

Actualia

contractspraktijk

Leerstukken – De rechtskeuze voor verbintenissen uit overeenkomst; een vergelijking tussen Rome I en het EVO

Mw. mr. A. van der Kruk*

1. Inleiding

Het recht dat van toepassing is op internationale overeenkomsten wordt door rechters in lidstaten van de Europese Unie nu nog vastgesteld volgens het verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (het EVO). Voor overeenkomsten die na 17 december 2009 worden gesloten, zal verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) gelden.¹

Het EVO en Rome I bevatten beide objectieve verwijzingsregels die bepalen welk recht op een internationale overeenkomst van toepassing is (art. 4 e.v. EVO en art. 4 e.v. Rome I). Voordat men evenwel aan die objectieve verwijzingsregels toekomt, moet worden beoordeeld of de contractspartijen een rechtskeuze overeen zijn gekomen (art. 3 EVO en 3 Rome I).

Uit een vergelijking tussen de teksten van Rome I en het EVO volgt dat Rome I verandering brengt in de regeling van de rechtskeuze. Die veranderingen worden in dit artikel onder de loep genomen. Daartoe wordt aan de volgende onderwerpen aandacht besteed:

- de totstandkoming van een rechtskeuze (zie par. 2);

- de vrijheid van de contractspartijen een contractuele rechtskeuze te maken (zie par. 3);
- bepalingen en regels die de werking of de effecten van een geldige rechtskeuze beperken (zie par. 4);
- de vraag in hoeverre een keuze voor niet-statelijk recht is toegestaan (zie par. 5).

2. De totstandkoming van een rechtskeuze

Een rechtskeuze zal vaak uitdrukkelijk worden gedaan, bijvoorbeeld door in een overeenkomst een clause op te nemen die bepaalt welk recht op de overeenkomst van toepassing is. Ook een mondelinge afspraak kan een uitdrukkelijke rechtskeuze zijn, maar het moge duidelijk zijn dat dergelijke rechtskeuzes tot bewijsproblemen kunnen leiden.

Uit zowel het EVO als Rome I volgt dat een rechtskeuze niet alleen uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend kan wor-

* Mw. mr. A. van der Kruk is advocaat bij Simmons & Simmons te Rotterdam.

1. Rome I is op 25 juli 2008 (de twintigste dag ná bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie op 4 juli 2008; art. 29 Rome I) in werking getreden. Rome I is geldig in de EG-lidstaten (inclusief Ierland en het Verenigd Koninkrijk, zie overweging 44 van de preambule bij Rome I respectievelijk de beschikking van de Commissie van 22 december 2009, 2009/26/EG). Volgens overweging 46 in de preambule bij Rome I is de verordening niet van toepassing op Denemarken.

den gemaakt.² Onder de vigeur van het EVO is van een stilzwijgende rechtskeuze alleen sprake als uit de bepalingen van de overeenkomst of uit de omstandigheden van het geval ‘voldoende duidelijk’ blijkt van de ondubbelzinnige bedoeling van partijen een bepaald recht te kiezen.³

Leible en Lehman constateren dat de Franse, Duitse en Engelse vertalingen van artikel 3 lid 1 EVO van elkaar afwijken.⁴ Volgens de Franse vertaling was van een stilzwijgende rechtskeuze sprake als *duidelijk (façon certaine)* bleek dat partijen een rechtskeuze overeen wilden komen, terwijl het volgens de Duitse en de Engelse vertaling voldoende was als *voldoende duidelijk* van een rechtskeuze bleek (*reasonable certainty* en *mit hinreichender Sicherheit*). In artikel 3 Rome I zijn de verschillende vertalingen gelijkgetrokken, waarbij aansluiting is gezocht bij de Franse vertaling.⁵ Volgens artikel 3 lid 1 Rome I moet een stilzwijgende rechtskeuze dus *duidelijk* blijken uit de over-

eenkomst of de omstandigheden van het geval.⁶ Leible en Lehman menen dat een stilzwijgende rechtskeuze onder Rome I door deze tekstuele wijziging minder eenvoudig kan worden benoemd en onderkend dan onder het EVO. Ik kan mij voorstellen dat het verschil tussen *duidelijk* en *voldoende duidelijk* in de praktijk marginaal zal blijken te zijn.

