenzione lasciava in qualche modo aperto in materia di contratti”.

⁽¹²⁾ Cfr. M.GIULIANO, P.LAGARDE, Toelichtend rapport bij het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, PB C 282 van 31-10-1980, blz. 4 e.v.; en M.GIULIANO, Osservazioni introduttive, in „Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti, Pádua”, 1983, p.XXI, waarbij wordt voorgesteld dat het Verdrag van Rome moet „guardarsi come ad una „tessera” di quello spazio giuridico comune”, ten einde „garantire alle persone fisiche e giuridiche operanti nel quadro della Comunità un più elevato grado di sicurezza giuridica nei loro rapporti contrattuali, tanto all'interno come verso l'esterno, contribuendo [...] a facilitare il funzionamento del mercato comune”.

II. RECHTSGRONDSLAG EN KEUZE VAN HET RECHTSINSTRUMENT

2.1. Het Comité sluit zich aan bij het voorstel van de Commissie en de hierbij aangevoerde argumenten om de artikelen 61 c) en 65 b) van het Verdrag als rechtsgrondslag te kiezen, voor zover dit voorstel niet in strijd is met de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid en zich hier zelfs volledig naar voegt.

2.2. Wat het communautaire instrument betreft, gaat de voorkeur van het Comité onmiskenbaar uit naar een verordening, omdat die het beste past bij de aard van de regels in kwestie en niet leidt tot misverstanden over de interpretatie of toepassing ervan door de diverse bevoegde nationale rechterlijke instanties of door bedrijven en particulieren.

III. DE GRONDBEGINSELEN VAN HET VERDRAG EN DE BEKRACHTIGING DAARVAN

3.1. Het Verdrag van Rome is gebaseerd op een aantal fundamentele principes en waarden die deel uitmaken van de aloude traditie en het gemeenschappelijk erfgoed van de rechtsstelsels van rechtsstaten, zoals:

- het beginsel van de wilsautonomie van partijen in het IPR, oftewel de erkenning van de wil van partijen als belangrijkste uitgangspunt;
- het gewicht van bepaalde dwingende bepalingen die de nationale openbare orde beogen te beschermen;
- het belang van een stabiele internationale rechtsorde: het streven naar eenmaking (dat doorwerkt in een eenvormige interpretatie) en het principe van favor negotii of favor validitatis, dat betrekking heeft op vormvereisten en handelingsbekwaamheid; het belang van bescherming van vermoeden/vertrouwen;
- bescherming van verwachtingen en rechtszekerheid: de neiging om het recht toe te passen van het land waarmee de overeenkomst de meeste aanknopingspunten heeft (universeel karakter, dat de uniformiteit van rechterlijke uitspraken bevordert); het belang van het sociaal-economisch milieu van partijen (Umweltrecht) voor de rechtskeuze, met als gevolg dat (t.a.v. het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst) ter aanvulling of als alternatief wordt gekozen voor het recht van het land waar één partij of beide partijen haar/hun verblijfplaats heeft/hebben.

3.2. Zoals op materieelrechtelijk vlak verordeningen de regels voor de bescherming van de consument of de zogenaamde „zwakke partij” (werknemer, verzekerde of verzekeringnemer) overbodig maken – in feite niet zozeer om deze met meer bescherming te omringen dan hem volgens de wet zou toekomen, maar om het voor elke overeenkomst zo noodzakelijke evenwicht en de noodzakelijke evenredigheid te herstellen –, zo heeft ook in het IPR het streven naar bescherming van de zogenaamd zwakste partij uitsluitend tot doel de teleologische gedachte achter de desbetreffende verwijzingsregels daadwerkelijk in praktijk te brengen, om te voorkomen dat het uit de rechtskeuze voortvloeiende collisiericht wordt verdraaid ingeval die keuze zou verhullen dat het in feite de sterkere partij (verkoper, baas, werkgever enz.) is die, onder het mom van wilsautonomie, zelf de *lex contractus* heeft gekozen.

3.3. Door een beroep te doen op bindende regels die onmiddellijk van kracht zijn wordt bovendien getracht te garanderen dat niet alleen de voor overeenkomsten kenmerkende wederkerige (commutatieve) rechtvaardigheid wordt gerealiseerd, maar ook, en vooral, dat niet voorbij wordt gegaan aan bepaalde materieel-publiekrechtelijke doelstellingen die strijdig kunnen zijn met de sociaal-economische ordening van de Europese landen, en dat ook de door verdelende (distributieve) rechtvaardigheid ingegeven bedoelingen gehoor vinden.

3.4. Deze krachtlijnen, die in meerdere of mindere mate in het IPR zijn verankerd, beantwoorden aan het streven naar rechtszekerheid en doen in het algemeen geen afbreuk aan de uniformiteit van vonnissen en arresten, zelfs niet wanneer er derde landen bij zijn betrokken, en dus evenmin aan het universele karakter van de gekozen aanknopingspunten. Vooropgesteld dat moet worden gegarandeerd dat bepaalde belangen van openbare orde veilig worden gesteld of dat bepaalde beschermingsclausules, al dan niet voortvloeiend uit de omzetting van het Gemeenschapsrecht, worden toegepast⁽¹³⁾, is het Comité van mening dat ook de nieuwe EG-verordening zich hoofdzakelijk op deze principes en waarden moet blijven baseren.

IV. BELANGRIJKSTE OPMERKINGEN EN VOORSTELLEN

4.1. Alle vragen omtrent de toepassing van het Verdrag van Rome en de toekomst ervan kunnen worden opgedeeld in vragen van endogene of van exogene oorsprong. In het eerste geval vloeien de vragen voort uit het Verdrag zelf, de keuzes die daaraan ten grondslag liggen en de methodes die werden gehanteerd; in het tweede geval vloeien zij voort uit de verhouding van het Verdrag tot het Gemeenschapsrecht en tot andere (reeds bestaande of op handen zijnde) internationaal-publiekrechtelijke regelingen, met name de regelingen die eenmaking van de verwijzingsregels of het materieel verbintenissenrecht beogen⁽¹⁴⁾, alsook de – toekomstige – verhouding tussen het Verdrag en de verordening „Brussel I”⁽¹⁵⁾.

4.2. *Structuur*

4.2.1. De structuur van het Verdrag volgt het klassieke stamien van verdragen die strekken tot uniformering van de verwijzingsregels. Nadat het toepassingsgebied is afgebakend en het universele karakter van het Verdrag is bevestigd (het door dit Verdrag aangewezen recht is toepasselijk, ongeacht de vraag of het recht is van een verdragsluitende staat), worden de verwijzingsregels uiteengezet. De plaats waar sommige regels zijn opgenomen, roept echter vragen op.

4.2.2. Ten eerste bevat de algemene verwijzingsregel van art. 4, na de in art. 3 opgenomen regel reeds enkele specifieke regels m.b.t. overeenkomsten die een onroerend goed betreffen en overeenkomsten m.b.t. het vervoer van goederen. Gelet op het feit dat het wenselijk is bepaalde overeenkomsten in aparte artikelen te behandelen, is het raadzaam dit vage criterium voor het onderbrengen van speciale regels te herzien door het specifieke karakter ervan te erkennen; dat geldt in ieder geval voor het vervoer van goederen (waarvoor de betrokken regel gehandhaafd moet worden - zie hieronder).

4.2.3. Ten tweede duiken tussen bepalingen die meer verband houden met strikt internationaal-privaatrechtelijke kwesties ook algemene overgangsbepalingen en bepalingen betreffende eenvormige uitlegging op. De Commissie zou eens stil moeten staan bij de plaats waar deze bepalingen moeten worden opgenomen.

4.3. *Toepassingsgebied (art. 1, lid 2)*

4.3.1. De eenmaking van de verwijzingsregels in dit Verdrag is niet op alle overeenkomsten van toepassing. Uitgesloten zijn bijvoorbeeld verplichtingen uit familierechtelijke betrekkingen en verbintenissen uit overeenkomsten betreffende testamenten en erfenissen, verbintenissen uit schuldbewijzen, kwesties behorende tot het recht inzake vennootschappen, verplichtingen verbonden aan de functie van vertegenwoordiger of tussenpersoon, kwesties i.v.m. de oprichting van „trusts”, verzekeringsovereenkomsten waarin risico's worden gedekt die op het grondgebied van de lidstaten zijn gelegen.

⁽¹³⁾ Eventueel met het oog op het uiteindelijke doel van de verwijzingsregels, zoals in het geval van de bescherming van bepaalde categorieën personen, omdat het - zelfs wanneer overeenkomstig het nationaal of communautair wetgevingsbeleid een minimumniveau van bescherming wordt vastgesteld - ook in dit geval de bedoeling is niet te tornen aan de rechtskeuze die voortvloeit uit de autonomie van partijen.

⁽¹⁴⁾ Op sommige terreinen zijn de materiële regels al lang geleden, en met succes, eenvormig gemaakt; maar omdat het hier slechts bepaalde terreinen betrof, is verdere eenmaking van de verwijzingsregels geboden. Zie voor de eenmaking en harmonisering van het materiële verbintenissenrecht het actieplan van de Commissie in voetnoot 8 en het advies van het Economisch en Sociaal Comité over de „Mededeling van de Commissie aan de Raad en aan het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht”, PB C241 van 7-12-2002.

⁽¹⁵⁾ In de onderhavige analyse wordt rekening gehouden met de steekhoudende wijzigingsvoorstellen die na lang en uitgebreid beraad door de GEDIP, wier suggesties vaak worden overgenomen, zijn geformuleerd.

4.3.1.1. Voor een aantal van deze uitzonderingsgevallen bestonden immers al andere rechtsinstrumenten die internationale eenvormigheid garanderen, of waren speciale eenmakingsregels in voorbereiding.

