

# Artikel

## Rome I: nieuw IPR voor de contractenrechtpraktijk<sup>1</sup>

*Mr. M. Wallart & mr. T.H.M. van Wechem\**

### 1. Inleiding

Op 24 juli 2008<sup>2</sup> is in werking getreden de Verordening inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst ('Rome I' of 'de Verordening').<sup>3</sup> De Verordening is van toepassing op overeenkomsten die vanaf 17 december 2009 zijn gesloten en vervangt het EVO (verder 'EVO' of 'het Verdrag').<sup>4,5</sup> De Verordening is ook van toepassing op Ierland en zal naar verwachting ook van toepassing worden op het Verenigd Koninkrijk.<sup>6</sup> Het Verdrag behoudt in dat geval vanaf 17 december 2009 alleen nog relevantie ten aanzien van Denemarken.

De Verordening heeft een uitgebreid totstandkomingstraject doorlopen.<sup>7</sup> Voor de praktijk is van belang dat het Europees Parlement belangrijke tekstvoorstellen van de Europese Commissie heeft verplaatst naar de 'overwegingen' van de Verordening, waarvan de relevantie en consequenties niet altijd even eenvoudig vallen te duiden. Voor een uitputtende behandeling van de Verordening, en met name de zeer relevante totstandkomingsgeschiedenis, verwijzen wij naar het hiervoor aangehaalde preadvies.<sup>8</sup> In dit artikel zullen wij ingaan op de voor de internationale contractenrechtpraktijk relevante verschillen tussen het Verdrag en de Verordening.

### 2. Werkingsfeer

De Verordening is in de gevallen waarin uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen van toepassing op verbintenissen uit overeenkomsten in burgerlijke en handelszaken. Fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken worden expliciet van de werking uitgesloten. Hiermee lijkt invulling te zijn gegeven aan de wens van de Commissie om het materiële toepassingsgebied van Rome I te laten stroken met dat van de EEX-vo

<sup>1</sup> Dit artikel is een bewerking van het preadvies van Edwin van Wechem voor de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht: Rome I: versholten ingewikkeldheden. Zie noot 8. De auteurs nemen vanzelfsprekend gemeenschappelijke verantwoordelijkheid voor de inhoud van dit artikel.

\* Marco Wallart is advocaat en partner bij Baker&McKenzie Amsterdam N.V. Edwin van Wechem is redacteur van *Contracteren*.

<sup>2</sup> In het preadvies van Van Wechem staat abusievelijk 25 juli 2008.

<sup>3</sup> Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (OJ L 177, p. 6 et seq.).

<sup>4</sup> De verplichtingen die voortvloeien uit art. 26 Rome I, te weten het verstrekken door de desbetreffende lidstaten van een lijst met internationale overeenkomsten (verdragen) waarbij één of meer lidstaten op het tijdstip van de vaststelling van de Verordening partij zijn en die regels bevatten inzake het toepasselijk recht op verbintenissen uit overeenkomst, gelden reeds per 17 juni 2009.

<sup>5</sup> Het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 19 juni 1980, Trb. 1980, 156 (Rectificatie Trb. 1991, 109).

<sup>6</sup> Ierland had ingevolge art. 3 van het Protocol betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland behorend tot het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap laten weten deel te nemen aan de aanneming en de toepassing van de Verordening. Het Verenigd Koninkrijk nam oorspronkelijk niet deel, maar heeft de Commissie bij brief van 24 juli 2008 laten weten gebruik te willen maken van haar mogelijkheid tot 'opt-in'. De Commissie heeft dienaangaande op 7 november 2008 een positieve opinie afgegeven aan de Raad. Naar verwachting zal de Commissie conform het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap binnen vier maanden na haar advies positief besluiten over het verzoek van het Verenigd Koninkrijk.

<sup>7</sup> Zie voor commentaren op eerdere teksten: S.F.G. Rammeloo, 'Via Romana. Van EVO naar Rome I – Nieuw Europees IPR inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst', NIPR 2006, p. 239-253; Peter Manskowski, 'Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung', IPRax 2006, p. 101-113; Paul Lagarde, 'Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)', Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 2006, p. 331-359; Ole Lando and Peter Arnt Nielsen, 'The Rome I Proposal', Journal of Private International Law, April 2007, p. 29-51; F.J.A. van der Velden, 'EU at work'. Contractenmakers opgelet!', *Contracteren* 2003, p. 51 e.v. en B.J. Drijber, 'Groenboek over de omzetting van het EVO in een EG-verordening', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 137 e.v. Zie voor een commentaar op de tekst van de Verordening: S. Leible & M. Lehman, 'Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom I")', *RIW*, 2008 p. 528-544

<sup>8</sup> Gepubliceerd in Asser press, november 2008: Europese conflictregels voor de overeenkomst en de onrechtmatige daad: Rome I en II. Zicht op zekerheid nog ver weg, mr. T.H.M. van Wechem & prof. mr. J.A. Pontier.

(‘Brussel I’)<sup>9</sup> en dat van Rome II. Diverse wijzigingen ten opzichte van het Verdrag vinden daarin hun oorsprong.

Opvallend is de expliciete uitsluiting van het toepassingsgebied van de Verordening op verbintenissen voorafgaand aan de sluiting van een overeenkomst, zoals deze is opgenomen in artikel 1 onder i. Deze vallen onder de reikwijdte van de verordening Rome II<sup>10</sup> en worden beschouwd als verbintenissen anders dan uit overeenkomst. De keuze voor opname van de verbintenissen uit onderhandelingen in Rome II is mede ingegeven door de bevoegdheidsarresten die in het kader van artikel 5 lid 3 Brussel I<sup>11</sup> zijn geweest. Artikel 12 Rome II heeft als hoofdregel dat de niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst, ongeacht of de overeenkomst al dan niet daadwerkelijk is gesloten, wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de overeenkomst of dat op de overeenkomst van toepassing zou zijn geweest indien zij was gesloten.<sup>12</sup> Dat heeft als consequentie dat de *niet-contractuele* verbintenis die voortvloeit uit onderhandelingen, moet worden vastgesteld aan de hand van het recht dat met gebruikmaking van Rome I moet worden vastgesteld.<sup>13</sup> Hoewel niet duidelijk, lijkt het aannemelijk dat met de verwijzingsregel in Rome II slechts het uiteindelijke recht wordt gevonden. Het doet er niet toe op welke rechtsgrond – overeenkomst of onrechtmatige daad – het gevonden recht een eventuele vordering toestaat. Voor de contractenrechtpraktijk is het zeer raadzaam om het toepasselijke recht op onderhandelingen (alsmede het forum dat bevoegd is om over eventuele geschillen te oordelen) *tijdig* te regelen om te voorkomen dat er jarenlange procedures dienen te worden gevoerd om de kluwen van verordeningrechtelijke regels die zowel gelden voor bevoegdheidsvragen als toepasselijke rechtsvragen bij afgebroken onderhandelingen te moeten ontrafelen.

