

Internationaal Privaatrecht

Recente ontwikkelingen in het Europese IPR

Geert VAN CALSTER
hoogleraar K.U.Leuven, advocaat te Brussel

Marianne VERHULST
assistent K.U.Leuven

Inleiding

1. De harmonisatie van het IPR tussen de Lid-Staten van de Europese Unie, zet zich voort aan een blijvend opmerkelijk tempo. De meest recente ontwikkeling is de aanvaarding van de 'Rome III' Verordening inzake het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed,¹ het allereerste gebruik van de procedure van nauwere samenwerking uit Artikel 329, lid 1 van het VWEU.² Een goede illustratie van de ruime omvang van de Europese ambities in het IPR is tevens het voorstel van de Commissie voor een Verordening van het Europese Parlement en de Raad betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en authentieke akten op het gebied van erfopvolging en betreffende de instelling van een Europese erfrechtverklaring.³

Deze bijdrage bespreekt de ontwikkelingen in de 3 instrumenten die voor de doorsnee Belgische jurist het belangrijkste contactpunt met het IPR zijn: Brussel I, inzake bevoegdheid en tenuitvoerlegging; Rome I inzake het recht van toepassing op overeenkomsten; en Rome II inzake het recht van toepassing op onrechtmatige daad.

I. De herziening van de Brussel I Verordening

§1. *Weg naar vernieuwing*

2. De rechterlijke bevoegdheid voor burgerlijke en handelszaken in rechtbanken van de EU-lidstaten valt onder de 'Brussel I-verordening'.⁴ Een voorloper van deze Verordening was het gelijknamige Verdrag van Brussel van 27 september 1968, dat algemeen bekend staat als het 'EEX-Verdrag'. Dit was een klassiek instrument van internationaal recht, een Verdrag, bekrachtigd door maar anders buiten het EEG-Verdrag, en was van kracht geworden op 1 februari 1973. Toen de opeenvolgende lidstaten zich aansloten bij hun toetreding tot de Gemeenschap werd het EEX-Verdrag een keer op keer geamendeerde tekst. De Verdragen van Lugano (een versie van 1988 en een versie van 2007) werden parallel ontwikkeld, eerst met het EEX-verdrag en daarna met Brussel I. Zij zijn van toepassing tussen de EU en de meeste lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie, maar zullen hier niet nader worden besproken. Ook de specifieke situatie van Denemarken en het Verenigd Koninkrijk en Ierland zal

¹ Nog niet gepubliceerd op het ogenblik van opmaak van de bijdrage; beschikbaar op de website van de Raad: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/nl/10/st17/st17523.nl10.pdf>.

² De Verordening verbindt enkel de Lid-Staten betrokken bij de nauwere samenwerking: België, Bulgarije, Duitsland, Spanje, Frankrijk, Italië, Letland, Luxemburg, Hongarije, Malta, Oostenrijk, Portugal, Roemenië en Slovenië. Andere kunnen zich later nog aansluiten.

³ COM(2009) 154.

⁴ Verordening 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PbL 012 van 16 januari 2001, p1.

hier niet aan bod komen. Het eerste heeft immers een vrij inflexibele opt-out op EU IPR-bedongen, de twee andere een flexibeler opt-in.

Overeenkomstig artikel 73 Brussel I moest haar werking uiterlijk vijf jaar na de inwerkingtreding te worden geëvalueerd door de Commissie in de vorm van een verslag, eventueel gepaard met een voorstel tot wijziging. Voor de opstelling van dit verslag heeft men een empirische en statistische studie (de 'Heidelberg-studie') uitgevoerd over de werking van deze Verordening in de Lid-Staten, bovenop een onderzoek naar de noodzaak de tekst aan te passen aan een reeks internationale ontwikkelingen. Een en ander had tot gevolg dat het verslag met twee jaar vertraging is opgesteld.⁵ De uitkomsten van de Heidelberg studie waren min of meer verrassend positief, met andere woorden de auteurs van de studie stelden geen grote wijzigingen voor, enkel relatief minimale bijsturing ter correctie van schoonheidsfoutjes.⁶

Op 21 april 2009 stelde de Commissie op basis van deze empirische studies een verslag en een groenboek voor over het functioneren van de huidige regels, waarin ze tevens een publieke vragenronde lanceert. Het Groenboek werd opgesteld aan de hand van acht aandachtspunten en vragen. Het Europese Parlement heeft op zijn beurt geantwoord op de punten die de Commissie aanhaalt, in een niet-bindende Resolutie,⁷ die echter uiteraard eens het Groenboek gepromoveerd tot wetgevend voorstel, de richting bepaalt die het Parlement wellicht uitwil in de Medebeslissingsprocedure.

Op 14 december 2010 is dit Groenboek omgezet in een 'Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken'.⁸ Dit voorstel heeft niet alle punten van het Groenboek overgenomen maar focust op de vier belangrijkste probleempunten die de Commissie na de consultatie wezenlijk genoeg achtte om er voorstellingen tot wijziging voor te maken.

⁵ Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM (2009) 174 definitief, p 2; deze studie staat in het algemeen bekend onder de naam van haar uitvoerders, het 'Hess, Pfeiffer, Schlosser Rapport', of nog korter, het 'Heidelberg' rapport, Study JLS/C4/2005/03

http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf

⁶ Groenboek over de herziening van Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM(2009) 175.

⁷ Resolutie van het Europees Parlement van 7 september 2010 over de uitvoering en herziening van Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, 2009/2140 (INI).

⁸ COM (2010) 748.

§2. Voorstellen van de Commissie tot vernieuwing

A. De afschaffing van hindernissen in verband met erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen

1. Huidige stand van zaken

3. Een erkenning van een buitenlandse beslissing komt erop neer dat de lidstaat die erkent de inhoud van dit vonnis als juridische waarheid beschouwt. Hierdoor krijgt het buitenlandse vonnis bindende kracht ook buiten het grondgebied van die Staat.⁹ Althans binnen het toepassingsgebied van Brussel I gebeurt deze erkenning quasi automatisch, zonder enige vorm van proces, met een beperkt arsenaal aan weigeringsgronden.¹⁰ Tenuitvoerlegging of exequatur van een buitenlandse beslissing wil zeggen dat men effectief het juridische apparaat van de Lid-Staat (bijvoorbeeld beslagprocedures etc.) inschakelt om praktische gevolgen te hechten aan de buitenlandse beslissing. Artikel 38 e.v. Brussel I bepalen dat rechterlijke beslissingen enkel in een andere lidstaat ten uitvoer kunnen worden gelegd indien deze daar uitvoerbaar zijn verklaard aan de hand van een zogenaamde 'exequaturprocedure'.

2. Groenboek Commissie

4. In een interne markt zonder grenzen valt dit exequatur bij de tenuitvoerlegging van vonnissen en andere authentieke instrumenten volgens de Commissie maar moeilijk te verdedigen. Het is immers onlogisch dat goederen, diensten, personen en kapitaal vrij kunnen circuleren, maar dat de rechterlijke ondersteuning hier belemmeringen ondervindt. Uit studie blijkt dat de meeste exequatur procedures positief worden uitgesproken en dat betwistingen over tenuitvoerlegging zelden succesvol zijn. Toch brengen deze vaak hoge kosten met zich mee en nemen ze veel tijd in beslag.¹¹ Dit kan ervoor zorgen dat personen minder gemakkelijk buitenlandse vonnissen zullen laten erkennen en tenuitvoerleggen. De Commissie maakte zich daarom sterk dat de exequaturprocedures eigenlijk overbodig waren. Het haalde ook inspiratie uit bestaande reglementeringen: Intermediaire maatregelen zijn bijvoorbeeld reeds afgeschaft voor de tenuitvoerlegging van niet-betwiste schuldvorderingen;¹² ook Verordening 4/2009 in verband met onderhoudsverplichtingen heeft in artikel 17 het exequatur afgeschaft voor betwiste en niet-betwiste schuldvorderingen. In beide gevallen is een 'heroverweging' van de buitenlandse rechterlijke be-

⁹ M. PERTEGÁS, S. BRIJS en L. SAMYN (eds.), *Betekenen en uitvoeren over de grenzen heen*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 91.

¹⁰ Art 34 en 35 Brussel I Verordening; M. PERTEGÁS, S. BRIJS en L. SAMYN (eds.), zie noot 9, 91.

¹¹ Verslag bij het Groenboek, zie noot 5, 2.

¹² Dit is de zogenaamde Europese Executoriale Titel (EET), ingevoerd door Verordening nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, *PB*. 30 april 2004, L143; Voor meer uitleg hierover zie M. PERTEGÁS, S. BRIJS en L. SAMYN (eds.), zie noot 9, 137.

slissing mogelijk zodat de rechten van de partijen gewaarborgd kunnen worden zonder dat de onmiddellijke erkenning en ten uitvoerlegging in het gedrang komt.¹³ Het is in de visie van de Commissie mogelijk om de exequaturprocedure af te schaffen mits de invoering van een heroverwegingsprocedure.