4.3.1.2. Het wordt derhalve opportuun geacht de balans op te maken van wat er al gedaan of nog gaande is op dit gebied, alvorens het toepassingsgebied van de verordening te beoordelen.

4.3.2. Gezien het streven naar eenvormigheid en het algemene karakter van de bepalingen van de toekomstige verordening, wordt het raadzaam geacht de materiële werkingssfeer ervan zoveel mogelijk uit te breiden, bijvoorbeeld tot alle verzekeringsovereenkomsten; hierdoor kunnen het derde lid en het vierde lid van artikel 1 worden geschrapt. In het Gemeenschapsrecht en in nationale regelingen kan dan worden vastgesteld hoe deze regels kunnen worden afgestemd op de eventuele bindende bepalingen die strekken tot omzetting van EU-recht op het gebied van verzekeringen. ⁽¹⁶⁾

4.4. Universeel karakter (art. 2).

4.4.1. De verordening moet, evenals het Verdrag van Rome, een universeel karakter hebben, d.w.z. dat de verwijzingsregels ook moeten gelden wanneer het recht van een derde staat als toepasselijk wordt aangewezen. Een andere mogelijkheid zou zijn het toepassingsgebied van de verordening te beperken tot bijv. het oplossen van wetconflicten bij bepaalde overeenkomsten, maar dan zou zich het probleem voordoen dat moet worden vastgesteld wat een „communautaire overeenkomst” is of een overeenkomst die invloed heeft of effect kan hebben op het juridisch en economisch leven van de Gemeenschap of op haar grondgebied.

4.4.2. Met het oog op de doelstellingen van de EG-wetgeving, zou het toepassen van uniforme verwijzingsregels alléén, ingeval het recht van een lidstaat als toepasselijk wordt aangewezen, trouwens niet eens voldoende zijn, ook al heeft de overeenkomst verstrekkende gevolgen op het grondgebied van of voor het leven in de Gemeenschap; in dit geval zouden de nationale wetgeving en andere Europese regels ervoor moeten zorgen dat bepaalde communautaire doelstellingen op het gebied van de bescherming van de consument niet uit het oog worden verloren.

4.5. Rechtskeuze door partijen (art. 3) ⁽¹⁷⁾

4.5.1. Wat de mogelijkheid betreft om voor een recht te kiezen dat niet het recht van een bepaalde staat is maar voortvloeit uit de algemene rechtsbeginselen of, in het geval van de zogeheten *lex mercatoria*, uit handelsnormen of –gebruiken, die al dan niet op systematische wijze en al dan niet schriftelijk zijn vastgelegd door internationale instanties, is het wellicht niet onverstandig de lijn te volgen die in het Verdrag van Rome wordt uitgezet, nl. dat de rechtskeuze het recht van een bepaalde staat moet betreffen. Het is immers een feit dat de bestudering van dergelijke, uit verdragen of gebruiken voortvloeiende rechtsregels ingewikkeld kan zijn en het aanwijzen van het toepasselijke recht en de bevoegde rechter in zo'n geval weerstand kan oproepen, om nog maar te zwijgen van de interpretatie van de nationale regels en de huidige staat van ontwikkeling van die regels en het fragmentarische karakter ervan ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Zie vraag 7 van het Groenboek.

⁽¹⁷⁾ Zie o.m. de vragen 8 en 9 van het Groenboek.

⁽¹⁸⁾ Dat neemt uiteraard niet weg dat materieel gezien naar de eerder genoemde rechtsregels kan worden verwezen, die, hoewel afhankelijk van de positie van de *lex contractus*, worden geacht deel uit te maken van de handelsovereenkomst, nog los van het feit dat sommige van deze regels overigens in bepaalde landen van kracht zijn. De kans is klein dat de internationale handel ernstig wordt verstoord indien, overeenkomstig de nationale verwijzingsregels, wordt teruggegrepen op dergelijke materiële rechtsregels; bovendien zal het de rechtszekerheid bevorderen (hoewel de verdragssluitende staten op bepaalde punten grote vrijheid aan de partijen kunnen bieden en niettegenstaande de mogelijkheid om binnen bepaalde grenzen de overeenkomst in stukken te verdelen). Ofschoon een dergelijke keuze niet ongeoorloofd is, kunnen staten bezwaar maken tegen de toepassing van sommige van deze internationale regels door dwingende en onmiddellijk uitvoerbare bepalingen uit te werken.

4.5.2. Wat de mogelijkheid betreft om voor het recht van een internationaal verdrag te kiezen, dient erop te worden gewezen dat een dergelijke keuze pas betekenis krijgt voor de collisieproblematiek indien de betrokken partijen de wil hebben uitgedrukt het verdrag als toepassingsvoorwaarde voor de verbintenis te kiezen⁽¹⁹⁾. Deze keuze zou op de gebruikelijke beperkingen stuiten, die voortvloeien uit andere internationale verplichtingen waaraan de bevoegde rechter is gehouden, of die het gevolg zijn van dwingende en onmiddellijk uitvoerbare regels en bepalingen aangaande de internationale openbare orde⁽²⁰⁾.

Wanneer wordt gekozen voor een verdrag waarbij het land van de bevoegde rechter partij is en wanneer in dat verdrag wordt bepaald dat de toepassing afhankelijk is van de wil van partijen, wordt het een ander verhaal. Dan moet immers worden gegarandeerd dat de verordening de toepassing van speciale internationale verdragen waarbij een verdragsluitende staat internationaal partij is of zal worden (cf. art. 21 en 24) onverlet zal laten.

4.5.3. Wegens het nauwe verband tussen procedurele kwesties (die door de *lex fori* worden beheerst en, telkens wanneer het geval onder het toepassingsgebied van verordening „Brussel I” valt, door de bepalingen hiervan, afgezien van de mogelijke toepasselijkheid van andere, internationale bepalingen) en contractuele kwesties is het aanvaardbaar dat de aanwijzing van de bevoegde rechter en de *clausules inzake arbitrage* buiten schot blijven. Hierdoor komt de gewenste eenvormigheid echter niet dichterbij.

4.5.3.1. Mocht men er toch voor kiezen deze materie aan regels te binden, dan moet men erop toezien dat de bepalingen die reeds in het Gemeenschapsrecht of in algemene of specifieke internationale afspraken zijn vastgelegd, in acht worden genomen. Daarnaast zouden de aspecten van specifiek contractuele aard die aan een dergelijke verwijzingsregel zouden worden onderworpen, hiervan moeten worden uitgezonderd; het is immers de taak van de lidstaten alle aspecten en gevolgen van procedurele aard, die met de ordening van de nationale rechtspraak hebben te maken, te regelen.

4.5.3.2. Indien de werkingsfeer van deze regel op gepaste wijze is vastgesteld, zou met het oog op de geschillenbeslechting ook de *lex contractus* aangewezen kunnen worden, d.w.z. het recht dat op de overeenkomst van toepassing is indien deze geldig is.

4.5.4. Ten aanzien van problemen die ontstaan bij het vaststellen van de stilzwijgende keuze van partijen lijkt het raadzaam de beoordeling hiervan, wegens de concrete omstandigheden van de zaak, over te laten aan de rechter en de bewijsvoering hieromtrent te baseren op de desbetreffende procesrechtelijke bepalingen.

⁽¹⁹⁾ Voor dit soort gevallen geldt, zelfs in het licht van de huidige versie van het Verdrag van Rome, waarbij in geval van geschillen moet kunnen worden verwezen naar de bepalingen van een internationaal verdrag, zelfs indien het land waarvan het recht als toepasselijk is aangewezen geen partij is bij dit verdrag en op voorwaarde dat deze vorm van *electio iuris* hierin wordt voorzien.

⁽²⁰⁾ Vanuit deze optiek zou het slechts om een verduidelijking gaan, hoewel hierover geen consensus bestaat. Dit is een conclusie die niet alleen niet wordt uitgesloten door de teleologie van het Verdrag van Rome, maar hierin zelfs wordt bepleit. Indien voor de *electio iuris* rechtstreeks wordt teruggegrepen op een verdrag, wordt in feite een indirecte keuze gemaakt, d.w.z. dat (uitdrukkelijk of stilzwijgend) wordt gekozen voor een nationale regel op grond waarvan de verwijzing naar de bepalingen van een internationaal verdrag is toegestaan – wat in beginsel de regel zal zijn in een land dat gebonden is aan een conventie waarin uitdrukkelijk wordt toegestaan dat partijen de toepassing ervan kunnen invoeren middels een keuzeclausule, een *proffessio iuris* (cf. de Den Haag-Visby-regels van 1968 en de conventie van Hamburg van 1978 voor het zeevervoer).

Het zijn de teleologie van het Verdrag van Rome en de basisbeginselen van het IPR die ons tot deze conclusie brengen. Het Verdrag van Rome stimuleert, enerzijds, de onvoorwaardelijke eerbiediging van de wilsautonomie van partijen; anderzijds valt niet te ontkennen dat indien partijen ingeval van een geschil een beroep doen op internationale regels (zodra is vastgesteld wat partijen werkelijk willen), dit de beste manier zou zijn om de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid te waarborgen, d.w.z. om aan de verwachtingen van partijen, die in onderling overleg en rekening houdend met de bepalingen van de desbetreffende internationale conventie hierover tot een akkoord zijn gekomen, te voldoen. Bovendien zou hiermee het verschijnsel *forum shopping* kunnen worden voorkomen.

