



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Brussel, 14.1.2003
COM(2002) 654 definitief

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**

(door de Commissie ingediend)

INHOUDSOPGAVE

Overzicht van de vragen.....	6
1.1. Totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.....	9
1.2. De rol van het internationaal privaatrecht bij de totstandbrenging van een Europese rechtsruimte.....	9
1.3. Het verdrag van Rome, de verordening “Brussel I” en het toekomstige rechtsinstrument “Rome II” – drie complementaire instrumenten	10
1.4. Doelstellingen van de collisioneregels op het gebied van overeenkomsten	11
1.5. Beknopt overzicht van de regels van het verdrag van Rome.....	12
1.6. Verband met het project “Europees verbintenissenrecht”	13
1.7. Reeds genomen initiatieven	14
2. DE OMZETTING VAN HET VERDRAG VAN ROME VAN 1980 IN EEN COMMUNAUTAIR INSTRUMENT	15
2.1. Een nieuwe rechtsgrondslag: artikel 61, onder c), van het Verdrag van Amsterdam geeft aan het internationaal privaatrecht van communautaire oorsprong een nieuwe impuls.....	15
2.2. Samenhang van het communautaire wetgevende werk op het gebied van het internationaal privaatrecht.....	16
2.3. Eenvormige interpretatie van het verdrag door het Hof.....	17
2.4. Toepassing van de eenvormig gemaakte collisioneregels in de nieuwe lidstaten	18
2.5. Keuze van het rechtsinstrument: verordening of richtlijn?	18
3. DIENT HET VERDRAG VAN ROME VAN 1980 TE WORDEN GEMODERNISEERD?	18
3.1. Vragen met betrekking tot het algemene evenwicht van het verdrag	19
3.1.1. Band tussen de algemene collisioneregels van het verdrag van Rome en de in sectorale instrumenten vervatte regels die een invloed hebben op het toepasselijke recht.....	19
3.1.1.1. Toename van het aantal in sectorale instrumenten vervatte regels die een invloed hebben op het toepasselijke recht.....	19
3.1.1.2. Mogelijke oplossingen	20
3.1.2. In een bepaling voorzien die de toepassing van de communautaire minimumnorm waarborgt indien alle of sommige elementen van het contract met de Gemeenschap zijn verbonden.....	21
3.1.2.1. Het risico dat het Gemeenschapsrecht niet wordt toegepast hoewel de elementen van het geval op het grondgebied van de Unie zijn gelokaliseerd.....	21
3.1.2.2. Mogelijke oplossingen	22

3.1.3.	Verhouding tot andere ter zake bestaande internationale verdragen	23
3.2.	Problemen bij de toepassing van diverse artikelen	23
3.2.1.	Toepassingsgebied van het verdrag – uitsluiting van clausules inzake arbitrage en aanwijzing van een bevoegde rechter (artikel 1, lid 2, onder d)).....	23
3.2.2.	Regels die van toepassing zijn op verzekeringsovereenkomsten (artikel 1, lid 3).....	24
3.2.2.1.	Huidige situatie	24
3.2.2.2.	Vragen in verband met de huidige situatie.....	25
3.2.2.3.	Mogelijke oplossingen	25
3.2.3.	Wilsautonomie (artikel 3, lid 1) – Vragen in verband met de keuze van niet door de overheid vastgestelde regels.....	26
3.2.4.	Wilsautonomie – definitie van stilzwijgende keuze (artikel 3, lid 1)	27
3.2.4.1.	Bedoeling van de wetgever	27
3.2.4.2.	Bij de toepassing van dit artikel ondervonden moeilijkheden	27
3.2.4.3.	Mogelijke oplossingen	28
3.2.5.	Welke kracht heeft het algemene vermoeden van artikel 4, lid 2?	28
3.2.5.1.	Huidige situatie	28
3.2.5.2.	Ondervonden moeilijkheden	29
3.2.5.3.	Mogelijke oplossing	29
3.2.6.	Toepassing van het bijzondere vermoeden dat voor onroerende goederen geldt bij overeenkomsten voor vakantieverblijf (artikel 4, lid 3).....	30
3.2.6.1.	Huidige regeling.....	30
3.2.6.2.	Bij de toepassing van dit artikel ondervonden moeilijkheden	30
3.2.6.3.	Mogelijke oplossing	31
3.2.7.	Vragen in verband met de bescherming van de consument (artikel 5).....	31
3.2.7.1.	Inhoud en toepassingsgebied van de beschermende regels van artikel 5.....	31
3.2.7.2.	Ondervonden moeilijkheden	33
3.2.7.3.	Mogelijke oplossingen	34
3.2.8.	Vragen met betrekking tot de definitie van de term “dwingende bepalingen”	38
3.2.8.1.	De term “dwingende bepaling” wordt voor verschillende begrippen gebruikt.....	38
3.2.8.2.	Ondervonden moeilijkheden	38
3.2.8.3.	Mogelijke oplossingen	39
3.2.9.	Onzekerheid omtrent de interpretatie van het begrip “tijdelijke tewerkstelling van de werknemer in een ander land” (artikel 6).....	40

3.2.9.1. Het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht.....	40
3.2.9.2. Ondervonden moeilijkheden	41
3.2.9.3. Mogelijke oplossingen	43
3.2.10. Andere vragen met betrekking tot artikel 6.....	43
3.2.11. Toepassing van buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht (artikel 7, lid 1) 44	
3.2.12. Recht dat de vorm van de overeenkomst beheerst (artikel 9)	45
3.2.12.1.Huidige regeling.....	45
3.2.12.2.Ondervonden moeilijkheden	45
3.2.12.3.Mogelijke oplossingen	45
3.2.13. Het recht dat van toepassing is op de inroepbaarheid van de cessie van schuldvorderingen tegen derden (artikel 12).....	45
3.2.13.1 Huidige regeling.....	45
3.2.13.2.Ondervonden moeilijkheden	46
3.2.13.3.Mogelijke oplossingen	47
3.2.14. Respectieve toepassingsgebieden van de artikelen 12 en 13 betreffende cessie van schuldvorderingen en subrogatie.....	48
3.2.14.1 Het subrogatiemechanisme in het verdrag van Rome.....	48
3.2.14.2.Ondervonden moeilijkheden	48
3.2.14.3.Mogelijke oplossingen	49
3.2.15. Ontbreken van een collisieregels inzake wettelijke schuldvergelijking.....	49
3.2.15.1.Het mechanisme van de schuldvergelijking.....	49
3.2.15.2.Ondervonden moeilijkheden	49
3.2.15.3.Mogelijke oplossingen	50
 Bijlage 1	 51
 Bijlage 2	 55

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

Dit groenboek heeft tot doel de aanzet te geven tot een breed overleg met alle belanghebbende kringen over een aantal vraagstukken van juridische aard met betrekking tot de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna “het verdrag van Rome” of “het verdrag” genoemd) in een communautair instrument, alsmede de eventuele inhoudelijke modernisering ervan.

Het debat wordt in zijn algemene context geplaatst en er worden bepaalde opties naar voren geschoven.

De Commissie nodigt de belanghebbenden uit haar hun antwoorden, met redenen omkleed, te doen toekomen op de vragen die in dit groenboek worden gesteld (zie bladzijde 3 voor een overzicht van deze vragen). Deze vragen zijn uiteraard niet beperkend; ook opmerkingen van meer algemene aard zijn welkom. De belanghebbenden worden bovendien verzocht de Commissie bij elke vraag, voor zover mogelijk, informatie te verstrekken over het effect dat de verschillende besproken opties volgens hen zouden hebben op:

- (i) het bedrijfsleven in het algemeen;
- (ii) het midden- en kleinbedrijf in het bijzonder;
- (iii) de betrekkingen tussen bedrijven en consumenten/werknemers.

Bij de opstelling van een eventueel voorstel voor een communautair instrument ter zake zal de Commissie rekening houden met de ontvangen opmerkingen.

Op te merken valt dat de Commissie geen standpunt inneemt over de noodzaak om het verdrag van Rome te moderniseren of om het om te zetten in een communautair rechtsinstrument.

Voorts heeft het groenboek niet ten doel na te gaan wat de relatie zou moeten zijn tussen een eventueel rechtsinstrument waarin het verdrag van Rome wordt omgezet en de regels van de interne markt. Het staat voor de Commissie evenwel buiten kijf dat een dergelijk instrument de in het Verdrag of in besluiten van afgeleid recht neergelegde beginselen van de interne markt onverlet dient te laten.

De belanghebbenden worden verzocht hun antwoorden en opmerkingen uiterlijk op 15 september 2003 te doen toekomen op onderstaand adres:

Europese Commissie
Directoraat-generaal Justitie en binnenlandse zaken,
Eenheid A3 - Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken
B-1049 Brussel
Fax : + 32 (2) 299 64 57
E-MAIL : jai-coop-jud-civil@cec.eu.int

De belanghebbenden worden verzocht hun opmerkingen slechts op één enkele wijze toe te zenden: per e-mail, per fax of via de post. Tenzij de afzender hiertegen formeel bezwaar maakt, kunnen de antwoorden en opmerkingen bekend worden gemaakt op de website van de Commissie.

De Commissie is voornemens in het laatste kwartaal van 2003 een openbare hoorzitting over dit onderwerp te houden.

OVERZICHT VAN DE VRAGEN

- Vraag 1:** Beschikt u over informatie omtrent de daadwerkelijke kennis die de economische subjecten en de juridische beroepsbeoefenaren, met inbegrip van de rechters, hebben van het verdrag van Rome van 1980 en de erin vervatte regels? Weten de contractpartijen dat zij het op hun overeenkomst toepasselijke recht vrij kunnen kiezen? Indien u van oordeel bent dat de economische subjecten het verdrag van Rome onvoldoende kennen, heeft dit dan ongunstige gevolgen voor het verloop van contractbesprekingen of gerechtelijke procedures?
- Vraag 2:** Acht u het wenselijk dat het verdrag van Rome van 1980 wordt omgezet in een communautair instrument? Wat zijn uw argumenten voor of tegen?
- Vraag 3:** Bent u op de hoogte van moeilijkheden die worden ondervonden door de toename van het aantal regels dat gevolgen heeft voor het toepasselijke recht en door het feit dat deze over verschillende sectorale instrumenten van afgeleid recht verspreid zijn? Zo ja, wat is volgens u de beste oplossing om dit te verhelpen?
- Vraag 4:** Indien een communautair instrument “Rome I” wordt aangenomen, vindt u het dan wenselijk dat een bepaling van algemene aard wordt ingevoerd om de toepassing van een communautaire minimumnorm te waarborgen wanneer alle aspecten van het contract, of zelfs slechts bepaalde, zeer belangrijke aspecten, in de Gemeenschap gelokaliseerd zijn? Zou de in punt 3.1.2.2 voorgestelde redactie geschikt zijn om dat doel te bereiken?
- Vraag 5:** Hebt u commentaar op de beschreven krachtlijnen in verband met de interactie tussen een eventueel instrument “Rome I” en de bestaande internationale verdragen?
- Vraag 6:** Acht u collisieregels die van toepassing zijn op arbitrage- en forumkeuzeclausules wenselijk?
- Vraag 7:** Wat is uw oordeel over de huidige regels inzake verzekeringen? Vindt u de huidige aanpak van de gevallen a) en c) bevredigend? Wat stelt u voor om de moeilijkheden die u eventueel hebt ondervonden op te lossen?
- Vraag 8:** Dienen de partijen volgens u rechtstreeks te kunnen kiezen voor een internationaal verdrag, of zelfs voor algemene rechtsbeginselen? Wat zijn de argumenten voor en tegen een dergelijke oplossing?

- Vraag 9:** Vindt u dat een toekomstig instrument “Rome I” nauwkeuriger aanwijzingen moet bevatten met betrekking tot de definitie van een stilzwijgende rechtskeuze of acht u het feit dat terzake eventueel bevoegdheid wordt verleend aan het Hof van Justitie voldoende om de rechtszekerheid te waarborgen?
- Vraag 10:** Vindt u dat de redactie van artikel 4 moet worden aangepast om de rechter met zoveel woorden te verplichten eerst van het vermoeden van lid 2 uit te gaan en het aldus verkregen recht pas terzijde te stellen als dit duidelijk niet geschikt is om het geval in kwestie te regelen? Zo ja, welke redactie lijkt u het meest geschikt?
- Vraag 11:** Dient volgens u, naar het voorbeeld van artikel 22, lid 1, tweede alinea, van de verordening “Brussel I”, een bijzondere regel te worden ingevoerd voor vakantieverhuringen van korte duur, of is de bestaande regeling toereikend?
- Vraag 12:** Beoordeling van de regels inzake consumentenbescherming
- A.** Wat vindt u van de bestaande regels inzake consumentenbescherming? Vindt u ze, met name in het licht van de ontwikkeling van de elektronische handel, nog adequaat?
- B.** Beschikt u over informatie omtrent het effect van de huidige regels op: a) het bedrijfsleven in het algemeen; b) het midden- en kleinbedrijf; c) de consument?
- C.** Aan welke van de voorgestelde oplossingen geeft u de voorkeur en waarom? Zijn er nog andere oplossingen mogelijk?
- D.** Wat zou volgens u het effect zijn van de verschillende mogelijke oplossingen op: a) het bedrijfsleven in het algemeen; b) het midden- en kleinbedrijf; c) de consument?
- Vraag 13:** Is het wenselijk om de respectieve betekenissen van de in de artikelen 3, 5, 6 en 9, enerzijds, en artikel 7, anderzijds, genoemde “dwingende bepalingen” te omschrijven?
- Vraag 14:** Is het wenselijk om in artikel 6 preciseringen met betrekking tot de definitie van het begrip “tijdelijke tewerkstelling in een ander land” aan te brengen? Zo ja, welke preciseringen?
- Vraag 15:** Bent u van mening dat artikel 6 andere wijzigingen moet ondergaan?
- Vraag 16:** Is een regel met betrekking tot buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht volgens u noodzakelijk? Zou het wenselijk zijn nauwkeurigere aanwijzingen met betrekking tot de voorwaarden voor de toepassing van de buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht te geven?
- Vraag 17:** Dient de collisieregel inzake de vorm van overeenkomsten te worden gemoderniseerd?

- Vraag 18:** Acht u het wenselijk dat in een toekomstig instrument wordt aangegeven welk recht van toepassing is op de tegenwerpbaarheid van de cessie van schuldvorderingen? Zo ja, welke collisieregel beveelt u aan?
- Vraag 19:** Zou het dienstig zijn de respectieve werkingssfeer van de artikelen 12 en 13 nader te omschrijven? Is het volgens u wenselijk een collisieregel in te voeren voor subrogatoire betalingen welke zonder verplichting worden uitgevoerd?
- Vraag 20:** Moet volgens u worden aangegeven welk recht van toepassing is op wettelijke schuldvergelijking? Zo ja, welke collisieregel beveelt u aan?

Inleiding

1.1. Totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid

Een van de gevolgen van het toenemende handels- en reizigersverkeer binnen de Europese Unie en in de hele wereld is dat Europese burgers of in een lidstaat gevestigde bedrijven meer en meer de kans lopen betrokken te worden bij een geschil waarvan niet alle elementen zijn gelokaliseerd binnen de lidstaat waar zij hun gewone verblijfplaats of vestigingsplaats hebben. Zo kan, bijvoorbeeld, een Griekse consument die uit een catalogus of via internet een elektronisch apparaat in Duitsland heeft gekocht de fabrikant voor het gerecht willen dagen omdat het apparaat een ernstig gebrek vertoont dat de fabrikant niet wil repareren. Een ander voorbeeld: een Duits bedrijf wil zijn Engelse handelspartner vervolgen omdat die zijn contractuele verbintenissen niet nakomt.

Door de onderlinge onverenigbaarheid of complexiteit van de nationale juridische en administratieve stelsels worden partijen vaak afgeschrikt om hun rechten in een vreemd land te doen gelden. Dit geldt vooral voor burgers of KMO's, die doorgaans niet over de financiële middelen beschikken om zich van de diensten van een internationaal juristennetwerk te verzekeren.

In de Europese Unie kan er echter geen sprake zijn van een ware interne markt met vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal, als er geen gemeenschappelijke rechtsruimte bestaat waarin iedere burger zijn rechten in een andere lidstaat even goed kan doen gelden als in de lidstaat waar hij zijn woonplaats heeft.

Met het oog op de totstandbrenging van een dergelijke ruimte heeft de Europese Raad van Tampere van 15 en 16 oktober 1999¹ dan ook drie prioritaire krachtlijnen vastgesteld. Een daarvan is de versterking van de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen en vonnissen.

De harmonisatie van de regels van het internationaal privaatrecht is van heel groot belang voor de verwezenlijking van die doelstelling.

1.2. De rol van het internationaal privaatrecht bij de totstandbrenging van een Europese rechtsruimte

Het internationaal privaatrecht² bestaat uit mechanismen om internationale geschillen gemakkelijker op te lossen. Het geeft een antwoord op drie vragen:

- van welke staat zijn de rechters bevoegd om kennis te nemen van een geschil? Deze vraag heeft betrekking op het vaststellen van de “internationale bevoegdheid van de rechters” of “jurisdictiegeschillen”;

¹ Conclusies van het voorzitterschap van 16.10.1999, punten 28 t/m 39.

² De term “internationaal privaatrecht” heeft niet in alle lidstaten dezelfde betekenis. In het Duitse of Portugese recht slaat hij bijvoorbeeld enkel op de regels voor gevallen waarin tussen het recht van verschillende landen moet worden gekozen, terwijl hij in andere rechtsstelsels ook de regels omvat inzake de internationale bevoegdheid van de rechters en de wederzijdse erkenning van buitenlandse vonnissen. In het onderhavige document wordt de term in zijn ruime betekenis gebruikt.

- welk nationaal materieel recht wordt toegepast door de rechter die kennis neemt van het geschil? Bij dit probleem met betrekking tot het toepasselijke recht wordt van “wetsconflicten” gesproken;
- kan de beslissing die is gegeven door de rechter die zich bevoegd heeft verklaard worden erkend en, in voorkomend geval, ten uitvoer gelegd in een andere lidstaat? Deze vraag in verband met de “werking van buitenlandse vonnissen” of de “wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen” is vooral belangrijk als de in het ongelijk gestelde partij geen vermogensbestanddelen bezit in het land waar de bedoelde beslissing is gegeven.

Indien in het kader van een internationaal geschil wordt geprocedeerd, moet dus in de eerste plaats worden uitgezocht van welk land de rechters internationaal bevoegd zijn. Als dat eenmaal is vastgesteld, beslist de bevoegde rechter welk recht op het geschil van toepassing is. Pas nadat de rechter zijn beslissing heeft gegeven, is het probleem van de tenuitvoerlegging van deze beslissing in het buitenland aan de orde.

Traditioneel beschikt elke lidstaat over zijn eigen nationale oplossingen van internationaal privaatrecht. Het grote nadeel hiervan is een gebrek aan eenvormigheid en rechtszekerheid, alsmede het risico dat de ene of de andere partij profijt probeert te trekken van het feit dat de zaak aanknopingspunten heeft met verschillende rechtsstelsels om te ontsnappen aan het recht dat normaliter van toepassing is. In het eerder gegeven voorbeeld van de Griekse consument en de Duitse verkoper zou de overeenkomst bijvoorbeeld een bepaling kunnen omvatten waardoor deze wordt onderworpen aan het recht van een derde land waar helemaal geen bepalingen op het gebied van consumentenbescherming bestaan. Een dergelijke praktijk zou, indien geoorloofd, aanstootgevend zijn omdat de consument er de bescherming door zou verliezen die zowel het Griekse als Duitse recht hem bieden.

Om deze nadelen weg te werken en de genoemde praktijken te bestrijden hebben de lidstaten besloten hun regels van internationaal privaatrecht te harmoniseren. De eerste initiatieven op dit gebied hadden vooral betrekking op contractuele en niet-contractuele verbintenissen van burgerlijke of commerciële aard.

1.3. Het verdrag van Rome, de verordening “Brussel I” en het toekomstige rechtsinstrument “Rome II” – drie complementaire instrumenten

Om de doelstellingen van het verdrag van Rome te begrijpen, moet worden verwezen naar het rechtsinstrument dat eraan voorafging, het verdrag van Brussel van 1968 (sinds 1 maart 2002, behalve voor Denemarken, vervangen door de zogenaamde verordening “Brussel I”)³. Bij de opstelling van het laatstgenoemde verdrag was men uitgegaan van de - reeds in het EG-Verdrag vervatte - idee dat het in een gemeenschappelijke markt mogelijk moet zijn in iedere lidstaat op eenvoudige wijze de erkenning en tenuitvoerlegging te verkrijgen van een in een andere lidstaat gegeven beslissing. Om de verwezenlijking van deze doelstelling te

³ Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22.12.2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ter vervanging van het verdrag van Brussel van 1968, waarvan de geconsolideerde versie is bekendgemaakt in PB C 27 van 26.01.1998, blz. 1 t/m 18. Het verdrag van Brussel van 1968 blijft echter van kracht in de betrekkingen tussen Denemarken en de andere lidstaten.

bevorderen stelt het verdrag van Brussel regels vast die aangeven van welk land de rechters bevoegd zijn⁴.