3. Reactie Europees Parlement

5. Het Europees Parlement erkende de noodzaak van afschaffing van het exequatur voor buitenlandse vonnissen, maar eiste wel voldoende bescherming voor de partij tegen wie het vonnis ten uitvoer wordt gelegd. Het Parlement stelde een speciale geharmoniseerde procedure voor, met een beperkte termijn. Beroep op deze procedure mag enkel in uitzonderlijke gevallen die in de Resolutie worden opgesomd¹⁴ en die in wezen neerkomen op een inperking van de bestaande in Brussel I opgenomen weigeringsgronden. In verband met de onmiddellijke erkenning van authentieke instrumenten was het Parlement minder meegaand. Hier staat het Parlement voor dat er een meer omvattende mogelijkheid moet bestaan (breder dan enkel strijdigheid met de openbare orde) om deze aan te vechten voor de rechtbank van de lidstaat waar erkenning wordt verzocht – mede omwille van uitgebreide mogelijkheden van fraude doch ook van strijdigheid met latere rechterlijke beslissingen.

4. Voorstel Commissie

6. In navolging van de argumenten in haar Groenboek meent de Commissie alsnog dat er voldoende juridische samenwerking en wederzijds vertrouwen is tussen de lidstaten en stelt daarom voor om principieel de intermediaire procedures voor de erkenning en tenuitvoerlegging af te schaffen — steeds uiteraard enkel voor zover de materie valt binnen de werkingssfeer van de Verordening — behalve voor precies deze 2 materies waar er overweldigende aanwijzingen

13 Artikel 19 Verordening 4/2009 en artikel 19 EET-Verordening; Heroverweging wordt gezien als een soort ultiem rechtsmiddel en kan hier enkel indien de verweerder niet is verschenen voor de rechtbank wiens vonnis erkend en ten uitvoer wordt gelegd en indien hij niet tijdig is verwittigd van het stuk dat de zaak inleidt of indien hij door overmacht de aanspraak op levensonderhoud niet heeft kunnen betwisten. Het is dus een procedure voor de verweerder die zijn verweer niet heeft kunnen voeren. Deze weigeringsgrond is ook opgenomen in artikel 34 Brussel I, maar enkel in verband met de erkenning van buitenlandse beslissingen.

14 (a) erkenning is klaarblijkelijk in strijd met de openbare orde in de lidstaat waar uitvoering gevorderd wordt; (b) het oordeel is bij verstek gewezen, het document dat aanleiding tot de procedure gegeven heeft, of een gelijkwaardig document, zijn de verweerder niet bijtijds verstrekt om hem de nodige schikkingen voor zijn verdediging te laten treffen, tenzij hij nagelaten heeft om met een vordering de uitspraak aan te vechten op het ogenblik dat de gelegenheid zich voorgedaan heeft; (c) de uitspraak is niet te verenigen met een uitspraak in een geschil tussen dezelfde partijen in de lidstaat waar de erkenning gevraagd wordt, en (d) de uitspraak is onverenigbaar met een eerdere uitspraak over hetzelfde onderwerp en met dezelfde partijen in een andere lidstaat of een derde land, als de eerdere uitspraak aan de voorwaarden voor erkenning in de aangezochte lidstaat voldoet.

zijn van precies een gebrek aan juridische samenwerking, vertrouwen en harmonisatie: in het voorstel wordt de exequaturprocedure behouden voor beslissingen in smaadzaken, waarbij een persoon aanvoert dat de media inbreuk hebben gemaakt op zijn persoonlijkheidsrechten of persoonlijke levenssfeer, en voor beslissingen inzake collectieve schadevergoedingsvorderingen.

7. In alle andere domeinen zal de afschaffing van het exequatur gepaard gaan met procedurele beschermingsmechanismen die de verweerder in uitzonderlijke gevallen kan invoeren.¹⁵ Ten eerste kan hij in de lidstaat waar de beslissing geveld is deze beslissing betwisten indien hij kan bewijzen dat hij niet op een juiste manier kennis heeft gekregen van de opening van een proces. Ten tweede krijgt hij een rechtsmiddel in de lidstaat waar de erkenning gevraagd wordt. Daar kan hij invoeren dat hij zijn verdediging niet juist heeft kunnen voeren en dat hij dus geen eerlijk proces heeft gekregen in de andere lidstaat. Ten derde kan hij de tenuitvoerlegging laten stoppen in een lidstaat indien deze in strijd zou zijn met een eerdere beslissing in de lidstaat waar de erkenning is gevraagd of, mits voldaan is aan bepaalde voorwaarden, in een andere lidstaat. Deze inperking van de weigeringsgronden zit op het spoor van wat het Parlement voorstond, doch gaat op 1 belangrijk punt verder: nl de afschaffing van de inhoudelijke openbare orde als weigeringsgrond.

Daarnaast voorziet het voorstel ook in standaard formulieren die moeten ingevuld worden door de rechtbank zodat de andere lidstaten op een snellere manier de nodige voorwaarden, zoals bescherming van de rechten van verdediging, voor erkenning en tenuitvoerlegging kunnen nagaan. Op deze manier worden ook de vertalingskosten verminderd.

B. Werking van de Verordening in de internationale rechtsorde

1. Huidige stand van zaken

8. De Commissie's aandacht in haar Groenboek en in het voorstel tot wijziging, voor de werking van de Verordening in de internationale rechtsorde, spitst zich volledig toe op de beweerde problematiek van de ongelijke behandeling van de *eisers* die in de Europese Unie woonplaats hebben en die buiten de hypothese van de artikelen 22 en 23 afhankelijk zijn van het *nationale* IPR voor de forumbeoordeling ten aanzien van verweerders die geen woonplaats in de EU hebben.

Brussel I is van toepassing in drie gevallen:

1. de verweerder in de rechtszaak heeft zijn woonplaats in een lidstaat. Zijn nationaliteit is irrelevant – net als de nationaliteit en de woonplaats van de eiser; of
2. een rechtbank in een lidstaat heeft exclusieve bevoegdheid op basis van één van de gronden opgesomd in artikel 22, ongeacht de woonplaats van de partijen; of

¹⁵ Zoals gegarandeerd in artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

3. minstens één van de partijen (die de eiser kan zijn) heeft zijn woonplaats in één van de lidstaten en er werd een geldige keuze van forumclausule gemaakt overeenkomstig artikel 23.

Indien enkel de eiser zijn woonplaats heeft in de EU kan hij niet op basis van dezelfde artikels gebruik maken van Brussel I en zal het nationale IPR moeten beslissen of er al dan niet een bevoegdheid is, behalve indien het gaat om een exclusieve bevoegdheid of forumkeuze. Dit kan uiteraard leiden, gezien vanuit het oogpunt van de eiser, tot ongelijke toegang tot de rechter aangezien de toegang tot de rechter verschillend wordt geregeld in de lidstaten.

2. Groenboek Commissie

9. Volgens de Commissie zouden zowel verweerders als eiser met een woonplaats in de EU wat ze noemt 'gelijke' (doch ze bedoelt: 'identieke') toegang moeten hebben tot de rechter. De Commissie stelde dan ook voor te onderzoeken — doch van haar eigen standpunt maakte zij geen geheim: verruimen, die handel! — in hoeverre de bevoegdheidsregels verruimd moeten worden tot verweerders die buiten de EU wonen of in hoeverre er nieuwe aanvullende bevoegdheidsgronden ingevoerd moeten worden. Bij dit laatste denkt ze aan drie mogelijke gronden. Indien het gaat om een geschil over de uitoefening van bepaalde activiteiten kan de bevoegdheid gebaseerd zijn op de uitoefening van deze activiteiten. Indien het gaat om vermogensbestanddelen kan er gekeken worden naar de locatie daarvan. De Commissie denkt ten slotte ook aan een *forum necessitatis*. Dit komt neer op een procedure die gestart kan worden in een lidstaat die nauw verbonden is met het geschil, indien er geen andere lidstaat bevoegd is en indien in een derde staat ook geen procedure opgestart kan worden.

Indien er op basis van deze grondslagen binnen de EU procedures gevoerd kunnen worden, kunnen deze samenlopen met procedures in derde landen. Hier moeten ook oplossingen voor worden bedacht. Eventueel moet de rechtbank van een lidstaat zich onbevoegd kunnen verklaren indien een rechtbank van een derde land exclusief bevoegd is. Daarnaast moeten er volgens de Commissie gemeenschappelijke regels komen voor de erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen van derde landen.

3. Reactie Europees Parlement

10. Het Parlement vindt o.i. zeer terecht dat de Europese Commissie op dit vlak nog verdere studies moet voeren. Verder stelt het ook dat de Commissie dit punt op een globale manier moet aanpakken, parallel met het Haags Verdrag inzake bedingen van forumkeuze.¹⁶ Het parlement verwijst ook naar het Verdrag van Lugano als voorbeeld en verkiest de weg van de internationale onderhandelingen boven een eenzijdig Europees initiatief.

¹⁶ Verdrag inzake bedingen van forumkeuze, 's-Gravenhage, 30 juni 2005; Dit verdrag is gesloten in het kader van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht.

4. Voorstel Commissie

11. De Commissie stelt in het licht van haar Groenboek verschillende aanpassingen voor om wat ze noemt de werking van de Verordening te verbeteren op internationaal vlak, door de mogelijkheden om verweerders buiten de EU in een lidstaat te berechten uit te breiden. Ten eerste breidt het voorstel zondermeer de bijzondere bevoegdheidsregels uit tot verweerders zonder woonplaats in de EU.¹⁷ Met name de bijzondere bevoegdheidsgrond inzake overeenkomsten (artikel 5) alsook de beschermende regimes ten aanzien van consumenten, werknemers en verzekerden komen hiermee binnen het bereik van eisers die procederen tegen niet in de EU gedomicilieerde verweerders.