Een wijziging die de definitieve tekst van Rome I niet heeft gehaald, was de toevoeging in het voorstel van de Commissie dat een forumkeuze het vermoeden creëert dat sprake is van een stilzwijgende rechtskeuze voor het recht van de aangewezen rechter.⁷ Deze toevoeging in het voorstel van de Commissie gaat verder dan wat gold onder het EVO. Volgens de toelichting bij het EVO, zoals dat was verwoord in het rapport Giuliano/Lagarde, was de forumkeuze een mogelijke indicatie voor het bestaan van een stilzwijgende rechtskeuze.⁸ In de definitieve versie van Rome I bepaalt overweging 12 van de preambule:

‘(12) Een overeenkomst tussen partijen om exclusieve jurisdictie te verlenen aan één of meer gerechten of tribunalen van een lidstaat om kennis te nemen van geschillen in het kader van de overeenkomst dient *een van de factoren te zijn* waarmee rekening moet worden gehouden om vast te stellen of een duidelijke rechtskeuze is gemaakt.’ (cursivering AvdK)

Terecht meent Van Wechem⁹ dat het nu onduidelijk is wat de gevolgen zijn van het opnemen van een forumkeuze zonder rechtskeuze. Kennelijk is een forumkeuze ook onder Rome I een van de factoren waarmee rekening moet worden gehouden. Uit overweging 12 in de preambule van Rome I mag men echter niet zonder meer afleiden dat een forumkeuze doet vermoeden dat sprake is van een stilzwijgende rechtskeuze voor het recht van de aangewezen rechter. Dat een forumkeuze een van de factoren is

2. L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, Deventer: Kluwer 2008, p. 166. In een recent artikel van De Heer (J.F. de Heer, ‘De techniek van de rechtskeuze nader onderzocht, in het bijzonder de tijdens een rechtsgeding uitgebrachte rechtskeuze volgens artikel 3 EVO (artikel 3 Rome I-Vo)’, NIPR 2009, p. 144 -148) wordt het verschil tussen uitdrukkelijke en stilzwijgende rechtskeuzes toegelicht (zie par. 3 van het artikel van De Heer). De Heer meent dat van een uitdrukkelijke rechtskeuze slechts sprake kan zijn als ook de partij die moet instemmen met de rechtskeuze zijn wil uitdrukkelijk heeft geuit. Een rechtskeuze in algemene voorwaarden zou volgens hem dus kwalificeren als een stilzwijgende rechtskeuze als de wederpartij slechts stilzwijgend met deze rechtskeuze akkoord is gegaan. Met Van Wechem (T.H.M. van Wechem, Toepasselijkheid van algemene voorwaarden (serie recht en praktijk deel 152), Deventer: Kluwer 2007, p. 131) meen ik dat een rechtskeuzeclausule in algemene voorwaarden (mits rechtsgeldig overeengekomen) een uitdrukkelijke rechtskeuze is. Of die rechtskeuze geldig is, wordt ingevolge art. 3 lid 4 jo. art. 8 lid 1 EVO (art. 3 lid 5 jo. art. 10 lid 1 Rome I) beantwoord aan de hand van het recht van de rechtskeuze. De wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden mag zich op grond van art. 8 lid 2 EVO (art. 10 lid 2 Rome I) beroepen op het recht van het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft voor de stelling dat hij de rechtskeuze niet zou hebben aanvaard als volgens dit recht een rechtskeuzeclausule niet stilzwijgend kan worden aanvaard.
3. Zie de toelichting bij art. 3 EVO in het rapport betreffende het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst door M. Giuliano en P. Lagarde, dat is gepubliceerd in PbEG 31 oktober 1980, nr. C 282 (digitaal te raadplegen via: <<http://eur-lex.europa.eu/nl/index.htm>>). Ook de Hoge Raad oordeelde in 2008 dat pas van een stilzwijgende rechtskeuze als bedoeld in art. 3 EVO sprake kan zijn als uit concrete omstandigheden blijkt dat partijen deze keuze willen maken (HR 28 maart 2008, NIPR 2008, nr. 93, NJ 2008/191 (Interfrigo/Balkenende), r.o. 3.4). Volgens Van Wechem had de Hoge Raad in dit arrest overeenkomstig art. 8, 9 en 11 EVO het recht van de rechtskeuze moeten toepassen op de vraag of de rechtskeuze stilzwijgend was geaccepteerd (T.H.M. van Wechem, Rome I: Verscholen ingewikkeldheden, in: Europese conflictregels voor de overeenkomst en de onrechtmatige daad: Rome I en II - Zicht op zekerheid nog ver weg (Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, nr. 136), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2008, p. 15).
4. S. Leible en M. Lehmann, Die Verordnung über das auf vertragliche Schultverhältnisse anzuwendende Recht (‘Rome I’), RIW 2008, p. 528-544 en voetnoot 65 bij T.H.M. van Wechem, Rome I: Verscholen ingewikkeldheden, in: Europese conflictregels voor de overeenkomst en de onrechtmatige daad: Rome I en II - Zicht op zekerheid nog ver weg (Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, nr. 136), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2008, p. 8-9.
5. Leible en Lehmann 2008, p. 532.