### 3. Rechtskeuze

In de Verordening blijft de vrijheid van partijen om het toepasselijke recht te kiezen vooropstaan. De rechtskeuze zet niet alleen het aanvullende recht terzijde, maar ook het dwingende recht. De hoofdregel is dat rechtskeuze uitdrukkelijk wordt gedaan of voldoende duidelijk dient te blijken uit de bepalingen van de overeen-

komst of de omstandigheden van het geval. Hoewel niets nieuws, wijzen wij erop dat onderscheid gemaakt moet worden tussen een uitdrukkelijke rechtskeuze of een stilzwijgende rechtskeuze. Deze laatste dient uit de omstandigheden van het geval te worden afgeleid, waarbij het gaat om de werkelijke wil van partijen en niet om de hypothetische partijwil. Of een rechtskeuze (ook al is deze uitdrukkelijk) stilzwijgend *is geaccepteerd* moet aan de hand van de bepalingen 10, 11 en 12 van het Verdrag worden beantwoord. Veelal zal dat uiteindelijk geschieden aan de hand van het recht van de rechtskeuze.

In de literatuur is het al jaren een heet hangijzer of een keuze voor niet-statelijk recht als rechtskeuze mogelijk zou moeten zijn.<sup>14</sup> Ons inziens heeft deze discussie voor de contractenrechtpraktijk maar beperkte waarde, omdat een dergelijke keuze in de praktijk weinig lijkt voor te komen. In het Commissievoorstel van 15 december 2005 was de keuze voor niet-statelijk recht nog opgenomen, maar hiervoor bleek onvoldoende politiek draagvlak te zijn. Uiteindelijk werd volstaan met een verwijzing naar niet-statelijk recht in overweging 13 van de Verordening. Naar verluid werd hiermee de mogelijkheid opengelaten om te zijner tijd een keuze voor – nog tot stand te brengen – materieel EU-recht toe te staan. Ons inziens betekent een en ander dat de Verordening thans een keuze voor niet-statelijk recht als conflictrechtelijke rechtskeuze niet toestaat. De vraag of materieelrechtelijke verdragsregels door rechtskeuze kunnen worden geïncorporeerd in een overeenkomst en dat daardoor het dwingende recht opzij wordt gezet valt thans evenmin onder de vigeur van het Verdrag met zekerheid te beantwoorden.<sup>15</sup>

Een interessant novum betreft artikel 3 lid 4 dat bepaalt:

*‘Indien alle overige op het tijdstip van de keuze bestaande aanknopingspunten zich in een of meer lidstaten bevinden, laat de keuze door de partijen van het recht van een niet-lidstaat de toepassing van de bepalingen van het Gemeenschapsrecht waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken, in voorkomend geval zoals deze in de lidstaat van de rechter zijn geïmplementeerd, onverlet.’*

Welke strekking heeft *alle overige aanknopingspunten*? Interessant is dat het arrest van het Hof van Justitie dat onmiskenbaar ten grondslag aan deze bepaling heeft gelegen, het arrest *Ingmar Ltd./Eaton Leonard Technologies Inc.*,<sup>16</sup> niet onder de tekstuele reikwijdte van het nieuwe artikel 3 lid 4 zou vallen, omdat in dat

9 Verordening van de Raad van 22 december 2000, PbEG L 12 (rectificatie PbEG L 307), betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, laatstelijk gewijzigd 20 november 2006, PbEU L 363.

10 Zie ook overweging 10 van de Verordening.

11 Althans onder artikel 5 EEX-verdrag.

12 Het toepasselijke recht is, indien het niet op grond van art. 12 lid 1 Rome II kan worden bepaald: a) het recht van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich hebben voorgedaan, of b) het recht van het land waar de partijen beide hun gewone verblijfplaats hebben op het tijdstip waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voordoet, of, c) indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst, een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het onder a) en b) bedoelde land, het recht van dat andere land.

13 Zie ook: Paul Lagarde, ‘Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)’, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* 2006, p. 334.

14 Zie voor vindplaatsen van voor- en tegenstanders: Ole Lando and Peter Arnt Nielsen, ‘The Rome I Proposal’, *Journal of Private International Law*, April 2007, p. 31 noot 9.

15 Vgl. in beginstel instemmend, L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR* (Kluwer 2004), p. 92, en R.I.V.F. Bertrams en S.A. Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag* (Kluwer 2007), p. 32. Afwijzend ten opzichte van rechtskeuze voor het Weens Koopverdrag, T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden* (diss. 2007), p. 132.

16 Hof van Justitie EG 9 november 2000, C-381/98, NIPR 2001, 29, NJ 2005, 332.

geval één van de partijen in de Verenigde Staten van Amerika, en dus buiten de Europese Unie was gevestigd.<sup>17</sup>

In het hiervoor aangehaalde arrest ging het geschil erover of een agent, die zijn werkzaamheden in een lidstaat had verricht, zijn recht op een vergoeding van goodwill kon worden ontzegd vanwege de keuze in het agentuurcontract voor het recht van de State of California, dat geen aanspraak op goodwill voor de agent kende. De overeenkomst was gesloten tussen een in Amerika gevestigde principaal en een in Engeland gevestigde agent. Het Hof van Justitie overwoog dat de regeling van de artikelen 17 tot en met 19<sup>18</sup> van de Richtlijn inzake de onafhankelijke handelsagent<sup>19</sup> beoogt via de categorie van de handelsagenten de vrijheid van vestiging en de onvervalste mededinging binnen de interne markt te beschermen. Voor de communautaire rechtsorde achtte het Hof van Justitie het van wezenlijk belang, dat een in een derde land gevestigde principaal wiens handelsagent zijn activiteiten binnen de Gemeenschap verricht, die bepalingen niet kan ontwijken door eenvoudig een rechtskeuzeclausule in de overeenkomst op te nemen. De functie van de betrokken bepalingen vereist immers, aldus het Hof van Justitie, dat deze ongeacht welk recht de partijen op de overeenkomst van toepassing hebben verklaard, toepassing vinden zodra de situatie een *naume band* (cursivering MW/TvW) met de Gemeenschap vertoont, met name omdat de handelsagent zijn activiteiten op het grondgebied van een lidstaat verrichtte.