Vervolgens creëert de Verordening ook twee bijkomende bevoegdheidsgronden voor betwistingen met verweerders gedomicilieerd buiten de EU: een *activa* regel, en een *forum necessitatis*. Een niet-EU verweerder kan — steeds volgens het voorstel van de Commissie — ook voor de rechtbank worden gebracht van de lidstaat waar zijn roerende goederen liggen, indien de waarde van deze activa overeenkomt met de waarde van de schuldvordering en indien het geding een voldoende nauwe band heeft met de lidstaat van de bevoegde rechtbank. Het aanwezig zijn van activa vormt dus een tegengewicht voor het 'afwezig' zijn van de verweerder, en garandeert tevens een efficiënte afdwining. Ten tweede stelt de Commissie voor een op de *rule of law* gebaseerde *forum necessitatis* in te voegen: een rechtbank van een lidstaat zou ook bevoegd zijn indien de natuurlijk bevoegde rechtbank in een derde Staat geen eerlijk proces kan garanderen en indien het geschil een voldoende band heeft met deze lidstaat.¹⁸ Op deze manier zouden Europese investeringen moeten worden gestimuleerd in landen die onvoldoende bescherming bieden in hun rechtssysteem.

Het voorstel werkt tot slot ook een *lis pendens* regeling uit voor geschillen die gelijktijdig aanhangig zijn in rechtbanken binnen en buiten de EU. Indien het geschil eerst aanhangig was gemaakt bij een rechtbank buiten de EU kan de rechtbank binnen de EU de zaak aanhouden indien de eerst gevatte rechtbank binnen een redelijke termijn zal beslissen. Op deze manier worden parallelle procedures vermeden.

C. Forumkeuze

1. Huidige stand van zaken

12. Partijen kunnen in onderlinge overeenkomst afwijken van de bevoegdheidsregels door het sluiten van een forumbeding volgens de voorwaarden van artikel 23 (met strengere voorwaarden voor de beschermde categorieën). Re-

¹⁷ Zoals vermeld zijn de exclusieve bevoegdheidsgronden sowieso woonplaats neutraal; was de regeling inzake forumkeuze ook al van toepassing indien enkel de eiser woonplaats heeft in de EU; en geldt vrijwillige verschijning ook ten aanzien van verweerders met woonplaats buiten de EU.

¹⁸ Dit kan gezien worden als een "*forum necessitatis*".

gels van aanhangigheid¹⁹ en samenhang²⁰ kunnen deze keuze *de facto* echter teniet doen. Indien de zaak eerder aanhangig gemaakt wordt bij een andere rechtbank dan diegene waarvoor gekozen is, kan dit, door de regel van aanhangigheid, de voortgang van de procedure voor de gekozen rechtbank belemmeren.²¹

2. Groenboek Commissie

13. De Commissie signaleert een aantal mogelijke oplossingen.

Het louter niet toepassen van de regels van aanhangigheid en samenhang in geval van forumkeuze is een extreme oplossing die niet zal leiden tot de gewenste resultaten, aangezien parallelle procedures kunnen leiden tot tegenstrijdige uitspraken. De regels van aanhangigheid en samenhang zouden wel buiten toepassing kunnen gelaten worden indien het gaat om enerzijds een procedure ten gronde en anderzijds een procedure die enkel een declaratoire uitspraak wil verkrijgen, namelijk een vonnis ter vaststelling van een bepaald recht. In dit geval zouden beide procedures naast elkaar kunnen bestaan.

Een andere oplossing kan bestaan in het voorrang geven van de door het forumbeding aangewezen rechtbank. Deze zal dan eerst zelf moeten zien of ze bevoegd is en alle andere rechtbanken moeten hun uitspraak aanhouden tot deze bevoegdheid vaststaat. Dit is reeds van toepassing indien geen van beide partijen hun woonplaats in de EU hebben en zou dus eventueel kunnen uitgebreid worden.²² Er zou ook aanvullend gebruik kunnen gemaakt worden van schadevergoedingen indien een van de partijen tegen het forumbeding in ergens anders de zaak aanhangig maakt louter om de hele zaak te vertragen. Ten slotte brengt de Commissie ook de oplossing van een standaard-forumkeuzebeding naar voor, hetgeen rechtbanken moet toelaten sneller te beslissen over het feit of ze al dan niet bevoegd zijn.

¹⁹ Artikel 27 Brussel I: De regel van aanhangigheid houdt in dat indien er voor rechten van verschillende lidstaten zaken aanhangig zijn tussen dezelfde partijen die over hetzelfde onderwerp gaan en berusten op dezelfde oorzaak, de rechtbank die het laatste is aangesproken zijn zaak aanhoudt totdat de bevoegdheid van de eerste rechtbank vaststaat. Indien dit vaststaat moet de laatste rechtbank zich onbevoegd verklaren.

²⁰ Artikel 28 Brussel I: De regel van samenhang bepaalt dat indien vorderingen bij rechtbanken van verschillende lidstaten een dermate nauwe band hebben dat het wenselijk is dat ze samen berecht worden, de laatste rechtbank zijn uitspraak aanhouden, of kan er in eerste aanleg op verzoek van de partijen overgegaan worden tot verwijzing naar het gerecht waar de zaak het eerste is aangebracht.

²¹ Dit is de zogenaamde "torpedo-action"; Voorstel Brussel I, zie noot 8, 3; zie HvJ C-116/02, *Gasser v. MISAT Srl*, 2003, *Jur. H.v.J.* 2003, I-14693. De rechtbank die als eerste is gevat krijgt voorrang bij het bepalen van zijn bevoegdheid. Dit is niet verbonden aan een termijn.

²² Artikel 23.3 Brussel I.

3. Reactie Europees Parlement

14. Het Europees Parlement steunt de idee dat partij autonomie enorm belangrijk is en dat dit voorrang moet krijgen. Ze deelt de mening dat de in een forumbeding aangewezen rechter bevrijd moet zijn van de verplichting om zijn zaak aan te houden in het geval van een 'torpedo action'. Alle geschillen over bevoegdheid moeten daarenboven snel afgehandeld worden via tussenvonnis. Er zou volgens het Parlement ook een bepaling in de Verordening moeten komen over de tegenwerpelijkheid van forumbedingen tegen derden.

4. Voorstel Commissie

15. Om het forumbeding meer kracht bij te zetten geeft het voorstel van de Commissie voorrang aan de rechtbank die gekozen is door de partijen. Deze rechtbank mag dan als eerste beslissen of hij al dan niet bevoegd is, ongeacht of een andere rechtbank al dan niet eerst gevat is. De andere gevatte rechtbank moet dus zijn beslissing aanhouden totdat de gekozen rechtbank uitspraak heeft gedaan over zijn bevoegdheid. Daarnaast wordt er ook een geharmoniseerde regeling uitgewerkt over het recht van toepassing voor de bepaling van de geldigheid van forumbedingen, waardoor deze op een eenduidige wijze worden beoordeeld. Hiervoor wordt verwezen naar het recht van de gekozen rechtbank. Deze aanpak wordt reeds toegepast in het Haags verdrag inzake bedingen van forumkeuze.²³ Het was ook de bedoeling van de Commissie om zich te inspireren op dit verdrag zodat dit de ratificatie van dit verdrag door de EU zou vergemakkelijken.²⁴

D. Het raakvlak tussen de Brussel I-Verordening en arbitrage

1. Huidige stand van zaken

16. Tot op heden is arbitrage uitdrukkelijk uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Brussel I Verordening.²⁵ De erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale uitspraken worden immers beheerst door het Verdrag van New York²⁶ waarbij alle lidstaten partij zijn en dat sinds lang door de Europese Instellingen als een prima instrument wordt beschouwd. Nochtans wordt het toepassingsgebied van de Brussel I Verordening vaak zo ruim uitgelegd dat beslissingen waarin een arbitrale uitspraak is opgenomen meestal wel onder de Verordening vallen.²⁷ Ook voorlopige maatregelen in verband met arbitrale uitspraken kun-

²³ Verdrag van 's-Gravenhage, 30 juni 2005.

²⁴ Samenvatting van de effectenbeoordeling, begeleidend document bij het voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, SEC(2010) 1548 definitief.

²⁵ Artikel 1.2.d Brussel I.

²⁶ Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechtelijke uitspraken gedaan te New York op 10 juni 1958.

²⁷ Verslag bij het Groenboek, zie noot 5, 10.

nen op deze manier onder de Verordening vallen indien het voorwerp van het geschil onder de Verordening valt.²⁸ De onzekerheid inzake de behandeling van arbitrage in Brussel I veroorzaakt problemen van coördinatie tussen rechterlijke procedures en arbitrageprocedures.

2. Groenboek Commissie

17. De Commissie stelt voor om gerechtelijke procedures ter ondersteuning van arbitrage uitdrukkelijk onder de Brussel I Verordening te laten vallen zodat er één bevoegde rechtbank aangeduid kan worden, met een voorkeur voor exclusieve bevoegdheid voor de rechtbank van de plaats van het arbitragetribunaal inzake materies over het bestaan, de geldigheid, en de draagwijdte van de arbitrageovereenkomst.²⁹ Bij procedures ter ondersteuning van arbitrage kan men denken aan voorlopige maatregelen die tijdens het arbitrage proces kunnen worden gevraagd aan de rechter, rechterlijke beslissingen die een arbitrageovereenkomst inhouden of beslissingen over het bestaan, de geldigheid en de draagwijdte van arbitrageovereenkomsten. Door het onderbrengen van deze procedures in Brussel I worden alle artikels van de Verordening op deze procedures in verband met voorlopige maatregelen van toepassing. Dit zal ook de kans verkleinen dat een arbitrageovereenkomst in de ene lidstaat geldig wordt verklaard en in een andere lidstaat ongeldig is. Alsook zou de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale beslissingen gemakkelijker verlopen en dus meer geldingskracht krijgen.