Het feit dat men beschikt over rechterlijke bevoegdheidsregels is op zichzelf evenwel niet voldoende om alle verrassingen te voorkomen bij de oplossing van het geschil ten gronde. Het verdrag van Brussel en de verordening waardoor dat verdrag is vervangen omvatten inderdaad een aantal opties die de eisende partij de mogelijkheid bieden zich tot de rechter van haar keuze te wenden. Dit kan ertoe leiden dat een partij de voorkeur geeft aan de rechter van een lidstaat boven die van een andere lidstaat, enkel en alleen omdat het recht dat in deze lidstaat van toepassing is een betere afloop van de zaak lijkt te voorspellen. Deze praktijk wordt “*forum shopping*” genoemd. Om dit *forum shopping* in de Europese Unie te beperken heeft het verdrag van Rome de regels voor de gevallen waarin tussen het recht van verschillende lidstaten moet worden gekozen eenvormig gemaakt en er zodoende voor gezorgd dat de zaak ten gronde op dezelfde wijze wordt opgelost ongeacht bij welke rechter ze aanhangig wordt gemaakt.

Er bestaat echter een belangrijk verschil tussen het verdrag van Brussel en dat van Rome wat hun respectieve toepassingsgebieden betreft: het eerste slaat zowel op contractuele verbintenissen als op verbintenissen uit onrechtmatige daad, het tweede uitsluitend op contractuele verbintenissen. Indien de werkzaamheden met betrekking tot de totstandbrenging van een toekomstig rechtsinstrument “Rome II” inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen⁵ tot een goed einde worden gebracht, zal dit een logische voortzetting zijn van het werk dat al is verricht met het oog op het eenvormig maken van de regels van internationaal privaatrecht op het gebied van contractuele of niet-contractuele verbintenissen van burgerlijke en commerciële aard op Gemeenschapsniveau.

Alvorens in het kort de regels van het verdrag van Rome voor gevallen waarin tussen het recht van verschillende landen moet worden gekozen (hierna collisieregels te noemen, in het verdrag ook verwijzingsregels genoemd) uiteen te zetten, geven wij eerst een kort overzicht van de doelstellingen die ermee worden nagestreefd.

1.4. Doelstellingen van de collisieregels op het gebied van overeenkomsten

Voor iedere collisieregule beschikt de wetgever over verschillende opties. Om uit te leggen waarom voor deze of gene optie wordt gekozen, is het wenselijk in herinnering te brengen wat wordt verstaan onder de begrippen aanknopng en wilsautonomie.

Volgens het aanknopingsbeginsel wordt de zaak onderworpen aan het rechtsstelsel waarmee zij het nauwst verbonden is (d.w.z. de meeste “aanknopingspunten” heeft). Dit beginsel speelt vooral op het gebied van internationale bevoegdheid, bijvoorbeeld als het gaat om een geschil over een onroerend goed of een verkeersongeval: de rechter van de plaats waar het onroerend goed is gelegen of waar het ongeval zich heeft voorgedaan, is doorgaans het best in staat om de feiten te beoordelen en het bewijsmateriaal te verzamelen. Het autonomiebeginsel

⁴ Hoewel de bevoegdheidsregels die zijn vervat in het verdrag van 1968 en de verordening “Brussel I” in beginsel niet binnen het bestek van dit groenboek vallen, komen wij op een aantal ervan toch terug bij de bespreking van de verschillende regels voor gevallen waarin tussen het recht van verschillende landen moet worden gekozen (punt 3).

⁵ Op 3 mei 2002 heeft de Commissie de aanzet gegeven tot een brede raadpleging over een voorontwerp van een voorstel voor een verordening van de Raad inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen met de bedoeling de opmerkingen van belanghebbende kringen te verzamelen. De tekst is beschikbaar op het volgende adres: http://europa.eu.int/comm/dgs/justice_home/unit/civil/consultation/index_nl.htm.

daarentegen biedt partijen de mogelijkheid zelf het recht te kiezen dat hun betrekkingen zal beheersen. Het is heel begrijpelijk dat in gevallen zoals het bovengenoemde voorbeeld van de overeenkomst tussen een Duits en een Engels bedrijf, voor deze oplossing wordt gekozen. Dit is het beginsel dat het meest wordt toegepast op het gebied van verbintenissen uit overeenkomst en dat in het positieve recht van nagenoeg alle staten wordt erkend.

De laatste twee decennia heeft een ander beginsel zich in toenemende mate doen gelden: de bescherming van de zwakste partij. In het bovengenoemde voorbeeld van de Griekse consument en de Duitse leverancier is het duidelijk dat beide partijen niet op gelijke voet staan. Als er geen grenzen aan het autonomiebeginsel worden gesteld, kan dat ertoe leiden dat de consument een voor hem ongunstig recht wordt opgedrongen en dat hij aldus de bescherming verliest waarop hij terecht mag rekenen als hij een consumptiegoed koopt. Dezelfde redenering geldt voor de verhouding werkgever-werknemer.

Al deze beginselen zijn terug te vinden in de regels van het verdrag van Rome van 1980.

1.5. Beknopt overzicht van de regels van het verdrag van Rome

De eenvormige regels van het verdrag van Rome zijn van toepassing op “*verbintenissen uit overeenkomst in gevallen waarin uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen*”⁶, d.w.z. gevallen waarin niet alle elementen aanknopingspunten hebben met de rechtsorde van één enkele staat, bijvoorbeeld doordat de partijen bij de overeenkomst een verschillende nationaliteit hebben of hun verblijfplaats in verschillende lidstaten hebben, of doordat de overeenkomst in verschillende landen of in een ander land dan dat van de aangezochte rechter is gesloten of uitgevoerd.

Het verdrag van Rome heeft een “universeel” karakter⁷, wat betekent dat de door het verdrag vastgestelde collisieregels tot de toepassing kunnen leiden van het recht van een land dat geen lid is van de Europese Unie.

Het verdrag voorziet bovendien in de uitsluiting van: de staat en bevoegdheid van natuurlijke personen; het familievermogensrecht (testamenten, erfenissen, huwelijksgoederenstelsels, overeenkomsten inzake onderhoudsverplichtingen); verbintenissen uit verhandelbare waardepapieren (wissels, cheques, orderbriefjes); het recht inzake vennootschappen, verenigingen en andere rechtspersonen; de overeenkomsten tot arbitrage en tot aanwijzing van een bevoegde rechter; de “trusts”; het bewijs en de rechtspleging⁸.

De hoeksteen van het hele systeem is de wilsautonomie (artikel 3). Dit beginsel houdt in dat de partijen vrij kunnen kiezen welk recht op hun overeenkomst van toepassing is. Deze vrijheid is evenwel niet onbeperkt: zij mogen willekeurig welk recht kiezen, ook al zijn er geen objectieve aanknopingspunten met de overeenkomst; zij mogen het recht waardoor het contract wordt beheerst ook na de sluiting van de overeenkomst kiezen en dit nog te allen tijde wijzigen, in sommige lidstaten zelfs staande het geding. Wat de vorm betreft, moet de keuze “uitdrukkelijk zijn gedaan of voldoende duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval”. Er kan dus een uitdrukkelijke bepaling in de overeenkomst worden opgenomen, maar de keuze kan ook blijken uit andere elementen van de overeenkomst. De tekst laat het aan de rechter over na te gaan of er sprake is van een stilzwijgende of impliciete rechtskeuze.

⁶ Artikel 1.

⁷ Artikel 2.

⁸ Behoudens artikel 14 van het verdrag.

Bij gebreke van een rechtskeuze door de partijen gaat het verdrag uit van het aanknopingsbeginsel; de overeenkomst wordt dan beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst is verbonden (artikel 4). Er wordt vermoed dat de overeenkomst het nauwst is verbonden met het land waar de partij die de “*kenmerkende prestatie*” moet leveren, op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst, haar gewone verblijfplaats heeft. Onder “*kenmerkende prestatie*” wordt verstaan de prestatie die het mogelijk maakt een overeenkomst van een andere te onderscheiden (in een koopovereenkomst de verplichting van de verkoper om de eigendom over te dragen; in een vervoersovereenkomst die van de vervoerder om personen of zaken te vervoeren enz.); de verbintenis tot het betalen van een geldsom vormt dus, behoudens uitzonderingen, niet de kenmerkende prestatie in de zin van artikel 4. Op het gebied van zakelijke rechten en goederenvervoer vestigt het verdrag in de leden 3 en 4 van dit artikel andere vermoedens. De rechter kan deze vermoedens evenwel terzijde stellen “*wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land*”.

Zoals de verordening “Brussel I” voorziet het verdrag van Rome, onder bepaalde voorwaarden, in speciale regels ten behoeve van de zogenaamde “zwakke partijen” (consumenten en werknemers, artikelen 5 en 6). De rechtskeuze van partijen kan er dan ook niet toe leiden dat de consument of werknemer de bescherming verliest van de dwingende bepalingen van het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze, overeenkomstig de algemene regels van het verdrag, normaliter op hem van toepassing zou zijn. Bij gebreke van een rechtskeuze wordt op de door een consument gesloten overeenkomst het recht toegepast van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, terwijl de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht van de plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht, of bij gebreke van een dergelijke plaats, het recht van de plaats van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen.

Het verdrag stelt speciale regels vast voor bepaalde onderwerpen (met name cessie en subrogatie). Het verleent aan het op het contract toepasselijke recht een breed toepassingsgebied, aangezien dit zowel de interpretatie van de overeenkomst, als de uitvoering of niet-uitvoering, alsook het tenietgaan en de nietigheid ervan beheerst.

1.6. Verband met het project “Europees verbintenissenrecht”

Sommigen stellen nu al vragen over een mogelijk verband tussen het project “Rome I” en het project “Europees verbintenissenrecht”⁹.

De mededeling van 2 juli 2001 had ten doel op Europees niveau het debat over de toekomst van het Europese verbintenissenrecht en over de noodzaak van een andere aanpak op het gebied van het materiële recht¹⁰ open te trekken. In die mededeling wierp de Commissie met name vragen op over de samenhang van het *acquis communautaire* op het gebied van het verbintenissenrecht en over de vraag of de nationale verschillen ter zake een belemmering konden vormen voor de goede werking van de interne markt. Een van de geopperde mogelijkheden voor het geval een nieuwe aanpak noodzakelijk zou blijken, was de vaststelling van een nieuw communautair instrument met het oog op de harmonisatie van het

⁹ Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht (PB C 255 van 13.09.2001, blz.1).

¹⁰ Het materiële recht regelt vraagstukken zoals de geldigheid, de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst, in tegenstelling tot het internationaal privaatrecht inzake overeenkomsten, dat alleen betrekking heeft op het vraagstuk van het toepasselijke recht.

materiële verbintenissenrecht. Sommigen vragen zich dan ook reeds af of het nog wel nodig is zich bezig te houden met de regels die bepalen welk nationaal recht precies van toepassing is.

Dergelijke twijfels zijn ongegrond. In de ogen van de Commissie is het doel van het project “Europees verbintenissenrecht” in dit stadium noch de eenmaking van het verbintenissenrecht van de lidstaten, noch de totstandbrenging van een Europees burgerlijk wetboek. De Commissie had reeds aangekondigd dat zij begin 2003 een vervolgdokument zou presenteren. Bovendien zou een grotere harmonisatie van het verbintenissenrecht op Gemeenschapsniveau, zelfs als die er in een verdere toekomst zou komen, waarschijnlijk toch slechts betrekking hebben op enkele zeer belangrijke aspecten daarvan, zodat nog steeds bepaald zou moeten worden welk recht toepasselijk is op de niet-geharmoniseerde aspecten. De regels van internationaal privaatrecht blijven derhalve zeer belangrijk voor grensoverschrijdende transacties in de Gemeenschap, nu en in de toekomst.

Het project “Europees verbintenissenrecht” doet bijgevolg niets af aan het belang van het nadenken over een modernisering van het verdrag van Rome. Integendeel, het zijn twee projecten die elkaar aanvullen en waarvoor de werkzaamheden parallel lopen.

1.7. Reeds genomen initiatieven

Om de discussies over de modernisering van het verdrag voor te bereiden heeft de Commissie in het kader van het programma GROTIUS CIVIL 2000 een project van de Academie voor Europees recht van Trier gefinancierd, dat tot doel heeft een rechtstreeks toegankelijke gegevensbank op te zetten over de toepassing van het verdrag door de rechtbanken van de lidstaten. De in dat kader geopende website¹¹ bevat reeds een groot aantal verwijzingen naar rechtspraak ter zake.

Voorts heeft DG JAI in het kader van de voorbereidende werkzaamheden voor verordening (EG) nr. 44/2000 “Brussel I” op 4 en 5 november 1999 een hoorzitting gehouden over het internationaal privaatrecht en de elektronische handel. Dit leverde 74 schriftelijke bijdragen op van beroepsorganisaties, consumentenverenigingen, overheidsinstellingen, bedrijven en onderzoekers. Een groot deel van de opmerkingen slaat op het vraagstuk van het recht dat van toepassing is op via internet gesloten overeenkomsten.

Tenslotte hadden de werkzaamheden van de EUROPESE GROEP INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT betrekking op eventueel in het verdrag aan te brengen verbeteringen, en deze hebben geleid tot concrete voorstellen voor wijzigingen van de huidige tekst¹².

Alvorens in te gaan op de vraag of het wenselijk is de in het verdrag vervatte collisieregels te moderniseren (punt 3), moet eerst worden nagedacht over de voordelen die de omzetting van het verdrag in een communautair instrument zouden kunnen rechtvaardigen (punt 2).

In de allereerste plaats wenst de Commissie de gelegenheid die dit groenboek biedt echter aan te grijpen om nauwkeurige inlichtingen in te winnen over de mate waarin economische subjecten - bedrijven, consumenten en werknemers - en juridische beroepsbeoefenaren daadwerkelijk kennis hebben van het bestaan van het verdrag van Rome en de regels ervan. Zij wil ook weten of deze kennis of onkunde invloed heeft op het concrete gedrag van deze subjecten in hun contractbesprekingen of in gerechtelijke procedures.

¹¹ <http://www.rome-convention.org>.

¹² De resultaten kunnen worden ingekeken op het volgende adres: <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>.

Vraag 1: Beschikt u over informatie omtrent de daadwerkelijke kennis die de economische subjecten en de juridische beroepsbeoefenaren, met inbegrip van de rechters, hebben van het verdrag van Rome van 1980 en de erin vervatte regels? Weten de contractpartijen dat zij het op hun overeenkomst toepasselijke recht vrij kunnen kiezen? Indien u van oordeel bent dat de economische subjecten het verdrag van Rome onvoldoende kennen, heeft dit dan ongunstige gevolgen voor het verloop van contractbesprekingen of gerechtelijke procedures?

2. DE OMZETTING VAN HET VERDRAG VAN ROME VAN 1980 IN EEN COMMUNAUTAIR INSTRUMENT

Het verdrag van Rome is thans op Gemeenschapsniveau het enige rechtsinstrument op het gebied van het internationaal privaatrecht dat nog de vorm van een internationale overeenkomst heeft. Daarom vragen sommigen zich af of het niet wenselijk is het om te zetten in een communautair instrument.

Een dergelijke omzetting zou een aantal voordelen kunnen bieden, in de eerste plaats een grotere samenhang van het communautaire wetgevingsbeleid op het gebied van het internationaal privaatrecht (punt 2.2), gebaseerd op artikel 61, onder c) van het EG-Verdrag (punt 2.1). Deze omzetting zou er bovendien voor zorgen dat het Hof van Justitie in optimale omstandigheden bevoegd wordt voor de interpretatie van deze regels (punt 2.3) en zou tenslotte ook de toepassing van de eenvormig gemaakte collisierregels in de nieuwe lidstaten vergemakkelijken (punt 2.4).

2.1. Een nieuwe rechtsgrondslag: artikel 61, onder c), van het Verdrag van Amsterdam geeft aan het internationaal privaatrecht van communautaire oorsprong een nieuwe impuls

De communautaire rechtsinstrumenten op het gebied van het internationaal privaatrecht zijn ofwel op grond van artikel 293 (ex 220) van het EG-Verdrag aangenomen (het verdrag van Brussel van 1968), ofwel gelijkgesteld met op grond daarvan aangenomen rechtsinstrumenten (het verdrag van Rome van 1980). Dit terrein valt evenwel sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam onder de eerste pijler van de Europese Unie.

De Gemeenschap heeft dan ook op grond van artikel 61, onder c) van het EG-Verdrag verschillende nieuwe verordeningen op het gebied van justitiële samenwerking in burgerlijke zaken aangenomen (“Brussel II”¹³, “faillissement”¹⁴, “toezending van stukken”¹⁵ en “bewijsverkrijging”¹⁶) en het verdrag van Brussel van 1968 in een verordening omgezet.

¹³ Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, PB L 160 van 30.06.2000, blz. 19.

¹⁴ Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei betreffende insolventieprocedures, PB L 160 van 30.06.2000, blz. 1.

¹⁵ Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of handelszaken, PB L 160 van 30.06.2000, blz. 37.

¹⁶ 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 bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, PB L 174 van 27.06.2001, blz. 1.

Daarnaast werkt de Commissie momenteel aan een communautair rechtsinstrument betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele betrekkingen (“Rome II”).

Het actieplan van Wenen¹⁷ van de Raad en de Commissie, dat in 1998 door de Raad werd goedgekeurd, heeft uitdrukkelijk als doel “de bevordering van de verenigbaarheid van de collisioneregels”. In punt 40 c) wordt verzocht een aanvang te maken met “*de herziening, waar nodig, van een aantal bepalingen van het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, rekening houdend met de bijzondere bepalingen over collisioneregels in andere communautaire instrumenten*”. In het programma voor wederzijdse erkenning¹⁸ wordt nader bepaald dat de maatregelen voor de harmonisatie van de collisioneregels begeleidende maatregelen zijn die de uitvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning van beslissingen in burgerlijke en handelszaken helpen bevorderen.

Op te merken valt dat de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken, behalve wat familiezaken betreft, vanaf de inwerkingtreding van het Verdrag van Nice onder de medebeslissingsprocedure zal vallen, hetgeen betekent dat het Europees Parlement nauw bij het wetgevingsproces is betrokken.

2.2. Samenhang van het communautaire wetgevende werk op het gebied van het internationaal privaatrecht

Aangezien de regels inzake internationale bevoegdheid en de collisioneregels die betrekking hebben op contractuele en niet-contractuele verbintenissen van burgerlijke of commerciële aard in feite één geheel vormen, draagt het feit dat het verdrag van Rome zich wat zijn vorm betreft onderscheidt van de andere instrumenten van internationaal privaatrecht op communautair niveau niet bij tot de samenhang van dat geheel.

Doordat het verdrag van Rome de vorm van een internationaal verdrag heeft, bevat het bovendien een aantal bepalingen die moeten worden getoetst aan het streven naar samenhang van het communautaire wetgevingsbeleid.

Het gaat met name om de volgende artikelen:

- het recht van de lidstaten, neergelegd in artikel 22, om voorbehoud te maken (inzake de artikelen 7, lid 1, en 10, lid 1, onder e));
- het recht van de lidstaten, neergelegd in artikel 23, om nationale collisioneregels vast te stellen voor een speciale categorie van overeenkomsten;
- het recht van de lidstaten, neergelegd in artikel 24, om partij te worden bij een meersijdig verdrag op het gebied van collisioneregels;
- de beperkte - zij het verlengbare - looptijd van het verdrag (artikel 30).

Het is niet zeker dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het streven naar de totstandbrenging van een echte Europese rechtsruimte.

¹⁷ PB C 19 van 23.01.1999, blz. 1, punt 51 c).

¹⁸ PB C 12 van 15.01.2001, blz. 8

2.3. Eenvormige interpretatie van het verdrag door het Hof

Uit een onderzoek van de eerste beslissingen van de nationale rechters kan al worden afgeleid dat de eenvormige toepassing van bepaalde artikelen van het verdrag niet altijd gewaarborgd is, met name omdat de nationale rechterlijke instanties de neiging hebben het verdrag in het licht van vroegere oplossingen te interpreteren, hetzij om bepaalde leemten van het verdrag op te vullen, hetzij om de interpretatie van bepaalde flexibele bepalingen om te buigen. Voor voorbeelden van verschillende interpretaties kan worden verwezen naar de artikelen 1, lid 1 (materieel toepassingsgebied: definitie van verbintenissen uit overeenkomst, bijvoorbeeld de vraag of ketens van overeenkomsten er al dan niet onder moeten vallen) of 3, lid 1 (definitie van stilzwijgende keuze: wat moet er gebeuren met de verwijzing naar een juridisch begrip dat eigen is aan een gegeven rechtsstelsel?)¹⁹.

De samenhang van de collisieregels op Gemeenschapsniveau zou ongetwijfeld worden bevorderd door een eenvormige interpretatie van de regels die in het verdrag van Rome zijn vervat.

In een gemeenschappelijke verklaring²⁰ hebben de lidstaten zich bereid verklaard de mogelijkheid te onderzoeken bepaalde bevoegdheden aan het Hof van Justitie toe te wijzen en zij hebben inderdaad twee protocollen toegevoegd aan het verdrag waardoor de interpretatie ervan aan het Hof wordt toegewezen, maar deze protocollen zijn nog altijd niet in werking getreden²¹.