Tot slot zou deze oplossing de internationale eenmaking van rechtsregels kunnen bevorderen, met name wanneer sprake is van verschillende versies van eenzelfde verdrag waarin wijzigingen zijn aangebracht en deze verschillende versies niet door alle partijen worden onderschreven. In dit geval zou de rechter, op voorwaarde dat hij wegens de objectieve aanknopingspunten van het geval in kwestie niet verplicht is een vorige versie van het desbetreffende verdrag toe te passen, ervoor kunnen kiezen een andere versie toe te passen dan de versie waaraan hij is gehouden, juist omdat partijen hiervoor hebben gekozen, terwijl zij best hadden kunnen kiezen voor het recht van een land dat de nieuwe versie heeft ondertekend, welk recht toepasselijk is uit hoofde van de wilsautonomie van partijen.

Zo kan elke verwijzing door partijen naar een verdrag waarin de autonomie van partijen niet voldoende wordt geacht om toepasselijkheid van het verdrag tot gevolg te hebben, steeds worden opgevat als een materiële verwijzing, d.w.z. als het feitelijk opnemen van de internationale rechtsregels in de overeenkomst.

4.5.5. Wat latere keuze of wijziging van het door partijen gekozen recht (art. 3, lid 2) betreft, wordt het opportuun geacht aan te geven dat een dergelijke keuze gevolgen ex tunc kan hebben, hoewel dit reeds blijkt uit de interpretatie van de bepalingen en de teleologie van de verwijzingsregels in het Verdrag van Rome.

4.6. *Het recht, dat bij gebreke van een rechtskeuze door de partijen toepasselijk is (art. 4)*

4.6.1. Verklaring van toepasselijkheid van het recht van het land waarmee de overeenkomst het nauwst verbonden is (art. 4, lid 1) ⁽²¹⁾

4.6.1.1. Waar het om gaat

Het blijft de vraag of de flexibiliteit bij de vaststelling van het toepasselijke recht bij gebreke van een rechtskeuze niet moet worden beperkt, of dat in ieder geval de schijn van door het Verdrag niet gewenste flexibiliteit, die ontstaat wanneer de bepalingen van artikel 4, lid 2, van het Verdrag van Rome op een bepaalde manier worden geïnterpreteerd, kan worden weggenomen.

4.6.1.2. Voorstel

Dit zou bijvoorbeeld kunnen worden bereikt door ervoor te kiezen het gedeelte over de toepasselijkheid van het recht van het land waarmee een overeenkomst het nauwst is verbonden (art. 4, lid 1) te schrappen. Het is duidelijk dat het beginsel van most significant relationship of engste Beziehung ten grondslag ligt aan de collisieregels die gelden bij gebreke van een rechtskeuze door partijen. Dit wordt niet minder duidelijk indien het gedeelte in lid 1 wordt geschrapt.

Bovendien komt het belang van de volgende artikelen zo wellicht beter tot uiting, wat ertoe zou kunnen bijdragen dat de meningen omtrent het belang van de vermoedens van lid 2, 3 en 4 van art. 4 minder verdeeld zijn. Bijgevolg zou men in deze bepalingen niet meer aan hoeven te geven dat het relevante aanknopingspunt wordt geacht te zijn het recht waarmee de overeenkomst het nauwst is verbonden en zou men eenvoudigweg kunnen stellen dat dit de - algemene of bijzondere - regel wordt telkens wanneer er geen ander recht toepasselijk is, zij het steeds onder voorbehoud van de algemene uitzonderingsclausule.

In dat geval zou men de uitzonderingsclausule in lid 5 intact moeten laten, die eventueel kan worden aangevuld met de bepaling die nu nog onder lid 1 is opgenomen, nl. dat de rechter een deel van de overeenkomst kan afscheiden indien dit deel nauwer is verbonden met een ander land („dépêçage”).

4.6.2. Het begrip „kenmerkende prestatie” (art. 4, lid 2) ⁽²²⁾

4.6.2.1. Waar het om gaat

Er gaan stemmen op om het begrip „kenmerkende prestatie”, dat van essentieel belang is om het toepasselijke recht vast te stellen, nader te omschrijven. Nu bestaan er niet alleen verschillende theoretische opvattingen over het te hanteren criterium bij de vaststelling van wat de kenmerkende prestatie is, maar het komt ook voor dat er concrete omstandigheden zijn die hiertoe een waardevolle bijdrage leveren, wat met name in het geval van nieuwe, min of meer complexe overeenkomsten van nut kan zijn.

⁽²¹⁾ Zie vraag 10 van het Groenboek.

⁽²²⁾ Ibidem

4.6.2.2. Voorstel

Hoewel men zich moet neerleggen bij de oordeelkundige wijze waarop de rechter tot zijn besluit komt, is het raadzaam om, bij wijze van voorbeeld, een lijst met kenmerkende prestaties voor de meest onomstreden gevallen op te nemen. Nu voegt een dergelijke lijst veelal niets nieuws toe en kan de rechter altijd nog een beroep doen op de uitzonderingsclausule van art. 4 (waarbij echter dient te worden aangemerkt dat de aanwezigheid van een dergelijke lijst tot gevolg heeft dat de rechter, als hij afwijkt van deze lijst, met een zwaardere omgekeerde bewijslast – die toch al bij hem ligt - zal worden geconfronteerd wanneer hij een beroep wil doen op deze uitzonderingsclausule). Een dergelijke lijst kan echter wél meer rechtszekerheid brengen, als gevolg van een grotere voorspelbaarheid door de normatieve werking die uitgaat van de opgesomde gevallen, ook al dienen deze slechts als voorbeeld en verwijzen zij wellicht naar algemene situaties.

4.6.3. Verhuringen van korte duur ⁽²³⁾

4.6.3.1. Waar het om gaat

Op deze overeenkomsten is thans, in principe, het recht van het land waar het onroerend goed is gelegen (art. 4, lid 3) van toepassing. Huurovereenkomsten van korte duur („vakantieverhuringen”) komen vaak tot stand tussen partijen die niet woonachtig of gevestigd zijn in het land waar het onroerend goed waarop de overeenkomst betrekking heeft, is gelegen; bovendien is de kans klein dat de huurder, in tegenstelling tot de verhuurder, de plaatselijk geldende wet (*lex rei sitae*) goed kent. Het kan echter gebeuren dat in de verwijzingsregels van het land waar het onroerend goed is gelegen, wordt vastgesteld dat het territorialiteitsbeginsel van toepassing is indien de zaak buiten de werkingssfeer van de verordening valt. Daar staat tegenover dat wellicht een beroep moet worden gedaan op bepalingen van dwingend recht of regels van openbare orde van de *lex rei sitae*.

4.6.3.2. Voorstel

Er moet worden overwogen om niet de plaatselijk geldende wet (*lex rei sitae*) als uitgangspunt te nemen, maar de *lex domicilii communis*; zo wordt het recht, dat bij gebreke van een rechtskeuze toepasselijk is, door een cumulatie van aanknopingspunten het recht van de sociaal-economische omgeving van beide partijen, mits de huurder een natuurlijk persoon is (in de wetenschap dat „Brussel I” ook rechtsbevoegdheid toewijst aan rechtbanken van de lidstaat waar beide partijen gevestigd zijn – art. 22, lid 1). Eventueel kan worden besloten sommige bepalingen van dwingend recht van de *lex rei sitae* in overweging te nemen of toe te passen, indien men van mening is dat het belang van deze bepalingen niet voldoende wordt gevrijwaard door de bepalingen van artikel 7 (los van het feit dat op grond van de uitzonderingsclausule steeds een beroep kan worden gedaan op de *lex rei sitae*).

4.6.4. Overeenkomst tot vervoer van goederen (art. 4, lid 4)

4.6.4.1. Waar het om gaat

Het is de vraag of deze overeenkomst wel afzonderlijk moet worden behandeld, aangezien voor de vaststelling van het toepasselijke recht wordt uitgegaan van een cumulatie van verbanden die in wezen zijn terug te voeren op de plaats van vestiging van de vervoerder, waarnaar evenwel wordt verwezen als „hoofdvestiging”.

4.6.4.2. Voorstel

Hoewel deze vraag niet is opgeworpen door de Commissie, is het, gezien het voorbehoud dat in de uitzonderingsclausule van het huidige vijfde lid van art. 4 wordt gemaakt, wellicht niet onverstandig de bepaling in lid 4 van artikel 4 m.b.t. vervoersovereenkomsten te schrappen, omdat hierop de algemene regel inzake het geldende recht bij gebreke van een rechtskeuze van toepassing is. Deze bepaling is trouwens niet eens nodig om de bescherming van de vervoerder, een doel dat als een rode draad door diverse uniforme materiële rechtsregels op het gebied van de verschillende soorten goederenvervoer loopt, te garanderen; als de cumulatie van verbanden niets oplevert, kan men immers nog altijd terugvallen op de algemene regel van lid 1 of de regel van lid 2.

⁽²³⁾ Zie vraag 11 van het Groenboek.

4.7. Door consumenten gesloten overeenkomsten ⁽²⁴⁾

4.7.1. Waar het om gaat

4.7.1.1. Het is algemeen bekend dat het Verdrag van Rome niet in eerste instantie op de bescherming van consumenten of andere „zwakke partijen” in verbintenissen uit overeenkomst was gericht en dat, als gevolg daarvan, het daaruit voortvloeiende stelsel, globaal genomen, niet het meest aangewezen is om voor een afdoende bescherming van de consument te zorgen ⁽²⁵⁾.