3. Reactie Europees Parlement

18. Het Parlement verzet zich hevig tegen het plan arbitrage, zelfs gedeeltelijk, op te nemen in Brussel I. Er zou volgens het Parlement ook een bijkomende clause moeten komen die toelaat om een beslissing niet te erkennen indien de rechtbank die de beslissing neemt, wanneer ze uitspraak doet over de geldigheid van een arbitrageclause, een regel van arbitragerecht van de lidstaat waar erkenning gezocht wordt miskent, tenzij de toepassing van beide rechtstelsels tot hetzelfde resultaat leiden.

²⁸ HvJ C-391/95, *Van Uden*, *Jur. H.v.J.* 1998, I-07091; HvJ C-185/07, *West Tankers*, 2009, *Jur. H.v.J.* 2009, I-663.

²⁹ Dit wordt bekritiseerd door M. GEORGE, *Brussels I review – Illmer and Steinbrück on the interface between Brussels I and Arbitration*, 24 juni 2009, www.conflictflaws.net. Exclusieve bevoegdheid is enkel geschikt voor enkele maatregelen, zoals het aanwijzen van een arbiter, maar niet voor allemaal. Voor maatregelen in verband met het vergaren van bewijsmateriaal zou, wegens redenen van efficiëntie, de rechtbank van de plaats waar dit bewijs gelegen is bevoegd moeten zijn. Deze auteur stelt ook voor om inzake het bestaan, de geldigheid of de draagwijdte geen exclusieve bevoegdheid toe te wijzen, maar indien er parallelle procedures ontstaan over deze materies, de rechtbank van de plaats van de arbitrage voorrang te geven. Dit geeft ook voldoende bescherming tegen torpedo-acties.

4. Voorstel Commissie

19. Na de publieke vragenronde is de Commissie tot het besluit gekomen dat de opheffen van de uitsluiting van materies in verband met arbitrage niet de beste oplossing is om arbitrage meer slagruimte te geven. Arbitrage wordt nog steeds uitgesloten in artikel 1, maar de Verordening maakt wel een uitzondering voor de artikels 29, §4 en 33, §3. In plaats van de uitsluiting erkent de Commissie als grootste probleem het risico op tegenstrijdige parallelle procedures, net als bij forumkeuzes en aanhangigheid. Doordat de regels van arbitrage niet opgenomen zijn in de Brussel I-Verordening kan dit immers leiden tot parallelle procedures, waaraan de Commissie wil verhelpen door een transparante en voorspelbare coördinatie te organiseren tussen gewone rechterlijke procedures en arbitrageprocedures.

Daarom wil ze rechtbanken verplichten hun procedure te schorsen indien hun bevoegdheid betwist wordt op grond van een arbitrageovereenkomst en indien een arbitragetribunaal of een rechtbank van die lidstaat reeds gevat is. Hierdoor zal dus het arbitragetribunaal voorrang krijgen. Deze schorsing dient ook te gebeuren indien een gerechtelijke procedure is begonnen in verband met de overeenkomst tot arbitrage in de lidstaat van de zetel van het arbitragetribunaal. Deze rechtbank krijgt dus voorrang om uitspraak te doen over de materie.

E. Voorlopige maatregelen

1. Huidige stand van zaken

20. Voorlopige maatregelen kunnen gevraagd worden in een andere lidstaat dan diegene bij wie het bodemgeding aanhangig is. Om een volledige uitwerking te hebben moeten deze voorlopige maatregelen in andere lidstaten afdwingbaar zijn. Doordat er nog veel verschillen bestaan tussen de nationale wetgevingen wordt het 'vrij verkeer van voorlopige maatregelen' echter gehinderd. Overeenkomstig rechtspraak van het Hof zijn maatregelen 'ex parte'³⁰ uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Verordening.³¹ Het is echter niet duidelijk of dergelijke maatregelen wel onder de Brussel I Verordening vallen indien de verweerder naderhand de mogelijkheid heeft deze maatregelen aan te vechten.³²

Over voorlopige maatregelen om bepaalde gegevens en bewijs te verkrijgen, bijvoorbeeld door het gelasten van een verhoor of het verkrijgen van een huiszoekingsbevel, besliste het Hof van Justitie dat deze niet onder het begrip 'voorlopige maatregel' vallen.³³ Het zou echter beter zijn indien deze maatregelen wel binnen de Verordening zouden vallen en zouden worden toegekend

³⁰ Dit zijn maatregelen die gevraagd worden door één partij zonder medewerking en medeweten van de andere partij. De verweerder wordt dus niet gedagvaard.

³¹ HvJ Denilauler C-125/79, *Jur. H.v.J.* 1980, I-1553.

³² Verslag bij het Groenboek, zie noot 5, 9.

³³ HvJ St. Paul Dairy C-104/03, *Jur. H.v.J.* 2005, I-3481.

aan de rechter van de lidstaat waar deze gegevens verzameld moeten worden.³⁴

2. Groenboek Commissie

21. De Commissie stelt voor om artikel 31 Brussel I te verduidelijken wat betreft voorlopige maatregelen ex parte. Deze zouden onder het toepassingsgebied van de Verordening kunnen vallen en dus de mogelijkheid krijgen om in een andere lidstaat te worden erkend en ten uitvoer gelegd indien de verweerder de mogelijkheid krijgt deze maatregelen te betwisten.³⁵ Voorts zou de rechter van het bodembeding bevoegd moeten zijn om de voorlopige maatregelen, die ingesteld zijn door een andere rechter, in te trekken of te wijzigen indien deze niet langer nodig zijn. Het is aangewezen dat beide rechtbanken hierin samenwerken. Indien exequatur wordt afgeschaft moet overigens ook artikel 47 Brussel I worden aangepast. Dit artikel zegt dat er tijdens de periode nodig voor erkenning en tenuitvoerlegging voorlopige maatregelen gevraagd kunnen worden.

3. Reactie Europees Parlement

22. Het Parlement verkiest voorlopige maatregelen gericht op het verzamelen van bewijs wel onder de Verordening te laten vallen omdat dit zorgt voor een betere toegang tot justitie. Het verkrijgen van deze maatregelen moet mogelijk zijn bij de rechtbanken van de lidstaten waar dit bewijs verkregen moet worden, ook al is dit niet de lidstaat waar de zaak ten gronde wordt behandeld. Het Parlement verwierpt de visie van de Commissie dat de rechter van het bodembeding de mogelijkheid moet krijgen om voorlopige maatregelen van een andere rechter aan te passen of in te trekken. Dit zou het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen rechtbanken, zoals beschreven in de Verordening, niet dienen.

4. Voorstel Commissie

23. De Commissie volgt in essentie haar Groenboek en stelt vrije circulatie voor van alle uitspraken over voorlopige maatregelen door rechtbanken die bevoegd zijn voor het bodembeding, inclusief de maatregelen ex parte. Indien deze maatregelen echter zijn uitgesproken door een andere rechtbank dan diegene die bevoegd is voor het bodembeding, zijn deze helemaal niet vatbaar voor erkenning in een andere lidstaat, dit ter voorkoming van rechtsmisbruik en forumshopping.

³⁴ Verslag bij het Groenboek, zie noot 5, 9.

³⁵ Dit is reeds mogelijk in artikel 9.4 Richtlijn 2004/48/EG betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten.

§3. Overige punten van vernieuwing in het Groenboek

24. Naast de punten die het Voorstel van de Commissie heeft overgenomen vermeldt het Groenboek nog andere punten van de Brussel I-Verordening die verbeterd kunnen worden. Ze hebben dus niet hun weg gevonden in het voorstel van de Commissie doch in de behandeling van het voorstel door Parlement en Raad is het niet uitgesloten dat een aantal van hen worden opgevoerd.

Hieronder met name de behandeling van industriële eigendom. De bescherming van octrooien verloopt ingewikkeld en traag. In elke lidstaat waar een schending van het octrooi is gebeurd moet een afzonderlijke procedure gestart worden, hetgeen leidt tot verschillende parallelle procedures. Omdat het niet tussen dezelfde partijen gaat, namelijk omdat de schender iemand anders is, kan deze procedure niet samengevoegd worden.³⁶ Dit alles leidt tot het verminderde gebruik van octrooien in Europa. Het is ten eerste duur en tijdrovend om een octrooi aan te vragen in meerdere landen, en daarnaast is het nog eens duur en tijdrovend om deze octrooien ten volle te beschermen. Dit zwakt be-
weerdelijk innovatie af.³⁷ In haar Groenboek erkent de Commissie de noodzaak aan een doeltreffende handhaving van industriële eigendomsrechten en meent dat "*actie genomen (moet) worden om een eenvoudig, kosteneffectief en kwalitatief hoogwaardig 'one-stop-shop' octrooisysteem in Europa te realiseren, zowel voor de bestudering en de verlening als de procedures na de octrooiverlening, waaronder geschillenbeslechting*".³⁸

Bij afwezigheid van een gemeenschappelijk, betaalbaar Gemeenschapsoctrooi of een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting kunnen volgens de Commissie bepaalde probleempunten opgelost worden via aanpassingen in de Brussel I Verordening.

