

Prof. dr. H. Heiss LL.M.* en mw. mr. M.K. van Popering**

Richting Europees Verzekeringsovereenkomstenrecht: Restatement – Common Frame of Reference – Optioneel instrument?¹

A. RESTATEMENT VAN EUROPEES VERZEKERINGSOVEREENKOMSTENRECHT

I. Historische achtergrond

Op uitnodiging van wijlen professor *Fritz Reichert-Facilides* kwam in september 1999 een groep Europese deskundigen op het gebied van het verzekeringsovereenkomstenrecht samen aan de Universiteit Innsbruck in Oostenrijk. In 1998 had hij deze bijeenkomst reeds aangekondigd op een conferentie over verzekeringsrecht in Europees perspectief² in Bazel/Zwitserland. In zijn voordracht schetste Reichert-Facilides een *tour d'horizon* van nationale verzekeringswetgeving in de EU, waarbij hij wees op fundamentele beginselen en opvattingen die alle Europese jurisdicties gemeen hebben.³ Gebaseerd op deze analyse stelde hij voor om dwingende regels van verzekeringsovereenkomstenrecht in de EU te uniformeren teneinde een goed werkende interne verzekeringsmarkt tot stand te brengen.⁴ Reichert-Facilides was er vast van overtuigd dat wetenschappers werkzaam op het terrein van het verzekeringsrecht de Europese wetgever een model zouden verschaffen. Daarom stelde hij voor een 'Restatement of European Insurance Contract Law' uit te werken.⁵

Zijn project werd gesteund door prof. *Jürgen Basedow*, die tijdens de conferentie in Bazel eveneens een voordracht hield over Europese aspecten van verzekeringswetgeving. Basedow was van mening dat op de Europese interne markt de grensoverschrijdende levering van verzekeringsdiensten niet veel voorkwam als gevolg van het destijds geldende Europese regime van internationaal verzekeringsrecht.⁶ De Brusselse Conventie – de huidige EEX-Verordening – stond het de polishouder toe in zijn thuisland een rechtsvordering in te stellen.⁷ Bovendien verklaarden de regels van internationaal privaatrecht, opgenomen in de Richtlijnen verzekeringsrecht, in de meeste gevallen het recht van de gewoonlyke verblijfplaats van de polishouder van toepassing.⁸ Dientengevolge zou een grensoverschrijdend verkocht verzekeringsproduct moeten beantwoorden aan de dwingende regels die van toepassing zijn in het land van de gewoonlyke verblijfplaats van de polishouder.⁹ Een dergelijke inmenging van dwingende wetgeving in contractuele voorwaarden zou de balans tussen het gedekte

risico en de betaalde premie kunnen verstoren en de functie van de wet van de grote aantallen, die essentieel is voor de verzekeringsbranche, in gevaar brengen.¹⁰

* Prof. dr. H. Heiss LL.M. is hoogleraar privaatrecht met specialisatie obligatierecht, rechtsvergelijking en internationaal privaatrecht aan de Universiteit Zürich, redacteur van dit tijdschrift en voorzitter van de projectgroep 'Restatement of European Insurance Contract Law'. De projectgroep is lid van het 'Network of Excellence on European Private Law', dat in mei 2005 door de Europese Commissie werd opgericht.

** Mw. mr. M.K. van Popering is medewerkster bij de projectgroep 'Restatement of European Insurance Contract Law'.

1. Deze bijdrage is een bewerking van het artikel 'Towards a European Insurance Contract Law: Restatement – Common Frame of Reference – Optional Instrument?' van prof. dr. H. Heiss LL.M. in: *Jahresheft 2006* van de Internationale Juristenvereinigung Osnabrück. De vertaling van deze bijdrage is van mw. mr. M.K. van Popering.
2. De conferentie was door *Fritz Reichert-Facilides* in samenwerking met prof. *Anton K. Schnyder* georganiseerd; de tijdens de conferentie gebruikte documentatie is gepubliceerd in: Reichert-Facilides/Schnyder (red.), *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2000, Beiheft 34.
3. Reichert-Facilides, 'Gesetzgebung in Versicherungsvertragsrechts-sachen: Stand und Ausblick', in: Reichert-Facilides/Schnyder (noot 1), p. 1-11, p. 6-9.
4. Reichert-Facilides (noot 2), p. 9-11.
5. Reichert-Facilides (noot 2), p. 10-11.
6. Basedow, 'Die Gesetzgebung zum Versicherungsvertrag zwischen europäischer Integration und Verbraucherpolitik', in: Reichert-Facilides/Schnyder (red.), *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*, p. 13-30, p. 17 e.v.
7. Verordening 44/01/EG, art. 9 lid 1 sub b; zie: Heiss, 'Stand und Perspektiven der Harmonisierung des Versicherungsvertragsrecht in der EG', in: Pohlmann (red.), *Veröffentlichungen der Münsterischen Forschungsstelle für Versicherungswesen an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster* ('Münsteraner Reihe'), Heft 99, 2005, p. 8 e.v.
8. Art. 32 (1) van de geconsolideerde richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002; art. 7 en 8 van de Tweede Richtlijn schadeverzekering, 88/357/EEG van 22 juni 1988; Clarke/Heiss, 'Towards a European Insurance Contract Law? Recent Developments in Brussels', *J.B.L.* 2006, 600-607, p. 601; Weber-Rey, 'Harmonisation of European Insurance Contract Law', in: Vogenaue/Weatherill (red.), *The harmonisation of European contract law: implications for European private laws, business and legal practice*, 2006, 207-234, p. 221 e.v.
9. Clarke/Heiss (noot 7), p. 601; zie Heiss (noot 6), p. 5 e.v.; European Economic and Social Committee (EESC), *Opinion on 'The European Insurance Contract'*, van 15 en 16 december 2004, CESE 1626/2004, nr. 4.2.4.1.
10. Zie: Weber-Rey (noot 7), p. 210.

Gebaseerd op deze analyse voelden de deskundigen die op de bijeenkomst in Innsbruck samenkwamen sterk de noodzaak van een Restatement om een impuls te geven aan de interne verzekeringsmarkt. Temeer daar op dat ogenblik nog niet kon worden voorzien of de Europese Commissie zich in de toekomst voor hun werk zou interesseren, besloten zij te beginnen met het ontwerpen van een concept 'Restatement of European Insurance Contract Law'.

Rond dezelfde tijd leidde Basedow, als lid van een studiegroep ten behoeve van een Europees Burgerlijk Wetboek, een Hamburgs team. Dit team had het hoofdstuk betreffende de verzekeringsovereenkomsten op zich genomen. Desondanks besloot Basedow zich bij de projectgroep aan te sluiten. Zodoende steunde hij de 'Innsbruck Group' met zijn persoonlijke expertise. Tegelijkertijd kondigde Basedow ook aan dat het Hamburgse project zich vanaf dat moment op een vergelijkende analyse van verzekeringsovereenkomstenrecht in Europa zou concentreren¹¹ en het ontwerpen van een Restatement aan de projectgroep zou overlaten. Het resultaat hiervan is dat de projectgroep zich gesteund weet door het wetenschappelijke onderzoek uitgevoerd door het Max-Planck-Instituut. Hiermee biedt het de groep een rechtsvergelijkend houvast voor zijn discussies.