Door de omzetting van het verdrag in een communautair instrument zou kunnen worden gewaarborgd dat de bevoegdheden van het Hof gelijk zijn voor alle instrumenten van internationaal privaatrecht van communautaire oorsprong. Het Hof zou dan ook kunnen toezien op een samenhangende interpretatie van de juridische begrippen die zowel in het verdrag van Rome als in Verordening “Brussel I” voorkomen²².

In dit verband dient eveneens rekening te worden gehouden met het feit dat de bevoegdheden die in het kader van titel IV aan het Hof zijn toegekend in de toekomst nog een ontwikkeling zouden kunnen doormaken.

De ratificatie van de twee protocollen bij het verdrag van Rome door alle lidstaten blijft evenwel wenselijk. Alle contracten die vóór de inwerkingtreding van een eventueel toekomstig instrument “Rome I” zijn gesloten, blijven immers onderworpen aan het verdrag van Rome, zodat deze protocollen onverkort van belang blijven voor een niet onaanzienlijk aantal bestaande contracten.

¹⁹ Een andere bron van uiteenlopende interpretaties is het feit dat sommige lidstaten hebben besloten de bepalingen van het verdrag door middel van wetgeving in hun nationaal recht op te nemen, waarbij zij de oorspronkelijke tekst soms hebben gewijzigd.

²⁰ Voor de tekst van het verdrag, zoals gewijzigd door de verschillende toetredingsverdragen, verklaringen en protocollen, zie de geconsolideerde versie in PB C 27 van 26.01.1998, blz. 34.

²¹ Voor de inwerkingtreding van het eerste protocol dat bevoegdheid aan het Hof toekent in de lidstaten die het tot dusver hebben geratificeerd (hetgeen het geval is in alle lidstaten behalve in België en Ierland), ontbreekt nog de ratificatie van het tweede protocol door België; voor de stand van de ratificaties zie: <http://ue.eu.int/accords/default.asp>

²² Bijvoorbeeld het begrip “consument”.

2.4. Toepassing van de eenvormig gemaakte collisieregels in de nieuwe lidstaten

Het verdrag van Rome van 1980 maakt deel uit van het *acquis communautaire*. In het licht van de komende uitbreiding van de Unie zou men door de invoering van een communautair instrument kunnen voorkomen dat de inwerkingtreding van de eenvormige collisieregels in de kandidaat-landen door ratificatieprocedures wordt vertraagd.

Er zij bijvoorbeeld in herinnering gebracht dat de verdragen van Funchal²³ en Rome²⁴ betreffende de toetreding van respectievelijk Spanje en Portugal en van Oostenrijk, Finland en Zweden, nog altijd niet door alle lidstaten zijn geratificeerd. Doordat de oorspronkelijke tekst bij deze gelegenheid lichtjes werd gewijzigd, bestaan er nu in de Europese Unie twee verschillende versies van het verdrag van Rome naast elkaar²⁵.

2.5. Keuze van het rechtsinstrument: verordening of richtlijn?

Bij de keuze van het vast te stellen type besluit - verordening of richtlijn - moet rekening worden gehouden met het feit dat de verenigbaarheid van de collisieregels, overeenkomstig het programma wederzijdse erkenning, de wederzijdse erkenning van de justitiële beslissingen in de Unie helpt bevorderen.

Voorts dient rekening te worden gehouden met het feit dat het hier niet gaat om regelgeving voor het een of andere aspect van een onderwerp - zoals bij de sectorale richtlijnen - maar om de harmonisatie van een onderwerp - het internationaal privaatrecht inzake verbintenissen - in zijn geheel.

Deze doelstellingen kunnen wellicht gemakkelijker worden gehaald indien het eventuele toekomstige instrument Rome I de vorm aanneemt van een verordening. Verordeningen zijn immers rechtstreeks van toepassing en de inwerkingtreding ervan is dus zeker, in tegenstelling tot die van richtlijnen, die nog moeten worden omgezet, hetgeen een grote onzekerheidsfactor is.

Vraag 2: Acht u het wenselijk dat het verdrag van Rome van 1980 wordt omgezet in een communautair instrument? Wat zijn uw argumenten voor of tegen?

3. DIENT HET VERDRAG VAN ROME VAN 1980 TE WORDEN GEMODERNISEERD?

Aangezien het verdrag van Rome nauwelijks 11 jaar geleden in werking is getreden, zal het sommigen misschien verbazen dat reeds aan een herziening ervan wordt gedacht. Toch zijn er een aantal argumenten die daarvoor pleiten.

Allereerst hebben de lidstaten zich bij de toetreding van Oostenrijk tot het verdrag van Rome ertoe verbonden de wenselijkheid te onderzoeken van een herziening van artikel 5 betreffende consumentenbescherming. Volgens het toelichtend rapport over het toetredingsverdrag moest dit onderzoek in de nabije toekomst plaatsvinden en een verklaring van dezelfde strekking

²³ PB L 333 van 18.11.1992, blz. 1.

²⁴ PB C 15 van 15.01.1997, blz. 10.

²⁵ De door het verdrag van Funchal aangebrachte wijziging heeft hoofdzakelijk betrekking op de schrapping van artikel 27 betreffende de *communautaire gebieden* waarop het verdrag van toepassing is.

werd aan de notulen van de conferentie van de vertegenwoordigers van de regeringen van de staten gehecht²⁶.

Vervolgens zij herinnerd aan de nauwe band die bestaat tussen het verdrag van Rome en de tegenhanger daarvan op het gebied van jurisdictiegeschillen, het verdrag van Brussel. Bij de omzetting van dit laatste verdrag in een communautaire verordening werd ook overgegaan tot een herziening van sommige artikelen ervan²⁷. Met het oog op de samenhang van het internationaal privaatrecht van de Gemeenschap moet volgens sommigen in het rechtsinstrument betreffende wetsconflicten met deze wijzigingen rekening worden gehouden.

Overigens beschikken we de facto over rechtspraak die een langere periode bestrijkt dan die sinds de inwerkingtreding van het verdrag. Verschillende lidstaten hadden immers reeds vóór de inwerkingtreding van het verdrag eenzijdig de bepalingen ervan in hun nationale wetgeving ingevoerd²⁸. In andere lidstaten hebben de rechters zich nog voor de inwerkingtreding van het verdrag door de regels ervan laten inspireren.

Uit deze rechtspraak blijkt dat enkele fundamentele regels van het verdrag aanleiding hebben gegeven tot kritiek wegens onvoldoende nauwkeurigheid. Er mag echter niet uit het oog worden verloren dat dit een van de onderwerpen is die zich niet altijd voor uiterste nauwkeurigheid lenen en dat er onvermijdelijk een middenweg moet worden gezocht tussen regels die aan de rechters alle vrijheid geven om het toepasselijke recht vast te stellen enerzijds en strakke regels die geen ruimte laten voor enige aanpassing aan het concrete geval anderzijds.

Een eventuele inhoudelijke herziening dient er dus niet op gericht te zijn alle punten die aanleiding kunnen geven tot uiteenlopende interpretaties tot in de kleinste details vast te leggen, maar wel de meest betwistbare elementen te regelen. Alvorens artikel per artikel op deze elementen in te gaan (punt 3.2) wordt eerst aandacht besteed aan enkele ruimere vragen die betrekking hebben op het algemene evenwicht van het verdrag (punt 3.1).

3.1. Vragen met betrekking tot het algemene evenwicht van het verdrag

3.1.1. Band tussen de algemene collisieregels van het verdrag van Rome en de in sectorale instrumenten vervatte regels die een invloed hebben op het toepasselijke recht

3.1.1.1. Toename van het aantal in sectorale instrumenten vervatte regels die een invloed hebben op het toepasselijke recht

De toename van het aantal communautaire sectorale instrumenten van afgeleid recht die geïsoleerde collisieregels bevatten²⁹, dan wel regels die de territoriale werkingssfeer van het

²⁶ PB C 191 van 23.06.1997, blz. 11-12.

²⁷ Met name de artikelen 5, 15 en 22, lid 1.

²⁸ Denemarken, Luxemburg, Duitsland en België.

²⁹ Het gaat met name om de volgende instrumenten: Richtlijn betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een lidstaat zijn gebracht (1993/7 van 15 maart 1993); Richtlijn “terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten” (1996/71 van 16 december 1996). Voorts bestaat er een geheel van samenhangende collisieregels voor de verzekeringssector in de volgende richtlijnen: Tweede Richtlijn “schadeverzekering” (1988/357 van 22 juni 1988) zoals aangevuld en gewijzigd door de Richtlijnen 1992/49 en 2002/13; Tweede Richtlijn “levensverzekering” (1990/619 van 8 november 1990) zoals aangevuld en gewijzigd door de Richtlijnen 1992/96 en 2002/12.

gemeenschapsrecht bepalen en die aldus een invloed hebben op het toepasselijke recht³⁰, heeft al veel inkt doen vloeien. Uit hoofde van artikel 20 van het verdrag en de algemene rechtsbeginselen³¹ wijken deze speciale regels die bijzondere gebieden beheersen af van de regels van het verdrag die een algemene strekking hebben. In het merendeel van de gevallen beantwoorden deze sectorale regels aan het verlangen naar een betere bescherming van de zogenaamde “zwakke partijen”³².

Dat neemt niet weg dat er vraagtekens worden geplaatst bij het groeiende aantal van deze regels. Volgens sommigen kan de samenhang van het geheel van collisieregels die in de Unie van toepassing zijn erdoor worden geschaad. Als voorbeeld worden soms de regels die een invloed hebben op het toepasselijke recht genoemd, welke vervat zijn in de richtlijnen ter verbetering van de bescherming van de consument. In deze richtlijnen wordt gebruik gemaakt van een ander mechanisme dan dat van de eigenlijke collisieregels³³ en zijn voorts bepalingen opgenomen die lichtjes verschillen van instrument tot instrument. Bovendien respecteren de lidstaten bij de omzetting niet altijd de geest van de richtlijnen, met name wanneer een bilaterale regel een unilaterale regel wordt³⁴.

Volgens anderen leidt deze verspreiding van de collisieregels over verschillende instrumenten ertoe dat het voor beroepsbeoefenaars moeilijk wordt om uit te maken welke tekst van toepassing is, terwijl er in de Europese Unie momenteel juist wordt nagedacht over een codificatie van het acquis om de transparantie te vergroten³⁵.

3.1.1.2. Mogelijke oplossingen

Meerdere oplossingen worden thans onderzocht: van maatregelen die het beroepsbeoefenaars gemakkelijker maken hun weg te vinden in het grote aantal bestaande teksten tot een echte codificatie van de collisieregels van communautaire oorsprong.

³⁰ Een aantal richtlijnen bevat namelijk een bepaling die – hoewel geen collisieregel in eigenlijke zin – onmiskenbaar een invloed heeft op het recht dat op het contract van toepassing is. Wanneer het contract een nauwe band heeft met het grondgebied van een of meer lidstaten, beogen deze bepalingen te bewerkstelligen dat het gemeenschapsrecht van toepassing is indien door de partijen het recht van een derde land is gekozen. Dergelijke bepalingen komen voor in de volgende instrumenten: Richtlijn “oneerlijke bedingen” (1993/13 van 5 april 1993); Richtlijn “timesharing” (1994/47 van 26 oktober 1994); Richtlijn 1997/7 van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten; Richtlijn 1999/44 van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen; Richtlijn 2002/65 van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten.

³¹ “*Generalia specialibus derogant*”, hetgeen betekent dat bijzondere wetten afwijken van wetten die een algemene strekking hebben.

³² De regels inzake de territoriale werkingssfeer van de richtlijnen inzake consumentenbescherming zijn vooral te verklaren door het feit dat de bescherming die door artikel 5 van het verdrag wordt geboden niet steeds als toereikend wordt beschouwd; zie punt 3.2.7.

³³ Zie voetnoot 30.

³⁴ Het merendeel van de collisieregels is van bilaterale aard, d.w.z. dat evengoed een buitenlands recht als het recht van de rechter bij wie de zaak aanhangig is kan worden aangewezen. Een voorbeeld hiervan is de Franse regel volgens welke de rechter om de afstamming van een kind te bepalen het recht van de nationaliteit van de moeder moet toepassen. Indien de moeder Française is, past de Franse rechter het Franse recht toe; indien zij Italiaanse is, past hij het Italiaanse recht toe. Volgens de unilateralistische methode, die thans de uitzondering vormt, beperkt elk land zich daarentegen tot het bepalen van de gevallen waarin zijn eigen recht van toepassing is. Een voorbeeld ervan is artikel 3, lid 3, van het Franse burgerlijk wetboek: “*De wetten betreffende de staat en de bevoegdheid van personen zijn van toepassing op de Fransen, ook wanneer dezen hun verblijfplaats in het buitenland hebben.*”

³⁵ Zie de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de codificatie van het acquis communautaire, COM (2001) 645 def., 21.11.2001.

- i. Om de leesbaarheid van de bestaande teksten te vergroten zou men aan het toekomstige instrument een bijlage kunnen hechten met een regelmatig bijgewerkte lijst van de sectorale instrumenten van afgeleid recht die collisieregels bevatten.
- ii. De bijzondere regels zouden in de tekst van het toekomstige communautaire instrument kunnen worden opgenomen. De hamvraag wordt dan of er één tekst moet komen die alle collisieregels ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst van communautaire oorsprong omvat. In feite komt dit neer op de vraag of men een “codificatie” van het acquis communautaire in dezen wenst.
- iii. De in sectorale instrumenten opgenomen regels die een invloed hebben op het toepasselijke recht, hebben over het algemeen als doel de zwakke partijen beter te beschermen. In dit groenboek wordt precies ingegaan op een aantal discussies die thans in de rechtsleer worden gevoerd over de wenselijkheid om een algemene bepaling in te voeren die de toepassing van een communautaire minimumnorm inzake de te verlenen bescherming waarborgt (zie hierna, punt 3.1.2) enerzijds, en om eventueel artikel 5 van het verdrag te moderniseren (zie hierna, punt 3.2.7) anderzijds. Indien de genoemde wijzigingen in het verdrag worden aangebracht, zouden volgens sommigen de in de sectorale instrumenten vervatte collisieregels kunnen worden afgeschaft.

Vraag 3: Bent u op de hoogte van moeilijkheden die worden ondervonden door de toename van het aantal regels dat gevolgen heeft voor het toepasselijke recht en door het feit dat deze over verschillende sectorale instrumenten van afgeleid recht verspreid zijn? Zo ja, wat is volgens u de beste oplossing om dit te verhelpen?

3.1.2. In een bepaling voorzien die de toepassing van de communautaire minimumnorm waarborgt indien alle of sommige elementen van het contract met de Gemeenschap zijn verbonden

3.1.2.1. Het risico dat het Gemeenschapsrecht niet wordt toegepast hoewel de elementen van het geval op het grondgebied van de Unie zijn gelokaliseerd

Er bestaan gevallen - en die zullen altijd bestaan - waarin een zwakke partij wegens de bijzondere omstandigheden van het geval niet profiteert van de beschermende regels van het verdrag. De regel van de wilsautonomie kan er dan toe leiden dat het recht van een derde land wordt toegepast. Dat zou evenwel kunnen indruisen tegen de geest van het verdrag en van het gemeenschapsrecht in het algemeen, vooral als alle betrokken partijen communautaire onderdanen zijn.

Zoals hierna nog wordt aangetoond (zie punt 3.2.7), kan het geval zich voordoen dat de zogenaamde “mobiele” consument niet beschermd is tegen de toepassing van het recht van een derde land. Bijvoorbeeld, als een Portugese consument naar België gaat om daar een aankoop te doen, verbiedt geen enkele bepaling van het verdrag van Rome de handelaar de overeenkomst te onderwerpen aan het recht van een niet-Europees land dat geen regels inzake consumentenbescherming kent³⁶.

³⁶ Uiteraard zijn er nog altijd de beschermingsgaranties van de “bepalingen van bijzonder dwingend recht”, d.w.z. regels die de rechter mag toepassen ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst (zie hierna, punt 3.2.8). Deze regeling heeft evenwel nadelen: er bestaan slechts weinig regels die duidelijk

Weliswaar mag niet uit het oog worden verloren dat de bescherming van zwakke partijen ook en vooral wordt gewaarborgd door de talrijke communautaire richtlijnen die bepalingen betreffende de werkingssfeer ervan behelzen, precies om te voorkomen dat de partijen zich door het kiezen van het recht van een derde land simpelweg aan de toepassing ervan kunnen onttrekken (zie punt 3.1.1). Volgens sommigen is dat echter niet toereikend: behalve dat er een gebrek aan duidelijkheid blijft omtrent de toepasselijke regel, regelen sectorale richtlijnen zijn - zoals het woord zegt - niet het burgerlijk recht in zijn geheel, doch slechts bepaalde aspecten van het verbintenissenrecht. Tenslotte schiet het systeem van sectorale richtlijnen eveneens tekort doordat de consument zich bij niet-omzetting of slechte omzetting ten aanzien van zijn partner bij de overeenkomst niet op de bepalingen van de richtlijn kan beroepen³⁷.

3.1.2.2. Mogelijke oplossingen

Door de modernisering van de artikelen 5 en 6, die hierna, in punt 3.2.7 wordt besproken, zouden stellig bepaalde leemten die uit de formulering ervan voortvloeien kunnen worden verholpen. Toch moet ook een andere oplossing worden overwogen, namelijk de invoering van een bepaling die de toepassing van een communautaire minimumnorm waarborgt als alle, of zelfs alleen bepaalde, zeer belangrijke elementen van de overeenkomst met de Gemeenschap zijn verbonden.

Een dergelijke bepaling zou kunnen worden opgesteld naar het voorbeeld van het huidige artikel 3, lid 3 van het verdrag, volgens hetwelk de keuze door partijen van een buitenlandse rechter “*wanneer alle andere elementen van het geval op het tijdstip van deze keuze met een enkel land zijn verbonden*” de dwingende bepalingen van dit land onverlet laat.

Een toekomstig instrument “Rome I” zou op dezelfde wijze kunnen bepalen dat, wanneer een richtlijn de inachtneming van bepaalde minimumregels voorschrijft, de partijen zich bij overeenkomsten die zuiver intern communautair zijn hieraan niet door middel van een rechtskeuze voor het recht van een derde land kunnen onttrekken. Er werd reeds een als volgt geformuleerde bepaling voorgesteld: “*De keuze door partijen van het recht van een derde land laat, wanneer alle elementen van het geval op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst met een of meer lidstaten zijn verbonden, de dwingende bepalingen van het Gemeenschapsrecht onverlet*”³⁸.

Dit voorstel zal eveneens moeten worden getoetst aan het *Ingmar*-arrest van het Hof van Justitie. Hoewel niet alle elementen van deze zaak verbonden waren met de Gemeenschap – de principaal was in de Verenigde Staten gevestigd – heeft het Hof op grond van het feit dat de handelsagent zijn activiteiten uitoefende in een lidstaat voor recht verklaard dat bepaalde artikelen van Richtlijn 86/653 inzake handelsagenten toepassing moesten vinden³⁹.

Vraag 4: Indien een communautair instrument “Rome I” wordt aangenomen, vindt u het dan wenselijk dat een bepaling van algemene aard wordt ingevoerd om de toepassing van een communautaire minimumnorm te waarborgen

als zodanig zijn benoemd – de voorspelbaarheid van de juridische oplossingen is dus verre van gewaarborgd.

³⁷ Omdat richtlijnen geen rechtstreekse horizontale werking hebben. Zo heeft de niet-omzetting door Spanje van Richtlijn 85/577 van 20.12.1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten geleid tot de zogenaamde “Gran Canaria”-rechtspraak in Duitsland.

³⁸ Voor het begrip “*dwingende bepaling*”, zie hierna, punt 3.2.8.

³⁹ HvJEG, arrest van 9.11.2000, *Ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies Inc.*, zaak C-381/98.

wanneer alle aspecten van het contract, of zelfs slechts bepaalde, zeer belangrijke aspecten, in de Gemeenschap gelokaliseerd zijn? Zou de in punt 3.1.2.2 voorgestelde redactie geschikt zijn om dat doel te bereiken?

3.1.3. Verhouding tot andere ter zake bestaande internationale verdragen

Zelfs in het kader van een communautair instrument zou het denkbaar zijn dat de lidstaten wordt toegestaan de collisieregels te blijven toepassen die vervat zijn in internationale verdragen waarbij zij momenteel partij zijn. Het doel van deze oplossing zou zijn conflicten te voorkomen tussen de regels van de genoemde verdragen en die van een communautair instrument. Door deze oplossing zouden de lidstaten die reeds verdragspartij zijn deze verdragen bovendien niet hoeven op te zeggen.