De coördinatie van de verschillende parallelle procedures kan gebeuren door een versterkte samenwerking tussen de procedures, alsmede door de afschaffing van de regel van aanhangigheid wanneer een van de procedures een louter declaratoire uitspraak wenst.

Indien er meerdere procedures tegen inbreuken door verschillende personen worden gevoerd kunnen deze eventueel worden samengevoegd, indien al deze schenders deel uitmaken van een groep van bedrijven die op gecoördineerde wijze handelen. De bevoegde rechtbank zou dan diegene zijn van de lidstaat waar de schender de activiteiten coördineert – niet altijd een makkelijke afweging.

II. De werking van de Rome I-Verordening

25. De Rome I Verordening bepaalt het toepasselijke recht van toepassing op overeenkomsten gesloten na 17 december 2009 en vervangt hiervoor het Ver-

³⁶ Verslag bij het Groenboek, zie noot 5, 8.

³⁷ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad – Verbetering van het octrooisysteem in Europa, COM(2007) 165 definitief, 2.

³⁸ Mededeling in verband met de verbetering van het octrooisysteem in Europa, zie noot 37, 3.

drag van Rome van 1980.³⁹ Het EVO Verdrag zal dus nog een tijdje een uitdovend karakter hebben. De Rome I-Verordening is inhoudelijk niet revolutionair verschillend van EVO. De globale structuur is overgenomen van het EVO verdrag. De Verordening heeft hier en daar een aantal moeilijkheden uit het EVO opgelost en inhoudelijk een paar zaken aangepast en toegevoegd.⁴⁰ De voorname taak was echter het scheppen van meer duidelijkheid en het in lijn brengen van het EVO Verdrag met de Brussel I-Verordening.⁴¹ Ook het Hof van Justitie zal een ophelderende rol spelen door zijn mogelijkheid tot het beantwoorden van prejudiciële vragen over de Rome I-Verordening.⁴² Een paar aandachtspunten:

§1. Toepassingsgebied

26. De Verordening is in tegenstelling tot het EVO Verdrag niet van toepassing op Denemarken. Indien het gaat om relaties tussen EU-lidstaten en Denemarken moet nog steeds het EVO worden toegepast, omdat Denemarken daar wel partij bij is.⁴³ Het Verenigd Koninkrijk en Ierland hebben geopteerd om wel partij te zijn bij de Verordening.⁴⁴

Net zoals het EVO Verdrag is de Rome I-Verordening enkel van toepassing op burgerrechtelijke verbintenissen of handelsverbintenissen. Zaken over douane, fiscaliteit of administratie vallen buiten de Verordening.⁴⁵ De verbintenissen moeten ook een interstatelijk aspect hebben. Louter interne aangelegenheden vallen niet onder de Rome I-Verordening. Het aanduiden van een buitenlands recht is echter voldoende om een interstatelijk aspect te hebben.⁴⁶

In het tweede lid worden alle uitgesloten aangelegenheden opgesomd. Een groot deel hiervan is overgenomen van het EVO Verdrag en wordt verduidelijkt. Anders dan het EVO Verdrag sluit de Rome I-Verordening uitdrukkelijk

³⁹ Artikel 28 Rome I-Verordening.

⁴⁰ Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan, COM(2002) 654 definitief, 19; L. STRIKWERDA, *De overeenkomst in het IPR, Praktijkreeks IPR*, Antwerpen, Maklu, 2010, 95.

⁴¹ J. ERAUW, "Aansprakelijkheid en contracten onder de nieuwe regels van internationaal privaatrecht", *De Verz.* 2009, 9; J. DE MEYER, "Verbintenissen uit grensoverschrijdende overeenkomsten. Algemeen regime inzake het toepasselijk recht na de Rome I-Verordening", *NJW* 2008, 869; B. VOLDERS, "Nieuw verwijzingsrecht voor grensoverschrijdende overeenkomsten", *RW* 2009-10, 643.

⁴² Het Hof kon slechts vanaf 1 augustus 2004 prejudiciële vragen beantwoorden over het EVO omdat dan pas de Protocollen in werking zijn getreden die het Hof uitleggingsbevoegdheid gaven; V. VAN EECKHOUT, "Alle wegen leiden naar Rome (I), alle wegen vertrekken vanuit Rome (I)!", *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2009, 9.

⁴³ Artikel 24 Rome I-Verordening; J. DE MEYER, zie noot 41, 858.

⁴⁴ Deze landen hebben een keuzerecht. Ze werken niet mee aan samenwerking in justitiële en burgerlijke zaken, behalve indien ze kiezen om dit toch te doen; J. DE MEYER, zie noot 41, 856; B. VOLDERS, zie noot 41, 643.

⁴⁵ Artikel 1.1 Rome I.

⁴⁶ B. VOLDERS, zie noot 41, 644.

precontractuele aangelegenheden uit.⁴⁷ Deze materie wordt bestempeld als buitencontractueel onder de Rome II-Verordening. De grens tussen precontractueel en contractueel moet echter bepaald worden door het recht dat van toepassing zou zijn op het contract, mocht dit ontstaan zijn.⁴⁸

Indien de Rome I-Verordening van toepassing is, regelt het er door aangeduide toepasselijke recht het bestaan,⁴⁹ de uitlegging, de nakoming, de gevolgen en het tenietgaan van de overeenkomst.⁵⁰

§2. *Rechtskeuze als uitgangspunt met bijkomende beperking*

27. Het uitgangspunt van de Rome I-Verordening blijft, net zoals in het EVO Verdrag, dat partijen bij een overeenkomst vrij zijn zelf het toepasselijke recht te bepalen.⁵¹ Er moet eerst en vooral gekeken worden of er een rechtskeuze gemaakt is alvorens over te gaan tot de objectieve verwijzingsregels.⁵² De rechtskeuze kan uitdrukkelijk of stilzwijgend worden gedaan en kan zowel op het moment van het sluiten van de overeenkomst gebeuren als achteraf. Uit een loutere forumkeuze kan geen stilzwijgende keuze voor het recht van dat land worden afgeleid, maar dit kan wel een element zijn in het bewijs om daartoe te besluiten.⁵³

Het gekozen recht mag zowel het recht van een EU lidstaat, als van een niet-lidstaat zijn.⁵⁴ De Europese Commissie stelde ook voor om partijen eventueel de mogelijkheid te geven om een niet-statelijk recht te kiezen.⁵⁵ Dit werd echter niet overgenomen in de Rome I-Verordening waardoor niet-statelijk recht niet kan worden gekozen. In overweging 13 van de Verordening staat wel dat partijen kunnen verwijzen naar niet-statelijk recht, maar het zal dus afhangen van het recht van toepassing op hun overeenkomst of dit uitwerking heeft.⁵⁶

⁴⁷ Artikel 1.2.i Rome I.

⁴⁸ Dit recht moet worden gevonden door de toepassing van de regels van de Rome I-Verordening en op basis hiervan moet dan nagaan worden in welke mate er sprake kan zijn van een toestemming van beide partijen om een contract te sluiten.

⁴⁹ Artikels 10, 11 en 13 Rome I-Verordening.

⁵⁰ Artikel 12 Rome I-Verordening, letterlijk overgenomen van artikel 10 van het EVO Verdrag.

⁵¹ J. DE MEYER, zie noot 41, 860; L. STRIKWERDA, zie noot 40, 111; B. VOLDERS, zie noot 41, 649.

⁵² Met uitzondering van consumentenovereenkomsten waar vrije rechtskeuze slechts in secundaire orde aan bod komt; art 6 Rome I-Verordening; J. DE MEYER, zie noot 41, 860.

⁵³ Overweging 12 preambule Rome I.

⁵⁴ Art 2 Rome I-Verordening; J. DE MEYER, zie noot 41, 856.

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, COM(2002) 654 definitief, 26; Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), COM(2005) 650 definitief, 5; De keuze van een niet-statelijk recht werd aanvaard in Nederland: Hoge Raad 26 mei 1989, *NJ* 1992, 105; Hoge Raad 5 januari 2001, *NJ* 2001, 391.

⁵⁶ Het zal dus afhangen of het desbetreffende land partij is bij het verdrag of internationale organisatie waarnaar verwezen wordt. België is bijvoorbeeld lid bij het

Indien er Europese materiële regels in verband met verbintenissen zouden komen⁵⁷ kunnen deze regels wel bepalen dat partijen deze regels mogen aanwijzen als toepasselijk recht.⁵⁸

Hoewel de keuzevrijheid het uitgangspunt is worden hieraan een paar beperkingen gesteld. De Rome I-Verordening voegt nog een nieuwe beperking toe. Wanneer twee mensen van dezelfde nationaliteit een overeenkomst sluiten die enkel aanknopingspunten heeft binnen hun eigen lidstaat, en ze daarbij het recht kiezen van een andere lidstaat, dan blijven regels van dwingend recht van hun eigen lidstaat van toepassing.⁵⁹ In een interne aangelegenheid kan er dus niet volledig ontsnapt worden aan het eigen recht door het maken van een rechtskeuze.⁶⁰

De Rome I-Verordening voegt hieraan nog een nieuwe beperking toe. Indien het een overeenkomst is die aanknopingspunten heeft met één of meerdere EU lidstaten blijven de 'Europese' regels van dwingend recht gelden ook als de partijen het recht van een land buiten de EU kiezen. Deze beperking staat niet in het EVO. De bevoegde rechter moet dus Europese bepalingen waarvan niet kan worden afgeweken toepassen op geschillen die hij moet beslechten, in zoverre dat die Europese bepalingen in zijn eigen recht geïmplementeerd zijn.⁶¹ In zoverre deze Europese regels rechtstreeks toepasselijk zijn is een implementatie niet nodig om de regels toe te passen.