Het is onduidelijk of het Hof van Justitie bij Ingmar/Eaton heeft beoogd om (impliciet) artikel 7 Verdrag toe te passen dan wel een zelfstandige doorbraakregel heeft geformuleerd. In het eerste geval komen er twee vragen op.

De eerste vraag is of de Nederlandse rechter Ingmar Eaton onverkort zou moeten toepassen. Nederland is immers partij bij het Haags Vertegenwoordigingsverdrag (ook van toepassing op agentuurovereenkomsten), dat prevaleert boven Verdrag en Verordening.<sup>20</sup> Artikel 8 van het Haags Vertegenwoordigingsverdrag stelt dat het toepasselijk (eventueel gekozen) recht onder meer bepaalt de vergoeding inzake klantenkring. Het ligt niet voor de hand om dat recht op dit onderwerp te doorbreken met een voorrangregel.<sup>21</sup>

De tweede vraag is: heeft de Europese wetgever met de uiteindelijke tekst van artikel 3 lid 4 afstand willen nemen van het Ingmar/Eaton-arrest of behoudt dit arrest naast de tekst van artikel 3 lid 4 zijn waarde? Naar verluid is artikel 3 lid 4 slechts bedoeld om de 'gewone' dwingende rechtsregels van de Europese wetgever te beschermen, waarmee lid 4 de Europese evenknie zou zijn van lid 3 (rechtskeuze in een louter nationale situatie). In dat geval kunnen ook (nog nader te duiden) andere regels uit richtlijnen in de toekomst via toepassing van de voorrangregel van artikel 9

Verordening worden toegepast indien niet alle aanknopingsfactoren naar de Europese Unie wijzen. Het Ingmar/Eaton-arrest zou dan zijn relevantie blijven behouden.

Wat hiervan ook mogen zijn, de contractenopstellers dienen zich in de gevallen dat alle aanknopingspunten (behoudens de rechtskeuze) verbonden zijn met Europese lidstaten, te realiseren dat een keuze voor een ander recht dan dat van een land van de Europese Unie (bijvoorbeeld een keuze voor 'neutraal' Zwitsers recht), meebrengt dat dan toch met de dwingendrechtelijke bepalingen van het (geïmplementeerd) Gemeenschapsrecht rekening dient te worden gehouden. Het is gezien vraagstukken die bij executie kunnen spelen op voorhand moeilijk te voorspellen of een forumkeuze (in samenhang met de keuze voor een recht van een land van buiten de Europese Unie) of een keuze voor arbitrage, soulaas kan bieden in een poging om op een dergelijke wijze artikel 3 lid 4 buiten de deur te houden.<sup>22</sup>

## 4. Het toepasselijke recht bij gebreke van een rechtskeuze: algemeen

Een van de artikelen die zeer ingrijpend is gewijzigd ten opzichte van het Verdrag is artikel 4 inzake het recht dat van toepassing is bij gebreke van een rechtskeuze. Volgens het Verdrag is bij gebreke van een rechtskeuze in beginsel van toepassing het recht van het land waarmee de overeenkomst het nauwst is verbonden.<sup>23</sup> Het is de bedoeling dat de rechter het 'zwaartepunt' van de overeenkomst bepaalt. In lid 2 van artikel 4 Verdrag is opgenomen<sup>24</sup> dat de overeenkomst wordt vermoed het nauwst verbonden te zijn met het land waar de partij die de kenmerkende prestatie verricht, ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, haar gewone verblijfplaats heeft of – in het kort – naar gelang van de hoedanigheid van de desbetreffende partij, haar hoofdbestuur heeft. Voor zover de overeenkomst een zakelijk recht op of een recht tot gebruik van een onroerend goed betreft, wordt de overeenkomst vermoed het nauwst verbonden te zijn met het land waar het onroerend goed is gelegen. Lid 5 stelt lid 2 buiten werking indien de kenmerkende prestatie niet kan worden vastgesteld. Bovendien gelden de vermoedens van de leden 2 en 3 niet wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land. Uit de rechtspraak bleek dat in het bijzonder de toepassing van de leden 2 en 5 in de diverse lidstaten niet consistent was. In Nederland bijvoorbeeld, volgt uit het arrest van de

17 Zie over dit arrest uitgebreid H.L.E. Verhagen, 'Het spanningsveld tussen de vrijheid van rechtskeuze en het communautaire harmonisatie-proces', NIPR 2001, p. 27-39 en B. Wessels en T.H.M. van Wechem, Aandachtspunten internationaal contracteren (Kluwer 2002), p. 59 e.v.

18 Dit zijn de bepalingen waarin het recht op goodwillvergoeding voor de agent is verankerd.

19 Richtlijn 86/653EEG van de Raad van 18 december 1986.

20 Zie verder paragraaf 9.

21 Art. 16 Haags Vertegenwoordigingsverdrag kent in artikel 16 een soortgelijke regeling als artikel 7 Verdrag.

22 Vgl. HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 (Eco Swiss/Benetton); zie tevens de annotatie van De Ly, TvA 1999/3, p.100-108, NJ 1998, 207, zie tevens NJ 2000, 340.

23 De situatie waarbij een deel van de overeenkomst kan worden afgescheiden, laten wij buiten toepassing.

24 Zie over de verhouding tussen lid 1 en lid 2 van het Verdrag, R.I.V.F. Bertrams en S.A. Kruisinga, Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag (Kluwer 2007), p. 38. Deze schrijvers komen tot de conclusie dat lid 1 zelfstandige betekenis ontbeert en slechts een beginselverklaring omvat die in lid 2 wordt geconcretiseerd en geobjectieerd.

Hoge Raad van 25 september 1992<sup>25</sup> een restrictieve benadering<sup>26</sup> van artikel 4 lid 2 van het Verdrag.<sup>27</sup> De uitzondering van artikel 4 lid 5 doet zich alleen voor indien de vestigingsplaats van de kenmerkende prestant geen reële aanknopingswaarde heeft.<sup>28</sup> Met andere woorden, artikel 4 lid 2 geeft een strikte aanwijzing voor de invulling van artikel 4 lid 1. De rechtspraak van bijvoorbeeld Engeland, Frankrijk en Denemarken laat een ander beeld zien. Daar wordt de regel van artikel 4 lid 2 niet als dwingende aanwijzing gezien, maar vindt via artikel 4 lid 5 een meer flexibele benadering plaats als *'on balance a closer connection exists to another state'*.<sup>29</sup>