Daarnaast was Reichert-Facilides in staat de projectgroep institutioneel te ondersteunen. Het *Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (FWF)* verleende financiële ondersteuning waardoor het mogelijk werd een Restatement Bureau aan de Universiteit Innsbruck in stand te houden. Twee assistenten werden parttime in dienst genomen en namen de administratie van het project over.

Op deze wijze heeft oprichter Reichert-Facilides de Innsbruck Group in het leven geroepen. Tot zijn dood op 23 oktober 2003 was hij voorzitter van de projectgroep. Vanaf dat moment nam de auteur van dit artikel het voorzitterschap over.

II. Huidige samenstelling van de projectgroep

Sinds zijn oprichting in september 1999 is de projectgroep gestaag gegroeid. Op dit moment telt hij 19 leden. Het is de bedoeling nog enkele leden te werven uit landen die nog niet vertegenwoordigd zijn. De huidige leden zijn: *Jürgen Basedow*, Max-Planck-Institute for Foreign Law and Private International Law, Hamburg; *Juan Bataller Grau*, University of València; *John Birds*, University of Manchester; *Diana Cerini*, Università delgi Studi di Milano; *Malcolm A. Clarke*, University of Cambridge; *Herman Cousy*, Catholic University of Leuven; *Bill W. Dufwa*, University of Stockholm; *Da-*

riusz Fuchs, Cardinal S. Wyszyński University Warsaw; *Helmut Heiss* (voorzitter), University of Zurich; *Jérôme Kullmann*, University of Paris I; *Jorge Pegado Liz*, Lisbon/Brussels; *Ioannis Rokas*, University of Economics and Business, Athens; *Bernhard Rudish*, University of Innsbruck; *Anton K. Schnyder*, University of Zurich; *Jaana Norio-Timonen*, University of Helsinki; *Peter Takáts*, Eötvös Loránd University Budapest; *Pedro Pais de Vasconcelos*, University of Lisbon; *Manfred Wandt*, University of Frankfurt; *J. Han Wansink*, Erasmus University Rotterdam.

III. Werkwijze

1. Voorbereiding van concepten door individuele groepsleden

Individuele leden van de groep dragen verplichtingen om 'Principles of European Insurance Contract Law' (PEICL) te ontwerpen. Samen met *Comments* die de voorgestelde regels toelichten, verklaren zij de gronden waarop zij zijn gebaseerd en illustreren deze met voorbeelden. Tegelijkertijd vermelden de *Comments* of het bestaande *acquis communautaire* of de 'Principles of European Contract Law' (PECL)¹² reeds voorschriften bevat die met het voorgestelde ontwerp corresponderen.

2. Goedkeuring van concepten in workshops van de projectgroep

Draftpersons presenteren hun concepten op workshops van de groep die drie keer per jaar plaatsvinden. De groep behandelt de voorstellen, verandert ze indien nodig en verleent uiteindelijk goedkeuring aan een tekst.

3. Herziening van goedgekeurde teksten door het Drafting Committee

In 2002 is een *Drafting Committee* (DC) opgezet. *Malcolm Clarke* treedt op als hoofd van de commissie; *Jürgen Basedow*, *John Birds*, *Herman Cousy* en *Helmut Heiss* vormen de leden. Het DC komt drie keer per jaar bijeen.

Het doel is de door de groep goedgekeurde tekst te herzien teneinde het woordgebruik te verfijnen en te uniformeren. Zodoende wordt niet alleen in een correct gebruik van het Engels voorzien maar eveneens ingestaan voor een eensluidende en consistente toepassing van juridische termen, zowel binnen de 'Restatement of European Insurance Contract Law' als met betrekking tot de 'Principles of European Contract Law' (PECL).

Voor zover het voor de inhoud van de PEICL van belang is, probeert het DC incoherenties of zelfs contradicties te elimineren. Deze zouden zich voor kunnen doen omdat de verschillende delen van het Restatement door verschillende leden zijn ontworpen en tijdens verschillende stadia in de ontwikkeling van het project zijn behandeld. Wanneer zich discrepanties voordoen, werkt het DC een voorstel uit hoe deze geëlimineerd

11. Resultaten zijn gepubliceerd in: Basedow/Fock (red.), *Europäisches Versicherungsrechtsrecht*, delen I & II (2002), deel III (2003).

12. Lando/Beale, *Principles of European Contract Law*, delen I en II (2000), deel III (2003).

kunnen worden en verwijst de kwestie terug naar de groep voor definitieve goedkeuring.

4. *Ontwerpen van Notes door het Max-Planck-Instituut (Hamburg)*

Principles en Comments worden voorzien van *Notes* die de *status quo* van het verzekeringsovereenkomstenrecht in elke lidstaat weergeven. Deze *Notes* worden onder supervisie van Jürgen Basedow door het Max-Planck-Instituut voor Buitenlands en Internationaal Privaatrecht in Hamburg ontworpen en worden later herzien door de groepsleden die deze met hun eigen nationale verzekeringsrecht vergelijken.

IV. Reguleringsbenadering

1. *Interne markt-oriëntatie: beginselen van dwingend verzekeringsovereenkomstenrecht*

Ondanks het feit dat het Restatement academisch van karakter is en geen rechtskracht heeft, is zijn doel de Europese wetgever een modelwet te verschaffen die geschikt is om te dienen als een toekomstige Europese Verordening betreffende verzekeringsovereenkomsten. Aangezien mogelijke toekomstige EG-regulering op het gebied van het verzekeringsrecht zich dient te beperken tot regels die voor de zuivere functie van de interne verzekeringsmarkt noodzakelijk zijn (zie in het bijzonder art. 95 EG-Verdrag), ontwerpt de projectgroep alleen Europese *Principles* voor zover deze noodzakelijk worden geacht voor de totstandbrenging van de interne markt.¹³