§3. Toepasselijk recht bij gebreke aan rechtskeuze

28. Rome I heeft voor acht categorieën van overeenkomsten expliciet bepaald wat het toepasselijke recht is, zonder dat volgens de gewone regel gekeken moet worden naar de kenmerkende prestatie.⁶² Voor deze acht overeenkomsten wordt door alle rechters dezelfde prestatie als de 'kenmerkende' prestatie beschouwd, hetgeen uiteraard de rechtszekerheid dient.⁶³

Indien een overeenkomst niet onder een van deze acht valt of indien het onder meerdere soorten valt, verwijst Rome I naar de algemene regel die ze uit het EVO heeft overgenomen, namelijk het recht van het land waarmee zij het nauwst mee verbonden is. Het EVO duidde geen vaste plaats aan maar maakte hier een vaag vermoeden van. Dit kwam de rechtszekerheid niet ten goede.⁶⁴ De Rome I-Verordening verandert dit vermoeden in een vaste definitie die de plaats waar de overeenkomst het nauwste mee verbonden bepaalt als zijnde

Weens Koopverdrag. Indien het Belgische recht van toepassing is zal dit Verdrag uitwerking krijgen.

⁵⁷ De zogeheten "Common Frame of Reference (CFR)".

⁵⁸ Overweging 14 Rome I-Verordening; J. DE MEYER, zie noot 41, 861; B. VOLDERS, zie noot 41, 651.

⁵⁹ Artikel 3.3 Rome I-Verordening en artikel 3.3 EVO.

⁶⁰ L. STRIKWERDA, zie noot 40, 122.

⁶¹ B. VOLDERS, zie noot 41, 650.

⁶² Artikel 4.1 Rome I-Verordening.

⁶³ J. DE MEYER, zie noot 41, 863.

⁶⁴ Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan, COM(2002) 654 definitief, 28.

"de gewone verblijfplaats van de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten".⁶⁵ Dit wil niet zeggen dat er op deze manier geen afwijkende rechterlijke beslissingen meer genomen kunnen worden. Het hangt immers nog steeds van het individueel oordeel van de rechters af om te bepalen wat de 'kenmerkende prestatie' is.⁶⁶ Indien de rechter niet kan besluiten wat de kenmerkende prestatie is wordt er toch teruggegrepen naar de plaats waar de overeenkomst het nauwste mee verbonden is. De regel van het EVO Verdrag keert hier dus terug.⁶⁷

Het begrip 'gewone verblijfplaats' wordt gedefinieerd in artikel 19 van de Rome I-Verordening. Omdat deze term autonoom moet ingevuld worden en dus niet op basis van het nationale recht van de lidstaten uitgelegd kan worden moet er gekeken worden naar de rechtspraak van het Hof van Justitie. Indien men verschillende arresten samen leest komen we tot de conclusie dat het Hof deze plaats omschrijft als een permanent centrum van zijn belangen dat een vast karakter heeft.⁶⁸ In realiteit komt dit neer op een feitenkwestie.

Niet zoals het EVO behoudt de Rome I-Verordening een 'ontsnappingsclausule' waarbij het door de regels aangewezen recht niet of niet helemaal moet worden toegepast. Artikel 4, derde lid Rome I dat zegt dat indien men door de toepassing van de algemene regels tot een bepaald toepasselijk recht komt, maar in-

⁶⁵ Dit werd ook voorgesteld in het Groenboek. In plaats van een vermoeden te gebruiken dat gemakkelijk ter zijde kon geschoven worden wou de Europese wetgever dat de rechter in eerste instantie van dit vermoeden moet uitgaan, en slechts in uitzonderlijke gevallen hiervan mag afwijken; Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan, COM(2002) 654 definitief, 29; Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), COM(2005) 650 definitief, 6.

⁶⁶ J. DE MEYER, zie noot 41, 864.

⁶⁷ J. DE MEYER, zie noot 41, 865.

⁶⁸ HvJ C-297/89, Rigsadvokaten v. Nicolai Chirstian Ryborg, 1991, *Jur. H.v.J.* 1991, I-1943 (Dit was een arrest over fiscale vrijstellingen, maar in de desbetreffende richtlijn wordt het begrip 'gewone verblijfplaats' uitgelegd als " voortdurend centrum van levensbelangen van de betrokkene"); HvJ C-452/93, Pedro Magdalena Fernandez v. Commissie, 1994, *Jur. H.v.J.* 1994, I-4295 (In dit arrest ging het over bezoldiging van ambtenaren. Het Hof definieerde 'gewone verblijfplaats' als " de plaats waar de betrokkene het permanente centrum van zijn belangen heeft gevestigd met de bedoeling daaraan een vast karakter te verlenen"); HvJ C-262/99, Paraskevas Louloudakis v. Elliniko Dimosio, 2001, *Jur. H.v.J.* 2001, I-5547 (Het Hof bepaalde hier de 'gewone verblijfplaats' als " de plaats is waar het permanente centrum van zijn belangen is gelegen"); HvJ C-392/05, Georgios Alevizos v. Ypourgos Oikonomikon, 2007, *Jur. H.v.J.* 2007, I-3505 ("Bij de bepaling van de gewone verblijfplaats als de plaats waar de betrokkene het permanente centrum van zijn belangen heeft, moeten alle relevante feitelijke elementen in aanmerking worden genomen, te weten, met name, zijn fysieke aanwezigheid, die van zijn gezinsleden, beschikking hebben over woonruimte, de werkelijke plaats van schoolbezoek van de kinderen, de plaats van uitoefening van beroepsbezigheden, de plaats waar zijn vermogensrechtelijke belangen zijn gelegen, en de plaats waar hij administratieve banden met de overheid en de sociale instanties heeft, voor zover die elementen de wil van die persoon te kennen geven om aan de plaats van binding een bepaalde stabiliteit te verlenen op grond van een continuïteit die voortvloeit uit een leefgewoonte en normale sociale en beroepsmatige relaties.")

dien er een kennelijk nauwere band bestaat met een ander land, het recht van dat land van toepassing is. Dit dient dus om de kennelijk onlogische toepassing van bepaalde rechtstelsels tegen te gaan. In het EVO Verdrag stond deze 'kennelijk' er niet bij, hetgeen tot gevolg had dat deze ontsnappingsclausule sneller gebruikt kon worden om van het vermoeden af te wijken.⁶⁹

Daarnaast kan in het EVO Verdrag een overeenkomst worden opgesplitst en kan op ieder deel een verschillend recht van toepassing zijn.⁷⁰ Op deze manier wordt het uitermate ingewikkeld. Dit is dan ook niet overgenomen in de Rome I-Verordening.⁷¹

§4. Correcties op het toepasselijke recht

29. Indien er bepalingen van het aangewezen recht, zowel met als zonder een rechtskeuze, in strijd zijn met bepalingen van 'bijzonder' dwingend recht van het land van de rechter bij wie de zaak aanhangig is, moeten deze strijdige bepalingen niet worden toegepast.⁷² De Rome I-Verordening definieert dit als bepalingen waaraan *"een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst"*.⁷³ De inhoudelijke notie van dit begrip wordt overgelaten aan de nationale rechters, weliswaar mits beperkingen. Er mag niet verder gegaan worden dan wat nodig is voor de bescherming van het algemeen belang. Er is dus een rechtvaardiging en eerbiediging van de proportionaliteit nodig.⁷⁴

Hetzelfde geldt indien bepalingen van het aangewezen recht 'kennelijk' onverenigbaar zijn met de openbare orde van het recht van het forum.⁷⁵ Het verschil tussen bepalingen van bijzonder dwingend recht en bepalingen van openbare orde is niet echt duidelijk. De definitie van 'bijzonder dwingend recht' in arti-

69 Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan, COM(2002) 654 definitief, 29 en 30; HvJ C-133/08, Intercontainer Interfrigo SC t. Balkenende Oosthuizen BV en MIC Operations BV, 6 oktober 2009, 61, *Jur. H.v.J.* 2009, I-9687.

70 Artikel 4.1 EVO; Dit kan enkel indien de delen van de overeenkomst autonoom kunnen worden toegepast; HvJ C-133/08, Intercontainer Interfrigo SC t. Balkenende Oosthuizen BV en MIC Operations BV, 6 oktober 2009, 48, *Jur. H.v.J.* 2009, I-9687.

71 Dit kan wel indien men via een rechtskeuze werkt: zie artikel 3(1) in fine.

72 Art 9 Rome I-Verordening.

73 Artikel 9.1 Rome I-Verordening; Deze definitie is geïnspireerd op de definitie die het Hof van Justitie gaf in de zaak *Arblade*; HvJ 23 november 1999, C-369/96 en C-376/96, *Jur. H.v.J.* 1999, I-8453; Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan, COM(2002) 654 definitief, 39.

74 J. DE MEYER, zie noot 41, 866.

75 Artikel 21 Rome I-Verordening.

kel 9 Rome I doet enorm denken aan bepalingen van openbare orde.⁷⁶

Zoals niet ongewoon is in het Europese internationaal privaatrecht, omvat de Verordening een aantal bepalingen die partijen beschermen die zich volgens de Verordening in een kwetsbare positie bevinden: consumentenovereenkomsten, verzekeringsovereenkomsten en individuele arbeidsovereenkomsten – de toeters en bellen hiervan passen niet in het bestek van deze bijdrage.