De Verordening kiest voor een terughoudende toepassing van artikel 4 lid 3: alleen wanneer uit alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het in lid 1 of lid 2 bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing. Duidelijk is dat er aansluiting is gezocht bij de tekst van artikel 4 lid 3 uit Rome II.<sup>30</sup> In dat artikel is bepaald dat als een onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het in de leden 1 en 2 (van artikel 4) bedoelde land, het recht van dat andere land van toepassing is. Voorts geeft artikel 4 lid 4 van Rome II in de tekst de volgende aanwijzing:

*'Een kennelijk nauwere band met een ander land zou met name kunnen berusten op een reeds eerder bestaande, naam met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen de partijen, zoals een overeenkomst.'*

25 HR 25 september 1992, NJ 1992, 750 (Baleners) en nadien uit HR 13 september 1996, RvdW 1996, 173 (Wilk/CCZ).

26 Zie ook HR 17 oktober 2008, C07/084HR.

27 In zijn arrest van 28 maart 2008, C06/318HR, stelt de Hoge Raad onder meer de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie: e) Moet de uitzondering in de tweede zin van het vijfde lid van art. 4 EVO aldus worden uitgelegd dat de vermoedens van het tweede, derde en vierde lid van art. 4 EVO eerst dan niet gelden indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de daarin bedoelde aanknopingscriteria geen reële aanknopingswaarde hebben, of ook reeds indien daaruit blijkt dat sprake is van een aanknopingsoverwicht met een ander land?

28 A-G Strikwerda merkt hierover in zijn conclusie voor HR 28 maart 2008, C06/318 HR, het volgende op: 'Het komt mij voor dat ook voor de beoordeling van onderdeel 7 een beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen noodzakelijk is, thans met betrekking tot de uitlegging van de uitzonderingsbepaling van de tweede zin van art. 4 lid 5 EVO. De Hoge Raad heeft in het door het onderdeel ingeroepen Baleners-arrest bij de uitleg van de bedoelde uitzonderingsbepaling van art. 4 lid 5 EVO op eigen kompas moeten varen, aangezien ten tijde van de uitspraak van het arrest het Protocol van 19 december 1988, Trb. 1989, 49, betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het EVO, nog niet in werking getreden was en de Hoge Raad derhalve geen prejudiciële vragen over de uitlegging van art. 4 lid 5 EVO aan het Hof van Justitie kon voorleggen. De Hoge Raad heeft met betrekking tot de in de literatuur en rechtspraak van de kring van bij het EVO aangesloten staten omstreden vraag naar de reikwijdte van de uitzonderingsbepaling van de tweede zin van art. 4 lid 5 EVO geoordeeld dat eerst dan van de hoofdregel van art. 4 lid 2 EVO behoort te worden afgeweken indien, gegeven de bijzonderheden van het geval, geoordeeld moet worden dat de plaats van vestiging van de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, geen reële aanknopingswaarde heeft. De uitspraak van de Hoge Raad op dit voor de toepassing van art. 4 EVO essentiële punt is niet overal met instemming begroet. Als kritiek wordt geuit dat de Hoge Raad de bedoelde uitzonderingsbepaling van art. 4 lid 5 EVO te restrictief heeft uitgelegd.'

29 Zie Ole Lando and Peter Arnt Nielsen, 'The Rome I Proposal', Journal of Private International Law, 2007, p. 36.

30 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II) Pb. L 199 van 31/07/2007 p. 40-49.

In lid 4 kent de Verordening ook dezelfde voorziening als het Verdrag in lid 5: als het toepasselijke recht niet overeenkomstig lid 1 of lid 2 kan worden vastgesteld, dan wordt de overeenkomst beheerst door het recht waarmee zij het nauwst verbonden is. Uit het systeem van artikel 4 lijkt voort te vloeien dat artikel 4 lid 4 slechts nog in uitzonderlijke gevallen toepassing zal vinden.

## 5. Toepasselijk recht op genoemde overeenkomsten

In artikel 4 lid 1 van de Verordening is<sup>31</sup> voor acht typen overeenkomsten (opgenomen onder de leden a-h) het toepasselijke recht vooraf<sup>32</sup> vastgesteld.<sup>33</sup> In de totstandkomingsfase van de Verordening is een aantal typen overeenkomsten geschrapt en/of verplaatst.<sup>34</sup> Het artikel is aangevuld met een regeling over het recht dat van toepassing is op een overeenkomst ten aanzien van de veiling van goederen. Een dergelijke overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waar de veiling plaatsvindt. Voorts is ten aanzien van een overeenkomst die overeenkomstig niet-discretionaire regels is gesloten in het kader van een multilateraal systeem bepaald dat verscheidene koop- en verkoopintenties van derden met betrekking tot financiële instrumenten samenbrengt<sup>35</sup> of het samenbrengen daarvan vergemakkelijkt,<sup>36</sup> dat die overeenkomst wordt beheerst door dat recht.<sup>37</sup>

Voor de praktijk is vooral interessant dat de agentuur-, distributie- en franchiseovereenkomsten zijn onderworpen aan het recht van het land waar de agent, distributeur of franchisenemer zijn gewone verblijfplaats heeft.<sup>38</sup> Voor ons land wellicht niet verbazingwekkend, maar in andere landen werd ten aanzien van distributie ook wel anders betoogd, doordat de koop als het karakteristieke element werd gezien.

In de 17e overweging van de Verordening staat opgenomen dat het concept 'verrichten van diensten' en 'verkoop van goederen' op dezelfde wijze dient te worden geïnterpreteerd als bij toepassing van artikel 5 van Brussel I, voor zover de verkoop van goederen en de verrichting van diensten onder die verordening vallen en dat franchise- en distributieovereenkomsten overeenkomsten inzake het verrichten van diensten zijn, die aan specifieke regels zijn on-

31 Bij gebreke van een rechtskeuze overeenkomstig art. 3 en onverminderd art. 5 tot en met 8 van de Verordening.

32 Met uitzondering van het onder art. 4 lid 3 bepaalde.

33 Waarmee een invulling van de kenmerkende prestatie is gegeven.

34 De regeling over vervoer is verplaatst naar art. 5, de regeling inzake intellectuele en industriële eigendomsrechten is komen te vervallen, waarschijnlijk omdat het Comité (terecht) had opgemerkt dat vele industriële eigendomsrechten vanwege de manier waarop zij tot stand zijn gekomen, onder andere voorwaarden overdraagbaar zijn dan naar het recht van de gewone verblijfplaats van de houder.

35 In de zin van art. 4 lid 1 punt 17 van Richtlijn 2004/39/EG.

36 En die beheerst wordt door één recht.

37 Dit ziet op de zogenoemde MiFID richtlijn (2004/39/EC d.d. 21 april 2007, aangepast 11 maart 2008, 2008/10/EC). Deze richtlijn, die van toepassing is op beleggingsondernemingen en gereglemeerde markten, kan binnen het bestek van het preadvies niet nader worden toegelicht.