De belangrijkste consequentie van deze oriëntatie op de interne markt is dat de werkzaamheden beperkt blijven tot dwingend verzekeringsovereenkomstenrecht. Zoals hierboven genoemd zijn het de dwingende regels van verzekeringsovereenkomstenrecht die de zuivere functie van de interne verzekeringsmarkt belemmeren.¹⁴ Ze dwingen de verzekeraar zijn producten aan te passen aan het lokale recht van iedere lidstaat waar handel plaatsvindt.¹⁵ Daarentegen lijken niet-dwingende regels minder invloed op de interne marktwerking te hebben. Verzekeraars zijn doorgaans in staat afwijkende niet-dwingende regels in nationaal verzekeringsrecht te vervangen door gebruik te maken van algemene contractuele voorwaarden die uniform in al hun verzekeringsovereenkomsten worden toegepast.¹⁶ De praktijk met niet-dwingend verzekeringsovereenkomstenrecht in nationale rechtsordes toont inderdaad aan dat dergelijke regels gewoonlijk worden vervangen door algemene polisvoorwaarden van de verzekeraar. Niet-dwingende wettelijke voorschriften blijken 'dood recht' te zijn, terwijl de algemene contractuele voorwaarden van de verzekeraars worden opgevoerd als het 'levende verzekeringsrecht'.¹⁷

2. *De verhouding tussen de PEICL en de PECL*

In essentie zijn de PEICL bedoeld ter regulering van verzekeringsovereenkomsten in algemene Europese verbintenissenrechtelijke context. Daarom beschouwt de

Projectgroep de PECL als *lex generalis* ten opzichte van de PEICL en maakt zo veel mogelijk gebruik van hun rechtsterminologie. Daarnaast worden geen nieuwe regels vervaardigd wanneer de bijzondere aard van de verzekering geen afwijking van de PECL vereist. Daar waar het belang van de polishouder vordert dat een regeling van de PECL dwingendrechtelijk van karakter is, wordt die regel bij wijze van uitzondering in de PEICL opgenomen.

B. COMMON FRAME OF REFERENCE VAN EUROPEES VERBINTENISSENRECHT

I. Het Common Frame of Reference van Europees verbintenissenrecht in het algemeen

Op 11 oktober 2004 publiceerde de Europese Commissie een Mededeling aangaande 'Europees verbintenissenrecht en de herziening van het *acquis*: verdere maatregelen'.¹⁸

Deze Mededeling kondigde de eerste schreden richting harmonisatie van verbintenissenrecht in Europa aan en stond positief tegenover de uitwerking van een zogenoemd 'Common Frame of Reference' (gemeenschappelijk referentiekader).¹⁹

13. Zie: Clarke/Heiss (noot 7), p. 605.

14. Zie: Clarke/Heiss (noot 7), p. 605; zie ook: EESC (noot 8) nr. 2.2.4 e.v. en nr. 3.4.5; Heiss (noot 6), p. 30; Weber-Rey (noot 7), p. 208; Mededeling van de Commissie, COM (2003) 68 definitief par. 26; Clarke/Heiss (noot 7), p. 605; wat betreft de regulering in een Europese vergelijking, zie: Clifford Chance LLP (red.), *Insurance Regulation in Europe*, 2002; wat betreft de oprichting van een interne markt voor financiële diensten, zie: Schnyder, *Europäisches Banken- und Versicherungsrecht*, 2005, § 1.

15. Heiss (noot 6), p. 9 e.v., 12; Basedow (noot 5), p. 18; wat betreft de zogenoemde *Umbrella-Contracts*, zie: Mächler-Erne, 'Internationale Versicherungsverträge – Formen und Inhalte', in: Reichert-Facilides/Snyder (red.), *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*, ZSR 2000, Beiheft 34, p. 153-167, p. 160 e.v.

16. Zie: Clarke/Heiss (noot 7), p. 605; (wat dit aspect betreft/vanuit historisch perspectief) zie: Reichert-Facilides, 'Europäischer Versicherungsvertrag', in: Basedow/Hopt/Kötz (red.), *FS Drobnyg*, 1998, p. 121; ook Reichert-Facilides, 'Verbraucherschutz – Versicherungsnehmerschutz: Überlegungen im Blick auf das Projekt Restatement des "Europäischen Versicherungsvertragsrechts"', in: Eccher/Nemeth/Tangl (red.), *FS Mayrhofer*, 2002, p. 185; Heiss, *Stand und Perspektiven der Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der EG*, p. 13; wat betreft de invloed van algemene contractvoorwaarden, zie ook: Mededeling van de Commissie van 11 oktober 2004 'Europees verbintenissenrecht en de herziening van het *acquis*: verdere maatregelen' COM (2004) 651 definitief, nr. 2.2.1.

17. Heiss (noot 6), p. 30; Clarke/Heiss (noot 7), p. 605.

18. Mededeling van de Commissie van 11 oktober 2004 'Europees verbintenissenrecht en de herziening van het *acquis*: verdere maatregelen', COM (2004) 651 definitief; zie: Heiss (noot 6), p. 26 e.v.

19. Wat dit aspect betreft, zie: von Bar/Schulte-Nölke, 'Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht', *ZRP* 2005, p. 165 e.v.; Weber-Rey (noot 7), p. 207 en 223 e.v.; voor een overzicht aangaande de werking van het 180 deelnemers tellende CFR-net, zie: Fricke, 'Entgrenztes Zivilrecht? – Zu den Perspektiven des Common Frame of Reference und der europäischen Schuldrechtsharmonisierung für die Versicherungswirtschaft', *Versicherungsrecht* 2005, p. 1474.

Het doel is de vaststelling van een aantal regelingen, ontwikkeld uit een rechtsvergelijkende analyse van nationaal verbintenissenrecht, die definities, structuur en inhoud van Europees verbintenissenrecht vastleggen.²⁰ Strikt genomen zullen deze definities en grondbeginselen van niet-bindende aard zijn aangezien ze niet tot wet verheven zullen worden.²¹ De Commissie heeft echter helder uiteengezet vast te houden aan de terminologie en het systeem van het Common Frame of Reference in toekomstige wetgeving op het gebied van het verbintenissenrecht.²²

Het Common Frame of Reference zou voor het Europese Hof van Justitie een belangrijk hulpmiddel kunnen worden bij de interpretatie van bestaand *acquis communautaire* in procedures aangaande prejudiciële beslissingen en eveneens voor nationale gerechtshoven die het *acquis* toepassen.

Niet minder belangrijk, grensoverschrijdend academisch debat in Europa zou kunnen worden gebaseerd op gemeenschappelijke regels zoals die in het Common Frame of Reference zijn neergelegd. In zekere zin zou dit instrument Europa een uniforme juridische terminologie geven zoals destijds voor het Latijn gold, voordat de nationale codificaties het *ius commune* vervingen. Het zou het juridische faculteiten mogelijk maken het verbintenissenrecht vanuit Europees en rechtsvergelijkend perspectief te doceren.

Nationale wetgevers zouden aan de harmonisatie kunnen bijdragen door de regelingen van het Common Frame of Reference in toekomstige hervormingen van nationaal verbintenissenrecht over te nemen. Dit geldt in het bijzonder voor vroegere socialistische landen die hun verbintenissenrecht herzien.²³

Ten slotte zou men het Common Frame of Reference als een Europese *lex mercatoria*²⁴ kunnen beschouwen en als zodanig zou het ook toepassing kunnen vinden in arbitrageschillen.