4.7.1.2. Het is derhalve van belang een aantal zaken op een rijtje te zetten, om ervoor te zorgen dat in de nieuwe regelgeving terdege rekening wordt gehouden met de kwetsbare positie van de individuele consument bij internationale overeenkomsten, vooral wanneer het gaat om standaardovereenkomsten (of zogeheten „toetredingsovereenkomsten”), m.n. op zeer technische terreinen zoals financiële of elektronische dienstverlening. Hieronder vallen de begrippen „consument” en „overeenkomsten met consumenten”, waarop de bepalingen van art. 5 van toepassing zijn (de huidige uitsluiting van bepaalde „mobiele” of „actieve” consumenten; de uitsluiting van bepaalde overeenkomsten die betrekking hebben op onroerende goederen en eventuele prestaties i.v.m. het gebruik hiervan – timesharing; het probleem van overeenkomsten die via het internet zijn gesloten en waarbij ook de reclame en/of de voorwaarden via het internet zijn verspreid); de aanpassing van het aanvullende aanknopingspunt waarvoor in het huidige Verdrag van Rome wordt gekozen; de noodzaak de bepalingen van de artt. 4, 5 en 9 op elkaar af stemmen; de huidige uitsluiting van eenzijdige vervoersovereenkomsten; het verband met de verordening „Brussel I”. Er dient wel op te worden gelet dat de regels niet dusdanig flexibel worden dat de positie van de verkoper die een overeenkomst sluit met een consument, kwetsbaar wordt. Ook in het IPR moet aan de verwachtingen van de verkoper worden voldaan en moet diens rechtszekerheid worden gewaarborgd.

4.7.2. Voorstellen

4.7.2.1. Art. 5, lid 1 en 2. Het verdient aanbeveling te verwijzen naar de „mobiele” of „actieve” consument in deze speciale bepaling die aan consumentenovereenkomsten is gewijd.

4.7.2.1.1. Gelet op de problemen die elektronische middelen kunnen veroorzaken, zou het handig zijn als er één algemene regel voor consumentenovereenkomsten zou bestaan, of het nu om elektronische handel gaat of niet – om het gebruik van elektronische middelen niet te ontmoedigen.

4.7.2.1.2. Bijgevolg zou men, om deze twee doelstellingen te bereiken, bij de omschrijving van de materiële werkingssfeer van het bepaalde in art. 5 geen rekening meer moeten houden met de plaats waar bepaalde, thans belangrijk geachte, feiten plaatsvinden (het verkoopvoorstel, de publiciteit voor het goed of de dienst, de afgifte van de intentieverklaring of, in het algemeen, de voorwaarden voor de totstandkoming van een overeenkomst).

4.7.2.1.3. Niettemin dienen gevallen waarin de consument zich naar het land van de verkoper begeeft zonder dat hij hiertoe door deze is uitgenodigd of aangespoord, of ertoe gehouden is het goed of de dienst in dit land in ontvangst te nemen, buiten beschouwing te worden gelaten.

4.7.2.2. Art. 5, lid 1. Voorgesteld wordt artikel 5 uit te breiden tot overeenkomsten betreffende onroerende goederen – timesharing-overeenkomsten.

4.7.2.3. Art. 5, lid 3. De toepassing van de regel van artikel 4, op grond waarvan bij gebrek aan een rechtskeuze toepasselijk recht wordt aangewezen, en de vervanging van het huidige criterium voor toepassing van het recht van het land waar de consument zijn verblijfplaats heeft, verdienen nadere aandacht. Door deze oplossing blijven de rechtszekerheid en de verwachtingen van beide partijen weliswaar gewaarborgd, maar staat het niet vast dat het recht van het land van de verblijfplaats van de consument hem materieel gezien de beste bescherming biedt.

⁽²⁴⁾ Zie vraag 12 van het Groenboek.

⁽²⁵⁾ Dat geldt m.n. voor het principe van wilsautonomie bij gebrek aan werkelijke gelijkheid tussen partijen, vooral bij „standaardcontracten,” dat is het geval met het algemene vermoeden van art. 4, lid 2, dat in de meeste gevallen naar het recht van het land van de verkoper verwijst. Dat is ook het geval met een strikte interpretatie van artikel 7, waarin de bepalingen inzake consumentenbescherming niet als bepalingen van bijzonder dwingend recht worden beschouwd.

4.7.2.4. Art. 5, lid 2 en 3. De minimale materiële bescherming die de consument geniet moet gewaarborgd blijven door de dwingende bepalingen van het recht van het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft en die voorrang hebben op het recht dat ingevolge de artt. 3, 4 en 9 van toepassing zou zijn, behalve indien de leverancier afdoeft heeft bewezen dat hij redelijkerwijs en na de nodige zorgvuldigheid te hebben betracht niet op de hoogte kon zijn van de verblijfplaats van de consument.

4.7.2.5. Art. 5, lid 2. Ten aanzien van op afstand, via elektronische middelen, tot stand gekomen overeenkomsten en de uitbreiding van de bescherming van de legitieme verwachtingen van de verkoper tot de mobiele consument, zou moeten worden bepaald dat niet dient te worden verwezen naar de minimumbescherming krachtens de *lex domicilii* indien de verkoper kan bewijzen dat hij niet op de hoogte was van de verblijfplaats van de consument of dat zijn onwetendheid niet aan zijn eigen onzorgvuldigheid was te wijten, maar aan het achterhouden van informatie door de consument. In dit geval kan de consument aansprakelijk worden gesteld voor dit gebrek aan informatie (waarvan geen sprake zou zijn indien bijv. de verkoper, in het geval van elektronisch gesloten overeenkomsten, de consument niet in de gelegenheid zou hebben gesteld om hem de gegevens aangaande zijn verblijfplaats te doen toekomen).

4.7.2.6. Art. 5, lid 2 en 3. Maximalisatie van de materiële bescherming van de consument, bijv. door een regel die een veelheid aan alternatieve aanknopingspunten biedt, wordt niet noodzakelijk geacht. Dat zou immers in strijd zijn met wat eerder is gezegd t.a.v. de bescherming van de zwakste partij, nl. dat een minimumniveau van bescherming voldoende is; bovendien mag de rechtszekerheid van beide partijen niet onnodig in gevaar worden gebracht en mag het belang van de wilsautonomie van partijen ook op dit vlak niet volledig worden ontkracht.

Daarom zouden de algemene verwijzingsregels (de huidige artt. 3, 4 en 9) ook van toepassing kunnen zijn op consumentenovereenkomsten, met dien verstande dat de consument niet de bescherming mag verliezen die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht van het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft, tenzij blijkt dat de verkoper te goeder trouw was en ondanks het betrachten van redelijke zorgvuldigheid niet op de hoogte was van de verblijfplaats van de consument en zulks ook kan bewijzen (de bewijslast ligt steeds bij de verkoper).

4.7.2.7. Art. 5, lid 4 en 5. Het Comité ziet niet in waarom artikel 5 niet van toepassing zou zijn op overeenkomsten die enkel tot vervoer strekken, ook al zou dit betekenen dat het recht van verschillende landen wordt ingeroepen ten aanzien van de verschillende vormen van financiering van één en dezelfde vervoershandeling (in het geval van artikel 15 van „Brussel I”, daarentegen, is uitsluiting wél gerechtvaardigd omdat hiermee wordt gegarandeerd dat de desbetreffende rechtszaken door één en dezelfde rechtbank worden behandeld).

4.7.2.8. Het is wellicht niet noodzakelijk in dit artikel te verwijzen naar bepaalde dwingende bepalingen van het recht van een land wanneer de overeenkomst nauw is verbonden met een land waar de consument niet zijn gewone verblijfplaats heeft (eventueel de plaats waar een voorstel aan het publiek is gedaan of reclame is gemaakt, cf. de Duitse wet van 27 juni 2000 ⁽²⁶⁾), gezien zowel hetgeen voor zogeheten „intra-communautaire” overeenkomsten wordt voorgesteld als de bepalingen van artikel 7, lid 1, hoewel het besluit inzake de toepassing van dergelijke dwingende bepalingen in dit geval aan het oordeel van de rechter kan worden overgelaten (ongeacht voornoemde twijfels omtrent het soort regels dat hierin van toepassing is).

4.7.2.9. Aangezien de redenen die het beginsel van *favor personae* in het Verdrag van Rome en de Verordening „Brussel I” rechtvaardigen, dezelfde zijn, ook al zijn de verwijzingsregels dat niet vanwege de uiteenlopende doelstellingen die door deze onderscheiden wetsteksten worden beoogd, valt er iets te zeggen voor een verwijzing naar art. 15 van Verordening „Brussel I” in de voorgenomen uitbreiding van artikel 5 inzake consumentenovereenkomsten, vooral indien wordt besloten voortaan geen rekening meer te houden met de plaats waar bepaalde handelingen die aan de overeenkomst voorafgaan of die noodzakelijk zijn voor de sluiting van die overeenkomst (zie art. 15, lid 1, punt 3 van de Verordening).

⁽²⁶⁾ Wet van 27 juni 2000, Bundesgesetzblatt, 2000, deel I, nr. 28 van 29 juni 2000.

4.8. *Arbeidsovereenkomsten* ⁽²⁷⁾

4.8.1. Waar het om gaat

Ook in het geval van arbeidsovereenkomsten rijzen diverse vragen, zoals: het verband tussen het Verdrag van Rome en de communautaire regels aangaande tijdelijke tewerkstelling in een ander land (detachering) en de verschillende opvattingen daaromtrent; de vraag of nog steeds van tijdelijke tewerkstelling (detachering) kan worden gesproken, en de desbetreffende verwijzingsregels nog steeds gelden als de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst sluit met een bedrijf uit het concern van de oorspronkelijke werkgever; het probleem van de noodzakelijke toepassing van bepalingen die strekken tot omzetting van EU-recht op het gebied van tijdelijke tewerkstelling (detachering); het probleem van arbeid die wordt verricht aan boord van bepaalde vervoermiddelen op internationale trajecten waarvan de inschrijving verplicht is, en op booreilanden; de rol van collectieve overeenkomsten bij internationale arbeidsbetrekkingen en de kwestie van internationale collectieve overeenkomsten.