6. De vertalingen van art. 3 lid 1 Rome I (voor zover relevant) zijn als volgt: (1) de Engelse vertaling luidt: ‘The choice shall be made expressly or clearly demonstrated (...)’; (2) de Franse vertaling luidt: ‘Le choix est exprès ou résulte de la façon certaine (...)’; en (3) de Duitse vertaling luidt: ‘Die Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus (...) ergeben’.
7. Zie amendement 42, COM(2005)0650 - C6-0441/2005 - 2005/0261(COD), p. 25.
8. Zie de toelichting bij art. 3 EVO in het rapport Giuliano/Lagarde (zie noot 3). In 2008 oordeelde de rechtbank te Zutphen overigens dat een forumkeuzebeding voor de Belgische rechter op zichzelf niet impliceert dat de ‘Belgische rechter “dus” gehouden is om ter zake van de vordering (...) als hier aan de orde Belgisch recht toe te passen’ (Rb. Zutphen 2 april 2008, LJN BD3676, r.o. 5.3).
9. Van Wechem 2008, p. 8-9. Vgl. S. van Dongen en A.P. Wenting, Europa en internationale overeenkomsten. EVO wordt Rome I, NTBR 2009, p. 82-92.

waarmee rekening moet worden gehouden, staat per slot van rekening alleen nog maar in de preambule.¹⁰

3. Vrijheid van rechtskeuze

Partijautonomie is het uitgangspunt van zowel Rome I als het EVO. De contractspartijen zijn dus in beginsel vrij ieder willekeurig rechtsstelsel te kiezen, ook dat van staten die geen lid van de Europese Unie zijn (zie art. 2 EVO en 2 Rome I).

De vrijheid ieder willekeurig rechtsstelsel te kiezen, betekent overigens niet dat partijen door een rechtskeuze kunnen bewerkstelligen dat uitsluitend het gekozen recht van toepassing is. Er zijn voorrangregels en (dwingende) bepalingen van nationaal en – sinds de inwerkingtreding van Rome I – gemeenschapsrecht die het effect van de rechtskeuze kunnen beperken, doordat zij ongeacht het door partijen gekozen recht op de overeenkomst van toepassing zijn (zie hierna). Deze bepalingen laten de vrijheid ieder willekeurig rechtsstelsel te kiezen ongemoeid en komen om die reden in deze paragraaf niet verder aan de orde.

Rome I geeft een limitatieve opsomming van rechtsstelsels die kunnen worden gekozen bij (1) overeenkomsten tot het vervoer van passagiers (art. 5 lid 2 Rome I)¹¹ en (2) verzekeringsovereenkomsten anders dan ter dekking van een groot risico in de zin van artikel 5 sub d van de

Eerste Richtlijn 73/239/EEG (art. 7 lid 3 Rome I).¹² De rechtskeuze is ongeldig als de partijen kiezen voor een rechtsstelsel dat niet in een van de limitatieve opsommingen staat. Als gevolg van zo'n ongeldige rechtskeuze moet het recht dat zonder de rechtskeuze op de overeenkomst van toepassing zou zijn (het zogenoemde 'objectief toepasselijke recht') op de overeenkomst worden toegepast. Overeenkomstig de artikelen 5 lid 1 en 7 lid 3 (slotzin) is dat het recht van het land waar de vervoerder zijn gewone verblijfplaats heeft¹³ respectievelijk het recht van de lidstaat waar op het moment van sluiting van de overeenkomst het risico is gelegen.