II. Verzekeringsovereenkomsten binnen het Common Frame of Reference

Verzekeringsovereenkomstenrecht speelt een belangrijke rol in de Mededeling van de Europese Commissie van 2004. Met betrekking tot de structuur van een Common Frame of Reference verklaart de mededeling 2004: 'Er zijn twee soorten overeenkomsten specifiek genoemd, namelijk consumenten- en verzekeringsovereenkomsten. De Commissie gaat ervan uit dat bij de voorbereiding van het CFR bijzondere aandacht aan deze twee gebieden zal worden besteed'.²⁵ Dit standpunt wordt ook in de ontwerpindeling van het Common Frame of Reference weerspiegeld, daar het verzekeringsovereenkomsten specifiek vermeldt.²⁶ Deze overeenkomst is onderdeel van chapter III, section IX van het Common Frame of Reference en is – naast de koopovereenkomst – het enige type dat apart wordt behandeld.

III. Ondersteuning door het FP6

De vastbeslotenheid van de Commissie om een Common Frame of Reference te scheppen, komt tot uiting in het feit dat het Sixth Framework Programme (Zesde Kaderprogramma voor activiteiten op het gebied van onderzoek en technische ontwikkeling) wordt gewijd aan het Europese verbintenissenrecht.²⁷ Op 1 mei 2005 werd een *Network of Excellence* bestaand uit verschillende onderzoeksgroepen van kracht.²⁸ De projectgroep 'Restatement of European Insurance Contract Law' is deel van dit 'Network' en ontwerpt het Common Frame of Reference met betrekking tot verzekeringsovereenkomstenrecht. Het is uit twee delen opgebouwd en omvat zowel algemene regels voor alle typen verzekeringsovereenkomsten²⁹ als speciale regels voor schadeverzekeringen.³⁰ Het Network zal zijn werkzaamheden eind 2007 presenteren.

IV. Het Common Frame of Reference en de reguleringsbenadering van de Restatement-groep

Het Common Frame of Reference moet de structuur, definities en inhoud van een Europees Verbintenissenrecht uiteenzetten.³¹ Het is van toepassing op overeenkomsten in het algemeen en op het hoofdstuk over de verzekeringsovereenkomst. De projectgroep ontwerpt zijn *Principles* in overeenstemming met genoemde vereisten door in het eerste hoofdstuk technische begrippen van verzekeringsovereenkomstenrecht te definiëren en het overige in verschillende delen te structureren. Deel I behandelt: 'Algemene bepalingen betreffende alle overeenkomsten opgenomen in deze Restatement' en deel II: 'Bijzondere bepalingen betreffende schadeverzekeringen'.³² Deze twee delen vormen het Common Frame of Reference voor het verzekeringsrecht. Ter voltooiing van het Common Frame of Reference zal de groep doorgaan met het uitwerken van nieuwe hoofd-

20. COM (2004) 651 definitief, nr. 2.2.1. en 3.1.; zie ook: EESC (noot 8) nr. 6.1.

21. COM (2004) 651 definitief, nr. 2.1.3.

22. COM (2004) 651 definitief, nr. 2.1.2.

23. Zie ook: EESC nr. 4.3.1.; wat betreft het gehele onderwerp: Heiss (red.), *An Internal Insurance Market in an Enlarged European Union*, 2002, wat betreft de transformatie van de markt, zie: Münchener Rück, *Die mittel-osteuropäischen Versicherungsmärkte auf dem Weg zur EU*, 2000; Bayerische Rück, *Primary insurance market Central and Eastern Europe – Overview*, 2000.

24. Zie ook: art. 1:101 PECL (Application of the Principles):

...

(3) These Principles may be applied when the parties:

(a) have agreed that their contract is to be governed by "general principles of law", the "lex mercatoria" or the like; ...

25. Mededeling van de Commissie van 11 oktober 2004 'Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen', COM (2004) 651 definitief, nr. 3.1.3; zie: Heiss (noot 6), p. 27 e.v.

26. Mededeling van de Commissie van 11 oktober 2004 'Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen', COM (2004) 651 definitief, Annex I 'Possible structure of the CFR'.

27. Clarke/Heiss (noot 7), p. 604.

28. Over het Network en voor meer informatie zie: <www.copec.org>.

29. Zie: EESC (noot 8), nr. 6.4 en 7.5.

30. Clarke/Heiss (noot 7), p. 606.

31. Zie hierboven noot 18; Clarke/Heiss (noot 7), p. 602.

32. Heiss (noot 6), p. 33 e.v.; zie: EESC (noot 8), nr. 7.4 en 7.5.

stukken die zowel ‘Groepsverzekeringen en verzekeringen gebaseerd op collectieve overeenkomsten’, ‘Bijzondere bepalingen voor sommenverzekeringen’ als ‘Bepalingen betreffende bijzondere branches van verzekering’ omvatten.

Zoals hierboven reeds benadrukt³³ beperkt de Restatement-groep zijn werkzaamheden vanwege de gerichtheid op de interne markt tot dwingende regels betreffende verzekeringsovereenkomsten. Zo zal het Restatement bijvoorbeeld geen rechtsgevolgen vaststellen in het geval het verzekerd risico door de polishouder is verzwaard. Het zal slechts de mogelijke overeenkomst van dergelijke sancties in de verzekeringsovereenkomst door dwingende voorschriften beperken. Deze benadering is in overeenstemming met de algemene waarneming dat niet-dwingende regels van verzekeringsovereenkomstenrecht in de praktijk slechts een ondergeschikte rol spelen, omdat deze gewoonlijk worden vervangen door contractuele voorwaarden, dat wil zeggen de algemene polisvoorwaarden van de verzekeraar.³⁴ Het gevolg hiervan is dat het Common Frame of Reference van Europees verzekeringsovereenkomstenrecht ertoe zal tenderen alleen de contractsvrijheid te begrenzen en niet zozeer uitdrukkelijke regels over het onderwerp te geven.³⁵

C. OPTIONEEL INSTRUMENT VAN EUROPEES VERZEKERINGS-OVEREENKOMSTENRECHT

I. Optioneel instrument

1. *Wat is een optioneel instrument?*

Een optioneel instrument van Europees overeenkomstenrecht wordt gekarakteriseerd door het feit dat zijn toepassing afhangt van de keuze van contractspartijen.³⁶ Het wil het nationale overeenkomstenrecht niet vervangen maar de partijen een alternatief bieden.³⁷ Een mogelijk toekomstig optioneel instrument wordt de ‘26e regeling’ van overeenkomstenrecht in Europa genoemd.³⁸ In grote lijnen kan het worden vergeleken met het Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken (Weens Koopverdrag) die het partijen in art. 6 toestaat voor een *opt-out* te kiezen, dat wil zeggen partijen kunnen overeenkomen de toepasselijkheid van het verdrag uit te sluiten.³⁹ Echter, waarschijnlijk zal de Europese wetgever in een Europees optioneel instrument een *opt-in* benadering gebruiken in tegenstelling tot de *opt-out* benadering van art. 6 van het Weens Koopverdrag.⁴⁰