Deze oplossing zou ontegenzeggelijk het nadeel hebben dat zij het deze lidstaten mogelijk maakt regels toe te passen die zouden kunnen afwijken van die waarin een communautair instrument voorziet, hetgeen afbreuk zou doen aan de totstandkoming van een echte gemeenschappelijke rechtsruimte. Dit risico wordt evenwel beperkt door het feit dat, enerzijds, de inhoud van deze regels nu reeds volledig bekend is en er, anderzijds, vanaf het moment dat het bedoelde communautair instrument wordt ingevoerd een einde zal komen aan de mogelijkheid voor de lidstaten om individueel tot andere verdragen toe te treden. Overeenkomstig het “AETR”-arrest⁴⁰ zou door de invoering van een communautair instrument houdende eenmaking van de collisieregels op het gebied van verbintenissen uit overeenkomst in burgerlijke en handelszaken, immers aan de Gemeenschap de uitsluitende bevoegdheid toekomen om over internationale instrumenten op dit gebied te onderhandelen en deze aan te nemen.

Aan deze mogelijkheid zou voor de lidstaten nog de verplichting kunnen worden toegevoegd kennis te geven van de in deze bepaling bedoelde internationale verdragen waarbij zij partij zijn, teneinde doorzichtigheid en rechtszekerheid te waarborgen. Deze lijst kan eventueel worden opgenomen in een bijlage bij het eventuele instrument “Rome I”.

Vraag 5: Hebt u commentaar op de beschreven krachtlijnen in verband met de interactie tussen een eventueel instrument “Rome I” en de bestaande internationale verdragen?

3.2. Problemen bij de toepassing van diverse artikelen

3.2.1. Toepassingsgebied van het verdrag – uitsluiting van clausules inzake arbitrage en aanwijzing van een bevoegde rechter (artikel 1, lid 2, onder d))

Van het toepassingsgebied van het verdrag zijn uitgesloten arbitrageclausules – die in geval van een geschil voorzien in de aanwijzing van een scheidsrechter of een arbitrage-instantie in plaats van een overheidsrechter – alsook clausules inzake aanwijzing van een bevoegde rechter – die in geval van een geschil de bevoegde overheidsrechter aanwijzen, ook “forumkeuzeclausules” genoemd.

De uitsluiting van arbitrageovereenkomsten stelt wellicht minder problemen, omdat er op dit gebied veel verdragen bestaan. Maar deze verdragen hebben vaker betrekking op de erkenning en tenuitvoerlegging van de scheidsrechterlijke uitspraak dan op het recht dat van toepassing is op de arbitrageovereenkomst zelf.

⁴⁰ HvJEG, arrest van 31.03.1971, Commissie/Raad, zaak 22/70, Jurispr. 1971, blz. 263.

Met betrekking tot forumkeuzeclausules bevat artikel 23 van de zogenaamde verordening “Brussel I” materiële regels, die rechtstreeks bepaalde voorwaarden voor de geldigheid van dergelijke clausules vaststellen, maar dit artikel biedt zeker geen pasklaar antwoord op alle vragen die ter zake kunnen rijzen.

Vraag 6: Acht u collisieregels die van toepassing zijn op arbitrage- en forumkeuzeclausules wenselijk?

3.2.2. Regels die van toepassing zijn op verzekeringsovereenkomsten (artikel 1, lid 3)

3.2.2.1. Huidige situatie

Uitgesloten van het toepassingsgebied van het verdrag zijn verzekeringsovereenkomsten waarin risico's worden gedekt die op het grondgebied van de Unie zijn gelegen. Deze uitsluiting is begrijpelijk als men weet dat parallel met de onderhandelingen over het verdrag van Rome door een andere groep deskundigen werkzaamheden werden ondernomen die precies betrekking hadden op het internationaal privaatrecht en het vrij verrichten van diensten op het gebied van verzekeringen. Door middel van verschillende sectorale richtlijnen⁴¹ is specifiek voor de verzekeringssector een regeling ingevoerd voor gevallen waarin tussen het recht van verschillende landen moet worden gekozen.

Er dient derhalve een onderscheid te worden gemaakt tussen drie gevallen naargelang, enerzijds, het risico al dan niet in een lidstaat is gelegen en, anderzijds, de verzekeraar al dan niet in de Gemeenschap is gevestigd:

- a) het risico is buiten het grondgebied van de Unie gelegen: het toepasselijke recht wordt vastgesteld overeenkomstig de regels van het verdrag, ongeacht of de verzekeraar al dan niet in de Gemeenschap is gevestigd; overeenkomstig de algemene regels van het verdrag (artikel 4) wordt de overeenkomst bij gebreke van een rechtskeuze geacht het nauwst verbonden te zijn met het land waar de verzekeraar is gevestigd;
- b) het risico is in de Unie gelegen en is verzekerd door een aldaar gevestigde dienstverrichter: het toepasselijke recht wordt bepaald overeenkomstig de regels van de verzekeringsrichtlijnen, die aanzienlijk afwijken van de algemene oplossingen van het verdrag. Richtlijn 90/619 betreffende het levensverzekeringsbedrijf stelt als principiële regel dat het toepasselijke recht, wanneer de verzekeringnemer een particulier is, het recht is van het land waar de verzekeringnemer zijn gewone verblijfplaats heeft. Deze oplossing, die de verzekeringnemer in een positie plaatst die vergelijkbaar is met die van de consument, komt overeen met de in de meeste derde landen gekozen oplossing;
- c) het risico is in de Unie gelegen en is verzekerd door een niet aldaar gevestigde dienstverrichter: het toepasselijke recht wordt bepaald overeenkomstig de nationale collisieregels van elke lidstaat; er bestaat geen geharmoniseerde oplossing op Unieniveau.

⁴¹ Het gaat om de reeds in voetnoot 29 vermelde richtlijnen. Er zij op gewezen dat de Raad op 27 mei 2002 een gemeenschappelijk standpunt heeft vastgesteld met het oog op de aanneming van de geconsolideerde versie van de richtlijnen betreffende levensverzekering (PB C 170 E van 16.07.2002, blz. 45). Daarnaast zijn er werkzaamheden aan de gang voor de opstelling van een geconsolideerde versie van de richtlijnen betreffende schadeverzekering, die in 2003 zouden moeten worden afgerond.

3.2.2.2. Vragen in verband met de huidige situatie

De huidige situatie is het voorwerp van kritiek van specialisten internationaal privaatrecht, die met name aanvoeren dat ze in strijd is met het streven om het Gemeenschapsrecht doorzichtig te maken; dat specialisten verzekeringsrecht erin slagen de toepasselijke regels te achterhalen, betekent nog niet dat een ruimer publiek daar ook in slaagt.

Voorts vraagt men zich af of de onder a) bedoelde situatie, die ertoe leidt dat het recht van de verzekeraar wordt toegepast, in overeenstemming is met het algemene streven, dat ook uit de verordening “Brussel I” spreekt⁴², om de verzekeringnemer als particulier een hoog niveau van bescherming te waarborgen.

Tenslotte zou men zich kunnen afvragen waarom er geen geharmoniseerde collisioneregels bestaan voor het hierboven beschreven geval c) (in de Unie gelegen risico dat is verzekerd door een niet aldaar gevestigde dienstverrichter). Specialisten verzekeringsrecht onderstrepen evenwel dat men zich in de praktijk geen zorgen hoeft te maken over geval c), aangezien de regels betreffende het vrij verrichten van diensten de niet in de Unie gevestigde dienstverrichter verplichten aldaar domicilie te kiezen, waardoor hij aan de Europese regelgeving is onderworpen.

3.2.2.3. Mogelijke oplossingen

Enkele mogelijke redeneringen:

- i. Wordt er in de algemene regels van het verdrag die in het hierboven vermelde geval a) worden toegepast, wel voldoende rekening gehouden met de specifieke aard van verzekeringsovereenkomsten? Zou het niet beter zijn dat er, zoals in de verordening “Brussel I”, een speciale regel wordt ingevoerd voor het geval er in verzekeringszaken tussen het recht van verschillende landen moet worden gekozen? Of hoeft de Gemeenschap zich, zoals de meerderheid van de derde landen, niets aan te trekken van risico's die niet op haar grondgebied zijn gelegen?
- ii. Om de Gemeenschapswetgeving doorzichtiger te maken zou men kunnen overwegen speciale regels op het gebied van verzekeringen in het toekomstige instrument “Rome I” op te nemen. Mocht dit instrument evenwel de vorm van een verordening aannemen, dan is het niet zeker dat de voor verzekeringen geldende regels met die vorm verenigbaar zijn: bij de uitwerking van de verzekeringsrichtlijnen wou de communautaire wetgever de lidstaten een zekere vrijheid te laten met betrekking tot de keuze van de aanknopingspunten op grond waarvan het recht van de verzekeringnemer van toepassing wordt. Deze vrijheid valt niet zo goed te rijmen met een verordening als instrument. In het kader van de werkzaamheden van de Commissie op het gebied van “verzekering en elektronische handel” hebben de lidstaten dan ook de wens te kennen gegeven dat er in het verdrag van Rome of het instrument dat dit verdrag zal vervangen geen collisioneregels zouden worden opgenomen.
- iii. De toevoeging van een regelmatig bijgewerkte bijlage van de in sectorale instrumenten opgenomen collisioneregels (zie hierboven, onder 3.1.1.2.) zou de regels die op dit gebied van toepassing zijn begrijpelijker en doorzichtiger kunnen maken.

⁴² In het verdrag van Brussel van 1968 waren in afdeling 3 reeds speciale bevoegdheidsregels opgenomen.

Vraag 7: Wat is uw oordeel over de huidige regels inzake verzekeringen? Vindt u de huidige aanpak van de gevallen a) en c) bevredigend? Wat stelt u voor om de moeilijkheden die u eventueel hebt ondervonden op te lossen?

3.2.3. Wilsautonomie (artikel 3, lid 1) – Vragen in verband met de keuze van niet door de overheid vastgestelde regels

In de internationale handel wordt het steeds meer gebruikelijk dat de partijen zich niet beroepen op het recht van een of andere staat, maar rechtstreeks op de regels van een internationaal verdrag zoals het verdrag van Wenen van 11 april 1980 inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, op de gebruiken van de internationale handel, de algemene rechtsbeginselen, de *lex mercatoria*, of recente privé-codificaties zoals de UNIDROIT-beginselen voor internationale handelsovereenkomsten.

Een dergelijke keuze is allicht niet wat de auteurs van het verdrag voor ogen stond toen zij in artikel 3 de term rechtskeuze gebruikten; daarmee wordt duidelijk enkel de keuze van het recht van een staat bedoeld. Een overeenkomst die een dergelijke keuze behelst, wordt derhalve normaliter beheerst door het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze van toepassing is (artikel 4) en dat recht bepaalt welke plaats het bereid is in te ruimen voor niet door de overheid vastgestelde regels waarvoor partijen hebben gekozen⁴³. Traditioneel kanten ook de meeste auteurs zich tegen een dergelijke mogelijkheid om te kiezen voor regels die niet van een overheid uitgaan, met name omdat deze regels nog geen samenhangend en volledig geheel van rechtstegels vormen.

Anderen wensen daarentegen dat de keuze van niet door de overheid vastgestelde regels wel wordt erkend als een rechtskeuze in de zin van artikel 3 van het verdrag van Rome⁴⁴. Een van de redenen die ter verdediging van deze stelling worden aangevoerd, is dat het niet aangaat deze praktijk aan de overheidsrechter te weigeren, terwijl hij in vele landen voor scheidsrechters is toegestaan.

Wat meer specifiek het verdrag van Wenen van 11 april 1980 betreft, heeft de Nederlandse rechtspraak tot tweemaal toe voor recht verklaard dat partijen dit verdrag mochten aanwijzen als het op hun overeenkomst toepasselijke recht, hoewel het ging om gevallen waarin dit verdrag niet rechtstreeks van toepassing was uit hoofde van zijn eigen bepalingen⁴⁵. Wat zijn echter de gevolgen van een dergelijke aanwijzing? Er moet wellicht een onderscheid worden gemaakt tussen contracten met een louter binnenlands karakter en internationale contracten. Voor deze laatste heeft de Nederlandse Hoge Raad aanvaard dat door de keuze van het verdrag de dwingende regels van het bij gebreke van een rechtskeuze toepasselijke recht terzijde werden geschoven⁴⁶. De keuze van de partijen vormt derhalve in de ogen van de Hoge Raad klaarblijkelijk wel degelijk een rechtskeuze in de zin van artikel 3.

⁴³ Zie P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP, 1991.287.

⁴⁴ Zie met name K. BOELE-WOELKI, *Principles and Private International Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply them to International Contracts*, Uniform Law Review, 1996.652.

⁴⁵ Volgens artikel 1, lid 1 is het verdrag van toepassing op: "*koopovereenkomsten betreffende roerende zaken tussen partijen die in verschillende Staten gevestigd zijn: a) wanneer de Staten verdragsluitende partijen zijn; of b) wanneer volgens de regels van internationaal privaatrecht het recht van een verdragsluitende Staat van toepassing is.*"

⁴⁶ Hoge Raad, 26.05.1989, NJ 1992.105 en 05.01.2001, NJ 2001.391.

Vraag 8: Dienen de partijen volgens u rechtstreeks te kunnen kiezen voor een internationaal verdrag, of zelfs voor algemene rechtsbeginselen? Wat zijn de argumenten voor en tegen een dergelijke oplossing?

3.2.4. *Wilsautonomie – definitie van stilzwijgende keuze (artikel 3, lid 1)*

3.2.4.1. Bedoeling van de wetgever

Als het beginsel van de wilsautonomie eenmaal is aanvaard, moet men nog vaststellen of partijen dit recht om het op hun overeenkomst toepasselijke recht te kiezen daadwerkelijk hebben uitgeoefend. Volgens artikel 3, lid 1, tweede zin moet de rechtskeuze “*voldoende duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval*”. Er zij op gewezen dat sommige taalversies van het verdrag soepeler lijken dan andere⁴⁷. Het is niet onmogelijk dat dit verschil aanleiding geeft tot afwijkende interpretaties in de betrokken landen.

De bedoeling van de wetgever was een onomstotelijke keuze toe te staan, ook als die stilzwijgend gebeurt. De rechtskeuze kan dus niet alleen worden gedaan door opnemings van een uitdrukkelijke bepaling in de overeenkomst, zoals vaak het geval is, maar kan ook blijken uit andere bepalingen van de overeenkomst of uit de context ervan. Voorbeelden van dergelijke andere contractbepalingen zijn: de aanvaarding van een standaardovereenkomst of een toetredingsovereenkomst die door een bepaald rechtstelsel wordt beheerd, zelfs zonder dat uitdrukkelijk wordt verwezen naar het toepasselijke recht; in dit geval staat het aan de rechter na te gaan of de keuze wel degelijk, zij het stilzwijgend, is gedaan; of nog de verwijzing naar artikelen van een bepaalde wet zonder dat die wet in zijn geheel is aangewezen. Bij “omstandigheden van het geval” kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een overeenkomst die nauw verbonden is met een eerdere overeenkomst waarvoor wel een uitdrukkelijke rechtskeuze is gedaan, of aan een overeenkomst die deel uitmaakt van een geheel van overeenkomsten, waarbij alleen een rechtskeuze is gedaan voor de basisovereenkomst, waarop alle overeenkomsten berusten⁴⁸.

Een louter hypothetische rechtskeuze, die wordt afgeleid uit al te vage bepalingen van de overeenkomst, wordt daarentegen uitgesloten door artikel 3, lid 2. In dat geval wordt ervan uitgegaan dat er geen rechtskeuze door partijen is gedaan en past de rechter de vermoedens van artikel 4 toe.

3.2.4.2. Bij de toepassing van dit artikel ondervonden moeilijkheden

Er kan geen scherpe grens worden getrokken tussen de stilzwijgende wil en de louter hypothetische wil van partijen. Uit een analyse van de rechtspraak blijkt dat de uitspraken sterk uiteenlopen: de Duitse en Engelse rechters vinden, wellicht onder invloed van de wat soepeler redactie van hun taalversie van de tekst en van hun eerdere uitspraken, eerder dan hun Europese ambtgenoten dat er sprake is van een stilzwijgende keuze.

Een van de telkens terugkerende vragen is in hoeverre een arbitrage- of forumkeuzeclausule een impliciete keuze kan inhouden voor het recht van het land waarvan de jurisdictie of de

⁴⁷ De Nederlandse (“voldoende duidelijk”), Duitse (“mit hinreichender Sicherheit”) en Engelse (“with reasonable certainty”) versies van de tekst lijken af te wijken van de Franse versie, waarin “de façon certaine” wordt gebruikt.

⁴⁸ Voor voorbeelden zie het toelichtende rapport over het verdrag van Mario Giuliano en Paul Lagarde, PB C 282 van 31.10.1980, blz. 1.

arbitrage instantie is aangewezen. Deze vraag rijst met name als de rechter wordt geconfronteerd met een dergelijke clausule zonder dat er nog een ander argument voor die keuze spreekt. Voorts is ook een verschillende benadering aan het licht gekomen van het belang dat moet worden gehecht aan de verwijzing door partijen naar technische normen en juridische begrippen die tot het recht van een gegeven land behoren.

3.2.4.3. Mogelijke oplossingen

Aangezien het de bedoeling van de wetgever was de rechter een ruime beoordelingsmarge te laten bij de interpretatie van de wil van partijen, is artikel 3 – een van de kernbepalingen van het verdrag – opzettelijk in algemene termen gesteld. Bij de beoordeling van de wenselijkheid van een eventuele herziening van dit artikel is dus grote voorzichtigheid geboden:

- i. Door de omzetting van het verdrag in een communautair instrument zou de bevoegdheid voor de interpretatie van de tekst automatisch aan het Hof van Justitie toekomen. Aangezien het echter om beslissingen geval per geval gaat, zou het feit dat bevoegdheid wordt gegeven aan het Hof, dat zich alleen over rechtsvragen en niet over feitelijke kwesties uitsprekt, het nog steeds niet mogelijk maken te voorspellen voor welke oplossing in elk concreet geval zal worden gekozen. Het lijkt niettemin redelijk ervan uit te gaan dat het Hof althans de grote lijnen van de interpretatie van artikel 3, lid 1 zou vastleggen en zodoende de grootste onzekerheid zou wegnemen⁴⁹.
- ii. Een toekomstig instrument zou zelf nadere aanwijzingen kunnen geven betreffende de definitie van stilzwijgende keuze en de minimale vereisten om het bestaan ervan te aanvaarden.
- iii. Om een eenvormige toepassing van het verdrag te bevorderen, lijkt het beter de verschillende taalversies van de tekst in overeenstemming te brengen.

Vraag 9: Vindt u dat een toekomstig instrument “Rome I” nauwkeuriger aanwijzingen moet bevatten met betrekking tot de definitie van een stilzwijgende rechtskeuze of acht u het feit dat terzake eventueel bevoegdheid wordt verleend aan het Hof van Justitie voldoende om de rechtszekerheid te waarborgen?

3.2.5. Welke kracht heeft het algemene vermoeden van artikel 4, lid 2?

3.2.5.1. Huidige situatie

Welk recht moet worden toegepast als partijen geen enkele keuze – uitdrukkelijk noch stilzwijgend – hebben gedaan omtrent het op hun overeenkomst toepasselijke recht? Het verdrag kiest voor het aanknopingsbeginsel: volgens artikel 4, lid 1, wordt de overeenkomst dan beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst is verbonden. De formulering is opzettelijk vaag gehouden en maakt het noodzakelijk de elementen te beoordelen aan de hand waarvan het “zwaartepunt” van de overeenkomst kan worden bepaald. Dit is geen gemakkelijke taak voor de rechter en er bestaat een risico van onzekerheid omtrent de gekozen oplossing.

⁴⁹ Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat het Hof voor recht zou verklaren dat de loutere aanwijzing van de rechter van een land geen rechtskeuze inhoudt, indien die keuze door geen enkel ander element wordt gestaafd.

Om de rechtszekerheid te vergroten en de rechter het toepasselijke recht te helpen vaststellen, wordt in artikel 4, lid 2 een tweede algemeen vermoeden gevestigd volgens hetwelk “*de overeenkomst het nauwst is verbonden met het land waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst haar gewone verblijfplaats heeft*”⁵⁰. De “*kenmerkende prestatie*” is de prestatie die het zwaartepunt van de overeenkomst vormt, in beginsel die waarvoor de betaling verschuldigd is, d.w.z. naar gelang van het type overeenkomst, de eigendomsoverdracht in een koopovereenkomst, de verlening van diensten in een dienstenovereenkomst, het verrichten van vervoer in een vervoersovereenkomst, het verzekeren in een verzekeringsovereenkomst, enz. Artikel 4 leidt derhalve in principe tot de toepassing van het recht van de vestigingsplaats van de verkoper of dienstverrichter.

De rechter kan deze vermoedens evenwel terzijde schuiven “*wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land*” (artikel 4, lid 5). Hij komt dan terug bij de algemene regel, d.w.z. hij moet achterhalen met het recht van welk land de overeenkomst het nauwst is verbonden. Dit mechanisme, dat het mogelijk maakt terug bij de algemene regel uit te komen, wordt “*uitzonderingsbepaling*” genoemd.

3.2.5.2. Ondervonden moeilijkheden

Volgens vele commentatoren van het verdrag dat zou er slechts weldoordacht en zeer zelden gebruik mogen worden gemaakt van de uitzonderingsbepaling van artikel 4, lid 5. Een frequente toepassing van deze bepaling zou immers opnieuw leiden tot onvoorspelbaarheid van het toepasselijke recht, hetgeen het vermoeden van artikel 4 precies beoogt tegen te gaan.