38 Hierbij zij opgemerkt dat het begrip gewone verblijfplaats nader is gedefinieerd in art. 19 van de Verordening.



derworpen. Niet duidelijk is welke ‘specifieke regels’ de Verordening hier op het oog heeft.

De vraag komt op of de in artikel 4 lid 1 genoemde overeenkomsten Verordeningsautonoom dienen te worden gekwalificeerd en hoe dat zich verhoudt met de toepassing van de regel van artikel 10 van de Verordening. Uit artikel 10 volgt dat het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst of van een bepaling daarvan worden beheerst door het recht dat ingevolge deze verordening toepasselijk zou zijn indien de overeenkomst of de bepaling geldig zou zijn. Met andere woorden, wanneer is bijvoorbeeld een koopovereenkomst een koopovereenkomst? Dient dit aan de hand van de bepalingen van het Weens Koopverdrag te worden vastgesteld of verordeningsautonoom aan de hand van Rome I (daarbij aansluiting zoekend bij Brussel I) en welke rol spelen nationale concepten daarbij? De kwalificatie van de overeenkomst onder Brussel I staat thans in het licht van artikel 5 van de EEX-vo zowel in de rechtsliteratuur als in de rechtspraak ter discussie.<sup>39</sup> Hier lijkt een prijs betaald te worden voor de beoogde rechtszekerheid, namelijk mogelijke onduidelijkheid over de kwalificatievraag.<sup>40</sup>

De tekst van artikel 4 lid 2, waar onder meer wordt geregeld wat geldt wanneer een overeenkomst uit meer typen overeenkomsten bestaat, laat zich opdelen in twee gedeelten: i) de overeenkomst valt niet onder de reikwijdte van lid 1 of ii) de bestanddelen vallen onder meer noemers van de in lid 1 geduide overeenkomsten. Wat niet geregeld wordt, is de situatie dat een gedeelte van de overeenkomst wel en een gedeelte niet onder de reikwijdte van artikel 4 lid 1 valt. De vraag rijst dan of het lot van het niet geduide deel in beginsel<sup>41</sup> het lot van het wel geduide deel volgt. De overeenkomst van aanneming van werk waarbij de aannemer ook wat zaken verkoopt, laat zich in het licht van artikel 4 lid 1 van de Verordening bijvoorbeeld lastig duiden.

Allereerst wordt uit de tekst van de Verordening niet duidelijk of aanneming van werk<sup>42</sup> onder de noemer van het verrichten van diensten te brengen is.<sup>43</sup> Vervolgens is het lastig om vast te stellen of de rechter – mocht aanneming buiten het dienstenbegrip vallen – deze overeenkomst dan in twee overeenkomsten dient te scheiden of dat hij – doordat de overeenkomst ook betrekking heeft op een wél geduide overeenkomst te weten de levering van zaken – de gehele overeenkomst onder de reikwijdte van artikel 4

lid 1 dient te brengen. Uit overweging 18 van de Verordening valt op te maken dat indien een overeenkomst bestaat uit een verzameling rechten en plichten die kunnen worden ingedeeld bij meer dan één van de geduide soorten overeenkomsten, dan de kenmerkende prestatie van de overeenkomst vastgesteld wordt op basis van de het zwaartepunt van de overeenkomst.<sup>44</sup> Ook hier wordt niet de situatie geadresseerd waarbij één van de overeenkomsten (in het geval van een gemengde overeenkomst) niet valt onder de reikwijdte van artikel 4 lid 1. Evenmin wordt aangegeven wat met het ‘zwaartepunt’ wordt bedoeld. Wat in ogenschouw dient te worden genomen is dat het hier ‘slechts’ gaat om de aanwijzing van het toepasselijke recht. De vraag die niet onder ogen is gezien, of ná aanwijzing van het toepasselijke recht er binnen dat recht weer een nieuwe ordening van typen overeenkomsten in het kader van toepasselijke regels van materieel recht kan plaatsvinden, bijvoorbeeld omdat het toepasselijke materiële recht het onderscheid tussen de overeenkomsten op een andere wijze maakt.

Tot slot is onduidelijk hoe deze bepaling zich verhoudt met eventuele toepassing van artikel 3 van het Weens Koopverdrag. Artikel 3 van het Weens Koopverdrag kent immers zijn ‘eigen’ regels om het verschil tussen koopovereenkomsten en andere overeenkomsten te duiden.<sup>45</sup> Wanneer niet beide partijen in een Verdragsluitende staat zijn gevestigd, dan dient met toepassing van de Verordening te worden vastgesteld of het recht op de *koopovereenkomst* het recht is van een Verdragsluitende staat. Hier zou de normering van artikel 4 lid 2 van de Verordening kunnen conflicteren met het bepaalde van artikel 3 van het Weens Koopverdrag.<sup>46</sup>

Voor de contractenmakers is het van belang om door middel van een duidelijke rechtskeuze, deze kwalificatieperikelen zo veel mogelijk te voorkomen.

## 6. Bijzondere typen overeenkomsten

Voor de arbeidsovereenkomst en de consumentenovereenkomst kent het Verdrag aparte artikelen. De Verordening voegt daar de vervoerovereenkomst aan toe, waarvoor het Verdrag alleen in artikel 4 lid 4 alleen het rechtsvermoeden voor de kenmerkende prestatie bevat in het geval van goederenvervoer. Ook de verzekeringsovereenkomst heeft een apart artikel gekregen.<sup>47</sup>

In artikel 5 van de Verordening is in lid 2 een bepaling opgenomen voor personenvervoer. Bij gebreke van een rechtskeuze – die

39 B. Piltz, ‘Jurisdiction of the place of performance in UN sales contracts’, NTHR 2007, p. 119 e.v.

40 Ter relativering dient echter wel te worden opgemerkt dat veelal de kenmerkende prestatie – ongeacht de precieze kwalificatie – door de dezelfde partij zal worden verricht, zodat het eindresultaat (anders dan bij koop) niet per se daardoor hoeft te verschillen.

41 Vgl. bijv. art. 6:215 BW dat ook in het kader van een gemengde overeenkomst spreekt over twee of meer door de wet geregelde ‘bijzondere overeenkomsten’.

42 S. Leible & M. Lehman, ‘Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (“Rom I”)', RIW 2008, p. 535, wijzen erop dat het voor de hand ligt dat contracten van aanneming van werk ook onder de reikwijdte van deze bepaling zullen vallen.