III. De werking van de Rome II Verordening

§1. Situatie voor Rome II

30. De Rome II-Verordening werd in tegenstelling tot het toepasselijke recht voor contracten, niet voorafgegaan door harmonisatie bij Verdrag. Elke lidstaat paste dus haar eigen IPR regels toe op vorderingen uit niet-contractuele verbintenissen (in België: artikel 99 WIPR; dit artikel wordt nog steeds toegepast in de gevallen waarin de Rome II-Verordening of een andere bijzondere verdragsregeling niet geldt).⁷⁷

De bevoegdheid voor vorderingen uit buitencontractuele verbintenissen werd wel geregeld in het Verdrag van Brussel en later in de Brussel I-Verordening.

§2. Rome II

A. Toepassingsgebied

31. De Rome II-Verordening is van toepassing op niet-contractuele verbintenissen inzake burgerlijke en handelszaken met grensoverschrijdend karakter na 11 januari 2009, namelijk onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking, zaakwaarneming en precontractuele aansprakelijkheid. De Verordening is tevens van toepassing op niet-contractuele verbintenissen die dreigen te ontstaan.⁷⁸

Van het toepassingsgebied zijn in artikel 1.1 bepaalde klassieke domeinen uitgesloten, zoals "*fiscale zaken, douanezaken, administratiefrechtelijke zaken en de aansprakelijkheid van de staat wegens een handeling of nalaten in de uitoefening van het openbaar gezag*". De eerste drie uitgesloten aangelegenheden zijn identiek aan deze uitgesloten in de Brussel I-Verordening. Dit wordt verklaard door het feit dat de Rome II-Verordening beschouwd wordt als een complement van de Rome I-Verordening, waardoor ze samen ze het volledige terrein van de civielrechtelijke aansprakelijkheid omvatten.⁷⁹ Aangezien ze de tegenhanger zijn van de Brussel I-Verordening op het vlak van toepasselijk

⁷⁶ J. DE MEYER, zie noot 41, 866.

⁷⁷ M. TRAEST, *Het recht van toepassing op niet-contractuele verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2009, 1.

⁷⁸ Artikel 2,2 Rome II-Verordening.

⁷⁹ M. TRAEST, zie noot 77, 6; J.A. PONTIER, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen*, *Praktijkreeks IPR*, Antwerpen, Maklu, 2009, 160.

recht is het logisch dat ze dezelfde aangelegenheden uitsluiten uit hun toepassingsgebied.⁸⁰

In het tweede lid van artikel 1 worden nog andere aangelegenheden uitgesloten van het toepassingsgebied. Verbintenissen die voortvloeien uit familierechtelijke betrekkingen en het huwelijksvermogensrecht worden doorgaans niet beschouwd als een verbintenis uit onrechtmatige daad.⁸¹ Ook niet-contractuele verbintenissen uit wisselbrieven, cheques, orderbriefjes of andere verhandelbare waardepapieren worden uitgesloten, ten eerste omdat de bepalingen van de Rome II-Verordening niet geschikt blijken voor deze verbintenissen, ten tweede omdat de Verdragen van Genève van 7 juni 1930 en 19 maart 1931 hierop van toepassing zijn en ten slotte omdat deze verbintenissen in de lidstaten niet op een uniforme wijze gekwalificeerd worden.⁸² De materies onder punt d van artikel 1,2 Rome II worden uitgesloten omdat deze niet kunnen worden losgekoppeld van het vennootschapsrecht dat van toepassing is op deze rechtspersonen.⁸³ Ook niet-contractuele verbintenissen in verband met trust worden uitgesloten omdat dit een sui generis instelling is.⁸⁴ De uitsluiting van buitencontractuele verbintenissen die voortvloeien uit een kernongeval wordt verklaard door de "*grote economische en nationale belangen en door het aandeel van de staten bij de vergoeding van nucleaire schade*" hetgeen geregeld wordt door verschillende andere verdragen.⁸⁵ Deze uitzonderingen dienen strikt geïnterpreteerd te worden. De Rome II-Verordening wordt overigens aangevuld door het Verdrag van Den Haag van 4 mei 1971 inzake de wet welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg,⁸⁶ hier verder buiten beschouwing gelaten.

B. Verwijzingsregels

32. De structuur van de verwijzingsregels in Rome II lijkt sterk op Rome I. Beide geven voorrang aan rechtskeuze, mits bepaalde uitzonderingen. Bij afwezigheid van deze keuze gelden algemene regels, met een ontsnappingsclausule als uitzondering.⁸⁷ Voor bepaalde categorieën van overeenkomsten of schade bestaan specifieke regels. Rome II heeft net als Rome I een universeel toepassingsgebied, hetgeen wil zeggen dat het recht dat door de Verordening

⁸⁰ Punt 7 preambule Rome II-Verordening; M. TRAEST, zie noot 77, 16.

⁸¹ Artikel 1,2,a en b Rome II; Voorstel Rome II, zie noot **Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.**, 9; Eventueel kunnen onderhoudsverplichtingen wel als dusdanig beschouwd worden, maar toch is ervoor geopteerd om deze niet op te nemen in het toepassingsgebied.

⁸² Artikel 1, 2, c Rome II-Verordening; Voorstel Rome II, zie noot 73, 10.

⁸³ Voorstel Rome II, zie noot 73,10.

⁸⁴ Voorstel Rome II, zie noot 73,10.

⁸⁵ Verdrag van Parijs van 29 juli 1960, Aanvullend Verdrag van Brussel van 31 januari 1963, bij het verdrag van Wenen van 21 mei 1963 en het Verdrag inzake aanvullende vergoeding van 12 september 1997; Zie voorstel Rome II, zie noot 73,10.

⁸⁶ BS 7 mei 1975.

⁸⁷ J. ERAUW, zie noot 41, 7.

wordt toegewezen van toepassing is, ook al is het een recht van een land buiten de EU.⁸⁸

1. Onrechtmatige daad – plaats waar de schade zich voordoet

33. Bij afwezigheid van een rechtskeuze is het de algemene regel dat het recht van het land waar de rechtstreekse schade zich voordoet of dreigt voor te doen van toepassing is (de *lex loci damni*).⁸⁹ Dit is een afwijking van het eerder in heel Europa gehuldigde beginsel van *lex loci delicti commissi*, en is gewoon bedoeld om in de meeste gevallen tot minder discussies te leiden. Indien schade in verschillende landen tegelijk voorvalt moet de verwijzingsregel op een distributieve wijze worden toegepast.⁹⁰

In uitzonderlijke gevallen zal toch rekening gehouden moeten worden met het recht van het land waar de schadeverwekkende gebeurtenis zich heeft voorgedaan. Bij de beoordeling van het gedrag van de dader moet er immers rekening gehouden worden met veiligheidsvoorschriften van het land waar het schadeverwekkend feit gebeurd is.⁹¹

Bij het bepalen van de schade wordt geen rekening gehouden met indirecte schade.⁹² Men moet dus enkel kijken naar de plaats waar de eerste inslag van de schadelijke gevolgen onvermijdelijk worden.⁹³ Gezien de recente inwerkingtreding van de Rome II-Verordening bestaat er nog geen rechtspraak die deze begrippen uitlegt en is rechtspraak omtrent artikel 5.3 van de Brussel I-Verordening het enige waar – omzichtig – mee kan worden gewerkt. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat 'de plaats waar de schade zich voordoet' niet zo ruim mag geïnterpreteerd worden dat het "*iedere plaats omvat waar de*

⁸⁸ Artikel 3 Rome II-Verordening.

⁸⁹ Artikel 4.1 Rome II-Verordening; Voorstel Rome II, zie noot 73, 12; Ook hier worden preventieve maatregelen toegestaan tegen schade die dreigt te ontstaan, in navolging van artikel 5.3 Brussel I-Verordening; Rb. Amsterdam, 1 oktober 2009, *Computerr.* 2010, 16; In de Brussel I-Verordening wordt wel verwezen naar de "*plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan*". Was het misschien niet beter geweest om in beide verordeningen hetzelfde aanknopingspunt te gebruiken? Indien echter de plaatsen waar het feit en de schade zich voordoen in verschillende lidstaten liggen mag de verweerder worden opgeroepen voor rechtbanken een van deze twee landen. Dit is bevestigd in rechtspraak van het Hof van Justitie. HvJ 21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*, *Jur. H.v.J.* 1976, 1735. Het Hof zegt dat beide plaatsen een geschikt aanknopingspunt kunnen zijn voor rechterlijke bevoegdheid; Voorstel Rome II, zie noot 73, 6; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation, The law applicable to non-contractual obligations*, *Oxford Private International Law Series*, Oxford, University Press, 2008, 308-309.

⁹⁰ J. ERAUW, zie noot 41, 7; M. TRAEST, zie noot 77, 30.

⁹¹ Artikel 17 Rome II-Verordening.

⁹² Punt 17 preambule Rome II-Verordening; Er moet dus geen rekening gehouden worden met letselschade en vermogensschade bij de beoordeling van het toepasselijke recht.