Uit onderzoek van de rechtspraak blijkt echter dat de rechter de uitzonderingsbepaling in verschillende beslissingen *ab initio* heeft toegepast door meteen voor het recht te kiezen dat het best aansluit bij het aanknopingsbeginsel, zonder eerst het vermoeden van lid 2 toe te passen.

3.2.5.3. Mogelijke oplossing

De oplossing is sterk afhankelijk van het doel dat men met de collisieregels wenst te bereiken: de nauwst mogelijke aanknopingsplaats – waarvoor een flexibele bepaling als die van artikel 4, lid 5, het meest geschikt is – of de grootste rechtszekerheid – die het best kan worden gewaarborgd door een strenge toepassing van het vermoeden van artikel 4, lid 2.

Gelet op de letter en de geest van het verdrag kan men redelijkerwijze aannemen dat de rechter in eerste instantie voorlopig van het vermoeden van artikel 4, lid 2, dient uit te gaan. Pas als het aldus aangewezen recht niet geschikt blijkt omdat de andere omstandigheden van het geval duidelijk voor een ander recht spreken, kan de rechter het vermoeden terzijde schuiven. Dat is precies de regel waarvan de Nederlandse Hoge Raad is uitgegaan in een beslissing waarbij hij de rechter verplichtte eerst het vermoeden van artikel 4, lid 2 toe te passen en het aldus verkregen recht pas terzijde te stellen als dit duidelijk niet geschikt was om het concrete geval te beheersen⁵¹.

⁵⁰ Voor bepaalde soorten overeenkomsten (onroerende goederen, vervoersovereenkomsten voor goederen) worden in het verdrag vervolgens bijzondere vermoedens gevestigd (artikel 4, leden 3 en 4).

⁵¹ *Nouvelles des Papeteries de l'Aa tegen BV Machinenfabriek BOA*, Hoge Raad, 25 september 1992: *Indien kon worden vastgesteld welke de kenmerkende prestatie was, bevatte lid 2 de hoofdregel en moest de in lid 5 vervatte uitzondering op die regel derhalve restrictief worden geïnterpreteerd. Lid 2 mocht m.a.w. slechts dan geen toepassing vinden indien het land waar de partij die de kenmerkende*

Om de tekst in die zin te verduidelijken zou de redactie van artikel 4 kunnen worden herzien. Een mogelijke oplossing zou erin bestaan lid 1 gewoon te schrappen om het uitzonderlijke karakter van lid 5 te onderstrepen. Een andere oplossing zou een wijziging van lid 5 zelf zijn. Voorts zou men voor een toekomstig instrument Rome I een voorbeeld kunnen nemen aan het voorontwerp voor een voorstel voor een verordening van de Raad inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (project “Rome II”). Vergeleken bij het verdrag van Rome introduceert de uitzonderingsbepaling van artikel 3, lid 3, van dit voorontwerp twee nieuwe voorwaarden: er wordt enerzijds geëist dat er een “aanzienlijk” nauwere band met het recht van een ander land bestaat, en anderzijds dat “er geen significante band bestaat tussen de onrechtmatige daad en het land waarvan het recht ingevolge de leden 1 en 2 van toepassing zou zijn”.

Vraag 10: Vindt u dat de redactie van artikel 4 moet worden aangepast om de rechter met zoveel woorden te verplichten eerst van het vermoeden van lid 2 uit te gaan en het aldus verkregen recht pas terzijde te stellen als dit duidelijk niet geschikt is om het geval in kwestie te regelen? Zo ja, welke redactie lijkt u het meest geschikt?

3.2.6. *Toepassing van het bijzondere vermoeden dat voor onroerende goederen geldt bij overeenkomsten voor vakantieverblijf (artikel 4, lid 3)*

3.2.6.1. Huidige regeling

Als de overeenkomst een zakelijk recht of een recht tot gebruik van een onroerend goed als voorwerp heeft (bijvoorbeeld een koopovereenkomst, de belofte een appartement te verkopen of te verhuren), wordt vermoed dat zij het nauwst verbonden is met het recht van het land waar het goed is gelegen (artikel 4, lid 3). Een verklaring voor deze regel is de wil waarvan de landen altijd blijk hebben gegeven om gebouwen die op hun grondgebied gelegen zijn te laten beheersen door hun eigen recht, met name omdat onroerend goed belangrijk is voor de maatschappelijke en economische organisatie van het land.

3.2.6.2. Bij de toepassing van dit artikel ondervonden moeilijkheden

Het bijzondere vermoeden dat voor onroerend goed geldt, slaat ook op overeenkomsten van zeer korte duur voor een tijdelijk vakantieverblijf. Nemen wij het voorbeeld van een Duitse verhuurder – particulier of reisorganisatie – die eigenaar is van een woning in het zuiden van Spanje en die deze woning verhuurt aan een Duitse particulier. Als de huurder achteraf een deel van de huur wensen terug te krijgen omdat zij niet tevreden waren over de toestand waarin de woning zich bevond, dan blijkt dat deze tussen twee in Duitsland wonende partijen gesloten overeenkomst uit hoofde van artikel 4, lid 3 door het Spaanse recht wordt beheerst⁵².

prestatie moest verrichten haar gewone verblijfplaats had, in het licht van speciale factoren, “niet echt van tel was als aanknopingspunt”.

⁵² Als de eigenaar zelf een particulier is, is artikel 5 betreffende de bescherming van de consument niet van toepassing. Als de eigenaar een onderneming is, sluit artikel 5, lid 4, onder b), – dat bepaalt dat “de diensten aan de consument uitsluitend moeten worden verstrekt in een ander land dan dat waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft” – in principe de toepassing van het recht van de gemeenschappelijke verblijfplaats uit.

In het toelichtende rapport betreffende het verdrag werd reeds gesuggereerd dat de rechter zich in een dergelijk geval op de uitzonderingsbepaling van artikel 4, lid 5, zou kunnen beroepen. Dat is in een aantal rechterlijke uitspraken ook daadwerkelijk gebeurd⁵³.

Zoals eerder gezegd, bekritisieren een aantal auteurs een al te frequent beroep op artikel 4, lid 5, omdat dit tot een zekere graad van onzekerheid en onvoorspelbaarheid wat betreft het toepasselijke recht leidt.

Overigens is het niet zeker dat deze oplossing strookt met de verordening “Brussel I”, die, in tegenstelling tot het verdrag van Brussel van 1968, specifiek ziet op “*huur en verhuur, pacht en verpachting van onroerende goederen voor tijdelijk particulier gebruik voor ten hoogste zes opeenvolgende maanden*” (artikel 22, tweede alinea). In dat geval en onder bepaalde voorwaarden kunnen de partijen afwijken van de uitsluitende bevoegdheid van de gerechten van het land waar het onroerend goed is gelegen, en de zaak aanhangig maken bij de gerechten van de lidstaat waar eigenaar en huurder hun woonplaats hebben.

3.2.6.3. Mogelijke oplossing

De EUROPESE GROEP INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT stelt voor in artikel 4, lid 3, een bepaling op te nemen betreffende vakantieverblijven, welke geïnspireerd is op die in artikel 22, lid 1, van de verordening “Brussel I” en die als volgt zou kunnen luiden: “*De huur en verhuur, pacht en verpachting van onroerende goederen voor tijdelijk particulier gebruik voor ten hoogste zes opeenvolgende maanden wordt evenwel beheerst door het recht van het land waar de eigenaar zijn gewone verblijf- of vestigingsplaats heeft, mits de huurder of pachter een natuurlijke persoon is en zijn gewone verblijfplaats heeft in hetzelfde land*”⁵⁴. Indien een dergelijke bepaling wordt opgenomen in artikel 4, lid 3, zou de rechter zich steeds nog kunnen beroepen op artikel 4, lid 5, om de rigueur van die regel te verzachten.

Vraag 11: Dient volgens u, naar het voorbeeld van artikel 22, lid 1, tweede alinea, van de verordening “Brussel I”, een bijzondere regel te worden ingevoerd voor vakantieverblijven van korte duur, of is de bestaande regeling toereikend?

3.2.7. Vragen in verband met de bescherming van de consument (artikel 5)

3.2.7.1. Inhoud en toepassingsgebied van de beschermende regels van artikel 5

Sinds de jaren '70 heeft een nieuw bijzonder recht zich sterk ontwikkeld, het consumentenrecht, dat tot doel heeft rekening te houden met de ongelijkheid tussen consumenten en professionele verkopers. Bijzondere regels – zoals de nietigheid van oneerlijke bedingen of de mogelijkheid om een overeenkomst binnen een bepaalde termijn eenzijdig op te zeggen – zijn bedoeld om de consument te beschermen tegen onberaden verbintenissen.

⁵³ BGH, 12 oktober 1998, IPRAx 1990.318: toepassing van het Duitse recht op een overeenkomst waarbij een Duits reisbureau in Frankrijk gelegen vakantieverblijven ter beschikking van haar Duitse cliënteel stelde.

⁵⁴ Er dient evenwel te worden toegezien op het gebruik van een coherente terminologie in beide instrumenten. In artikel 22 van de verordening “Brussel I” is namelijk het begrip “natuurlijke persoon” ingevoerd en dat begrip zou wel eens minder restrictief kunnen blijken te zijn dan het begrip “consument”.

Maar de beschermende regels die gelden in het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, m.a.w. de regels waarvan deze laatste bescherming verwacht, zouden in de internationale of intracommunautaire handel volledig worden ontkracht als ze door de keuze van een buitenlands recht buitenspel konden worden gezet. Ter geruststelling van de consumenten, die een sleutelpositie bekleden in de interne markt en van wier actieve medewerking het succes van die markt afhangt, zijn in het verdrag van Rome bijzondere collisieregels opgenomen.

Artikel 5 is evenwel ook gericht op het bewaren van een zeker evenwicht tussen de partijen. Daarom zijn er ook voorwaarden in opgenomen voor de toepassing ervan.

Artikel 5 stelt een tweevoudige regel: enerzijds wordt de overeenkomst, bij gebreke van een rechtskeuze, beheerst door het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft (artikel 5, lid 3); anderzijds *“kan de rechtskeuze van partijen er niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest welke hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht van het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft”* (artikel 5, lid 2). De toepassing van deze laatste bepaling leidt tot een situatie die *“dépeçage”* wordt genoemd, d.w.z. dat de verschillende onderdelen van eenzelfde contract kunnen worden beheerst door twee of meer rechtssystemen. Zo bevatten overeenkomsten die zijn gesloten tussen een consument die in land A woont en een verkoper die in land B is gevestigd zeer vaak een bepaling die het recht van land B van toepassing verklaart; als de voorwaarden van artikel 5 zijn vervuld, moet de rechter evenwel zekere bepalingen van het recht van land A toepassen, met name de bepalingen van openbare orde en ter bescherming van de consument⁵⁵. In dat geval moet de rechter dus twee verschillende rechtssystemen op één overeenkomst toepassen.

Het toepassingsgebied van de beschermingsregels van artikel 5 is beperkt tot bepaalde soorten overeenkomsten⁵⁶ die in welbepaalde omstandigheden zijn gesloten met consumenten – een welomschreven begrip. Het gaat om drie omstandigheden die er, kort samengevat, op neerkomen dat de *“mobiele consument”*, d.w.z. degene die naar een ander land is gereisd dan het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft om daar een aankoop te doen of gebruik te maken van een dienst, in beginsel – behalve wanneer de grensoverschrijdende reis door de verkoper is georganiseerd – niet beschermd is⁵⁷. Voor de mobiele consument gelden de algemene collisieregels van de artikelen 3 en 4, die doorgaans leiden tot toepassing van het recht van het land waar de verkoper of de dienstverrichter zijn verblijfplaats heeft.

⁵⁵ Het gaat met name om het recht van de consument om de overeenkomst op te zeggen en de bescherming tegen zogenaamde *“oneerlijke bedingen”*, zoals bijvoorbeeld exoneratieclausules, die de professionele verkoper in geval van schade van aansprakelijkheid ontheffen.

⁵⁶ De overeenkomsten waarop artikel 5 van toepassing is, zijn overeenkomsten die betrekking hebben op de levering van roerende lichamelijke zaken of de verstrekking van diensten, alsmede de overeenkomsten ter financiering van dergelijke levering of verstrekking.

⁵⁷ Het gaat meer bepaald om de volgende drie omstandigheden: ten eerste, wanneer de sluiting van de overeenkomst in het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, is voorafgegaan door een bijzonder voorstel (bijvoorbeeld de toezending van een catalogus of het aanbod van een overeenkomst) of reclame (via radio, televisie, gedrukte media, affiches, of op welke wijze ook) en de consument in dat land de voor de sluiting van de overeenkomst noodzakelijke handelingen heeft verricht; ten tweede, wanneer de verkoper de bestelling van de consument heeft ontvangen in het land waar deze laatste zijn gewone verblijfplaats heeft; ten derde, wanneer de handelaar een *“grensoverschrijdende reis”* heeft georganiseerd met het doel de consument tot koop te bewegen.

3.2.7.2. Ondervonden moeilijkheden

De oplossing van artikel 5, die werd uitgewerkt op een moment dat zowel het consumentenrecht als de technieken voor de verkoop op afstand nog in hun kinderschoenen stonden, is het voorwerp van kritiek. Zo heeft Oostenrijk als voorwaarde voor zijn toetreding tot het verdrag van Rome geëist dat er werd nagedacht over de herziening van dit artikel⁵⁸.

Een deel van de rechtsleer is van oordeel dat artikel 5 onvoldoende bescherming biedt aan de zogenaamde “mobiele” consument. Uit een analyse van de rechtspraak blijkt namelijk dat de consument, wanneer de overeenkomst niet is gesloten in de in dit artikel genoemde omstandigheden, kan meemaken dat de overeenkomst wordt beheerst door een buitenlands recht dat geen enkele bepaling omvat die hem bescherming biedt. Zijn situatie wordt nog penibeler als de rechtspraak hem ook de toepassing van de bepalingen van bijzonder dwingend recht ontzegt, zoals bijvoorbeeld in een belangrijke Duitse rechtszaak is gebeurd⁵⁹.

Natuurlijk kunnen alle consumenten die hun verblijfplaats in de Europese Unie hebben zich tegenwoordig dankzij de “consumentenrichtlijnen” beroepen op een communautaire minimumnorm inzake bescherming⁶⁰. Toch mag niet uit het oog worden verloren dat deze richtlijnen slechts bepaalde aspecten van het consumentenrecht bestrijken. Bovendien kunnen er van land tot land altijd verschillen blijven bestaan, met name wanneer een richtlijn niet is omgezet door een lidstaat: aangezien richtlijnen geen rechtstreekse horizontale werking hebben, kan de consument in zijn betrekkingen met de wederpartij zich niet op een niet in het nationale recht omgezette bepaling beroepen⁶¹. Tenslotte wordt door diverse communautaire richtlijnen slechts een minimumnorm inzake bescherming ingevoerd, die niet het niveau haalt van de bescherming die de consument in bepaalde lidstaten wordt geboden.

⁵⁸ Zie hierboven, voetnoot 26.

⁵⁹ Zie het arrest van het Duitse BGH van 19.03.1997, dat in voetnoot 61 wordt aangehaald.

⁶⁰ Zie hierboven punt 3.1.2.

⁶¹ Een dergelijke niet-omzetting van een communautaire richtlijn was juist de oorzaak van twee reeksen “Gran Canaria”-zaken bij de Duitse rechtbanken die met een beslissing van het Bundesgerichtshof werden afgesloten. In de eerste reeks zaken ging het om Duitse toeristen die tijdens een vakantie op het Spaanse eiland Gran Canaria het slachtoffer waren geworden van een Duits bedrijf dat beddengoed fabriceerde. Dit bedrijf had een akkoord gesloten met een Spaans bedrijf dat ter plaatse gratis busexcursies naar een vogelreservaat organiseerde. Tijdens die uitstap werd er reclame gemaakt voor de producten van het Duitse bedrijf en werd aan de toeristen een formulier met een “koopovereenkomst” gegeven, dat dezen ondertekenden zonder dat zij onmiddellijk iets hoefden te betalen. Er stond vermeld dat de klant, als hij terug in Duitsland was, van het Duitse bedrijf een bevestiging van de bestelling zou krijgen. De geschillen zijn gerezen toen sommige toeristen, eenmaal terug in Duitsland, weigerden de prijs te betalen die hun door de Duitse firma werd gevraagd en beweerden hun recht tot opzegging van de overeenkomst uit te oefenen waarin het Duitse recht op grond van Richtlijn 85/577 voorziet. De juridische vraag was welk recht van toepassing was op deze geschillen: het voor de klanten gunstige Duitse recht, of het Spaanse recht, dat in het contract van toepassing werd verklaard en dat, aangezien de genoemde richtlijn op dat moment nog niet door Spanje was omgezet, het recht tot opzegging van de overeenkomst niet kende. In de tweede reeks zaken ging het om Duitse consumenten die men tijdens een reis op de Canarische Eilanden met veel aandrang had proberen te overreden een overeenkomst te ondertekenen voor het verkrijgen van een recht op het gebruik van een vakantiewoning in timesharing. De overeenkomsten, waarvan sommige aan het recht van het eiland Man en andere aan het Spaanse recht waren onderworpen, bevatten een bepaling waardoor de koper afzag van zijn recht op opzegging, waarop hij volgens het Duitse en het gemeenschapsrecht aanspraak kon maken. Het was dus zaak te achterhalen of de consumenten zich, in weerwil van de rechtskeuze in de overeenkomst, op het Duitse recht konden beroepen. Het BGH wees alle argumenten om de toepassing van het beschermende Duitse recht te rechtvaardigen, zelfs als bepalingen van bijzonder dwingend recht, van de hand.

Artikel 5 is tevens het voorwerp van kritiek vanwege de criteria die het hanteert om de consumenten die een bijzondere bescherming verdienen te onderscheiden van de consumenten voor wie de algemene regeling van de artikelen 3 en 4 geldt. Het gaat hier om de toepassingsvoorwaarden van artikel 5⁶². Deze criteria lijken niet meer aangepast aan de nieuwe technieken voor verkoop op afstand. Om te bepalen of een overeenkomst al dan niet binnen het toepassingsgebied van artikel 5 valt, moet steeds een ruimtelijke lokalisatie plaatsvinden van handelingen zoals het maken van reclame, de ondertekening van de overeenkomst, de ontvangst van een bestelling (artikel 5, lid 2). Deze oplossing strookt bovendien niet meer met die van artikel 15 van de verordening “Brussel I”, die voor de toepassing van de bepalingen inzake consumentenbescherming als voorwaarde stelt dat een bedrijf zijn activiteiten richt op de lidstaat waar de consument zijn woonplaats heeft en dat een overeenkomst in het kader van die activiteiten is gesloten, ongeacht op welke wijze de verkoop op afstand plaatsvindt⁶³.

Tenslotte plaatsen sommigen vraagtekens bij het dépeçage-mechanisme. Dit mechanisme geeft niet alleen aanleiding tot vragen van theoretische aard⁶⁴, maar moet ook worden bekeken uit het oogpunt van de praktische problemen die de toepassing ervan door de rechter kan stellen.

3.2.7.3. Mogelijke oplossingen

Bij het beoordelen van de wenselijkheid van een herziening van artikel 5 mag niet uit het oog worden verloren waar het eenieder om te doen is, namelijk aan de ene kant de bescherming van de consument, met name wanneer alle elementen van het geval met het grondgebied van de Unie zijn verbonden, en aan de andere kant de wens om het evenwicht tussen de belangen van partijen te bewaren. Tenslotte zou het beter zijn de toekomstige regels duidelijk, algemeen en zo ruim mogelijk te houden, zodat de partijen van tevoren zeker kunnen weten welk recht op hun contractuele relatie van toepassing is.

De te maken afwegingen dienen zowel betrekking te hebben op de aard van de bescherming die de consument wordt geboden (toepassing van dit of dat recht) als op de criteria om vast te stellen wie de consumenten zijn aan wie de beschermende bepalingen daadwerkelijk ten goede moeten komen, m.a.w. de voorwaarden waaronder de bepalingen worden toegepast.

In dit debat kunnen de volgende mogelijkheden worden overwogen:

- i. Behoud van de huidige regeling in combinatie met een algemene bepaling die de toepassing van de communautaire minimumnorm inzake bescherming garandeert (zie hierboven, punt 3.1.2): hierdoor zouden de gevallen kunnen worden verholpen waarin het gebrek aan bescherming van de communautaire consument het meest schrijnend is. Door in een dergelijke bepaling vast te leggen dat de inhoud van zekere bepalingen van het Gemeenschapsrecht moet worden geëerbiedigd, wordt evenwel nog geen uitspraak gedaan over het toepasselijke recht. Deze oplossing zou dus een

⁶² Zie hierboven, voetnoot 57.

⁶³ Zie gemeenschappelijke verklaring van de Commissie en de Raad betreffende de artikelen 15 en 73 van de verordening “Brussel I”, beschikbaar op: http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil_nl.htm.