43 Onder het Weens Koopverdrag art. 3 wordt wanneer een onderscheid tussen koop en het verrichten van andere diensten of het verlenen van arbeid moet worden gemaakt, *dépeçage* toegepast. Toepassing van het CISG brengt mee dat bij twijfel of er sprake is van een koopovereenkomst zo veel mogelijk (aspecten van) overeenkomsten onder de reikwijdte van het CISG dienen te worden gebracht, zie Christiaans & Van Wechem 2007 (T&C Vermogensrecht). Bijlage 26, CISG, art. 3, aant. 3, p. 1877.

44 Het lijkt erop dat onder de Verordening van de ‘absorptieleer’ wordt uitgegaan ten aanzien van het toepasselijke recht.

45 Zie Christiaans & Van Wechem 2007 (T&C Vermogensrecht). Bijlage 26, CISG, art. 3 aant. 3, p. 1877.

46 Vgl. tevens het bepaalde van art. 25 van de Verordening en paragraaf 9 van dit artikel.

47 Voor een uitgebreide behandeling verwijzen wij graag naar W. van der Velde, ‘De gevolgen van Rome I voor het verzekeringsrecht’, AV&S, 2008, p. 123-130. De verzekeringsovereenkomst laten wij gezien de omvang daarvan buiten het bestek van deze bijdrage.

volgens dezelfde bepaling aan voorwaarden moet voldoen<sup>48</sup> – is van toepassing het recht van het land waar de passagier zijn gewone verblijfplaats heeft, mits de plaats van vertrek of de plaats van bestemming in dat land gelegen is. Indien niet aan die voorwaarden is voldaan, is het recht van de plaats waar de vervoerder zijn gewone verblijfplaats heeft van toepassing. Lid 3 van artikel 5 kent een met artikel 4 lid 3 van het Verdrag overeenkomstige regeling. Wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst, bij gebrek van rechtskeuze, een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het in lid 1 of lid 2 bedoelde land, dan is het recht van dat andere land van toepassing.<sup>49</sup>

Voor de consumentenovereenkomst kent het nieuwe artikel 6 van de Verordening de hoofdregel dat een overeenkomst<sup>50</sup> tussen een verkoper (een persoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf) en een consument wordt beheerst door het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, op voorwaarde van de ontplooiing van de commerciële of beroepsactiviteiten in het land van de consument of het richten van die activiteiten op dat land en/of op meer landen. Rechtskeuze is toegestaan, maar laat de dwingende bepalingen van het recht van de gewone verblijfplaats van de consument onverlet. Lid 3 bevat een vangnetbepaling waaruit volgt dat wanneer niet aan de eisen van lid 1 is voldaan het toepasselijke recht volgens artikel 3 of 4 moet worden vastgesteld.<sup>51</sup>

Artikel 6 van de Verordening is ons inziens duidelijker dan de regeling van artikel 5 van het Verdrag. Wij betreuren het wel dat uiteindelijk niet is gekozen voor de simpele regel dat het recht van de gewone verblijfplaats van de consument altijd van toepassing is. Deze regel biedt een hogere mate van bescherming dan de ‘dubbele’ bescherming die in de Verordening is opgenomen (en ook onder het Verdrag gold). Deze regel voorkomt ook onduidelikheden bij het lokaliseren van aan buitenlands recht onderworpen consumentenovereenkomsten. Een voorbeeld: een (consumenten) koopovereenkomst tussen een Engelse (internet)verkoper en een Nederlandse consument kent een keus voor Engels recht. De ont-

bindingsrechten voor de consument worden contractueel beperkt, maar hiermee wordt niet afgeweken van het Engelse (consumenten)kooprecht. Een beperking van ontbindingsrechten ex artikel 6:265 BW is echter wel een zwart beding (zie art. 6:236 sub b BW). Moet deze contractuele bepaling nu worden aangepast of vindt artikel 6:236 sub b BW geen toepassing omdat niet ten nadele van de consument wordt afgeweken van het (minder gunstige) Engelse recht?

## 7. Voorrangsregels

Het ingevolge het Verdrag toepasselijke recht op de overeenkomst is niet absoluut en wordt onder meer ingeperkt door de in artikel 7 vastgelegde leer van de ‘bijzondere dwingende regels’ of ‘voorrangsregels’. Deze leer heeft in de Verordening een plaats gevonden in artikel 9.

De Verordening specificceert in lid 1 van artikel 9 wat onder ‘bijzonder dwingend recht’ moet worden verstaan, waarbij aansluiting is gezocht bij het arrest van het Hof van Justitie van 23 november 1999 (Arblade):<sup>52</sup> bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst. De Verordening beoogt hier geen wijziging ten opzichte van het Verdrag.

Artikel 7 lid 2 Verdrag bepaalt dat de rechter de regels van zijn recht die het geval dwingend beheersen moet toepassen ongeacht het ingevolge het Verdrag op de overeenkomst toepasselijke recht. Deze regeling is in de Verordening niet gewijzigd. Artikel 7 lid 1 Verdrag – de rechter *kan* belang toekennen aan een regel van (bijzonder) dwingend recht van een derde land – is in de Verordening echter verder aangescherpt. Op het eerste gezicht verbaast dat, omdat in de praktijk artikel 7 lid 1 Verdrag maar weinig relevant blijkt te zijn. Niet alleen hebben diverse landen ten aanzien van deze bepaling een voorbehoud gemaakt,<sup>53</sup> maar ook in de landen die dat niet hebben gedaan is deze bepaling klaarblijkelijk amper of niet toegepast.<sup>54</sup> Hoewel de Verordening voorbehouden ten aanzien van ‘derdelandsbepalingen’ niet meer toestaat, is de lat voor toepassing wel hoger gelegd. Volgens artikel 9 lid 3 Verordening kan de rechter ook gevolg toekennen aan de bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land waar de verbintnissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen, voor zover die bepalingen van bijzonder dwingend recht de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig maken. Hierbij dient bij de beslissing of aan deze bepalingen gevolg moet worden toegekend, rekening te worden gehouden met hun aard en doel, alsmede met de gevolgen die de toepassing of niet-nakoming van deze bepalingen zou kunnen hebben. Het lijkt dus te gaan om de regels van het land waar de verbintnissen zijn of moeten wor-

48 Alinea 2 van art. 5 lid 2 van de Verordening bepaalt dat partijen alleen het recht kunnen kiezen van het land waar a) de passagier zijn gewone verblijfplaats heeft; of b) de vervoerder zijn gewone verblijfplaats heeft; of c) de vervoerder zijn hoofdvestiging heeft; of d) het vertrek plaatsvindt; of e) de aankomst plaatsvindt.