Uit overweging 32 in de preambule bij Rome I volgt dat de Europese wetgever de vrijheid ieder willekeurig rechtsstelsel te kiezen juist voor deze overeenkomsten heeft beperkt om 'een adequaat beschermingsniveau' voor passagiers en polishouders te waarborgen wegens het 'bijzondere karakter' van de in artikel 5 lid 2 en 7 lid 3 bedoelde vervoers- en verzekeringsovereenkomsten. Er wordt niet toegelicht waaruit dit bijzondere karakter bestaat en waarom dit een adequaat beschermingsniveau behoeft.

Waarschijnlijk vond de Europese wetgever een zeker beschermingsniveau voor de in artikel 5 lid 2 en 7 lid 3 bedoelde vervoers- en verzekeringsovereenkomsten noodzakelijk, vanwege het feit dat deze overeenkomsten doorgaans – maar niet noodzakelijkerwijs¹⁴ – consumentenovereenkomsten betreffen, terwijl de consument bij deze overeenkomsten ingevolge artikel 6 lid 1 Rome I niet wordt beschermd door dwingende bepalingen van het recht waar hij woonachtig is (de eerste zin van art. 6 lid 1

10. Zie F.W. Grosheide, *De considerans in internationale commerciële contracten*, in: *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht 1991*, Molengrafica, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1991, p. 317). Zie voorts P.J.M. van Schmidt auf Altenstadt, *De nieuwe EG Betekeningsverordening: een stap vooruit*, TCR 2008, nr. 4, p. 109. Von Schmidt auf Altenstadt refereert aan overweging (8) in de preambule van de nieuwe betekeningsverordening (Verordening (EG) nr. 1393/2007). In die overweging staat dat de betekeningsverordening niet van toepassing is op de betekening van een stuk aan de gevolmachtigde vertegenwoordiger van de partij in de lidstaat waar de procedure plaatsvindt. Dat zou kunnen betekenen dat de betekeningsverordening niet van toepassing is op betekening van (bijvoorbeeld) appèldagvaardingen die op grond van art. 63 Rv aan het kantoor van de advocaat worden verricht. Von Schmidt auf Altenstadt is echter van mening dat – ongeacht overweging (8) in de preambule van de betekeningsverordening – het onaangename risico blijft bestaan dat met de kantoorbetekening niet kan worden volstaan. Het Hof van Justitie zal hierover een oordeel moeten vellen.
11. Partijen bij overeenkomsten tot het vervoer van passagiers kunnen kiezen voor: (1) het recht van het land waar de passagier of de vervoerder zijn gewone verblijfplaats heeft, (2) het recht van het land waar de vervoerder zijn hoofdvestiging heeft, (3) het recht van het land waar het vertrek plaatsvindt, of (4) het recht van het land waar de aankomst plaatsvindt.