⁶⁴ Een van de vragen die het dépeçage-mechanisme oproept is: *quid* wanneer de bepalingen inzake consumentenbescherming in land B gunstiger zijn dan die in land A? Om op die vraag een antwoord te kunnen geven, moet men eerst positie kiezen ten aanzien van de aard van de consumentenbescherming: bestaat die bescherming in de toepassing van een recht dat de consument kent, d.w.z. moet er rekening worden gehouden met zijn rechtmatige verwachtingen, of in de toepassing van een recht dat ten aanzien van de grond van de zaak objectief gezien voor hem het gunstigst is?

heel ander mechanisme invoeren dan dat van collisieregels en zou wellicht een uitzonderlijk karakter moeten hebben. Met name omdat de “consumentenrichtlijnen” nog niet alle aspecten van het consumentenrecht bestrijken, blijft de bescherming op grond van het nationale recht belangrijk.

- ii. Behoud van de huidige regeling, evenwel met een wijziging van de toepassingsvoorwaarden teneinde de mobiele consument, alsmede eventueel de momenteel uitgesloten soorten overeenkomsten, eronder te laten vallen. Men kan immers van oordeel zijn dat de huidige regeling in beginsel bevredigend is en dat kan worden volstaan met een uitbreiding van het toepassingsgebied (zie hierna, punt vi).
- iii. Veralgemeining van de artikelen 3 en 4 van het verdrag, hetgeen zou leiden tot de toepassing van het recht van het land waar de professionele verkoper gevestigd is, als tegenwicht voor de veralgemeende toepassing van de dwingende regels van het land waar de consument zijn verblijfplaats heeft. De EUROPESE GROEP INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT stelt voor de artikelen 3 en 4 van het verdrag toe te passen op consumentenovereenkomsten, in combinatie met een uitbreiding van de huidige regel van artikel 5, lid 2. Dat zou er in de praktijk op neerkomen dat een consumentenovereenkomst wordt beheerst door het recht van het land van de verkoper – ongeacht of partijen al dan niet voor dit recht hebben gekozen – maar dat de rechter in ieder geval de dwingende beschermende regels toepast van het recht van het land waar de consument zijn woonplaats heeft. Deze oplossing zou het voordeel bieden dat de voorspelbaarheid van het toepasselijke recht voor de leverancier wordt vergroot. Om die voorspelbaarheid nog groter te maken zou deze oplossing nog kunnen worden aangevuld met een bepaling volgens welke de toepassing van de dwingende regels van het recht van het land waar de consument zijn woonplaats heeft slechts plaatsvindt onder het voorbehoud dat de leverancier effectief in staat is geweest die woonplaats te kennen (zie hierna, oplossing vii). Deze oplossing zou wel tot een groter aantal dépeçage-gevallen leiden, zodat er een evaluatie zou moeten plaatsvinden van de moeilijkheden die dit in de praktijk zou kunnen meebrengen.
- iv. Voor de oplossingen ii en iii moet worden bepaald wat de “dwingende bepalingen” van het recht van de gewone verblijfplaats van de consument zijn. Er is voorgesteld dat voor de aangelegenheden die op communautair niveau geharmoniseerd zijn, de regels inzake consumentenbescherming die gelden in het recht dat door de partijen is gekozen (meestal het recht van het land waar de professionele verkoper gevestigd is) van toepassing dienen te zijn; de “dwingende bepalingen” van het recht van de gewone verblijfplaats van de consument zouden slechts tot terzijdestelling van het gekozen recht kunnen leiden wanneer er geen communautaire harmonisatie heeft plaatsgevonden.
- v. Stelselmatige toepassing van het recht van de gewone verblijfplaats van de consument: deze oplossing zou het voordeel hebben duidelijk te zijn en zou dépeçage van de overeenkomst overbodig maken. Aldus zou zij bijdragen tot meer rechtszekerheid, alsook tot een snellere afhandeling en lagere kosten van eventuele gerechtelijke procedures; daar zouden beide partijen baat bij hebben. Maar ook in dit geval zou er nagedacht moeten worden over de toepassingsvoorwaarden van een dergelijke regel (zie punt vi).
- vi. Bij de mogelijkheden ii, iii, en v komt steeds weer de vraag naar de toepassingsvoorwaarden naar voren, om een onderscheid te kunnen maken tussen de

consumenten die bij een grensoverschrijdende aankoop bijzondere bescherming genieten en degenen die daarvan uitgesloten zijn⁶⁵. De traditionele benadering waarvoor in het verdrag van Brussel van 1968 en het verdrag van Rome werd gekozen, bestond erin dat men de zaak uit het oogpunt van de consument bekeek, door de bescherming te weigeren aan degenen die welbewust het “risico van de buitenlandse handel” hadden genomen. Zoals eerder gezegd, is dit criterium, uit hoofde waarvan de handelingen van partijen in de ruimte moeten worden gesitueerd, niet meer geschikt voor het tijdperk van de nieuwe technieken voor verkoop op afstand (betaaltelevisie, internet). Een andere oplossing zou kunnen zijn dat voortaan het gedrag van de verkoper als uitgangspunt wordt genomen. Zo zou het toekomstige instrument “Rome I” naar het voorbeeld van artikel 15 van de verordening “Brussel I” de beslissing om een consument van de beschermende regels te laten profiteren afhankelijk kunnen stellen van de dubbele voorwaarde dat, enerzijds, de verkoper zijn activiteiten heeft gericht op de lidstaat waar de consument woonplaats heeft en dat, anderzijds, een overeenkomst op afstand is gesloten die onder die activiteiten valt⁶⁶. Daarbij zou men eveneens kunnen nadenken over de wenselijkheid om een communautaire definitie te geven van de uitdrukking “*zijn activiteiten richten*” op een ander land; die definitie zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit een geheel van indicatoren.

- vii. De invoering van elementen van de zogenaamde schijnleer zou een integrerend onderdeel kunnen vormen van oplossing vi), steeds met het oog op de vaststelling van de voorwaarden voor de toepassing van de bepalingen ter bescherming van de consument. Zo zou in een toekomstig instrument kunnen worden bepaald dat het element van de woonplaats van de consument slechts zal spelen voor zover het bekend was aan de leverancier, of aan deze bekend had moeten zijn gezien het gedrag van de consument. Hierdoor zou de leverancier worden beschermd tegen de toepassing van een buitenlands recht indien de consument hem geen gegevens heeft verstrekt waaruit hij kon opmaken in welk land – niet noodzakelijk met vermelding van het exacte adres – de consument zijn verblijfplaats heeft, met dien verstande dat het aan de leverancier staat de consument de mogelijkheid te bieden dat te doen⁶⁷.

⁶⁵ Er zijn inderdaad gevallen denkbaar waarin de toepassing van het recht van de gewone verblijfplaats van de consument geen haalbare kaart is, bijvoorbeeld wanneer een Belgische toerist op reis in Portugal in een kleine winkel een videocassette koopt die beschadigd blijkt te zijn.

⁶⁶ Zie de verklaring van de Commissie en de Raad over artikel 15 van de verordening “Brussel I” (beschikbaar op: http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/justeiv_conseil/justeiv_nl.pdf), waarin wordt gezegd dat het voor de toepasselijkheid van de bepalingen inzake consumentenbescherming niet voldoende is dat een bedrijf zijn activiteiten op de lidstaat van woonplaats van de consument richt; er moet namelijk ook een overeenkomst zijn gesloten die onder die activiteiten valt. “*Zo is het blote feit dat een website toegankelijk is evenmin voldoende om artikel 15 toepassing te doen vinden; daarnaast moeten de bezoekers van deze website ook worden uitgenodigd om overeenkomsten op afstand te sluiten en moet er daadwerkelijk een overeenkomst op afstand, met ongeacht welke middelen, zijn gesloten. Ook de taal en de munteenheid die in een website worden gebruikt zijn in dit verband geen ter zake doende elementen*”. Bij de in deze verklaring bedoelde websites gaat het niet noodzakelijk om zogenaamde “interactieve sites”: ook sites waar bezoekers worden uitgenodigd bestellingen per fax te doen zijn gericht op het sluiten van overeenkomsten op afstand. Websites die zich weliswaar tot consumenten in de hele wereld richten met de bedoeling informatie over een product te verstrekken, maar die de consument voor het sluiten van een overeenkomst naar een plaatselijke agent of distributeur verwijzen, zijn daarentegen niet op het sluiten van overeenkomsten op afstand gericht.

⁶⁷ Voor een via internet gesloten overeenkomst, bijvoorbeeld, staat het aan de verkoper ervoor te zorgen dat zijn standaardformulier hem in staat stelt de verblijfplaats van de consument te bepalen.

- viii. Een heel andere aanpak zou erin kunnen bestaan zich niet langer af te vragen of een consument al dan niet een bijzondere bescherming verdient, maar een enkele regel vast te stellen voor alle consumenten. Zo is het denkbaar voor alle consumentenovereenkomsten de keuze van een ander recht dan dat van de gewone verblijfplaats van de consument toe te staan. Als tegenwicht zou de keuze strikt worden beperkt tot een keuze voor het recht van het land waar de professionele verkoper gevestigd is. De geldigheid van die keuze zou dan afhangen van de voorwaarde dat de verkoper het bewijs levert dat de consument een geïnformeerde keuze heeft gedaan na van tevoren op de hoogte te zijn gebracht van alle rechten en verplichtingen die voor hem uit de toepassing van dat recht voortvloeien (recht op herroeping, ruilen van het product, duur en voorwaarden van de garantie, enz.). Indien dat bewijs niet is geleverd, zou de rechter hetzij het recht van de consument, hetzij de dwingende bepalingen van dat recht toepassen. Een dergelijke oplossing, voor zover zij gerechtvaardigd zou zijn door het bestaan van een communautaire minimumnorm inzake consumentenbescherming, zou vanzelfsprekend slechts kunnen worden toegepast als de verkoper in een lidstaat domicilie heeft. Een niet-communautaire verkoper zou, als tegenwicht voor de keuze van een ander recht dan dat van de consument, verplicht blijven de dwingende bepalingen van dat recht toe te passen en de verbodskelving van de overeenkomst te aanvaarden.

Ongeacht voor welke oplossing wordt gekozen, mag niet uit het oog worden verloren dat consumentengeschillen slechts zelden voor de rechter worden gebracht omdat het gewoonlijk om geringe bedragen gaat. In dit verband moet ook worden nagedacht over de kwestie van het op consumentenovereenkomsten toepasselijke recht in het kader van de inspanningen die momenteel op het niveau van zowel de lidstaten als de Europese Commissie worden geleverd om alternatieve wijzen van geschillenbeslechting, ook via elektronische weg, aan te moedigen⁶⁸.

Vraag 12: Beoordeling van de regels inzake consumentenbescherming

- A. Wat vindt u van de bestaande regels inzake consumentenbescherming? Vindt u ze, met name in het licht van de ontwikkeling van de elektronische handel, nog adequaat?**
- B. Beschikt u over informatie omtrent het effect van de huidige regels op: a) het bedrijfsleven in het algemeen; b) het midden- en kleinbedrijf; c) de consument?**
- C. Aan welke van de voorgestelde oplossingen geeft u de voorkeur en waarom? Zijn er nog andere oplossingen mogelijk?**
- D. Wat zou volgens u het effect zijn van de verschillende mogelijke oplossingen op: a) het bedrijfsleven in het algemeen; b) het midden- en kleinbedrijf; c) de consument?**

⁶⁸ Zie Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht, COM (2002) 196(01).

3.2.8. *Vragen met betrekking tot de definitie van de term “dwingende bepalingen”*

3.2.8.1. De term “dwingende bepaling” wordt voor verschillende begrippen gebruikt

In artikel 3, lid 3, en de artikelen 5, 6, 7 en 9 van het verdrag wordt over de toepasselijkheid van “dwingende bepalingen” gesproken. Waar gaat het om? Het nationale recht bevat talrijke dwingende bepalingen - ook wel “regels van openbare orde” genoemd - die tot doel hebben de maatschappelijke en economische orde van een land te beschermen. Het gaat om regels waarvan partijen niet bij overeenkomst mogen afwijken, met name de regels tot bescherming van een zwakke partij (consument, werknemer, auteur in uitgeversovereenkomsten, minderjarige, handelsagent)⁶⁹. In een door een vreemd recht beheerste overeenkomst kan een zwakke partij er echter niet zonder meer van uitgaan dat de bepalingen van openbare orde van zijn eigen land van toepassing zullen zijn, tenzij de bijzondere regels van het verdrag (artikelen 5 en 6) daarin voorzien.

De dwingende bepalingen van artikel 7 – ook “bepalingen van bijzonder dwingend recht” genoemd – zijn van een andere aard en spelen slechts in een internationale context mee. Het gaat om normen waaraan een land zoveel belang hecht dat het de toepassing ervan eist zodra het geval enige band met zijn grondgebied heeft, ongeacht het recht dat van toepassing is op de overeenkomst. Het bijzondere aan de bepalingen van bijzonder dwingend recht is dat de rechter zelfs zijn collisieregels niet toepast om na te gaan wat het toepasselijke recht zou zijn en te beoordelen of de inhoud ervan eventueel niet onverenigbaar is met de waarden van het land van de bevoegde rechter⁷⁰, maar ambtshalve zijn eigen rechtsregel toepast. In artikel 7 worden de bepalingen van bijzonder dwingend recht niet opgesomd; iedere rechter moet voor zijn eigen rechtsstelsel bepalen of deze of gene bepaling al dan niet een bepaling van bijzonder dwingend recht is; het antwoord op die vraag ligt niet altijd voor de hand.

Om het verschil tussen regels van interne openbare orde en regels van bijzonder dwingend recht te illustreren kan naar de Franse ontslagwet worden verwezen. Het gaat om een nationale wet van openbare orde, wat normalerwijze betekent dat elke overeenkomst tussen een werkgever en een werknemer waarbij de werknemer afstand doet van de ontslagvergoeding of aanvaardt dat zijn opzegtermijn zonder vergoeding wordt ingekort, nietig is. De Franse rechtspraak heeft echter beslist dat het niet om een wetsbepaling van bijzonder dwingend recht gaat die toepasselijk is ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst⁷¹. Een Franse werknemer wiens arbeidsovereenkomst op wettige wijze aan een buitenlands recht onderworpen is (zie hierna, punt 3.2.9) mag er derhalve niet op rekenen dat de Franse wetgeving inzake ontslag ambtshalve wordt toegepast.

3.2.8.2. Ondervonden moeilijkheden

Volgens sommigen⁷² is men er nog niet uit hoe de dwingende bepalingen van artikel 5 en die van artikel 7 gecombineerd moeten worden: artikel 5 zou een bijzondere toepassing van artikel 7 zijn, want beide artikelen zijn erop gericht het recht dat normaliter van toepassing is terzijde te stellen. Als de voorwaarden van artikel 5 niet vervuld zijn, zou artikel 7 derhalve

⁶⁹ Bijvoorbeeld, in het arbeidsrecht, de regels betreffende veiligheid en hygiëne op de arbeidsplaats, minimumloon, betaalde vakantie of ziekteverlof.

⁷⁰ Het gaat hier om het mechanisme van artikel 16 van het verdrag, dat in afwijkingen wegens onverenigbaarheid met de openbare orde voorziet.

⁷¹ Cour d'appel van Parijs, 22.03.1990, D. 1990, Somm., blz. 176.

⁷² P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP 1991.316.

ook niet kunnen gelden. Deze interpretatie zou ertoe leiden dat de mobiele consument, die reeds verstoken is van de bescherming van de regels van artikel 5, evenmin kan profiteren van de veiligheidsklep die de bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn. De Duitse rechtspraak heeft zich op dat standpunt gesteld⁷³, dat evenwel het voorwerp is van scherpe kritiek van het merendeel van de doctrine.

In het algemeen zij erop gewezen dat het gebruik van dezelfde uitdrukking voor heel onderscheiden begrippen tot een zekere verwarring bij de interpretatie van het verdrag leidt.

3.2.8.3. Mogelijke oplossingen

In een toekomstig instrument zou met zoveel woorden kunnen worden gezegd dat deze beide artikelen niet hetzelfde toepassingsgebied hebben. Artikel 5 wijst (in de omstandigheden die in het artikel worden omschreven) een objectief toepasselijk recht aan waarvan de volgens het interne recht dwingende beschermende bepalingen moeten worden geëerbiedigd. Maar er is geen sprake van interferentie van dit artikel met de eventuele toepassing van bepalingen van bijzonder dwingend recht, een door artikel 7 ingesteld mechanisme ten gunste van wetten waarvan de bepalingen als internationaal dwingende voorschriften worden beschouwd en die derhalve een bijkomende bescherming kunnen bieden indien de territoriale voorwaarden voor de toepassing ervan vervuld zijn.

Het toekomstige instrument “Rome I” zou dus een definitie van het begrip “bepalingen van bijzonder dwingend recht” kunnen geven en zich daarbij eventueel laten inspireren door de definitie die het Hof van Justitie in de zaak-*Arblade* heeft gegeven⁷⁴, volgens welke bepalingen van bijzonder dwingend recht “*nationale bepalingen (zijn) aan de inachtneming waarvan zoveel belang wordt gehecht voor de handhaving van de politieke, sociale of economische organisatie van de betrokken lidstaat, dat zij moeten worden nageleefd door eenieder die zich op het nationale grondgebied van deze lidstaat bevindt en voor elke daarin gesitueerde rechtsbetrekking*”.

In een reactie op de uitspraak van het Hof in de zaak *Ingmar GB Ltd tegen Eaton Leonard Technologies Inc.*⁷⁵ stellen sommigen ook voor in het toekomstige instrument nader te bepalen dat er geen sprake kan zijn van bepalingen van bijzonder dwingend recht als een regel enkel op de bescherming van zuiver particuliere belangen is gericht, in tegenstelling tot wetten die de politieke, economische of sociale orde van een land beschermen.

⁷³ BGH, 19 maart 1997 (zaak VIII ZR 316/96). In dit geval hadden Duitse toeristen, op reis in Spanje, aldaar in dubieuze omstandigheden overeenkomsten ondertekend voor het verkrijgen van een recht op het gebruik van vakantiewoningen in timesharing. De overeenkomsten waren onderworpen aan het recht van het eiland Man of aan het Spaanse recht en bevatten een bepaling waardoor de koper afzag van zijn recht op opzegging. Eenmaal terug in Duitsland, wensten sommige toeristen niettemin het recht op opzegging, waarin het Duitse recht voorziet, te laten gelden. Omdat de toeristen als “mobiele” consumenten niet konden profiteren van de beschermende bepalingen van artikel 5, voerden de lagere rechtbanken aan dat het recht op opzegging van het Duitse recht een bepaling van bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 7, lid 2, van het verdrag was. Deze argumentatie werd verworpen door het Bundesgerichtshof, omdat het Duitse recht slechts toepassing op grond van artikel 7 kon vinden, indien was voldaan aan de voorwaarden inzake verbondenheid met het grondgebied waarin artikel 5, lid 2, voorziet voor de door dit artikel beheerste overeenkomsten. Er zij op gewezen dat de bescherming van de consument tegenwoordig in een dergelijk geval is gewaarborgd door communautaire sectorale richtlijnen.

⁷⁴ HvJEG, arrest van 23.11.1999, gevoegde zaken C-369/96 en C-376/96.

⁷⁵ HvJEG, arrest van 09.11.2000, zaak C-381/98.

In het *Ingmar*-arrest wordt tevens voor recht verklaard dat ook sommige bepalingen van het gemeenschapsrecht een dwingend karakter kunnen hebben. Het zou dienstig kunnen zijn hiervan melding te maken in een toekomstig instrument “Rome I”, naar het voorbeeld van artikel 11, lid 3, van het voorontwerp voor een Verordening van de Raad inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (“Rome II”)⁷⁶.

Vraag 13: Is het wenselijk om de respectieve betekenissen van de in de artikelen 3, 5, 6 en 9, enerzijds, en artikel 7, anderzijds, genoemde “dwingende bepalingen” te omschrijven?

3.2.9. *Onzekerheid omtrent de interpretatie van het begrip “tijdelijke tewerkstelling van de werknemer in een ander land” (artikel 6)*

3.2.9.1. Het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht

Zoals voor de bescherming van de consument, zijn de opstellers van het verdrag voor de bescherming van de werknemer afgeweken van de algemene regels van de artikelen 3 en 4 van het verdrag. Artikel 6, lid 1, is gebaseerd op hetzelfde model als artikel 5, lid 2, eerste alinea: de wilsautonomie wordt niet afgeschaft, hetgeen voor overeenkomsten waarover door leidinggevend personeel wordt onderhandeld niet onbelangrijk is. Deze autonomie is echter beperkt in deze zin dat de keuze van een ander recht dan het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze objectief toepasselijk zou zijn er niet toe kan leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij op grond van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht geniet.

De vaststelling van het objectief toepasselijke recht (artikel 6, lid 2) gaat echter uit van andere beginselen dan artikel 5: terwijl voor dit laatste artikel het recht waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft het toepasselijke recht is – d.i. het recht waarmee de consument doorgaans vertrouwd is en waarvan hij bescherming verwacht –, tracht artikel 6, lid 2, te bepalen met welk recht de overeenkomst het nauwst verbonden is. Artikel 6, lid 2, maakt een onderscheid naargelang de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst zijn arbeid al dan niet gewoonlijk in een zelfde land verricht.