⁹³ De Commissie geeft het voorbeeld van een verkeersongeval. De plaats van de directe schade is de plaats van de aanrijding. Financiële schade en morele schade kunnen zich op een andere plaats voordoen, maar hier moet niet naar gekeken worden; Voorstel Rome II, zie noot 73, 12; J. ERAUW, zie noot 41, 7; M. TRAEST, zie noot 77, 27.

schadelijke gevolgen voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt".⁹⁴ Ook in een ander arrest oordeelt het Hof dat een restrictieve interpretatie van deze begrippen geboden is.⁹⁵

Naast deze algemene regel bestaat er nog een andere verwijzingsregel. Indien zowel de dader als het slachtoffer hun gewone verblijfplaats in dezelfde lidstaat hebben op het tijdstip dat de schade zich voordoet, dan is het recht van dat land van toepassing.⁹⁶ Het begrip 'gewone verblijfplaats' wordt verder uitgewerkt in artikel 23 Rome II.⁹⁷

Van deze twee aanknopingspunten kan in uitzonderlijke gevallen worden afgeweken indien er kennelijk een nauwere band bestaat met een ander land.⁹⁸ Dan is het recht van dat land van toepassing.⁹⁹ Deze nauwere band kan bestaan in geval de onrechtmatige daad plaatsvindt in het kader van een overeenkomst, waarbij het recht van toepassing op die overeenkomst ook de onrechtmatige daad zal beheersen.¹⁰⁰

Naast deze algemene regels bestaan er afzonderlijke regels voor bepaalde soorten schade. Voor onrechtmatige daden omtrent productaansprakelijkheid, oneerlijke concurrentie, milieu, intellectuele eigendomsrechten of collectieve acties bij arbeidsconflicten wordt de verwijzing naar het toepasselijke recht op een andere manier geregeld.¹⁰¹

2. Ongerechtvaardigde verrijking, zaakwaarneming en precontractuele aansprakelijkheid

34. Deze drie vallen onder de 'quasicontractuele verbintenissen'. Omdat niet alle landen dit begrip kennen heeft de Europese wetgever ervoor geopteerd om de quasicontracten bij naam te noemen.¹⁰² Deze drie buitencontractuele relaties worden samen besproken omdat ze niet gekwalificeerd kunnen worden als een onrechtmatige daad, noch als een overeenkomst. Voor het vinden van het toepasselijke recht wordt er bij alle drie verwezen naar het recht dat van toepassing is op een nauw verwante overeenkomst of andere onrechtmatige daad. In eerste instantie wordt dus gekeken naar een accessoir aanknopingspunt dat een nauwe band heeft met deze buitencontractuele relaties.¹⁰³

Indien de ongerechtvaardigde verrijking of de zaakwaarneming nauw samenhangt met een reeds bestaande band tussen partijen, zoals een overeenkomst of

⁹⁴ HvJ C-364/93, *Marinari v. Lloyd's Bank plc en Zubaidi Trading Company*, *Jur. H.v.J.* 1995, I-2719.

⁹⁵ HvJ 220/88, *Dumez France, Tracoba v. Hessische Landesbank*, *Jur. H.v.J.* 1990, I-49.

⁹⁶ Artikel 4.2 Rome II.

⁹⁷ Zie ook M. TRAEST, zie noot 77, 30.

⁹⁸ De Commissie heeft hier benadrukt dat de uitzonderingsclausule slechts in uitzonderlijke gevallen mag gebruikt worden aangezien dit de voorspelbaarheid van het toepasselijke recht vermindert; Voorstel Rome II, zie noot 73, 13.

⁹⁹ Artikel 4.3 Rome II.

¹⁰⁰ Er moet natuurlijk ook worden nagegaan of er een cumul van aansprakelijkheid mogelijk is onder dat recht; J. ERAUW, zie noot 41, 7; M. TRAEST, zie noot 77, 34.

¹⁰¹ Zie artikels 5 tot en met 9 van de Rome II-verordening.

¹⁰² M. TRAEST, zie noot 77, 54.

¹⁰³ M. TRAEST, zie noot 77, 54.

een onrechtmatige daad, dan wordt de ongerechtvaardigde verrijking of de zaakwaarneming beheerst door het recht van die bestaande band. Indien dit niet het geval is en beide partijen hun gewone verblijfplaats in hetzelfde land hebben is het recht van dat land van toepassing. Indien ze ieder in een ander land wonen is het recht van het land waar de ongerechtvaardigde verrijking of zaakwaarneming zich voordoet van toepassing.¹⁰⁴ Ook hier speelt de exceptie van de kennelijk nauwere band.¹⁰⁵

Bij precontractuele aansprakelijkheid¹⁰⁶ moet men eerst en vooral nagaan of er reeds een overeenkomst was of niet. Dit is van belang om te weten welke Verordening, Rome I of Rome II, toegepast moet worden. Het recht aangewezen door de Rome I-Verordening zal moeten beslissen of er reeds een overeenkomst was of niet.¹⁰⁷ Indien men besluit tot het niet bestaan van enige contractuele band moet er voor het recht op de precontractuele aansprakelijkheid toch gekeken worden naar het recht dat van toepassing zou zijn op de overeenkomst moest die zijn gesloten.¹⁰⁸ Hier komt de Rome II-Verordening dus in aanraking met de Rome I-Verordening. Indien men volgens deze regels niet tot een toepasselijk recht kan komen moeten de regels van artikel 12.2 Rome II worden toegepast.

3. Rechtskeuze

35. Zoals hoger vermeld kunnen partijen zelf het toepasselijke recht kiezen.¹⁰⁹ De mogelijkheid tot rechtskeuze kadert in de algemene trend naar meer partijautonomie en zorgt voor de voldoening aan de eis van rechtszekerheid.¹¹⁰ Een rechtskeuze zal minder gebruikt worden dan bij overeenkomsten omdat men bij niet-contractuele relaties uiteraard niet op voorhand voorziet om voor een specifiek geval naar de rechter te gaan.¹¹¹ Nadat de schade is opgetreden zal er ook niet gauw overeenstemming gevonden worden over het toepasselijke recht.¹¹² Deze keuze kan enkel gemaakt worden nadat het schadeverwekkende feit zich heeft voorgedaan. De reden hiervoor is de bescherming van de zwakere partij.¹¹³ Enkel indien beide partijen handelsactiviteiten uitoefenen kan de

¹⁰⁴ Zie artikel 10 voor de ongerechtvaardigde verrijking en artikel 11 voor zaakwaarneming.

¹⁰⁵ Artikel 10.4 en 11.4 Rome II-Verordening.

¹⁰⁶ Dit begrip wordt verder uitgelegd in punt 30 van de preambule van de Rome II-Verordening.

¹⁰⁷ Het al dan niet bestaan van een overeenkomst wordt immers beheerst door het recht aangewezen door de Rome I-Verordening; M. TRAEST, zie noot 77, 58.

¹⁰⁸ Dit is vaak niet gemakkelijk aangezien bij overeenkomsten het basisprincipe van de wilsautonomie geldt. Aangezien de overeenkomst nog niet tot stand is gekomen is er ook nog geen rechtskeuze gemaakt kan men niet met zekerheid weten welk recht hierop van toepassing is; M. TRAEST, zie noot 77, 59-60.

¹⁰⁹ Artikel 14 Rome II.

¹¹⁰ M. TRAEST, zie noot 77, 61.

¹¹¹ Daarom is de rechtskeuze, in tegenstelling tot de Rome I-Verordening, opgenomen na de algemene verwijzingsregel; Voorstel Rome II, zie noot 73, 25; J. ERAUW, zie noot 41, 6.

¹¹² J.A. PONTIER, zie noot 79, 169.

¹¹³ J.A. PONTIER, zie noot 79, 171.

rechtskeuze ook op voorhand worden gesloten. Dit zal bijvoorbeeld gebeuren indien er tussen beiden reeds een overeenkomst bestaat waarin een forumbeding wordt opgenomen in geval van extracontractuele schade.¹¹⁴

Indien alle aanknopingspunten zich in een ander land bevinden dan het recht van het land waarvoor men gekozen heeft, dan blijven alle bepalingen van dwingend recht van het land wiens recht niet gekozen is volledig van toepassing.¹¹⁵ Hetzelfde geldt voor bepalingen van dwingend Gemeenschapsrecht.¹¹⁶ Inzake oneerlijke concurrentie en intellectuele eigendomsrechten kan ook geen rechtskeuze worden gemaakt.¹¹⁷ Ook bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land van de rechter hebben toepassing ongeacht het gekozen recht.¹¹⁸

Besluit

36. De voorgestelde wijzigingen aan de Brussel I Verordening, beloven op een aantal punten een belangrijk inhoudelijk debat met het Europese Parlement. De ervaring opgedaan met Rome I en Rome II is nog te beperkt om van veel trends te kunnen spreken. De in de inleiding signaleerde recente voorstellen tonen aan dat het Europese IPR blijvend aan een werkelijk omvangrijke expansie bezig is, doch de Lid-Staten beginnen zich te roeren. Ook de relatie met de *Draft Common Frame of Reference* blijft een heikel punt van discussie over de gewenste graad van harmonisatie in het Europese IPR.

¹¹⁴ J.A. PONTIER, zie noot 79, 171.

¹¹⁵ Artikel 14, 2 Rome II.

¹¹⁶ Artikel 14, 3 Rome II.

¹¹⁷ Zoals de auteur van een noot onder het vonnis van de rechtbank van Zutphen (11 november 2009, *IER* 2010, 343) terecht opmerkt, heeft de rechter in dat vonnis ten onrechte toegestaan dat omtrent een onrechtmatige daad betreffende intellectuele eigendomsrechten, een rechtskeuze gemaakt kan worden.

¹¹⁸ Artikel 16 Rome II.