4.8.2. Voorstellen

4.8.2.1. Onverminderd de vrije rechtskeuze overeenkomstig het bepaalde in artikel 6 is het Comité van mening dat de arbeidsovereenkomst in het geval van detachering dient te worden beheerst door het recht van het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, waarbij het duidelijk is dat nog steeds van detachering wordt gesproken indien in het gastland een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een werkgever die tot hetzelfde concern behoort als de oorspronkelijke werkgever.

4.8.2.2. Het Comité stelt echter voor, na te gaan of het noodzakelijk is een clause op te nemen die garandeert dat de bepalingen die strekken tot omzetting van Richtlijn nr. 96/71 ook in het gastland worden toegepast ⁽²⁸⁾.

4.8.2.3. Ondanks de pogingen om het begrip terbeschikkingstelling te definiëren in het licht van de verschillende situaties die zich kunnen voordoen en de verschillende omstandigheden waarin een bedrijf kan verkeren, is het wellicht niet onverstandig ervoor te kiezen dit begrip niet al strikt af te bakenen (ex ante of ex post) en het aan de rechter over te laten om in concreto te beoordelen of er sprake is van tijdelijke tewerkstelling.

4.8.2.4. Wat arbeid aan boord van schepen of vliegtuigen op internationale trajecten of op booreilanden betreft is het wellicht een uitgelezen moment om, ongeacht de overwegingen dienaangaande in het oorspronkelijke verslag van het Verdrag van Rome en de neiging naar consensus in de internationale doctrine, een expliciete oplossing voor deze gevallen aan te dragen en deze ook te doen ressorteren onder het bepaalde in lid 2 van artikel 6 aangaande het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze van toepassing is, onverminderd de uitzonderingsclausule aan het eind van ditzelfde lid 2 van artikel 6.

4.8.2.4.1. Zo wordt het ook minder verleidelijk om een zekere extra territorialiteit toe te kennen aan deze vervoermiddelen en het recht van de plaats waarvan het schip de vlag voert toe te passen, dat, zoals bekend, niet altijd het meest relevante aanknopingspunt biedt, vooral gezien het verschijnsel van de „goedkope vlaggen” („pavillons de complaisance”, „flags of convenience”, „bandiere di compiacenza, convenienza” of „ombra”).

⁽²⁷⁾ Zie de vragen 14 en 15 van het Groenboek.

⁽²⁸⁾ Het Comité zal binnenkort advies uitbrengen over de Mededeling van de Commissie inzake „De tenuitvoerlegging van Richtlijn 96/71/EG in de lidstaten” (COM(2003) 458 def. van 25-7-2003).

4.8.2.4.2. Onverminderd het bepaalde in art. 6, lid 1, is het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen van toepassing indien de werknemer zijn arbeid niet gewoonlijk in een zelfde land verricht, of indien de arbeid wordt verricht aan boord van een vervoermiddel waarvan de inschrijving verplicht is en dat de landsgrenzen overschrijdt, of op een booreiland of een plaats die niet onder soevereiniteit van een staat valt; indien op grond van de concrete omstandigheden van het geval blijkt dat de situatie meer aanknopingspunten vertoont met een ander land, is het recht van dit land van toepassing.

4.8.2.5. Ten aanzien van collectieve overeenkomsten die van kracht zijn in landen die een aanknopingspunt hebben met een gegeven arbeidsbetrekking waarbij de arbeid op meerdere plaatsen wordt verricht, zij erop gewezen dat de bepalingen van deze overeenkomsten, overeenkomstig de geldende opvattingen in de internationale doctrine en ondanks de discussie over de dogmatische aard van deze overeenkomsten, van toepassing zijn indien deze een dwingend karakter hebben op het vlak van één van de relevante rechtsstelsels, hetzij in het licht van art. 6 (omdat het een overeenkomst betreft van het land waarvan het recht door partijen als toepasselijk is aangewezen, of waarvan de *lex loci laboris* geldt, of waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen), hetzij op grond van art. 7.

4.8.2.6. Anderzijds dient wellicht van de gelegenheid gebruik te worden gemaakt om te verduidelijken of de verordening van toepassing is. Hiervoor valt veel te zeggen, te meer daar het om een specifiek verschijnsel gaat dat nog niet is verankerd in de internationale praktijk, en er geen consensus bestaat over hoe de aard van collectieve overeenkomsten moet worden opgevat.

4.8.2.6.1. De onderlinge aanpassing van de regels op het gebied van het arbeidsrecht kan in feite beter in het kader van het Europese streven naar eenmaking of onderlinge aanpassing van het materiële recht van de lidstaten worden behandeld; met het oog hierop zouden eventueel internationale en/of communautaire collectieve overeenkomsten kunnen worden opgesteld en zouden de gevallen waarin deze van toepassing zijn, kunnen worden omschreven. Het gaat hier derhalve om een materie die meer behelst dan collisioneel recht, die in de verordening aan bod komen, en veeleer te maken heeft met de onderlinge aanpassing van het materiële recht.

4.9. *Timesharing* (cfr. 4.6)

4.9.1. Waar het om gaat

Gezien de ruimere strekking van art. 15, lid 1, sub c) van de verordening „Brussel I”, waarin niet meer uitsluitend wordt verwezen naar roerende goederen, en rekening houdend met de inhoud van deze overeenkomst en met de positie van de partijen die hierbij doorgaans zijn betrokken, rijst de vraag of de bescherming die wordt geboden in de door consumenten gesloten overeenkomsten niet doelmatig moet zijn, zelfs wanneer het gaat om het ter beschikking stellen van een onroerend goed, met name gezien de voorstellen tot wijziging van het criterium aan de hand waarvan bij gebreke van een rechtskeuze wordt bepaald welk recht toepasselijk is op consumentenovereenkomsten (en dus m.b.t. lid 3 en 5 van art. 4, volgens de huidige nummering).

4.9.2. Voorstel

Voorgesteld wordt de werkingssfeer van artikel 5 uit te breiden tot onroerende goederen. De bepalingen van de *lex rei sitae* blijven evenwel van kracht, m.n. de beschermingsclausules die het resultaat zijn van de omzetting van het Gemeenschapsrecht (j omdat deze bepalingen ingeval van een nieuwe formulering van art. 5 het bij gebreke van een rechtskeuze geldende recht uitmaken, hetzij overeenkomstig lid 3 van art. 4, hetzij krachtens art. 7 en art. 9, lid 6).

4.10. *De bepalingen van bijzonder dwingend recht, dwingende en onmiddellijk uitvoerbare regels, bepalingen die al dan niet voortvloeien uit de omzetting van communautaire richtlijnen en die - ongeacht de reikwijdte van de regeling waarin zij zijn vervat - dwingend zijn* ⁽²⁹⁾

4.10.1. Waar het om gaat

Deze bepalingen hebben betrekking op een reeks ingewikkelde kwesties, waarvan de belangrijkste zijn: de samenvoeging van de regels in de artt. 5, 6, 7 en 9, 6, 10 en 2, en de verschillende interpretaties die de rechter aan de genoemde regels moet geven (de in art. 7, lid 1, omschreven beoordelingsmarge); de problemen die zich voordoen wanneer wordt getracht aan te geven welke regels in art. 7 thuishoren en de taak van de rechter in dezen; de verschillen die optreden bij de omzetting van richtlijnen in nationaal recht en het probleem van niet-omzetting, voor zover het gaat om kwesties die niet in strijd lijken te zijn met het specifieke terrein van de verwijzingsregels, maar veeleer met het harmonisatiestreven; de mogelijke problemen die de „bijzondere bepalingen van dwingend recht” of de onmiddellijk en onvoorwaardelijk toepasselijke regels kunnen veroorzaken voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de interne markt en de vrijheden die daarmee samenhangen; het feit dat het, vanuit het oogpunt van de doelstellingen van internationaal privaatrecht, noodzakelijk is om meer uniformiteit te brengen in de internationale en EG-vonnissen en arresten, ten einde te voorkomen dat een bepaalde situatie in verschillende delen van het grondgebied van de Gemeenschap verschillend wordt geïnterpreteerd.

4.10.2. Voorstellen

4.10.2.1. Het Comité stelt voor het huidige lid 3 van art. 3 inzake objectief interne overeenkomsten te vervangen (omdat de strekking hiervan, zelfs indien niet expliciet verwoord, geldig dient te blijven) aangezien voor een louter interne situatie geen verwijzingsregels nodig zijn. Mocht het zo zijn dat partijen in het kader van een objectief interne overeenkomst naar buitenlands recht verwijzen, dan nog blijven de dwingende bepalingen van het recht waarmee die overeenkomst alle objectieve aanknopingspunten heeft onverminderd van kracht.

4.10.2.1.1. Deze verwijzing moet dan niet worden beschouwd als een verwijzing naar collisieregels („kollisionsrechtliche Verweisung”) maar als een louter materieelrechtelijke of van materieel belang zijnde verwijzing („materiellrechtliche Verweisung”), d.w.z. een uitdrukking van particuliere autonomie op het gebied van intern materieel recht en niet een uitdrukking van de autonomie van partijen in een conflictsituatie, die slechts kunnen bepalen welk recht toepasselijk is wanneer zij betrokken zijn bij een overeenkomst die aanknopingspunten heeft met diverse lidstaten.

4.10.2.1.2. De plaats die door het schrappen van deze bepaling openvalt (art. 3, lid 3), kan, ook omdat zulks vanuit systematisch oogpunt raadzaam is, worden ingenomen door een bepaling die voorziet in het begrip objectief „intracommunautaire” overeenkomst, waarop, ongeacht de vraag of het recht van een derde land wordt gekozen, steeds de dwingende bepalingen van toepassing zouden moeten zijn die tot behoren tot het EU-recht of voortvloeien uit de omzetting hiervan en die van kracht zijn volgens het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze als toepasselijk wordt aangewezen.