2. *Voordelen van een optioneel instrument*

Een optioneel instrument zou partijen de mogelijkheid bieden overeenkomsten op basis van Europees recht in plaats van nationaal recht te sluiten. Deze keuze zou in het bijzonder voordelen bieden aan ‘multiple players’, zoals ondernemers die op de Europese interne markt opereren; dergelijke partijen zouden zich bijgevolg niet meer hoeven bezighouden met de invloed van uiteenlo-

pend nationaal verbintenissenrecht op hun transacties.⁴¹ De kosten van rechtswetenschappelijk onderzoek en aanpassingen van de overeenkomst aan elk nationaal systeem van verbintenissenrecht zouden verdwijnen. Over het geheel genomen zou een Europees optioneel instrument transacties faciliteren.⁴²

Echter, de hiervoor genoemde voordelen zijn niet specifiek voor een optioneel instrument. Ze zouden ook bereikt kunnen worden door niet-optioneel Europees verbintenissenrecht dat nationale stelsels vervangt. De belangrijkste redenen ten voordele van een optioneel instrument zijn andere. Ten eerste is het aannemelijker dat een optioneel instrument politieke goedkeuring verkrijgt dan een niet-optioneel instrument. Nationale wetgevers aangemoedigd door nationale representanten van de juridische stand zouden eerder geneigd zijn weerstand te bieden aan een instrument dat voor nationaal verbintenissenrecht in de plaats zou worden gesteld. Zij zouden echter geen reden hebben bedenkingen op te werpen tegen een ‘26e regeling’ van verbintenissenrecht dat nationaal recht onaangetast laat.⁴³ Ten tweede schijnt een optioneel instrument vanuit economisch oogpunt efficiënter te zijn, omdat het partijen niet dwingt hun traditionele wijze van zakendoen te veranderen maar hen een bijkomend alternatief verschafft.⁴⁴ Internationaal opererende ondernemers zullen die kans eerder aangrijpen dan anderen die slechts lokaal handel drijven. Het is met andere woorden niet nodig een alledaagse overeenkomst, zoals de verkoop van brood gesloten tussen de eigenaar van een bakkerij

33. Zie: par. IV, p. 5.

34. Zie hierboven noot 14; wat betreft het idee van algemene polisvoorwaarden van de verzekeraar, zie: Heiss (noot 6), p. 29 e.v.; Clarke/Heiss (noot 7), p. 606 e.v.

35. Heiss (noot 6), p. 30.

36. Heiss/Downes, ‘Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law Perspective’, ERPL 2005, p. 693-712, p. 695; Clarke/Heiss (noot 7), p. 605; sommige auteurs noemen ook een keuze van de lidstaat, zie bijv.: Grundmann/Kerber, ‘European System of Contract Law – A Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making’, in: Grundmann/Struyck (red.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002, p. 295-310; dit alternatief wordt in dit artikel niet behandeld; wat betreft een nog andere uitleg van ‘optioneel’, zie: Lando, ‘Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law’, ERPL 2002, p. 59.

37. Heiss/Downes (noot 35), p. 695; zie: Staudenmayer, ‘Ein optionelles Instrument im europäischen Vertragsrecht?’, ZEuP 2003, p. 828-832.

38. Heiss (noot 6), p. 35; over het optionele Europese overeenkomstenrecht in het algemeen: Staudenmayer (noot 36), p. 828; wat betreft verzekeringsovereenkomstenrecht, zie: Basedow, ‘Der Versicherungsbinnenmarkt und ein optionales europäisches Vertragsgesetz’, in: Wandt e.a. (red.), *FS Egon Lorenz*, 2004, p. 100 e.v.

39. Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht*, 2005, p. 15 e.v.

40. Basedow, ‘Ein optionales europäisches Vertragsgesetz – Opt-in, Opt-out, wozu überhaupt?’, ZEuP 2004; wat betreft de voor- en nadelen van de mogelijke reguleringsmodellen: Heiss/Downes (noot 35), p. 693.

41. EESC (noot 8), nr. 4.2.3; voor verdere nadelen aangaande de oplossing van een goedkeuring van algemene vrijheid van rechtskeuze, zie: Weber-Rey (noot 7), p. 222 e.v.

42. Heiss (noot 6), p. 36.

43. Heiss (noot 6), p. 36; wat betreft het aspect van rivaliteit tussen rechtsordes, zie: Heiss/Downes (noot 35), p. 696 en voetnoot 11.

44. Heiss (noot 6), p. 36.

in Londen en zijn buurman aan de regels van Europees verbintenissenrecht te onderwerpen. Het vervangen van het Engelse gewoonterecht betreffende verbintenissen uit overeenkomst zou slechts kosten met zich brengen voor zowel de eigenaar als de klant, aangezien ze gedwongen zouden zijn hun manier van zakendoen met elkaar aan nieuwe Europese regels aan te passen zonder dat dit enig voordeel zou bieden. Aan de andere kant heeft de producent van elektronische apparatuur die zijn producten in het buitenland verkoopt er aanzienlijk profijt van al zijn overeenkomsten op basis van dezelfde (d.w.z. Europese) regels van overeenkomstenrecht te sluiten ongeacht of hij aan een Engelse, Duitse of Franse klant verkoopt.

II. Het optioneel instrument en Europees verzekeringsovereenkomstenrecht

1. De behoefte aan een optioneel Europees verzekeringsovereenkomstenrecht

De behoefte aan een optioneel instrument is in het bijzonder in de verzekeringsbranche prangend. Aangezien het verzekeringsbedrijf is gebaseerd op de wet van de grote aantallen – d.w.z. het samenvoegen van een omvang aan risico's in een gemeenschap van risicodragers georganiseerd en geleid door de verzekeraar⁴⁵ – wordt het eenvoudiger in verzekeringen te handelen naarmate de individuele risico's meer met elkaar overeenkomen. Risico's hangen in de eerste plaats af van feitelijke omstandigheden zoals de wijze waarop een huis is gebouwd, de algemene gezondheid van een polishouder enz. Dergelijke verschillen kunnen niet worden opgeheven, maar zullen de door de verzekeraar gevraagde premie doen af- of toenemen. Verder hangt het risico van de verzekeraar ook af van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht, omdat het verzekeringsovereenkomstenrecht de omvang van de geboden dekking regelmatig reguleert of ten minste beïnvloedt.⁴⁶ Dit is de reden waarom de verzekeraar bij

het ontwerpen van producten en het berekenen van premies rekening moet houden met het verzekeringsrecht van de lidstaat waar hij zaken doet. Met enige regelmaat maakt dit het voor de verzekeraar onmogelijk om hetzelfde verzekeringsproduct in meer dan een lidstaat te verkopen. Aan de andere kant zou de verzekeraar al zijn transacties op gemeenschapsrecht kunnen baseren en zijn verzekeringsproducten waar dan ook in de Gemeenschap op dezelfde wijze verkopen wanneer een optioneel instrument van Europees verzekeringsovereenkomstenrecht tot wet verheven zou worden. Een optioneel instrument van verzekeringsovereenkomstenrecht zou duidelijk sterk bijdragen aan zowel de vestiging als ook de goede werking van de interne verzekeringsmarkt.⁴⁷