12. Partijen bij verzekeringsovereenkomsten anders dan ter dekking van een groot risico in de zin van artikel 5 sub d van de Eerste Richtlijn 73/239/EEG kunnen alleen kiezen voor: (1) het recht van het land waar het risico is gelegen op het tijdstip waarop de overeenkomst wordt gesloten, (2) het recht van het land waar de polishouder zijn gewone verblijfplaats heeft, (3) in geval van een levensverzekering, het recht van de lidstaat waarvan de polishouder onderdaan is, (4) voor verzekeringsovereenkomsten ter dekking van risico's die beperkt zijn tot gebeurtenissen in een lidstaat, anders dan de lidstaat waar het risico is gelegen, het recht van die lidstaat, of (5) indien de polishouder van een overeenkomst die onder artikel 7 lid 3 valt een commerciële of industriële activiteit of een vrij beroep uitoefent en de verzekeringsovereenkomst twee of meer risico's dekt die met deze activiteiten verband houden en in verschillende lidstaten zijn gelegen, het recht van een van de betrokken lidstaten of het recht van het land waar de gewone verblijfplaats van de polishouder is gelegen. Lidstaten mogen op grond van art. 7 lid 3 tweede zin in de gevallen onder (1), (2) en (5) een ruimere keuzemogelijkheid toestaan. Art. 7 lid 3 is overigens pas van toepassing als het risico dat door de verzekeringsovereenkomst wordt gedekt in een lidstaat is gelegen (zie lid 1). Art. 7 lid 6 Rome I bepaalt hoe moet worden vastgesteld waar het risico is gelegen. Zie W. van der Velde, *De gevolgen van Rome I voor het verzekeringsrecht*, AV&S 2008, p. 126 voor een uitgebreide toelichting op de verzekeringsrechtelijke aspecten van art. 7 lid 3 Rome I.
13. Mits de plaats van ontvangst of de plaats van aflevering of de gewone verblijfplaats van de verzender ook in dat land is gelegen. Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan, wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar de plaats van aflevering, als door de partijen overeengekomen, is gelegen.
14. Overeenkomsten tot het vervoer van passagiers kunnen bijvoorbeeld ook overeenkomsten tussen professionele partijen zijn. Bijvoorbeeld in het geval dat een bedrijf een reis organiseert voor haar werknemers en daartoe een overeenkomst sluit met een vliegmaatschappij.

luit: ‘Onverminderd de artikelen 5 en 7 wordt de overeenkomst gesloten door een natuurlijke persoon (...)’.¹⁵ Deze wijziging heeft in ieder geval tot gevolg dat de ‘normale’ consumentenbescherming die artikel 6 Rome I biedt van een ander niveau is dan de bescherming die in de artikelen 5 en 7 Rome I (die ook voor consumenten gelden) wordt geboden. Voor de in de artikelen 5 lid 2 en 7 lid 3 bedoelde vervoers- en verzekeringsovereenkomsten geldt dat de contractspartijen – op straffe van een ongeldige rechtskeuze – niet kunnen worden geconfronteerd met rechtsstelsels die helemaal geen verband houden met de overeenkomst. Een rechtskeuze bij consumentenovereenkomsten is – mits op de juiste manier overeengekomen – wél geldig, maar bepaalde dwingende bepalingen van het recht van het land waar de consument woonachtig is, kunnen niet terzijde worden gesteld.

4. De reikwijdte van de rechtskeuze

4.1 Algemeen

De vrijheid ieder willekeurig rechtsstelsel te kiezen, betekent niet dat enkel het gekozen recht onder alle omstandigheden van toepassing is. Drie categorieën bepalingen van (bijzonder) dwingend recht kunnen ongeacht het door partijen gekozen recht op de overeenkomst van toepassing zijn, te weten: (1) (dwingende) bepalingen van nationaal recht, (2) voorrangregels en (3) (volgens het nieuwe art. 3 lid 4 Rome I) dwingende bepalingen van gemeenschaprecht.

4.2 (Dwingende) bepalingen van nationaal recht

Ongeacht een rechtskeuze, kunnen bepalingen van ander nationaal recht op de overeenkomst van toepassing zijn. Denk daarbij aan:

- dwingende bepalingen van het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft in geval van een consumentenovereenkomst (art. 5 lid 2 EVO en 6 lid 2 Rome I);
- dwingende bepalingen van het recht van het land waar of van waaruit de werknemer zijn arbeid verricht in geval van een arbeidsovereenkomst (art. 6 lid 2 EVO en 8 lid 2 Rome I);
- dwingende bepalingen van het recht waarmee alle overige op het tijdstip van de rechtskeuze bestaande aan-

knopingspunten/elementen¹⁶ van de overeenkomst zijn verbonden (art. 3 lid 3 EVO en 3 lid 3 Rome I);

- vormvereisten die in acht moeten worden genomen in het land waar de overeenkomst wordt gesloten (art. 9 EVO en 11 Rome I; denk bijvoorbeeld aan het vereiste dat een onroerende zaak naar Nederlands recht alleen kan worden geleverd bij notariële akte); en
- de toepasselijkheid van het recht van de gewone verblijfplaats van de partij die stelt geen toestemming te hebben gegeven aan de totstandkoming van een overeenkomst (zie art. 8 lid 2 EVO en 10 lid 2 Rome I).