4.10.2.1.3. Hiervan kan slechts sprake zijn wanneer alle, uit de overeenkomst voortvloeiende, objectieve aanknopingspunten naar lidstaten verwijzen. Gelet op m.n. het feit dat de rechtskeuze of wijziging daarvan tot stand kan komen nadat de overeenkomst is gesloten, is het wellicht niet onverstandig om op het moment van de rechtskeuze - en niet, zoals voorgesteld in het Groenboek, bij het sluiten van de overeenkomst - vast te stellen naar welke EU-lidstaten alle aanknopingspunten van de overeenkomst verwijzen.

4.10.2.1.4. Zo wordt onverwijld gegarandeerd dat het afgeleid Gemeenschapsrecht ook minstens een bepaald niveau van uitwerking heeft wanneer partijen bij een „intracommunautaire” overeenkomst voor *professio iuris* kiezen.

4.10.2.2. Nagegaan moet worden of het opportuun dan wel gewenst is, een algemene bepaling op te nemen die voorziet in de toepassing van uit de omzetting van het EU-recht voortvloeiende dwingende beschermingsclausules, telkens wanneer de overeenkomst nauw verbonden is met een lidstaat (in welk geval de tot omzetting van het EU-recht strekkende bepalingen van dit land van toepassing zijn); voorbeeld hiervan is de Duitse wet van 2000.

⁽²⁹⁾ Zie de vragen 13 en 16 van het Groenboek.

4.10.2.2.1. Maar wellicht volstaat het erop te wijzen dat het bepaalde in art. 7 (op grond waarvan de rechter een zekere beoordelingsmarge heeft), in combinatie met het primaat van het EU-recht en de artikelen 3, lid 3, 5 – zelfs met de eerder genoemde nog aan te brengen wijzigingen (op grond waarvan het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze toepasselijk is, het in art. 4 aangewezen recht is, met dien verstande dat een minimumniveau van bescherming in acht moet worden genomen) – en 6 (op grond waarvan bepaalde, tot omzetting van het EU-recht strekkende bepalingen van kracht zijn, m.n. het recht dat gezien het object van toepassing zou zijn of het recht van het land waar de gedetacheerde werknemer zijn arbeid verricht), voldoende is om zulks te waarborgen⁽³⁰⁾.

4.10.2.3. Anderzijds en afgezien van de opmerkingen ten aanzien van art. 3, lid 3, wenst het Comité te beklemtonen dat de verschillen als gevolg van de omzetting van richtlijnen in nationaal recht en het probleem van niet-omzetting kwesties zijn die eigenlijk niet zozeer met het specifieke terrein van collisioneregels hebben te maken maar veeleer met het streven naar harmonisering van de rechtsregels. Het is de taak van de lidstaten om ervoor te zorgen dat de doelstellingen van het Gemeenschapsrecht tot uiting komen in hun nationale recht, en wel op die terreinen die in de richtlijnen worden beoogd.

4.10.2.4. Ondanks het wellicht dubbelzinnige karakter van het kopje boven deze paragraaf, dat naar een zeker begripsmatig verleden van de bepalingen van bijzonder dwingend recht verwijst, blijft de omschrijving van de regels in art. 7 een formele aangelegenheid, d.w.z. dat naar de onmiddellijke toepasbaarheid van de bepalingen wordt verwezen, zonder rekening te houden met het op grond van de verwijzingsregels toepasselijke recht, en niet wordt gekozen voor een materiële invulling van deze bepalingen waarin aan het voorwerp of de inhoud ervan wordt geappelleerd.

4.10.2.4.1. De voorschriften in art. 7 zijn in feite slechts een zoveelste poging om enige lijn te brengen in de besluitvorming, zo niet de toepassing van bepaalde, als gevolg van de omzetting van EU-recht ontstane regels – die anders wellicht, op grond van andere bepalingen in het Verdrag van Rome, niet zouden worden toegepast (of omdat is gebleken dat de omzetting in één van de nationale rechtsregels die overeenkomstig één van de collisioneregels toepasselijk zouden zijn onzorgvuldig is geschied, of omdat de omzetting helemaal niet heeft plaatsgevonden) – te bevorderen, hoewel dit laatste niet in eerste instantie de bedoeling lijkt te zijn, te meer daar het eerste lid van art. 7 een universeel karakter heeft.

4.10.2.5. Ten aanzien van de bepalingen van bijzonder dwingend recht of de dwingende en onmiddellijk uitvoerbare regels van derde landen dient te worden nagegaan hoe hetzij het beginsel van internationale rechtsharmonie, dat door het IPR wordt nagestreefd, hetzij het eenmakingsstreven dat aan het Verdrag van Rome, en ook aan de Verordening⁽³¹⁾, ten grondslag ligt, het best kan worden gerealiseerd.

⁽³⁰⁾ In dit geval blijven wellicht, zij het niet noodzakelijkerwijze uit hoofde van art. 7, alleen de bepalingen die strekken tot omzetting van EU-recht betreffende de situatie van het onroerend goed buiten beschouwing indien in het geval van timesharing wordt gekozen voor het recht van een derde staat en uitsluitend wanneer de consument zijn verblijfplaats niet in een lidstaat heeft; is dit wél het geval, dan blijft de minimumbescherming van de lex domicilii van kracht, ingeval de werkings sfeer van art. 5 wordt uitgebreid tot door consumenten gesloten overeenkomsten betreffende onroerende goederen.

In aansluiting op het voorgaande dient te worden verduidelijkt wat moet worden verstaan onder nauwe verbondenheid in de diverse richtlijnen betreffende beschermingsclausules, waarin doorgaans wordt bepaald dat landen moeten instaan voor de toepassing op hun grondgebied van bepalingen die strekken tot omzetting van het EU-recht, telkens wanneer de overeenkomst nauw verbonden is met een lidstaat, gelet op het feit dat de toepassing van bepaalde, in andere regelingen opgenomen dwingende bepalingen uit hoofde van artikel 7 immer tot de mogelijkheden behoort; er zij bovendien op gewezen dat, zelfs overeenkomstig het afgeleid recht, de rechter steeds kan oordelen dat iets kan worden beschouwd als een overtuigend aanknopingspunt dat kan leiden tot toepassing van de uit omzetting voortvloeiende beschermingsclausules, afhankelijk van de vraag hoe de richtlijnen zijn omgezet, d.w.z. dat het van belang is te weten of de nationale wetgevers zulks al dan niet nauwkeurig hebben aangegeven met het oog op de toepassing van dwingende en onmiddellijk uitvoerbare omzettingbepalingen.

⁽³¹⁾ Enerzijds dient erop te worden gewezen dat het bepaalde in art. 7, lid 1, hoewel het een middel kan zijn om te verwijzen naar dwingende bepalingen die strekken tot omzetting van het Gemeenschapsrecht (mits aan de genoemde voorwaarden wordt voldaan), niet in eerste instantie voortspruit uit het verlangen naar een grotere rol voor buitenlandse regels (van lidstaten of derde landen) of uit de wens rekening te houden met de normatieve wijze waarop de regelgeving van derde landen (die niet de lex fori noch de lex causae is) invulling geeft aan bepaalde sociaal-economische begrippen van het land. Het doel van een dergelijke regel moet worden gezocht bij de doelstellingen van het IPR: daar is het motief te vinden voor het in aanmerking nemen of toepassen van bepalingen die bij een normale toepassing van de verwijzingsregels niet in overweging zouden worden genomen. Het lijkt er derhalve op dat deze bepaling uniformiteit beoogt te brengen in de beoordeling van een gegeven juridische situatie die zich op meerdere plaatsen afspeelt, zonder evenwel voorbij te gaan aan de legitieme verwachtingen van partijen aangezien de beoogde bepalingen behoren tot een regeling waarmee het geval nauw verbonden is. Zo wordt voorkomen dat de rechter een ander besluit neemt dan een rechter elders, en wordt ook forum shopping vermeden (los van het feit dat bijv. ook wordt voorkomen dat het besluit, wanneer het gaat om de erkenning of de uitvoering ervan, in strijd is met de openbare orde van een derde land omdat het regels betreft die tot het terrein van de internationale openbare orde van dit land kunnen behoren – en vanuit deze optiek is het wellicht geoorloofd toe te geven dat de regels die de rechter de meeste zorgen baren, juist die regels zijn die het openbare belang betreffen, hoewel wordt vastgehouden aan een niet-materiële definitie van de bepalingen in art. 7). Anderzijds kunnen deze bepalingen de rechtszekerheid in het gedrang brengen en kan de concrete toepassing ervan problemen opleveren, vooral wanneer er ook bepalingen uit andere regelingen bij zijn betrokken.

4.10.2.5.1. Hoewel het de voorkeur verdient in te stemmen met de toepassing, of overweging daarvan, van dwingende en onmiddellijk uitvoerbare regels van derde landen, ten einde concrete invulling te geven aan de waarden van het IPR, wordt het voldoende geacht de rechter een beoordelingsmarge toe te kennen, zoals tegenwoordig reeds het geval is, gelet op het feit dat bij het beoordelen van de vraag of de toepassing of overweging van deze regels beantwoordt aan de doelstellingen van het IPR, kritisch wordt gekeken naar de concrete omstandigheden en naar de globale inhoud van de eerder genoemde regels van derde landen (in de huidige tekst wordt de rechter overigens al verzocht rekening te houden met de aard en strekking alsook met de eventuele gevolgen van niet-toepassing van dergelijke regels, waarbij hij steeds de vergelijking moet maken met wat er gebeurt als deze regels wel worden toegepast of in overweging worden genomen).