In het eerste geval is het recht van het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht van toepassing. In de tekst wordt benadrukt dat dit ook het geval is wanneer de werknemer *“tijdelijk in een ander land te werk is gesteld”*: wanneer een werknemer voor een bepaalde duur of een specifieke opdracht naar het buitenland wordt gestuurd, vindt er geen wijziging plaats van het op de overeenkomst toepasselijke recht, terwijl bij een definitieve overplaatsing naar het buitenland de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht van het land waar de werknemer te werk is gesteld, aangezien dit het land is waar hij voortaan gewoonlijk zijn arbeid verricht.

Wanneer de werknemer daarentegen zijn arbeid niet gewoonlijk in een zelfde land verricht⁷⁷, is het recht van het land *“waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen”* van toepassing.

In beide gevallen, dus ongeacht of de werknemer zijn arbeid gewoonlijk in een zelfde land verricht, kan het door het verdrag vastgestelde objectieve aanknopingspunt terzijde worden

⁷⁶ Zie voetnoot 5.

⁷⁷ Dit geldt bijvoorbeeld voor de werknemer van een mobiele werkplaats, of een handelsvertegenwoordiger die in verscheidene landen actief is.

gesteld op grond van een uitzonderingsbepaling (artikel 6, lid 2, *in fine*), waardoor de voor de werknemer schadelijke gevolgen van een strikte aanknoping van de overeenkomst met de plaats waar de overeenkomst moet worden uitgevoerd kunnen worden vermeden⁷⁸.

3.2.9.2. Ondervonden moeilijkheden

De beroepsbeoefenaars en de doctrine lijken over het algemeen van oordeel te zijn dat de regels van artikel 6 goed zijn geformuleerd. De analyse van de rechtspraak heeft ook voornamelijk betrekking op de omstandigheden van het geval, die vaak complex en aan interpretatie onderhevig zijn. Er moet niettemin op enkele moeilijkheden worden gewezen. Ten eerste zijn er de reeds genoemde moeilijkheden in verband met de artikelen 3, 4 en 5, die met name betrekking hebben op de vaststelling van de stilzwijgende keuze, op het veelvuldige gebruik van de uitzonderingsbepaling alsook op de wisselwerking tussen de dwingende bepalingen die in artikel 6 zijn vastgelegd en de bepalingen van bijzonder dwingend recht van artikel 7, waarop hier niet zal worden teruggekomen.

Nadere aandacht verdient daarentegen de uitdrukking “tijdelijke tewerkstelling in een ander land”. Uit de analyse van de rechtspraak blijkt, ten eerste, dat de definitie van het “tijdelijke” karakter van de tewerkstelling in een ander land vragen doet rijzen uit het oogpunt van het internationaal privaatrecht en, ten tweede, dat er ook rekening moet worden gehouden met de definitie van de term “terbeschikkingstelling” in Richtlijn 1996/71 van 16 december 1996.

Ten eerste, louter uit het oogpunt van het internationaal privaatrecht bezien, vertrouwt het verdrag de rechter de taak toe om te bepalen vanaf welke duur de tewerkstelling in een ander land haar tijdelijke karakter verliest. De oplossingen zijn derhalve weinig voorspelbaar en kunnen van land tot land verschillen. Deze soepelheid met betrekking tot het toepasselijke recht stelt de rechter echter ook in staat om beter rekening te houden met de concrete omstandigheden van een bepaalde zaak, aangezien “tewerkstelling in een ander land” betrekking kan hebben op zeer verschillende situaties. Zo doet met name tewerkstelling in een ander land binnen een zelfde concern vragen rijzen. Wat gebeurt er wanneer een werknemer naar een onderneming van hetzelfde concern wordt overgeplaatst en met deze onderneming een plaatselijke arbeidsovereenkomst sluit? Soms beschikken de ondernemingen van een concern over reële autonomie en is het mogelijk dat de overplaatsing daadwerkelijk overeenkomt met een nieuwe arbeidsovereenkomst. In andere gevallen wordt de werknemer in dienst genomen door de directie van een concern alvorens door een besluit van diezelfde directie te worden overgeplaatst; in dat geval wordt de nieuwe overeenkomst alleen gesloten ter wille van administratieve vereisten (zo kan een nieuwe overeenkomst bijvoorbeeld noodzakelijk zijn voor het verkrijgen van een werkvergunning).

Vervolgens is er de relatie met de Richtlijn betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten⁷⁹. Hier verplicht artikel 6 ons nogmaals terug te komen op de kwestie van de wisselwerking tussen de algemene collisieregels van het verdrag van Rome en de in de sectorale richtlijnen vervatte regels die een invloed hebben op het toepasselijke recht. Beide instrumenten zijn voor de beroepsbeoefenaars niet alleen onduidelijk wat de toepasselijke regels betreft, maar hanteren

⁷⁸ Zo kan men bijvoorbeeld oordelen dat een overeenkomst die in Frankrijk tussen een Franse werkgever en een Franse werknemer wordt gesloten om twee jaar werk te verrichten in een Afrikaans land, eventueel met de belofte van een nieuwe baan in Frankrijk na het aflopen van de overeenkomst, niet dient te worden beheerst door het recht van het Afrikaanse land waar de overeenkomst moet worden uitgevoerd, maar door het Franse recht, waarmee de overeenkomst het nauwst is verbonden.

⁷⁹ Richtlijn 96/71 van 16 december 1996, PB L 18 van 21.01.1997, blz. 1.

ook verschillende termen – “tewerkstelling in een ander land” in het verdrag en “terbeschikkingstelling” in de richtlijn – die elkaar ook inhoudelijk niet volledig dekken.

Het doel van Richtlijn 1996/71 is te waarborgen dat in geval van “terbeschikkingstelling” van een werknemer bepaalde dwingende bepalingen van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld worden toegepast. Het gaat met name om de regelgeving inzake het minimumloon van de lidstaat waar de diensten worden verricht, maar ook om de regels inzake veiligheid en gezondheid. Bij een te snelle lezing van de richtlijn zou dus de indruk kunnen ontstaan dat de richtlijn niet dezelfde logica volgt als het verdrag, waarvan artikel 6 immers bepaalt dat het statuut van de werknemer niet mag worden gewijzigd door het feit dat hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld. Een diepgaandere analyse maakt echter duidelijk dat de twee instrumenten perfect samengaan. De richtlijn beoogt geenszins het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht te wijzigen in geval van terbeschikkingstelling, maar wel een “harde kern” van dwingende bepalingen vast te leggen die in acht moeten worden genomen tijdens de periode van terbeschikkingstelling in de ontvangende lidstaat, *“ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband”*. De richtlijn moet derhalve worden beschouwd als een verlengstuk van artikel 7 van het verdrag betreffende de bepalingen van bijzonder dwingend recht. Het instrument beoogt aldus een eerlijke mededinging te verzoenen met de rechten van de werknemers op de arbeidsmarkt van de Unie⁸⁰.

Er zou niettemin een zekere verwarring kunnen ontstaan door het feit dat in de twee instrumenten verschillende termen worden gebruikt die elkaar inhoudelijk niet volledig dekken.

In artikel 1, lid 3, van Richtlijn 1996/71 is bepaald dat de regels van de richtlijn van toepassing zijn voor zover er een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de ter beschikking gestelde werknemer bestaat. Wanneer er een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt gesloten met de onderneming waar de werknemer te werk wordt gesteld, is er dus geen sprake van terbeschikkingstelling in de zin van de richtlijn. In het kader van het verdrag daarentegen kan er sprake zijn van tewerkstelling in een ander land, zelfs wanneer de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst sluit in het ontvangende land, bijvoorbeeld in het kader van een concern. In de zin van het verdrag is in de eerste plaats de duur bepalend om een uitzending naar het buitenland te kunnen beschouwen als een “tijdelijke tewerkstelling in het buitenland”, terwijl het criterium van de duur nauwelijks een rol speelt in het kader van de richtlijn.

Aangezien het gaat om twee teksten met een verschillend oogmerk, is het perfect denkbaar dat beide hun eigen terminologie blijven gebruiken. In het Frans wordt echter tweemaal dezelfde term gebruikt (“détachement”, zowel voor “terbeschikkingstelling” als voor “tewerkstelling in het buitenland”). Dit is niet bevorderlijk voor de leesbaarheid van de communautaire wetgeving.

⁸⁰

Er zij aan herinnerd dat de regels van de richtlijn eveneens op niet-communautaire werknemers en werkgevers van toepassing zijn, zodat er geen verschillende behandeling bestaat naargelang de onderneming van herkomst al dan niet in een lidstaat is gevestigd. In de tekst wordt immers verduidelijkt dat buiten de Europese Gemeenschap gevestigde ondernemingen geen gunstiger behandeling mogen krijgen dan op het grondgebied van een lidstaat gevestigde ondernemingen. Derhalve zijn de wettelijke bepalingen van de lidstaten ter uitvoering van de richtlijn zonder onderscheid van toepassing op alle werknemers die op hun grondgebied ter beschikking zijn gesteld, ongeacht het land van herkomst van de werknemer of de werkgever.

3.2.9.3. Mogelijke oplossingen

Om te vermijden dat voor de toepassing van artikel 6 van het verdrag van Rome, de duur van de tewerkstelling in een ander land alleen geval per geval wordt beoordeeld, hetgeen tot onvoorspelbare uitspraken zou leiden, kunnen verscheidene oplossingen worden overwogen:

- i. Beoordeling van het tijdelijke karakter van de tewerkstelling in een ander land aan de hand van de intentie van de partijen, in die zin dat tewerkstelling in een ander land als tijdelijk zou worden beschouwd wanneer zij voor een bepaalde duur of een welomlijnde opdracht is gepland. Deze oplossing, die inhoudt dat de duur van de tewerkstelling in een ander land *ex ante* wordt beoordeeld, is voorgesteld door de EUROPESE GROEP INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT.
- ii. Een andere oplossing zou kunnen zijn dat de rechter de duur van de tewerkstelling in een ander land *ex post* beoordeelt, d.w.z. dat hij de effectieve duur van de tewerkstelling achteraf, geval per geval, eventueel overeenkomstig een in het verdrag vastgelegde duur beoordeelt. De EUROPESE GROEP INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT wijst er echter op dat deze benadering weliswaar het voordeel van voorspelbaarheid biedt, maar dat de vastgestelde termijn onvermijdelijk willekeurig zou zijn en niet voldoende soepel dreigt te zijn gezien de verscheidenheid van situaties.
- iii. Daarenboven zou in het verdrag kunnen worden bepaald dat wanneer een nieuwe overeenkomst met een werkgever van hetzelfde concern wordt gesloten, het niet is uitgesloten dat het om tijdelijke tewerkstelling gaat.

Vraag 14: Is het wenselijk om in artikel 6 preciseringen met betrekking tot de definitie van het begrip “tijdelijke tewerkstelling in een ander land” aan te brengen? Zo ja, welke preciseringen?

3.2.10. Andere vragen met betrekking tot artikel 6

Het verdrag geeft niet aan wat de situatie is van werknemers die hun arbeid verrichten op een plaats die niet onder de soevereiniteit van een staat valt (zeelieden in open zee, piloten). De rechtspraak past gewoonlijk de wet toe van de plaats waar de werknemer in dienst is genomen, in plaats van min of meer kunstmatig de plaats waar de arbeid wordt verricht in een of ander land te lokaliseren.

Sommige lidstaten hebben speciale regels, soms met een unilateraal karakter, waardoor afbreuk wordt gedaan aan de eenvormigheid van de oplossingen (bijvoorbeeld een collisieregel die het recht van de plaats waarvan het schip de vlag voert als het op de zeelieden aan boord toepasselijke recht aanwijst).

Wat tenslotte internationale tele-arbeid betreft, kan men zich afvragen of de plaats waar de arbeidsovereenkomst gewoonlijk wordt uitgevoerd wel een relevant aanknopingspunt is; aanknopingspunt met de plaats waar de belangen van de onderneming geconcentreerd zijn of met de plaats waar het werk wordt ontvangen, kan de werknemer in bepaalde omstandigheden meer bescherming bieden⁸¹. Het laatste lid van artikel 6 lijkt ruimte te laten voor een dergelijke aanknopingspunt, maar volgens sommigen dient hier nader te worden verduidelijkt wat

⁸¹ Bijvoorbeeld wanneer het gaat om de toepassing van de wettelijke bepalingen inzake collectief ontslag, het behoud van de rechten van werknemers in geval van overname van ondernemingen of insolventie van de werkgever.

onder “nauwe verbondenheid” wordt verstaan, waarbij uitdrukkelijk het geval van internationale tele-arbeid wordt vermeld.

Vraag 15: Bent u van mening dat artikel 6 andere wijzigingen moet ondergaan?

3.2.11. Toepassing van buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht (artikel 7, lid 1)

Uit hoofde van het verdrag mag de bevoegde rechter naast zijn eigen bepalingen van bijzonder dwingend recht, m.a.w. de bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land van de bevoegde rechter (zie punt 3.2.8 hierboven), onder bepaalde voorwaarden ook de bepalingen van bijzonder dwingend recht toepassen van andere landen waarmee het geval nauw is verbonden, inclusief landen die geen lidstaten van de Europese Unie zijn. Op het ogenblik van de totstandkoming van het verdrag van Rome ging het hier om een zeer vernieuwende bepaling, waarin het verlangen van de lidstaten tot uitdrukking wordt gebracht om tot op zekere hoogte het wetgevingsbeleid van andere landen, inclusief derde landen, te eerbiedigen. De buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht kunnen in zeer uiteenlopende situaties een rol spelen. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van het House of Lords van 1958 waarin rekening werd gehouden met een Indiase wet die de uitvoer van jute naar Zuid-Afrika verbodt in verband met een overeenkomst die voor het overige aan het Engelse recht was onderworpen⁸².

Tot nu toe is er nog maar zeer weinig rechtspraak met betrekking tot artikel 7, lid 1.

Artikel 22, lid 1, van het verdrag bepaalt dat lidstaten zich het recht kunnen voorbehouden om artikel 7, lid 1, betreffende de buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht niet toe te passen, en het Verenigd Koninkrijk, Luxemburg en Duitsland hebben van deze mogelijkheid daadwerkelijk gebruik gemaakt. Dit belet rechters van deze landen echter niet om eventueel met een buitenlandse bepaling van dwingend recht rekening te houden, maar dan gebeurt dit buiten het kader van het verdrag en de weinige aanvullende preciseringen die daarin zijn vervat.

Voor het geval dat het verdrag van Rome wordt omgezet in een communautair instrument, mogelijk zelfs een verordening, waarbij geen voorbehoud kan worden gemaakt, dient men zich af te vragen wat de toekomst van dit artikel zal zijn.

Vraag 16: Is een regel met betrekking tot buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht volgens u noodzakelijk? Zou het wenselijk zijn nauwkeurigere aanwijzingen met betrekking tot de voorwaarden voor de toepassing van de buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht te geven?

⁸² Zaak *Ragazzoni tegen Sethia*, 1958 [A.C.] 301. In deze beslissing lijkt de Engelse rechter geen gebruik te hebben gemaakt van het begrip buitenlandse bepaling van dwingend recht, aangezien de zaak geruime tijd vóór de inwerkingtreding van het verdrag van Rome plaatsvond, maar het gaat hier om een situatie zoals bedoeld in artikel 7, lid 1, van het verdrag.

3.2.12. *Recht dat de vorm van de overeenkomst beheerst (artikel 9)*

3.2.12.1. Huidige regeling

De vorm van de overeenkomst is elk uiterlijk gedrag dat door het recht wordt voorgeschreven voor degene die een rechtshandeling verricht, zoals bijvoorbeeld het vereiste van een geschrift, een handgeschreven vermelding of een notariële akte. Om de geldigheid van de overeenkomst naar de vorm te bevorderen, voorziet het verdrag in alternatieve mogelijkheden: het is voldoende dat het contract volgens een van de twee rechtsstelsels, te weten het op de overeenkomst zelve toepasselijke recht, vastgesteld op grond van de algemene regels van het verdrag, en het recht van de plaats waar de overeenkomst is gesloten, geldig is. Wanneer de overeenkomst op afstand is gesloten (bijvoorbeeld per fax, post, e-mail) bestaat er voor elke partij bij de overeenkomst een plaats waar de overeenkomst is gesloten, waardoor de kansen worden vergroot dat de overeenkomst naar de vorm geldig is. Door deze oplossing hoeft niet voor of tegen de min of meer kunstmatige lokalisering van een overeenkomst tussen afwezigen te worden gekozen.

3.2.12.2. Ondervonden moeilijkheden

Artikel 9 werd opgesteld voordat het sluiten van overeenkomsten per e-mail een ingeburgerde praktijk was. Maar hoe kan voor iedere partij worden vastgesteld op welke plaats de handeling is verricht – hetgeen een van de door het verdrag geboden alternatieve mogelijkheden is – wanneer het aanbod of de aanvaarding geschiedt door middel van een eenvoudige uitwisseling van e-mails?

3.2.12.3. Mogelijke oplossingen

Overwogen kan worden om een subsidiaire regel vast te stellen voor het geval het niet mogelijk is de plaats van de wilsuiting vast te stellen. Aan de in artikel 9 geboden alternatieve mogelijkheden zou daarom nog een aanvullende mogelijkheid kunnen worden toegevoegd, waarbij naast het op de overeenkomst zelve toepasselijke recht en het recht van de plaats van de wilsuiting ook het recht van de gewone verblijfplaats van degene die de wilsuiting doet, in aanmerking zou worden genomen. Het zou dus voldoende zijn dat de wilsuiting voldoet aan de vormvoorwaarden van een van de drie rechtsstelsels om naar de vorm geldig te zijn. Deze regel zou zonder onderscheid op overeenkomsten die per e-mail worden gesloten en andere op afstand gesloten overeenkomsten van toepassing zijn.

Vraag 17: Dient de collisieregeling inzake de vorm van overeenkomsten te worden gemoderniseerd?

3.2.13. *Het recht dat van toepassing is op de inroepbaarheid van de cessie van schuldvorderingen tegen derden (artikel 12)*

3.2.13.1 Huidige regeling

Cessie van schuldvorderingen is een mechanisme dat, met name in het bankwezen, vaak wordt gebruikt voor verschillende soorten krediettransacties of transacties op het gebied van factoring. Het gaat om een overeenkomst waarbij een schuldeiser, de cedent genaamd, een schuldvordering die hij heeft jegens een schuldenaar van hem, de gecedeerde schuldenaar (debitor cessus) genaamd, overdraagt aan een andere partij, de cessionaris genaamd. Men denke bijvoorbeeld aan een leverancier van onderdelen (de “cedent”) die schuldvorderingen heeft jegens zijn eigen klanten, in dit geval autoconstructeurs (de “gecedeerde schuldenaars”). In plaats van te wachten totdat de constructeurs hem betalen, draagt de leverancier zijn

schuldvorderingen over aan zijn bank (de “cessionaris”) om onmiddellijk het geldbedrag van de betrokken facturen op zijn rekening te krijgen.

Zoals iedere transactie waarbij drie personen zijn betrokken, doet cessie van schuldvorderingen tal van vragen rijzen met betrekking tot het internationaal privaatrecht, aangezien het om drie verschillende rechtsbetrekkingen gaat, die elk aan een ander rechtstelsel onderworpen kunnen zijn. In het bovengenoemde voorbeeld komt de contractuele band tussen leverancier en autoconstructeurs chronologisch het eerst. Op deze schuldvordering, ook “oorspronkelijke schuldvordering” genoemd, wordt later de cessie toegepast. Deze schuldvordering is onderworpen aan haar eigen rechtstelsel, dat op basis van artikel 3 (wilsautonomie) en artikel 4 (nauwste band) van het verdrag wordt vastgesteld.

Dan komt de “overeenkomst van cessie” of “overeenkomst van overdracht” tussen de cedent, in het bovenstaande voorbeeld de leverancier van onderdelen, en de cessionaris, in dit geval de bank. Overeenkomstig artikel 12, lid 1, van het verdrag, wordt ook in dit geval het toepasselijke recht volgens de algemene regels van het verdrag (artikelen 3 en 4) vastgesteld. Bij gebreke van een keuze⁸³ is het toepasselijke recht dus in vele gevallen dat van de cessionaris, die de kenmerkende prestatie moet verrichten⁸⁴. De derde rechtsbetrekking is degene die ontstaat tussen de gecedeerde schuldenaar, in dit geval de autoconstructeur, en de cessionaris, de bank. Volgens het verdrag is op deze overeenkomst hetzelfde recht van toepassing als op de oorspronkelijke schuldvordering. Het verdrag beoogt ook de gecedeerde schuldenaar te beschermen, door te waarborgen dat diens verplichtingen altijd worden beheerst door hetzelfde recht – het enige recht waarvan hij redelijkerwijs moest verwachten dat het van toepassing is – en dat hij geen grotere schuld heeft tegenover de bank dan tegenover de leverancier.