Deze bepalingen worden in dit artikel verder buiten beschouwing gelaten, nu zij overeenstemmen in het EVO en Rome I.

4.3 Voorrangregels

In het Alnati-arrest¹⁷ (1966) omschreef de Hoge Raad voor het eerst wat kwalificeert als voorrangregel. Er is volgens de Hoge Raad sprake van een voorrangregel als het gaat om een voorschrift waarbij ‘zo grote belangen zijn betrokken’ dat daarmee ook buiten het land waar het voorschrift geldt rekening moet worden gehouden. De toepasselijkheid van deze voorrangregels volgt uit de aard en strekking van die voorrangregels zélf.¹⁸ In 1999 oordeelde het gerechtshof te Amsterdam bijvoorbeeld dat artikel 6 (later 7) Wet toezicht effectenverkeer 1995¹⁹ inzake het verbod zonder vergunning als effectenbemiddelaar in of vanuit Nederland diensten aan te bieden of te verrichten een voorrangregel is, omdat deze bepaling een adequate functionering van de effectenmarkten waarborgt en beleggers en spaarders beschermt tegen malafide aanbiedingen, onvoldoende informatie en ondeskundig optreden.²⁰ Andere voorbeelden zijn (nationale) veiligheidsvoorschriften en bepalingen van milieurecht.

De voorrangregels zijn geregeld in de artikelen 7 EVO en 9 Rome I. Een vergelijking tussen de artikelen 7 EVO en 9 Rome I levert het volgende beeld op.

15. Zie ook W. van der Velde, De gevolgen van Rome I voor het verzekeringsrecht, AV&S 2008, nr. 3, p. 126 en Van Wechem 2008, p. 46. In het voorstel van de Commissie werd de partijautonomie bij consumentenovereenkomsten als bedoeld in art. 6 Rome I overigens geheel op de schop genomen. Alléén het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, kon onder het voorstel op een consumentenovereenkomst van toepassing zijn. Bij amendement 45 (COM(2005)0650 - C6-0441/2005 - 2005/0261(COD), p. 30-31) is de mogelijkheid bij consumentenovereenkomsten een ander recht te kiezen hersteld, mits de dwingendrechtelijke bepalingen van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft in acht worden genomen (zie hierna).

16. Rome I heeft het over ‘aanknopingspunten’, terwijl het EVO refereert aan ‘elementen’. De terminologie van art. 3 lid 3 EVO en art. 3 lid 3 Rome I sluit dus niet helemaal aan, maar ik meen dat hier geen wijziging is beoogd.

17. HR 13 mei 1966, NJ 1967, 3 (Alnati).

18. Zie de Mackay-arresten: HR 8 januari 1971, LJN AB4104 en HR 8 juni 1973, LJN AB4156; R. van Rooij, De positie van publiekrechtelijke regels op het terrein van het internationaal privaatrecht, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1976, p. 16-19; A.P.M.J. Vonken 2007 (T&C Vermogensrecht), art. 3 EVO, aant. 1 onder (c) en (d).

19. Deze bepaling is thans neergelegd in art. 2:96 Wet op het financieel toezicht.

20. Hof Amsterdam 14 januari 1999, JOR 1999/35 (Cogenius/Schothorst); zie H.L.E. Verhagen, Het spanningsveld tussen de vrijheid van rechtskeuze en het communautaire harmonisatie-proces, NIPR 2001, p. 36, voetnoot 85. Volgens de Mackay-arresten (zie noot 18) is het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) een ander voorbeeld van een voorrangregel naar Nederlands recht (alhoewel dit besluit strikt genomen al op grond van art. 6 EVO en art. 8 Rome I op arbeidsovereenkomsten van toepassing zal zijn als Nederland het land is waar of van waaruit de werknemer zijn arbeid verricht). De Hoge Raad oordeelde dat het BBA moet worden toegepast – ongeacht de toepasselijkheid van (in casu) Amerikaans recht – als een beëindiging van de dienstbetrekking tussen partijen, naar redelijkerwijs mag worden aangenomen, ertoe zal leiden dat de werknemer weer op de Nederlandse arbeidsmarkt beschikbaar komt.