2. Bijzonderheden van de verzekeringsovereenkomst die in ogenschouw moeten worden genomen bij het optioneel instrument

a. *Toepassingsbereik van het optioneel instrument*
Het faciliteren van verzekeringstransacties op de Europese interne markt zal alleen volledig resultaat hebben, wanneer alle overeenkomsten van een specifieke verzekeraar kunnen worden onderworpen aan het optioneel instrument. Daarom moet men partijen deze optie zelfs geven in zuiver nationale overeenkomsten, d.w.z. verzekeringsovereenkomsten tussen een polishouder en verzekeraars die hun zetel of gebruikelijke verblijfplaats in dezelfde lidstaat hebben en het een risico betreft dat zich ook in deze lidstaat heeft voorgedaan. Anders zouden nationale verzekeringsovereenkomsten die gewoonlijk het grootste aandeel van de werkzaamheden van verzekeraars representeren, moeten worden ontworpen en berekend volgens nationaal recht en zouden alleen grensoverschrijdende verzekeringsdiensten aan het optioneel instrument kunnen worden onderworpen. Hieruit volgt dat de vereniging van risico's belastender zou zijn en veel verzekeraars zich zeer waarschijnlijk niet aan grensoverschrijdende transacties zouden wagen.⁴⁸ Voor zover het de verzekering betreft, is dit de reden waarom het beperken van het toepassingsbereik van een optioneel instrument van Europees verbintenissenrecht voor grensoverschrijdende transacties zoals door sommige auteurs wordt voorgesteld, moet worden verworpen.

b. Uitgebreide in plaats van minimumstandaard-regulering

Verzekeringsrecht komt overeen met consumentenrecht op het punt van de bescherming van de zwakkere partij.⁴⁹ Op het gebied van consumentenovereenkomstenrecht zijn verschillende EG-richtlijnen vastgesteld. De meeste daarvan bevatten zogenoemde minimumstandaardclausules die het nationale wetgevers toestaan consumenten een hoger beschermingsniveau te verschaffen dan vereist voor zover dergelijke nationale regels de fundamentele economische vrijheden van het EG-Verdrag niet schenden.⁵⁰ Het is vermeldenswaard dat de EG in de richtlijn betreffende de verkoop op

45. Zie: Weber-Rey (noot 7), p. 233.

46. EESC (noot 8), nr. 4.2.2.3 e.v.; Mededeling van de Commissie, COM (2003) 68 definitief, nr. 47, <http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/contract_law/com_2003_68_nl.pdf>; zie: Weber-Rey (noot 7), p. 210; Basedow, 'Insurance Contract Law as Part of an Optional European Contract Act', LMCLQ 2003, p. 500; wat betreft verdere belemmeringen voortvloeiend uit de aard van de verzekeringsovereenkomst, zie: Comité Européen des Assurances, *CEA Policy Report on 'The European Retail Insurance Market(s)'*, 2004, <www.cea.assur.org/cea/download/publ/article192.pdf>.

47. Heiss (noot 6), p. 16 e.v.

48. Basedow (noot 37), p. 108 e.v.; Heiss (noot 6), p. 38 e.v.

49. Reichert-Facilides in: Reichert-Facilides/Schnyder (noot 1), p. 6 e.v.; Heiss (noot 6), p. 32; Weber-Rey (noot 7), p. 208.

50. Zie: art. 8 van de Raad, richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 1993 L 95/29); art. 11 van richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen (*PbEG* 1994 L 280/83); art. 14 van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten

→

afstand van financiële diensten aan consumenten geen algemene minimumstandaardclausule vaststelde.⁵¹ Dit zou een aanwijzing kunnen zijn voor een verschuiving in de rechtspolitiek. Hoe dan ook, een minimumstandaardclausule zou in geval van een optioneel instrument in de verzekeringssector op ernstige wijze afbreuk doen aan zijn fundamentele doel, d.w.z. het toestaan aan de verzekeraar en de polishouder in geheel Europa verzekeringen te verkopen respectievelijk te kopen die op dezelfde wettelijke bepalingen zijn gebaseerd. Die doelstelling zou worden gefrustreerd als nationale wetgevers een hogere beschermingsomvang zouden kunnen opleggen.⁵² Het optionele instrument moet de verzekeringsovereenkomst omvattend reguleren.⁵³ Men kan niet zeggen dat een gedeeltelijke of minimumstandaardregulering in het geheel niet zou helpen. Het zou echter niet voldoende zijn om de voltooiing van de interne verzekeringsmarkt, waarnaar toch uiteindelijk gestreefd zou moeten worden, te bereiken.

c. *Optioneel instrument en dwingend verzekeringsovereenkomstenrecht*

Teneinde zijn doelstellingen te bereiken, zou een optioneel instrument partijen in staat moeten stellen niet alleen regelende maar ook dwingende regels van nationaal verzekeringsovereenkomstenrecht uit te sluiten.⁵⁴ Omgekeerd is de EG verplicht in het optioneel instrument in een hoog beschermingsniveau voor de polishouder te voorzien⁵⁵, op dezelfde wijze als het met communautaire besluiten die gebaseerd zijn op art. 95 lid 3 EG-Verdrag dient te doen. Daaruit volgt dat het optioneel instrument passende dwingendrechtelijke regels van verzekeringsovereenkomstenrecht moet vaststellen die de bescherming van de polishouder onder nationaal recht vervangt.⁵⁶

Het zou tegenstrijdig kunnen lijken een optioneel instrument te verlangen dat alleen toepasselijk zou zijn in het geval partijen daarvoor zouden opteren wanneer tegelijkertijd in een dergelijk optioneel instrument om een omvattende regulering van dwingende regels betreffende verzekeringsovereenkomstenrecht wordt verzocht. Echter, de ogenschijnlijke contradictie verdwijnt wanneer de keuze van partijen is beperkt tot het kiezen van het instrument in zijn geheel of in het geheel niet.⁵⁷ Daardoor zou een nationaal systeem met een hoge beschermingsomvang voor de polishouder worden vervangen door een Europees systeem dat een ander type bescherming, maar van precies hetzelfde niveau, biedt.⁵⁸