49 De Hoge Raad heeft bij arrest van 28 maart 2008, C06/318 HR zeven prejudiciële vragen voorgelegd aan het Europese Hof met betrekking tot art. 4 lid 4 Verdrag. De beantwoording zal (beperkte) relevantie hebben voor de uitleg van art. 5 Verordening.

50 Of beter: iedere overeenkomst tenzij uitgesloten in lid 4.

51 De volgende typen overeenkomsten zijn uitgesloten:

- a) overeenkomsten tot verstrekking van diensten, wanneer deze uitsluitend aan de consument moeten worden verstrekt in een ander land dan dat waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft;
- b) vervoersovereenkomst met uitzondering van pakketreizen;
- c) overeenkomsten die een zakelijk recht op een onroerend goed of de huur van een onroerend goed tot onderwerp hebben, met uitzondering van overeenkomsten van time-sharing;
- d) rechten en verplichtingen die een financieel instrument vormen en rechten en verplichtingen waardoor de voorwaarden voor de emissie, de openbare aanbidding of een overnamebod met betrekking tot verhandelbare effecten en de inschrijving en terugkoop van rechten van deelneming in instellingen voor collectieve beleggingen worden vastgelegd, voor zover deze geen verrichting van een financiële dienst vormen, en
- e) overeenkomsten die zijn gesloten binnen het type systeem dat onder de werkingssfeer van art. 4 lid 1 onder h) van de Verordening valt.

52 HvJ EG 23 november 1999, gevoegde zaken C-369/96 en C-376/96.

53 Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Oostenrijk, Luxemburg, Portugal, Letland, Slovenië en Ierland.

54 Ole Lando and Peter Arnt Nielsen, ‘The Rome I Proposal’, *Journal of Private International Law*, April 2007, p. 46.

den *nagekomen* en niet om het recht van het land waar de bepalingen *effect sorteren*. Het ligt niet in de lijn der verwachting dat deze aangescherpte regeling meer toepassing zal vinden dan artikel 7 lid 1 Verdrag, dus de relevantie van de wijziging lijkt vooral een politieke te zijn.<sup>55</sup>

## 8. Diverse rechtsfiguren

De Verordening bevat zelfstandige verwijzingsregels voor de rechtsfiguren cessie, contractuele subrogatie, wettelijke subrogatie, hoofdelijkheid en die van verrekening. De verwijzingsregel voor cessie (welke dezelfde is als die voor contractuele subrogatie) is op een aantal punten gewijzigd, die van wettelijke subrogatie is hetzelfde gebleven, alsmede die voor hoofdelijke schuldenaren (hoewel deze laatste is ondergebracht in een aparte bepaling). Nieuw is de regeling inzake verrekening. Helaas worden de voor de praktijk relevante figuren van schuldovername,<sup>56</sup> contractsovername en novatie niet door de Verordening geregeld.

Artikel 14 van de Verordening geeft voor cessie en contractuele subrogatie een gelijklopende regeling: deze figuren vervullen ook een gelijke economische functie. Onder de Verordening omvat het concept cessie niet alleen de daadwerkelijke overdracht van vorderingen, maar ook overdrachten van vorderingen tot zekerheid, alsmede verpandingen en andere zekerheidsrechten op vorderingen.<sup>57</sup> Belangrijk is dat de Verordening in plaats van verbintenissen spreekt over betrekkingen: de regeling is ook van toepassing op de goederenrechtelijke aspecten van een cessie tussen de cedent en de cessionaris in de rechtsordes waarin deze aspecten los van de aspecten van het verbintenissenrecht worden behandeld.<sup>58</sup> Deze verruiming sluit aan bij het Hoge Raad-arrest van 16 mei 1997 (Bechem/Hansa).<sup>59</sup> Over de inroepbaarheid van de cessie tegenover derden kon echter geen overeenstemming worden bereikt en valt dus buiten de reikwijdte van de Verordening. De Commissie zal dienaangaande nog met aanbevelingen moeten komen.<sup>60</sup> Dit is voor de contractenrechtpraktijk – en met name voor de praktijk van de ‘Legal Opinions’ – van groot belang, omdat er nog steeds een ‘grijze vlek’ aanwezig blijft ter zake van de rechtspositie van de betreffende derde wiens positie door de cessie wordt beïnvloed. Een Legal Opinion dient op dat punt dus nog steeds een voorbehoud te bevatten.

55 De nieuwe tekst sluit aan bij de Engelse rechtspraak en lijkt dus vooral te zijn bedoeld om bij het Verenigd Koninkrijk belemmeringen weg te nemen voor gebruik van de ‘opt-in’-mogelijkheid.

56 Zie HR 24 oktober 2003, NJ 2004, 652 waarbij de Hoge Raad de regels van art. 12 lid 2 EVO naar analogie op cumulatieve schuldovername toepast.

57 Ook hier kunnen weer kwalificatievraagstukken gaan spelen.

58 Waarbij er tevens op wordt gewezen dat de betekenis strikt beperkt dient te blijven tot de aspecten die rechtstreeks de betrokken cessie van verdeling of contractuele subrogatie betreffen.

59 HR 16 mei 1997, NJ 1998, 585. Zie ook artikel 10 van de Wet houdende regeling van het conflictenrecht betreffende het goederenrechtelijke regime met betrekking tot zaken, vorderingsrechten, aandelen en giraal overdraagbare effecten, Stb. 2008,70 (de Wet conflictenrecht goederenrecht) van 25 februari 2008, welke op 1 mei 2008 in werking is getreden.

60 En wel uiterlijk op 17 juni 2010; zie art. 27 lid 2 Verordening.

De regelingen voor wettelijke subrogatie en hoofdelijkheid zijn in de Verordening (art. 15 en 16) niet gewijzigd ten opzichte van het Verdrag. In artikel 16 Verordening is voor hoofdelijkheid wel geëxpliciteerd dat bij regres de andere schuldenaren zich kunnen beroepen op de weren die zij tegen de schuldeiser zouden kunnen aanvoeren op grond van het recht dat hun verbintenissen jegens de schuldeiser beheerst.<sup>61</sup> Indien de respectieve vorderingen door verschillende rechtstelsels worden beheerst, dient de betalende schuldenaar zich bij regres bewust te zijn dat zijn medeschuldenaars uit voor hem vreemd recht afkomstige weren in stelling kunnen brengen.