4.10.2.5.2. Deze beoordelingsmarge volstaat wellicht, vooral wanneer men bedenkt dat de risico's op het gebied van zekerheid en voorspelbaarheid reeds aanvaardbaar werden geacht op het moment dat deze regels in aanmerking werden genomen. Het al te gedetailleerd aangeven in welke omstandigheden deze regels van toepassing zijn of in overweging moeten worden genomen zou niet alleen een heidens karwei kunnen blijken te zijn, maar zou ook de rechter kunnen beïnvloeden, omdat deze de vereisten van rechtszekerheid voor elk concreet geval niet meer adequaat kan beoordelen, waardoor dergelijke preciseringen hun doel voorbijschieten.

4.10.2.6. Gezien het reeds vaststaande primaat van het EU-recht en afgezien van het pedagogisch belang ervan, dient te worden nagegaan of niet onnodig nadrukkelijk wordt verwezen naar het Arblade-arrest, d.w.z. dat in art. 7 dient te worden opgemerkt dat de toepassing van dwingende en onmiddellijk uitvoerbare regels geen ongerechtvaardigde belemmering mogen vormen voor het in het land van herkomst geldende vrije verkeer.

4.11. *De vorm van overeenkomsten en de verkoop via het internet (cfr. 4.6) ⁽³²⁾*

4.11.1. Waar het om gaat

Gezien de moeilijkheden die worden ondervonden bij het lokaliseren van een overeenkomst die met behulp van de nieuwe communicatiemiddelen tot stand is gekomen en gezien het feit dat veelvuldig van deze middelen gebruik wordt gemaakt en er derhalve geen uitzondering voor mag worden gemaakt, vraagt het Comité zich af of het geen goede zaak zou zijn één regel in te voeren, ongeacht de middelen waarvan partijen gebruik maken om de overeenkomst te sluiten en onverminderd de formele geldigheid van de overeenkomst.

4.11.2. Voorstel

Wanneer het gaat om vormvereisten kan de aanwijzing van de *lex causae* afhangen van de keuze tussen de *lex contractus*, het recht van de plaats waar partijen zich bevinden op het moment dat de handelsovereenkomst tot stand komt, en het recht van het land waar partijen hun verblijfplaats hebben; er dient dan wel een passage aan art. 5 te worden toegevoegd waarin wordt bepaald dat art. 9 niet ten koste mag gaan van de in art. 5 genoemde beschermingsclausules (nl. de bescherming die de consument geniet in het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft).

⁽³²⁾ Zie vraag 17 van het Groenboek.

4.12. *Handelingsbekwaamheid en rechtspersonen (art. 11)*

4.12.1. Waar het om gaat

Artikel 11, waarin t.a.v. bekwaamheidskwesties de *lex loci celebrationis* als toepasselijk recht wordt aangegeven (m.u.v. een overeenkomst inter absentes), beoogt ertoe te leiden dat de overeenkomst rechtsgeldig en de ene partij te goeder trouw is wanneer de handelingsbekwaamheid van de andere partij in het geding is. Deze regel is gebaseerd op de „theorie van het nationaal belang”. Het is echter de vraag of een en ander kan worden doorgetrokken naar rechtspersonen (wat in strijd zou zijn met de bekwaamheid van deze personen volgens het specialiteitsbeginsel, alsook met kwesties die verband houden met organieke vertegenwoordiging) aangezien het Verdrag van Rome uitsluitend verwijst naar natuurlijke personen ⁽³³⁾.

4.12.2. Voorstel

Ter wille van de duidelijkheid en de eenvormigheid zou kunnen worden overwogen om vanuit wetgevingsoogpunt, de uitzondering ook te laten gelden voor rechtspersonen.

4.13. *Cessie en subrogatie* ⁽³⁴⁾

4.13.1. Waar het hier om gaat: het is de vraag of bepaalde begrippen (zoals „factoring”) nader moeten worden toegelicht, aangezien elke poging tot toelichting – en tot harmonisering daarvan – wellicht zal stuiten op de verschillende nuances van het nationale recht. Bovendien dient rekening te worden gehouden met het feit dat de verwijzingsregels die voor beide gevallen gelden (artt. 12 en 13), nauw bij elkaar aansluiten; dit geldt ook voor de aanknopingspunten, die rekening houden met het trilaterale karakter van deze betrekkingen.

4.13.1.1. Aangezien het hier in feite om een kwalificatiekwestie gaat, is het Comité van mening dat zulks aan de rechter dient te worden overgelaten, te meer daar de rechtszekerheid niet ernstig in gevaar wordt gebracht; beide verwijzingsregels hebben immers een soortgelijke opzet en leiden tot distributieve toepassing van verschillende wetten.

4.13.2. De kwestie van de inroepbaarheid van de cessie van schuldvorderingen tegen derden (eventuele houders van een inroepbaar recht jegens de cedent/oorspronkelijke schuldeiser). Hier rijst de vraag of de verordening niet expliciet moet aangeven welk recht toepasselijk is, om het risico van forum shopping te vermijden. Gelet op het streven naar eenvormigheid is harmonisering van de betreffende regel aan te bevelen, zodat de belanghebbenden geen reden hebben om aan forum shopping te doen. Het belang van rechtszekerheid en voorspelbaarheid alsook de gevaren die verbonden zijn aan het inroepen van verschillende rechtsstelsels moeten in de gaten worden gehouden. Aangezien de voorspelbaarheid hier niet in het geding is en gelijke behandeling van alle derden met soortgelijke aanspraken als de cessionaris op de cedent wordt gewaarborgd, beveelt het Comité aan te kiezen voor het recht dat van toepassing is op de overgedragen schuldvordering.

⁽³³⁾ De huidige tekst kan op drie verschillende manieren worden geïnterpreteerd. Enerzijds kan de verwijzing naar natuurlijke personen worden opgevat als exclusief, waarbij het doortrekken van de lijn naar rechtspersonen wordt uitgesloten. Anderzijds kan ook de analoge toepassing van de regel op rechtspersonen worden verdedigd. Tot slot en gelet op de terughoudendheid die doorgaans wordt betracht bij de analoge toepassing van de bepalingen van internationale instrumenten, die het product zijn van soevereine wilsuitingen en nationaal beleid, ten einde de internationale afspraken en de beoogde mate van harmonisering intact te laten, alsook rekening houdend met het feit dat de meningen over „nationaal belang” zijn verdeeld, en dat het Verdrag van Rome niet bedoeld was om zaken als bekwaamheid of de bevoegdheden van rechtspersonen te regelen, zou kunnen worden geconcludeerd dat het Verdrag van Rome het onderwerp 'bekwaamheid' slechts op deze summier wijze heeft willen behandelen en dat het eenmakingsstreven van de verdragsluitende partijen hier ophield, als gevolg waarvan alles wat betrekking had op bekwaamheid en niet onder het bepaalde van artikel 11 viel, door partijen verder zou kunnen worden ingevuld. Zo zou elk land kunnen bepalen of het begrip al dan niet van toepassing zou zijn op rechtspersonen omdat op dit punt geen harmoniseringsafspraken zijn gemaakt.

⁽³⁴⁾ Zie de vragen 18 en 19 van het Groenboek.

4.13.3. Geschillen tussen cessionarissen en de beslechting ervan. Mutatis mutandis gelden ook hier de overwegingen van de vorige paragraaf. Voorgesteld wordt eventueel een beroep te doen op het recht van de overgedragen schuldvordering in geval van tegenstrijdigheid tussen de rechtsstelsels die van toepassing zijn op de verschillende cessiebetrekkingen (ofschoon het primaat van dit recht ertoe kan leiden dat verschillende regels worden toegepast op de cessionarissen enerzijds, en op derden die hun aanspraken op de cedent/oorspronkelijke schuldenaar te gelde willen maken, anderzijds – cf. de vorige paragraaf).

4.13.4. Het probleem van subrogatie die niet is gebaseerd op een verplichting die door de gesubrogeerde schuldeiser is voldaan

4.13.4.1. In het oorspronkelijke verslag van het Verdrag van Rome werd al aangegeven dat het niet de bedoeling is subrogatie als gevolg van een betaling die niet op een verplichting is gebaseerd maar op een „wettelijk erkend economisch belang” ⁽³⁵⁾ uit te sluiten van het toepassingsgebied van artikel 13; daarnaast kan subrogatie ook ex lege ontstaan.

4.13.4.2. Dit is wellicht een goed moment om de tekst te herzien, en te verduidelijken dat ook bij deze regel rekening moet worden gehouden met een dergelijke mogelijkheid en aan te geven aan welk aanknopingspunt in zo'n geval de voorkeur moet worden gegeven.

4.13.4.3. Anderzijds zou het ook een goed moment zijn om de regel aan te vullen door te vermelden welk recht van toepassing zou zijn op het bestaan en de uitbreiding van de subrogatie, indien de aflossing van de schuld van geground economisch belang is; dit zou het recht kunnen zijn dat van toepassing is op de betrekking of de situatie die aan dat economisch belang ten grondslag ligt – niettegenstaande het feit dat de rechter een ruime beoordelingsmarge dient te krijgen, die bijv. zou kunnen worden gegarandeerd door een uitzonderingsclausule in te lassen.

4.14. *Het toepasselijk recht in geval van schuldvergelijking* ⁽³⁶⁾

Indien de invoeging van een verwijzingsregel met betrekking tot schuldvergelijking noodzakelijk wordt geacht, dient de cumulatieve toepassing van de leges contractuum te worden vastgesteld.