3.2.13.2. Ondervonden moeilijkheden

In het verdrag van Rome wordt de inroepbaarheid van de cessie van schuldvorderingen tegen derden niet uitdrukkelijk behandeld. Het gaat hier om een essentieel vraagstuk, dat bepalend is voor de doeltreffendheid van de cessie en de eigendomsoverdracht. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de leverancier van onderdelen een eigen schuldeiser niet heeft betaald en dat laatstgenoemde beslag legt op zijn bezittingen en schuldvorderingen, inclusief de schuldvorderingen die deel uitmaakten van de cessie aan de bankier. In dat geval moet worden vastgesteld wie – de nieuwe schuldeiser of de bankier – eigenaar is van de betwiste schuldvorderingen. Men kan zich ook voorstellen dat de leverancier zijn schuldvorderingen achtereenvolgens aan twee verschillende banken cedeert om op frauduleuze wijze een hoger krediet te verkrijgen. In dat geval moet worden vastgesteld welke van de twee banken eigenaar is van de schuldvorderingen⁸⁵. Voor zover alle lidstaten deze vragen niet op dezelfde

⁸³ Volgens sommige auteurs zou een cessieovereenkomst in beginsel een stilzwijgende keuze voor het recht van de gecedeerde schuldvordering bevatten. Deze oplossing biedt het voordeel dat de gecedeerde schuldvordering en de cessieovereenkomst aan hetzelfde recht onderworpen zijn. In het geval van de cessie van verschillende schuldvorderingen tegelijk kan deze oplossing er echter toe leiden dat de cessieovereenkomsten tussen de cedent en de cessionaris, die uit economisch oogpunt een enkele transactie vormen, aan verschillende rechtstelsels onderworpen zijn.

⁸⁴ Bij sommige zeer ingewikkelde transacties, bijvoorbeeld een grootschalige krediettransactie, kan de kenmerkende prestatie ook de prestatie van de cessionaris zijn. Het verdrag geeft de rechter dus een zekere beoordelingsmarge om rekening te houden met bijzondere situaties.

⁸⁵ In meer technische termen gaat het hier om de vraag of het verdrag alleen aspecten van het contractueel recht regelt, of ook aspecten van het eigendomsrecht (welk recht bepaalt of de maatregelen inzake voorlichting van de schuldenaar alleen bedoeld zijn voor diens bescherming of ook om de eigendomsoverdracht te bewerkstelligen?).

wijze beantwoorden, is het wenselijk dat zij hetzelfde recht toepassen, om te vermijden dat partijen aan *forum shopping* gaan doen.

Welnu, aangezien noch het verdrag noch de Verordening betreffende insolventieprocedures⁸⁶ collisieregels voorschrijven die expliciet betrekking hebben op de inroepbaarheid van de cessie van schuldvorderingen tegen derden, past iedere lidstaat op dit terrein zijn eigen regels toe, zodat de oplossing sterk verschilt naargelang van de rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt. Deze verschillen zijn des te groter doordat de rechters van sommige lidstaten van oordeel zijn dat hoewel het verdrag dit vraagstuk niet expliciet behandelt, het ter zake niettemin impliciete regels bevat.

3.2.13.3. Mogelijke oplossingen

Het toekomstige instrument zou kunnen aangeven welk recht van toepassing is op de inroepbaarheid van de cessie tegen derden. Er zijn verschillende mogelijkheden denkbaar:

- i. Toepassing van artikel 12, lid 1 (toepassing van het op de cessieovereenkomst toepasselijke recht): deze oplossing is door de Nederlandse rechtspraak gekozen⁸⁷ en biedt ongetwijfeld voordelen in rechtsstelsels waarin het niet gebruikelijk is om de geldigheid van de cessieovereenkomst en de totstandkoming van de eigendomsoverdracht van de schuldvordering als twee aparte vraagstukken te zien.
- ii. Toepassing van artikel 12, lid 2 (toepassing van het op de oorspronkelijke schuldvordering toepasselijke recht): deze oplossing was in het voorontwerp van het verdrag in aanmerking genomen, maar werd uiteindelijk niet in de definitieve tekst overgenomen. De Duitse rechtspraak heeft voor deze oplossing gekozen⁸⁸. Volgens deze oplossing mag de situatie van derden in het algemeen, zoals een schuldeiser van de cedent of een tweede cessionaris van dezelfde schuldvordering, niet worden losgekoppeld van de situatie van de gecedeerde schuldenaar; het op de tegenwerpbaarheid van de overeenkomst toepasselijke recht zou in beide gevallen hetzelfde zijn, waardoor een zekere coherentie in de behandeling van de gehele cessietransactie zou worden gewaarborgd.
- iii. Toepassing van het recht van de woonplaats van de gecedeerde schuldenaar: aangezien de schuldeisers van de cedent niet altijd op de hoogte kunnen zijn van het op de oorspronkelijke schuldvordering toepasselijke recht, stellen sommigen voor om de tegenwerpbaarheid van de cessie te onderwerpen aan het recht van de woonplaats van de gecedeerde schuldenaar. Deze oplossing biedt weliswaar het voordeel dat derden dit recht gemakkelijk kunnen kennen, maar bemoeilijkt de gelijktijdige cessie van meerdere professionele schuldvorderingen wanneer de schuldenaars in het buitenland wonen, doordat de schuldvorderingen, die uit

⁸⁶ Verordening (EG) nr. 1346/2000 van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, in werking getreden op 31 mei 2002. Deze verordening bevat weliswaar geen collisieregels, maar artikel 5 bepaalt niettemin dat de opening van de insolventieprocedure het zakelijk recht van een schuldeiser op de goederen die zich in een andere lidstaat bevinden onverlet laat. Tot deze zakelijke rechten behoort “het exclusieve recht een vordering te innen” (artikel 5, lid 2, onder b)). Daarbij moet worden opgemerkt dat overeenkomstig artikel 2, onder g) van bovengenoemde verordening een schuldvordering zich bevindt “in de lidstaat op het grondgebied waarvan het centrum van de voornaamste belangen van de derdeschuldenaar is gelegen”.

⁸⁷ Hoge Raad, 16 mei 1997, Nederlands Internationaal Privaatrecht 1997, nr. 209.

⁸⁸ Bundesgerichtshof, 8 december 1998, XI ZR 302/97, IPRAX, 2000, blz. 124.

economisch oogpunt één enkele transactie vormen, aan verschillende rechtsstelsels worden onderworpen.

- iv. Toepassing van het recht van de woonplaats van de cedent: deze oplossing voldoet het beste aan het criterium van de voorzienbaarheid voor derden; door het verdrag van de Verenigde Naties inzake de cessie van schuldvorderingen in de internationale handel⁸⁹ werd dan ook voor deze oplossing gekozen.
- v. Met uitzondering van de onder punt ii) genoemde oplossing, hebben al deze oplossingen het nadeel dat ze de inroepbaarheid van de cessie tegen de gecedeerde schuldenaar enerzijds en tegen andere derden anderzijds aan verschillende rechtsstelsels onderwerpen, wat in bepaalde omstandigheden tot een impasse zou kunnen leiden. Er is dan ook gesuggereerd om een materiële rechtsregel vast te stellen op grond waarvan voorrang zou worden gegeven aan degene die als eerste handelt, maar ook rekening zou worden gehouden met de goede of de kwade trouw van de concurrerende schuldeisers.

Vraag 18: Acht u het wenselijk dat in een toekomstig instrument wordt aangegeven welk recht van toepassing is op de tegenwerpbaarheid van de cessie van schuldvorderingen? Zo ja, welke collisieregels beveelt u aan?

3.2.14. Respectieve toepassingsgebieden van de artikelen 12 en 13 betreffende cessie van schuldvorderingen en subrogatie

3.2.14.1 Het subrogatiemechanisme in het verdrag van Rome

Subrogatie is een mechanisme dat niet in alle lidstaten bekend is. Zoals bij de cessie van schuldvorderingen gaat het om een transactie tussen drie personen waarbij een verplichting wordt overgedragen. Er is sprake van subrogatie wanneer degene die de schuldeiser betaalt in de rechten van de schuldeiser treedt, d.w.z. in zijn plaats schuldeiser van de schuldenaar wordt. Subrogatie kan het gevolg zijn van een overeenkomst tussen partijen of van een wettelijke bepaling die subrogatie van rechtswege aan bepaalde handelingen verbindt. Het verdrag van Rome heeft geen betrekking op schenkingen, maar alleen op subrogatoire betalingen die een derde op grond van een verplichting heeft verricht. De vraag of de derde vervolgens in de rechten van de schuldeiser treedt, wordt in beginsel beheerst door het recht dat ook de genoemde verplichting beheerst (artikel 13)⁹⁰.

3.2.14.2. Ondervonden moeilijkheden

Factoring, een belangrijk juridisch mechanisme in het zakenleven, wordt in sommige landen als contractuele subrogatie en in andere landen als cessie van schuldvordering gekwalificeerd. Als gevolg van deze tegenstrijdige kwalificaties is de toepassing van het verdrag mogelijk niet eenvormig. Daarenboven zou volgens sommige auteurs artikel 13 uitsluitend van toepassing zijn op wettelijke subrogatie, en zou contractuele subrogatie onder het toepassingsgebied van artikel 12 vallen.

⁸⁹ Aangenomen door de Algemene Vergadering op 31 januari 2002. Dit verdrag is tot op heden door geen enkele lidstaat ondertekend of geratificeerd. Het bevat ook geen enkel "opt-out"-mechanisme voor artikel 22 met betrekking tot de tegenwerpbaarheid van de cessie, in tegenstelling tot de andere collisieregels die in deze tekst zijn opgenomen.

⁹⁰ De betaling door een borg is een typisch voorbeeld van een dergelijke subrogatoire betaling, en in dat geval wordt de subrogatie dus beheerst door het recht van de borgtochtovereenkomst.

Aangezien de regels van de artikelen 12 en 13 nauw verwant zijn, is het niet zeker dat dergelijke tegenstrijdige kwalificaties ook reële gevolgen voor de praktijk hebben. Men kan zich echter afvragen of deze regel voor de juridische beroepsbeoefenaars voldoende transparant en gemakkelijk toepasbaar is.

Tenslotte pleiten sommigen ervoor om ook subrogatoire betalingen welke zonder verplichting worden uitgevoerd binnen het toepassingsgebied van het verdrag te brengen.

3.2.14.3. Mogelijke oplossingen

De respectieve werkingssfeer van de artikelen 12 en 13 zou nader kunnen worden omschreven. Een andere oplossing zou de samenvoeging van de artikelen 12 en 13 kunnen zijn. Bij gebreke van een verduidelijking zal deze kwestie worden opgelost door de rechter.

Vraag 19: Zou het dienstig zijn de respectieve werkingssfeer van de artikelen 12 en 13 nader te omschrijven? Is het volgens u wenselijk een collisieregels in te voeren voor subrogatoire betalingen welke zonder verplichting worden uitgevoerd?

3.2.15. *Ontbreken van een collisieregels inzake wettelijke schuldvergelijking*

3.2.15.1. Het mechanisme van de schuldvergelijking

Wanneer twee partijen tezelfdertijd elkaars schuldeisers en schuldenaars zijn, vervallen door het mechanisme van de wettelijke schuldvergelijking hun respectieve schulden tot het bedrag van de laagste schuld. Bijvoorbeeld, als Paul 20 € aan Peter verschuldigd is en Peter 10 € aan Paul, dan treedt automatisch het mechanisme van de schuldvergelijking in werking, waardoor de schuld van Peter komt te vervallen en Paul nog 10 € aan Peter verschuldigd is. Het gaat dus om een mechanisme dat verbintenissen teniet doet gaan en dat een belangrijke rol speelt in het dagelijkse zakenleven.

De schuldvergelijking gebeurt ofwel van rechtswege (wettelijke schuldvergelijking), wanneer bepaalde voorwaarden zijn vervuld, ofwel door de wil van partijen (contractuele schuldvergelijking)⁹¹.

3.2.15.2. Ondervonden moeilijkheden

Overeenkomstig artikel 10, lid 1, onder d) van het verdrag worden de verschillende wijzen waarop verbintenissen tenietgaan, waartoe ook de schuldvergelijking behoort, beheerst door het recht dat van toepassing is op de betrokken verbintenis. In deze tekst wordt echter geen rekening gehouden met de moeilijkheden die noodzakelijkerwijs ontstaan wanneer de wettelijke schuldvergelijking wordt toegepast op twee verbintenissen die aan verschillende rechtsstelsels zijn onderworpen. In dergelijke gevallen zou iedere lidstaat zijn eigen collisieregels moeten toepassen. Voor zover deze regels verschillen, bestaat er ter zake dus rechtsonzekerheid.

⁹¹ In geval van contractuele schuldvergelijking, waarbij het m.a.w. om een overeenkomst gaat, wordt het toepasselijke recht vastgesteld volgens de algemene regels van het verdrag (artikelen 3 en 4).

3.2.15.3. Mogelijke oplossingen

Het verdrag zou kunnen bepalen welk recht op wettelijke schuldvergelijking van toepassing is:

- i. Cumulatieve toepassing van de twee betrokken rechtsstelsels: deze regel beschermt weliswaar de belangen van partijen, maar is zeer restrictief.
- ii. Toepassing van het recht dat van toepassing is op de schuldvordering waartegen de schuldvergelijking wordt ingeroepen.

De Verordening betreffende insolventieprocedures⁹², die op 31 mei 2002 in werking is getreden, bevat weliswaar geen collisieregels voor schuldvergelijking in eigenlijke zin, maar heeft daar niettemin bepaalde gevolgen voor. Artikel 6 onderwerpt de schuldvergelijking aan een vergelijkbare regeling als die welke in artikel 5 is vastgelegd voor de cessie van schuldvorderingen: wanneer, op grond van de collisieregels die gewoonlijk van toepassing zijn, het recht op verrekening is toegestaan uit hoofde van een ander nationaal recht dan het op de insolventieprocedure toepasselijke recht, behoudt de schuldeiser uit hoofde van artikel 6 deze mogelijkheid van schuldvergelijking als een verworven recht in de insolventieprocedure. Het verdrag kent deze mogelijkheid echter alleen toe wanneer “de verrekening is toegestaan bij het recht dat op de vordering van de insolvente schuldenaar van toepassing is” (passieve schuldvordering) en geeft derhalve de voorkeur aan bovengenoemde oplossing ii).

Deze regels zijn uiteraard alleen van toepassing op schuldvergelijking die wordt ingeroepen in het kader van een insolventieprocedure en laten in het midden wat het toepasselijke recht is in andere omstandigheden.

Vraag 20: Moet volgens u worden aangegeven welk recht van toepassing is op wettelijke schuldvergelijking? Zo ja, welke collisieregels beveelt u aan?

⁹² Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

BIJLAGE 1

Woordenlijstje internationaal privaatrecht

- Wilsautonomie:** In het internationaal privaatrecht wordt met dit begrip het recht aangeduid dat particulieren hebben om het recht aan te wijzen die op hun rechtsbetrekkingen van toepassing is.
- Internationale bevoegdheidsregels:** Wanneer een geschil een internationaal karakter heeft (bijvoorbeeld omdat partijen een verschillende nationaliteit hebben of niet in hetzelfde land verblijf houden), kunnen meerdere rechtbanken bevoegd zijn om de zaak te berechten. De internationale bevoegdheidsregels stellen criteria vast voor het aanwijzen van het land waarvan de rechtbanken bevoegd zijn om uitspraak te doen over bepaalde geschillen.
- Dépeçage:** Situatie waarin verschillende onderdelen van een overeenkomst met internationaal karakter door het recht van verschillende landen wordt beheerst (zo komt het in de praktijk bijvoorbeeld voor dat een koopovereenkomst onderworpen is aan het Duitse recht, behalve wat betreft de garantieclausule, die aan het Engelse recht onderworpen is).
- Dwingende bepaling:** In het verdrag van Rome wordt de uitdrukking “dwingende bepalingen” in verschillende betekenissen gebruikt: ten eerste in de betekenis van bepalingen van bijzonder dwingend recht*, een begrip dat typisch is voor het internationaal privaatrecht, ten tweede in de betekenis van regels van openbare orde van het nationale recht*.
- Materieel recht:** Het materieel recht staat tegenover het internationaal privaatrecht van een land. Het gaat om alle nationale regels die de rechten en verplichtingen van een persoon in een gegeven juridische situatie vastleggen (bijvoorbeeld de regel volgens welke er van een overeenkomst geen sprake kan zijn als de toestemming van één van de partijen door gebreken is aangetast).
- Bevoegde rechter/forum:** De rechter bij wie een internationaal geschil aanhangig is gemaakt.
- Forum shopping:** Deze term slaat op het gedrag van een persoon die bij een internationaal geschil is betrokken en de zaak aanhangig maakt bij de rechter van een bepaald land, niet omdat die rechter het best in staat is om kennis te nemen van het geschil, maar enkel omdat hij, overeenkomstig zijn collisieregels*, het recht zal toepassen dat voor de betrokken persoon de gunstigste uitkomst belooft.
- Toepasselijk recht/lex causae:** Wanneer een rechtsbetrekking tussen particulieren een

internationaal karakter heeft (bijvoorbeeld omdat deze personen een verschillende nationaliteit hebben, niet in hetzelfde land verblijf houden, aan een internationale handelstransactie deelnemen, etc.), moet worden bepaald welk van de betrokken rechtsstelsels op het geval van toepassing zal zijn. Het toepasselijke recht wordt bepaald overeenkomstig de collisioneregels*.

Bepalingen van bijzonder dwingend recht: Begrip uit het internationaal privaatrecht voor de regels waaraan een land zoveel belang hecht dat het de toepassing ervan eist zodra de juridische situatie met zijn grondgebied is verbonden, ongeacht het recht dat van toepassing is op het geval. Anders dan bij het mechanisme van de exceptie van internationale openbare orde*, stelt de rechter het door zijn collisioneregels* aangewezen recht niet terzijde omdat het strijdig is met de openbare orde, maar past hij ambtshalve zijn eigen regels toe.

Interne openbare orde: Een stel nationale regels van dwingende aard dat tot doel heeft de maatschappelijke en economische orde van een land te beschermen. Het gaat om regels waarvan partijen niet bij overeenkomst mogen afwijken, bijvoorbeeld de regels ter bescherming van een zogenaamde “zwakke partij” (consument, werknemer, minderjarige, enzovoort).

Internationale openbare orde: Het gebeurt soms dat de rechter, na overeenkomstig zijn collisioneregels* het recht te hebben bepaald dat van toepassing is* op een gegeven juridische situatie, van oordeel is dat de concrete toepassing van dit recht tot een resultaat leidt dat niet verenigbaar is met het waardenstelsel van de rechter. In dat geval stelt hij het buitenlandse recht dat normalerwijze van toepassing is terzijde en past hij zijn eigen recht toe. Traditioneel beschikt elke lidstaat over zijn eigen geheel van regels van internationale openbare orde, maar met de verveelvoudiging van het aantal dwingende bepalingen* van communautaire oorsprong ontstaat er momenteel zoiets als een “Europese openbare orde”.

Collisioneregels: Wanneer een rechtsbetrekking tussen particulieren een internationaal karakter heeft, kunnen de rechtsstelsels van meerdere landen tegelijk op het geval van toepassing zijn. Om uit te maken welk van de betrokken rechtsstelsels op het geval van toepassing is, past de rechter zijn collisioneregels toe.

Bilaterale collisioneregels: Het merendeel van de collisioneregels is van bilaterale aard, d.w.z. dat zij evengoed een buitenlands recht als het recht van de rechter kunnen aanwijzen. Een voorbeeld hiervan is de Franse regel volgens welke de rechter om de nationaliteit van het kind te bepalen het recht van de nationaliteit van de moeder moet toepassen. Indien de

moeder Française is, past de Franse rechter het Franse recht toe; indien zij Italiaanse is, past hij het Italiaanse recht toe. Tegenover bilaterale collisieregels staan unilaterale collisieregels.

Unilaterale collisieregels:

Volgens de unilateralistische methode beperkt elk land zich tot het bepalen van de gevallen waarin zijn eigen recht van toepassing is. Dergelijke regels vormen tegenwoordig een uitzondering. Een voorbeeld ervan is artikel 3, lid 3 van het Franse burgerlijk wetboek: *“De wetten betreffende de staat en de bevoegdheid van personen zijn van toepassing op de Fransen, ook wanneer dezen verblijfplaats in het buitenland hebben.”* (een regel die evenwel door de rechtspraak is “gebilateraliseerd”).

BIJLAGE 2

In de sectorale instrumenten van afgeleid recht vervatte collisioneregels en regels die van invloed zijn op het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst⁹³

- Richtlijn betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een lidstaat zijn gebracht (1993/7 van 15 maart 1993)
- Richtlijn “oneerlijke bedingen” (1993/13 van 5 april 1993)
- Richtlijn “timesharing” (1994/47 van 26 oktober 1994)
- Richtlijn “terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten” (1996/71 van 16 december 1996)
- Richtlijn 1997/7 van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten
- Richtlijn 1999/44 van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen
- Tweede richtlijn “schadeverzekering” (1988/357 van 22 juni 1988), zoals aangevuld en gewijzigd door de richtlijnen 1992/49 en 2002/13
- Tweede “levensrichtlijn” (1990/619 van 8 november 1990), zoals aangevuld en gewijzigd door de richtlijnen 1992/96 en 2002/12
- Richtlijn 2002/65 van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten

⁹³ Het gaat om collisioneregels in eigenlijke zin en regels die het territoriale toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht afbakenen; zie ook de voetnoten 31 en 32.