Aangezien een gedeeltelijke keuze zou worden uitgesloten, zou het verzekeraars niet toegestaan worden te selecteren en gedeeltes van elk systeem in hun eigen voordeel te kiezen. Het optioneel instrument moet een gedeeltelijke keuze dus verwerpen.⁵⁹

d. *Optioneel instrument en derde-partijen*

aa. *Ex post-rechtskeuze*

Het is een algemeen principe van Europees internationaal overeenkomstenrecht dat een rechtskeuze door de partijen na de totstandkoming van de overeenkomst overeengekomen (ex post-keuze) de rechtspositie van derden niet mag schenden.⁶⁰ Deze regel zou ook toegepast moeten worden op een Europees optioneel instrument van verbintenissenrecht in het algemeen en op verzekeringsovereenkomstenrecht in het bijzonder.⁶¹ Het optioneel instrument moet het gebruik van de ex post-optie ten nadele van derde-partijen uitsluiten.⁶²

bb. *Acquis communautaire, dat derde-benadeelden in de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen beschermt*

Daarnaast heeft de rechtspositie van de derde-benadeelde onder de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen in de EG intensieve harmonisatie-inspanningen ondergaan. Op dit moment zijn vijf richtlijnen betreffende de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen van kracht.⁶³ Dit gebied

→ (PbEG 1997 L 144/19); art. 8 par. 2 van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (PbEG 1999 L 171/12).

51. Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad (PbEG 2002 L 271/16).

52. Zie: Heiss (noot 6), p. 32 e.v.; Weber-Rey (noot 7), p. 220; Europese Commissie, Groenboek financiële diensten beleid, COM (2005) 177; EESC (noot 8), nr. 6.3.1.

53. Basedow (noot 37), p. 104; EESC (noot 8), nr. 7.3 en 7.4.

54. Voor het voorstel tot harmonisering van algemene polisvoorwaarden in de Mededeling van de Commissie 2003, zie: Clarke/Heiss (noot 7), p. 604.

55. Zie: EESC (noot 8), nr. 6.2.

56. Heiss (noot 6), p. 39; voor dwingende regels in optioneel verbintenissenrecht in het algemeen, zie: Heiss/Downes (noot 35), p. 697-699; EESC (noot 8), nr. 6.3; voor het aspect van internationaal privaatrecht, zie: Heiss, 'Das Kollisionsrecht der Versicherungsverträge nach Rom I und II', *Versicherungsrecht* 2006, p. 185-188, p. 186.

57. Basedow (noot 37), p. 105; Heiss/Downes (noot 35), p. 709 e.v.; Heiss (noot 6), p. 39.

58. Heiss/Downes (noot 35), p. 699.

59. Heiss/Downes (noot 35), p. 703.

60. Zie: art. 3 lid 2 van het Verdrag van Rome (EVO).

61. Heiss (noot 6), p. 40.

62. Heiss/Downes (noot 35), p. 711.

63. Richtlijn 72/166/EEG van de Raad van 24 april 1972 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid (PbEG 1972 L 103/1); gewijzigd door richtlijn 72/430/EEG van de Raad van 19 december 1972 tot wijziging van richtlijn nr. 72/166/EEG van de Raad van 24 april 1972 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid (PbEG 1972 L 291/162); tweede richtlijn 84/5/EEG van de Raad van 30 december 1983 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van

van het verzekeringsrecht biedt partijen de kans een optioneel instrument van Europees verzekeringsovereenkomstenrecht te kiezen. Ongeacht of een dergelijke keuze ex ante of ex post was genomen, zou het hen echter niet toegestaan mogen worden het *acquis communautaire* dat derde-benadeelden beschermt, uit te sluiten. Om deze reden moet het optioneel instrument óf de toepassing van nationaal recht in stand houden door omzetting van de richtlijnen betreffende de wettelijke aansprakelijkheid voor motorrijtuigen óf, wat te prefereren is, de richtlijn direct in zijn regulering implementeren. Daardoor wordt de situatie voorkomen waarin de keuze voor het optioneel instrument tot gevolg heeft dat de bescherming van derde-benadeelden bepaald in het *acquis communautaire* wordt opgezegd.⁶⁴

III. De optie

1. Keuze van algemene beginselen van Europees verbintenissenrecht door de partijen?

a. Art. 3 lid 2 van de Rome-I-Verordening

Er wordt wel beweerd dat onder het huidige Europese regime van internationaal overeenkomstenrecht – art. 3

→ motorrijtuigen aanleiding kan geven (*PbEG* 1984 L 008/17); derde richtlijn 90/232/EEG van de Raad van 14 mei 1990 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de Lid-Staten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven (*PbEG* 1990 L 129/33); richtlijn 2000/26/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en houdende wijziging van de richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG van de Raad (Vierde richtlijn motorrijtuigenverzekering) (*PbEG* 2000 L 181/65); richtlijn 2005/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 houdende wijziging van de richtlijnen 72/166/EEG, 84/5/EEG, 88/357/EEG en 90/232/EEG van de Raad en richtlijn 2000/26/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven (voor de EER relevante tekst) (*PbEU* 2005 L 149/14).

64. Zie: EESC (noot 8), nr. 6.5.2.4.; Heiss/Downes (noot 35), p. 711.

65. Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 2004, nr. 71 e.v.; Looschelders, *Internationales Privatrecht – Art. 3-46 EGBGB*, 2004, Art. 27 EGBGB nr. 12.

66. Heiss (noot 6), p. 13.

67. 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.

68. Heiss (noot 55), p. 185.

69. Heiss (noot 55), p. 186.

70. Heiss/Downes (noot 35), p. 701 e.v.

71. Art. 3 lid 4 Rome-I-Verordening.

72. Art. 5 lid 1 Rome-I-Verordening; zie EESC (noot 8), nr. 6.3.3.

73. Art. 6 lid 1 Rome-I-Verordening.

74. Art. 8 lid 2 Rome-I-Verordening; zie ook art. 3 lid 5 Rome-I-Verordening; Heiss (noot 54), p. 186.

75. Zie: Schnyder, 'Parteiautonomie im europäischen Versicherungskollisionsrecht', in: Reichert-Facilides (red.), *Aspekte des internationalen Versicherungsvertragsrechts im europäischen Wirtschaftsraum*, 1994, p. 49-68, p. 66 e.v., die zich voor een grotere keuzevrijheid uitspreekt.