De nieuwe regeling voor verrekening (art. 17 Verordening) bepaalt dat indien de bevoegdheid tot verrekening niet op een overeenkomst<sup>62</sup> tussen partijen berust, de verrekening wordt beheerst door het recht dat toepasselijk is op de verordening ten aanzien waarvan men zich op verrekening beroept. Onder het Verdrag is onduidelijk of verrekening onder de reikwijdte van artikel 10 lid 1 onder d valt, waarin is bepaald dat het op de overeenkomst toepasselijke recht, de verschillende wijze van tenietgaan van de verbintenis bepaalt. Procedureel is van belang of de gedaagde partij zijn tegenvordering via verrekening (als verweer) of via een reconventionele vordering in stelling brengt. In dat laatste geval heeft de gedaagde partij te maken met de bevoegdheidsbeperkingen van artikel 6 EEX-Vo en in het eerste geval niet.

## 9. Varia

Voor de formele geldigheid van overeenkomsten wijkt artikel 11 Verordening af van artikel 9 Verdrag.<sup>63</sup> Een overeenkomst tussen personen die of personen wier vertegenwoordigers zich bij het sluiten van de overeenkomst in verschillende landen bevinden, is naar de vorm geldig indien de overeenkomst voldoet aan i) de vormvereisten van de *lex causa*, of ii) de vormvereisten van het recht van het land waar een van de partijen of haar vertegenwoordiger zich op het moment van het sluiten van de overeenkomst bevindt, of iii) het recht van het land waar een van de partijen haar gewone verblijfplaats heeft.<sup>64</sup> De regel onder iii) is nieuw. Voor de praktijk blijft van belang dat een nationale, meer formele totstandkomingseis via artikel 11 Verordening door een meer soepele regeling uit vreemd recht kan worden gepasseerd.

Een lastige bepaling is artikel 25 Verordening inzake de verhouding tussen de Verordening en bestaande internationale verdragen. Ingevolge lid 1 laat de Verordening onverlet verdragen waar één of meer lidstaten op tijdstip van de vaststelling van de Verordening partij zijn en die regels bevatten inzake het toepasselijke recht op overeenkomsten. Een bepaling die – min of meer – overeenstemt met artikel 21 van het Verdrag. De Commissie vond echter dat

61 Deze bepaling vloeit voort uit suggesties die tijdens het Max Planck Instituut zijn gedaan. Zie: Paul Lagarde, ‘Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)’, Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 2006, p. 346.

62 In dat geval gelden namelijk de verwijzingsregels van art. 3 en 4.

63 Deze wijziging was voorgesteld met het oog op de toename van contracten betreffende koop op afstand. Zie COM 2005(650) def. onder 3.3.6.

64 De overeenkomst met een consument wordt qua vorm beheerst door het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft.

de basisregel dat de geldende internationale verdragen voorrang hebben op de Verordening uitzondering moest vinden wanneer alle relevante elementen van het geval ten tijde van de sluiting van *de overeenkomst* met één of meer lidstaten waren verbonden, waardoor de werking van een aantal internationale verdragen zou (kunnen) worden beperkt.<sup>65</sup> Lid 2 van artikel 25 Verordening bepaalt echter dat de Verordening tussen de lidstaten voorrang heeft op *uitsluitend* tussen lidstaten<sup>66</sup> gesloten verdragen, voor zover deze betrekking hebben op aangelegenheden waarop de Verordening van toepassing is. Voor Nederland betekent dit dat het Haags Vertegenwoordigingsverdrag voorrang blijft houden op de Verordening omdat bij dat verdrag ook niet-lidstaten partij zijn.

ordening en zullen de rechtspraak en pennen voorlopig nog wel in beweging houden. Voor de praktijk vormt de Verordening over het algemeen wel een verbetering. Echter, er dient niet te gemakkelijk van uit te worden gegaan dat bekendheid met het EVO meebrengt dat de Verordening zich op dezelfde wijze – zonder nadere bestudering – laat toepassen. Daar zijn de verschillen (grote en kleine) nu net te talrijk voor.

## 10. Conclusie

De vraag of de Verordening een verbetering, een verslechtering of slechts een verandering behelst in vergelijking met de situatie zoals deze onder het Verdrag gold, laat zich niet eenduidig beantwoorden. De controle door het Hof van Justitie ter zake de toepassing van de bepalingen, de onmogelijkheid voor lidstaten waarop de Verordening van toepassing is om voorbehouden te maken, de beperktere mogelijkheden voor rechters om naar het ‘eigen’ recht uit te wijken, en de afstemming met de bepalingen van Rome II, lijken garant te staan voor een uniforme toepassing in de gehele Europese Unie en daarmee bij te dragen aan de rechtszekerheid.

De praktijk dient er ook onder de Verordening (en wellicht iets meer dan onder het Verdrag) rekening mee te houden dat stilzwijgende rechtskeuze een bron van onduidelijkheid blijft. Het is dus zaak daarover geen onduidelijkheid te laten ontstaan of te laten bestaan. Hoewel de regel al impliciet in het arrest *Ingmar/Eaton* besloten leek te liggen, bepaalt artikel 3 lid 4 nu expliciet dat dwingendrechtelijk communautair recht niet kan worden ‘weggecontracteerd’ wanneer alle aanknopingspunten van de overeenkomst zich binnen de lidstaten van de Europese Unie bevinden. De nieuwe regels van artikel 4 bevorderen enerzijds de uniforme toepassing, maar kunnen het partijdebat verplaatsen naar de vraag of er sprake is van een van de in artikel 4 lid 1 bedoelde overeenkomsten.<sup>67</sup> Ten aanzien van het recht toepasselijk op consumentenovereenkomsten is de Verordening een verbetering, maar het was beter geweest indien was gekozen voor het recht van het land van de woonplaats van de consument. Het nieuwe artikel 9 lid 3 verkleint de in de praktijk toch al weinig relevante leer van de doorbreking van het toepasselijke recht met voorrangregels van derde landen nog verder. De regelingen over de diverse rechtsfiguren in artikel 14 en verder hebben over het algemeen aan helderheid gewonnen en dat is goed, hoewel het voor de praktijk jammer is dat niet tevens de rechtsfiguren van schuldoverneming, contractoverneming en novatie zijn geregeld. De verscholen kwalificatievraagstukken zijn echter een rode draad door de gehele Ver-

<sup>65</sup> COM 2005(650) def., p. 23.

<sup>66</sup> De definitieve Engelse tekst spreekt over ‘between two or more of them’ i.p.v. tussen lidstaten gesloten. De Duitse versie over ‘zwischen zwei oder mehreren’ en de Franse over ‘entre deux ou plusieurs d’entre eux’. De Nederlandse vertaling is op dit punt dus klaarblijkelijk onjuist.

<sup>67</sup> Het is dan overigens maar de vraag of een succes ten aanzien van die stellingname tot een ander resultaat leidt in het kader van art. 4 lid 2, maar over deze kwalificatievraag kan zeer lang worden doorgeprocedeerd.