V. SAMENVATTING VAN DE ANTWOORDEN OP DE VRAGENLIJST

5.1. Zoals reeds aangekondigd (par. 1.14) zal het Comité, nadat het zich heeft uitgesproken over andere zaken, ten einde een zo compleet mogelijke bijdrage te leveren aan de discussie die de Commissie op gang heeft gebracht, aansluitend en in kort bestek antwoord geven op elk van de vragen die in de vragenlijst van de Commissie werden gesteld.

5.2. *Vraag 1*

5.2.1. Uit de ervaringen die de leden van het Comité aan het thuisfront hebben opgedaan ontstaat de algemene indruk dat de rechters doorgaans een zeer oppervlakkige, merendeels academische, kennis hebben van het Verdrag van Rome; het aantal rechters dat goed op de hoogte is van de inhoud en strekking van het Verdrag is, met name bij de lagere rechtbanken, zeer klein.

5.2.2. Hetzelfde geldt in het algemeen voor de economische subjecten, vooral de consumenten en het MKB; enkel de grote - en met name multinationale - ondernemingen beschikken over de praktische en juridische middelen om profijt te trekken uit het Verdrag van Rome bij het opstellen van hun overeenkomsten, m.n. bij „toetredingsovereenkomsten” (standaardcontracten).

5.2.3. De leden van het Comité zijn er, op grond van hun persoonlijke ervaringen aan het thuisfront, eveneens van overtuigd dat deze situatie nadelig is voor normale contractonderhandelingen en tot meer geschillen leidt bij grensoverschrijdende transacties.

⁽³⁵⁾ Zie M. GIULIANO, P. LAGARDE, op.cit., blz. 32.

⁽³⁶⁾ Zie vraag 20 van het Groenboek.

5.3. *Vraag 2*

Het antwoord op deze vraag is uitgewerkt in de paragrafen 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 1.7, 1.8, 1.9 en 1.0 van het onderhavige advies.

5.4. *Vraag 3*

Het Comité heeft reeds eerder, in diverse, in het onderhavige advies aangehaalde adviezen, zijn bedenkingen geuit ten aanzien van de wildgroei aan regels die gevolgen hebben voor het toepasselijke recht en de verspreiding ervan over verschillende communautaire instrumenten, en heeft daarbij gepleit voor bundeling, op consequente en samenhangende wijze, van deze regels in één communautair instrument.

5.5. *Vraag 4*

5.5.1. Het Comité acht het wenselijk een bepaling in te lassen zoals omschreven in par. 3.1.2.2 van het Groenboek van de Commissie, voor zover hiermee wordt voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van het beginsel van wilsautonomie als middel om de toepassing van striktere regels ter bescherming van de rechten van bepaalde zwakkere partijen te omzeilen.

5.5.2. Het antwoord van het Comité op deze vraag is terug te vinden in par. 4.10.2.1 van het onderhavige advies. Hierin wordt voorgesteld de formulering in het Groenboek te vervangen wanneer het gaat om regels die weliswaar hun oorsprong vinden in het Gemeenschapsrecht maar eigenlijk nationale regels zijn.

5.6. *Vraag 5*

Wat betreft de verhouding tot andere internationale verdragen waarbij de lidstaten partij zijn en waarin collisieregels zijn opgenomen, is het Comité van mening dat het geringe nadeel dat wordt veroorzaakt door de toepassing, in specifieke situaties, van verwijzingsregels die afwijken van die waarin een communautair instrument voorziet, minder erg is dan het opzeggen van deze verdragen. Daarom moet de bepaling in het eerste deel van artikel 21 van het Verdrag van Rome intact blijven. Ten aanzien van een toekomstige toetreding tot verdragen die de eenmaking van reeds bestaande of nog vast te stellen collisieregels beogen, dient te worden opgemerkt dat, gelet op het primaat van het EU-recht, een dergelijke toetreding slechts effectief zal zijn indien deze verdragen geen invloed hebben op het voorwerp van de verordening. De verordening mag ook niets afdoen aan de mogelijkheid om toe te treden tot verdragen van uniform materieel recht, en mag de lidstaten evenmin iets in de weg leggen wanneer zij willen toetreden tot verdragen op grond waarvan de bepalingen van de verordening worden uitgebreid tot landen die geen lid zijn van de Europese Unie.

5.7. *Vraag 6*

Deze vraag is uitgebreid beantwoord in par. 4.5.3.

5.8. *Vraag 7*

De oplossing die in het Verdrag van Rome wordt aangedragen, is volgens het Comité niet de oplossing die de rechten van de verzekerden/de individuele verzekeringnemers het beste vrijwaart. Zo moet het geval van verzekerden/individuele verzekeringnemers gelijk worden getrokken met de bepaling aangaande consumenten, ongeacht de vraag of de verzekeraar op het grondgebied van de Unie is gevestigd of niet. Anderzijds is het een feit dat bepaalde richtlijnen betreffende verzekeringen bepalingen bevatten die van invloed zijn op het toepasselijk recht (cf. de Richtlijnen 88/357/EEG van 22 juni 1988, 90/619/EEG van 8 november 1990 en 83/2002/EG van 5 november 2002). Ter wille van het eenmakingstreven dient te worden overwogen of de verordening ook van toepassing dient te zijn op alle verzekeringsovereenkomsten en of een speciale verwijzingsregel dient te worden vastgesteld om de meest wenselijke aanpak ter zake te garanderen.

5.9. *Vraag 8*

Het antwoord op deze vragen is te vinden in de paragrafen 4.5.1 en 4.5.2.

5.10. *Vraag 9*

Het antwoord op deze vraag is te vinden in paragraaf 4.5, met dien verstande dat de bepalingen van het alternatief dat door de Commissie wordt aangedragen elkaar niet uitsluiten en perfect verenigbaar en onderling aanvullend zijn. Er dient echter op te worden gewezen dat het in ieder geval de taak van de rechter is om aan de hand van de hem bekend zijnde feiten en bewijzen, vast te stellen of er al dan niet sprake is van een stilzwijgende keuze.

5.11. *Vraag 10*

Het antwoord op deze vraag is te vinden in paragraaf 4.6.1.

5.12. *Vraag 11*

Het antwoord op deze vraag is te vinden in par. 4.6.3.

5.13. *Vraag 12*

De uitgebreide antwoorden op de diverse, en ook op aanverwante vragen zijn te vinden in par. 4.7.

5.14. *Vraag 13*

Het met argumenten onderbouwde antwoord op deze vraag is te vinden in par. 4.10.

5.15. *Vraag 14*

Het antwoord op deze vraag is te vinden in paragraaf 4.8.

5.16. *Vraag 15*

Het antwoord op deze vraag is te vinden in paragraaf 4.8.

5.17. *Vraag 16*

Het antwoord op deze vraag is grotendeels te vinden in paragraaf 4.10.

5.18. *Vraag 17*

Het antwoord op deze vraag is te vinden in paragraaf 4.11.

5.19. *Vraag 18*

Het antwoord op deze vraag is te vinden in paragraaf 4.13.

5.20. *Vraag 19*

Ook het antwoord op deze vraag is te vinden in paragraaf 4.13.

5.21. *Vraag 20*

Het antwoord op deze vraag is te vinden in paragraaf 4.14.

5.22. Behalve de genoemde vragen werden in dit advies ook andere, niet specifiek in de vragenlijst aan de orde gestelde kwesties behandeld, zoals de structuur van het Verdrag van Rome (par. 4.2.2 en 4.2.3), de latere keuze of wijziging van het door partijen gekozen recht (4.5.5), vervoersovereenkomsten (4.6.4.2) en het recht betreffende de handelingsbekwaamheid van rechtspersonen (4.12.2).

VI. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

- 6.1. Het Comité is zeer te spreken over de twee hoofddoelstellingen van het Groenboek, nl. de omzetting van het Verdrag van Rome in een communautair instrument en de modernisering ervan, en beveelt aan zulks te doen binnen een tijdsbestek dat overeenstemt met de moeilijkheidsgraad van de materie.
- 6.2. Het Comité is van mening dat een verordening het meest aangewezen communautaire rechtsinstrument hiervoor is en stemt in met de door de Commissie voorgestelde rechtsgrondslag, te weten de artt. 61, sub c) en 65, sub b) van het EG-Verdrag.
- 6.3. Het Comité onderschrijft in wezen de krachtlijnen van het Verdrag en is van oordeel dat deze ook als een rode draad door de verordening dienen te lopen.
- 6.4. Het Comité heeft in zijn – overigens zeer gedetailleerde – voorstellen niet alleen de diverse bepalingen van het Verdrag van Rome willen aanpassen aan de ontwikkelingen in de intracommunautaire handel en aan de nieuwe instrumenten om verbintenissen aan te gaan, zoals de verkoop op afstand, maar heeft ook verscheidene, door de doctrine en door rechterlijke instanties tijdens de looptijd van het Verdrag van Rome opgeworpen interpretatiekwesaties willen oplossen.
- 6.5. In zijn advies en in de antwoorden op de 20 vragen van de Commissie, alsook op zijn eigen vragen, heeft het Comité oplossingen willen aandragen die op evenwichtige wijze recht doen aan de belangen van alle betrokkenen, met inachtneming van de rechtsbeginselen die door de rechtsstelsels van de lidstaten als gemeenschappelijk patrimonium worden gekoesterd.
- 6.6. Het Comité is zich er evenwel van bewust dat het deze materie niet uitputtend heeft behandeld en beveelt de Commissie derhalve aan, in de slotversie van haar voorstel rekening te houden met alle bijdragen die zij naar aanleiding van dit zeer prijzenswaardige initiatief, het onderhavige Groenboek, heeft ontvangen.

Brussel, 29 januari 2004

De voorzitter
van het Europees Economisch en Sociaal Comité
R. BRIESCH