76. Basedow (noot 36), p. 109; Heiss (noot 6), p. 30 e.v.; Clarke/Heiss (noot 7), p. 605 e.v.

van het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO) – de partijen als toepasselijk recht op de overeenkomst niet alleen mogen kiezen voor het recht van een bepaald land maar ook 'General Principles of Contract Law' zoals de *Lando-Principles* (PECL) of de *UNIDROIT-Principles*.⁶⁵ Dit betekent dat niet-bindende regels door de keuze van partijen bindend zouden worden, doordat zij het nationale rechtsregime vervangen dat bij afwezigheid van een keuze van toepassing zou zijn.⁶⁶ Natuurlijk wordt deze opvatting in de rechtsliteratuur nog altijd hevig bediscussieerd en is tot nu toe niet bevestigd door enige rechterlijke beslissing. Hoe dan ook, art. 3 lid 2 van de voorgestelde Rome-I-Verordening⁶⁷, die is bedoeld om het Verdrag van Rome (EVO) in een Gemeenschapsinstrument om te zetten⁶⁸, duidt op de introductie van een keuzemogelijkheid voor partijen van algemeen geaccepteerde niet-bindende regels van verbintenissenrecht.⁶⁹ Partijen zouden dus de Principles of European Contract Law (PECL) van toepassing op hun overeenkomst kunnen verklaren. In principe zouden ook de Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) tot de keuzemogelijkheden moeten behoren. Het resultaat zou zijn dat partijen gebruik zouden kunnen maken van een 'optioneel instrument' zonder dat het tot een bindend Gemeenschapsinstrument verheven zou worden. Het voorstel van de Europese Commissie lijkt dus een gemakkelijke weg of zelfs een te gemakkelijke weg te zijn naar de vestiging van een optioneel Europees (verzekerings)overeenkomstenrecht.

b. Structurele tekortkomingen in de benaderingswijze

Niettemin is er door Downes en Heiss reeds op gewezen dat een dergelijke benaderingswijze structurele tekortkomingen met zich meebrengt die de beoogde doelstellingen van een optioneel instrument gedeeltelijk frustreren.⁷⁰ Dit komt voornamelijk omdat een rechtskeuze onder art. 3 Rome-I-Verordening zou worden onderworpen aan verschillende uitsluitingen en voorbehouden. In zuiver nationale gevallen mag niet aan dwingende voorschriften worden gederogerd.⁷¹ De vrijheid van rechtskeuze van partijen wordt voor consumentenovereenkomsten uitgesloten⁷² en in het geval van arbeidsovereenkomsten beperkt.⁷³ Het is nationale gerechtshoven toegestaan internationale dwingende wetten te handhaven zelfs wanneer voor het optioneel instrument is gekozen.⁷⁴ Hieruit volgt dat nationaal recht nog altijd van grote invloed is op overeenkomsten gesloten in de Gemeenschap.⁷⁵

2. EG-regulering

Een andere manier om partijen een keuze tussen de PECL en/of PEICL als optioneel instrument te bieden, zou zijn hen als EG-verordeningen vast te stellen.⁷⁶ Het resultaat zou zijn dat de PECL en de PEICL geen weergaven zouden zijn van een 26e regeling van (verzekerings)overeenkomstenrecht in Europa maar van een 2e regime van (verzekerings)overeenkomstenrecht in

elke lidstaat.⁷⁷ De EG-verordeningen zouden partijen tegelijkertijd, bij wijze van een unilaterale collisienorm, een optie toekennen die hen toe zou staan het toepasselijke nationale (verzekerings)overeenkomstenrecht te vervangen door de PECL en/of de PEICL. Een analyse uitgevoerd door Downes en Heiss wijst erop dat deze benadering de structurele tekortkomingen, genoemd in de context van art. 3 lid 2 van de Rome-I-Verordening, zal vermijden.⁷⁸ Deze oplossing valt daarom te prefereren.

IV. Politieke mogelijkheden voor een optioneel instrument

Het is al genoemd dat de politieke mogelijkheden voor een optioneel instrument groter zijn dan die van een Europees verbintenissenrecht dat nationaal recht vervangt. Dat betekent echter nog niet dat een optioneel instrument zal worden vastgesteld. Zijn kansen zullen afhangen van de bereidheid van de Europese Commissie maatregelen te treffen en van zowel de lidstaten als de belanghebbenden (de verzekeringsindustrie en de consumentenbescherming) om samen te werken in het belang van een goed functionerende interne verzekeringsmarkt.

Er komen niettemin instemmende signalen van EU-instellingen. Het Europees Economisch en Sociaal Comité publiceerde eind 2004 op eigen initiatief een advies over 'De Europese verzekeringsovereenkomst'.⁷⁹ In dit advies werd de Europese Commissie aangemoedigd harmonisatie van verzekeringsovereenkomstenrecht in Europa te overwegen en de lidstaten werden opgeroepen samen te werken. Verder noemden twee mededelingen van de Europese Commissie van 2003⁸⁰ en 2004⁸¹ over Europees verbintenissenrecht de mogelijkheid van een optioneel instrument. Als laatste en belangrijkste, de voorgestelde Rome-I-Verordening laat de vaststelling van Gemeenschapsbesluiten, die 'de verbintenissen uit overeenkomst beheersen en die overeenkomstig de wil van de partijen van toepassing zijn in gevallen waarin uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen' volgens art. 22 sub b onverlet. Dit is het eerste wetsvoorstel dat expliciet aan een optioneel instrument refereert.

Ondanks de positieve signalen heeft de Europese Raad alle hoop vooralsnog tenietgedaan. In het desbetreffende Raadsdocument⁸² bij het Rome-I-voorstel ontbreekt het zowel aan een keuzemogelijkheid ten gunste van algemene beginselen van verbintenissenrecht (art. 3 lid 2 voorgestelde Rome-I-Verordening) als aan een verwijzing naar een toekomstig optioneel instrument (art. 22 sub b voorgestelde Rome-I-Verordening). Het kan nog niet met voldoende zekerheid worden beoordeeld of het ontbreken van de verwijzing naar een optioneel instrument als een definitieve afketsing van alle inspanningen tot dusverre moet worden opgevat. In ieder geval vertolkt het Raadsdocument een achteruitgang. In het bijzonder blijft onduidelijk waarom de Raad afwijzend staat tegenover een voor de interne markt zo

centrale keuzemogelijkheid van de contractspartijen. Hopelijk zullen de genoemde argumenten ook ingang vinden in de Raad en komt daarmee de weg voor een optioneel Europees verzekeringsovereenkomstenrecht vrij.

77. Zie: Heiss (noot 6), p. 38.

78. Heiss/Downes (noot 35), p. 707 e.v.

79. EESC, Opinion on 'The European Insurance Contract', van 15 en 16 december 2004, CESE 1626/2004; zie Heiss (noot 6), p. 25 e.v.

80. COM (2003) 68 definitief, <http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/contract_law/com_2003_68_nl.pdf>; zie: Weber-Rey (noot 7), p. 223.

81. COM (2004) 651 definitief, <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract_cont_law/com2004_nl.pdf>.

82. Nota van het voorzitterschap aan het Comité burgerlijk recht van 2 maart 2007, documentnr. 6935/07.