In artikel 9 lid 1 Rome I is voor het eerst gecodificeerd wanneer een bepaling kwalificeert als een voorrangregel, waarbij de Europese wetgever aansluiting heeft gezocht bij het *Arblade*-arrest (2000) van het Europese Hof van Justitie.²¹ Artikel 9 lid 1 Rome I luidt als volgt:

‘Bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn 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.’

Artikel 9 lid 2 Rome I bepaalt – net als artikel 7 lid 2 EVO – dat géén verwijzingsregel de toepasselijkheid van de voorrangregels van de *lex fori* beperkt. Die toepasselijkheid kan dus ook niet worden beperkt door een rechtskeuze.

Artikel 7 lid 1 EVO – waarin was bepaald dat gevolg kan worden toegekend aan dwingende bepalingen van een ander land waarmee ‘het geval nauw is verbonden’ ongeacht het volgens het EVO toepasselijke recht – komt in Rome I niet terug.

Artikel 9 lid 3 Rome I is nieuw. Het artikel bepaalt dat de rechter gevolg kan toekennen aan bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen, voor zover die bepalingen van bijzonder dwingend recht de tenuitvoerlegging van de overeenkomst ‘onwettig’ maken.²² Een voorbeeld: als een Nederlander op basis van een koopovereenkomst met een rechtskeuze voor Nederlands recht geneesmiddelen moet (af)leveren aan een Fransman, terwijl die geneesmiddelen in Frankrijk zijn verboden, dan staan de Franse verbodsbepalingen op grond van artikel 9 lid 3 Rome I aan de tenuitvoerlegging van die koopovereenkomst in de weg.

De reikwijdte van artikel 9 lid 3 Rome I lijkt beperkter te zijn dan die van artikel 7 lid 1 EVO. Het recht van een land ‘waarmee het geval nauw is verbonden’ (art. 7 lid 1 EVO) omvat meer dan het recht van de plaats waar een ‘overeenkomst is of moet worden nagekomen’ (art. 9 lid 3 Rome I).²³

Tot slot is van belang dat de lidstaten zich onder Rome I niet langer het recht mogen voorbehouden artikel 9 Rome

I niet toe te passen. Onder het EVO mocht een dergelijk voorbehoud voor artikel 7 lid 1 EVO nog worden gemaakt (zie art. 22 EVO).²⁴

4.4 Dwingende bepalingen van gemeenschapsrecht die het effect van de rechtskeuze beperken

Artikel 3 lid 4 Rome I bepaalt dat een rechtskeuze voor het recht van een niet-EG-lidstaat geen dwingende bepalingen van gemeenschapsrecht terzijde kan stellen als alle overige op het tijdstip van de rechtskeuze bestaande aanknopingspunten zich in een lidstaat bevinden. Het EVO bevatte deze bepaling nog niet.

De opname van artikel 3 lid 4 in Rome I lijkt te zijn ingegeven door het arrest *Ingmar/Eaton* (2000) van het Europese Hof van Justitie.²⁵ In deze zaak oordeelde het Hof van Justitie dat een dwingende bepaling van de agentuurrichtlijn²⁶ moest worden toegepast op een geschil tussen een agent (gevestigd in het Verenigd Koninkrijk) en zijn principaal (gevestigd in Californië) over een klantenvergoeding (als bedoeld in art. 17 en 18 van die richtlijn), ondanks dat partijen hadden gekozen voor het recht van de staat Californië. Het Hof van Justitie kwam tot dit oordeel, omdat de agentuurrichtlijn onder meer strekt tot bescherming van de agent en beperkingen in de uitoefening van het beroep van handelsagent beoogt op te heffen (r.o. 20 en 23). Dit door velen bekritiseerde arrest wordt wel (zij het niet unaniem) gezien als een uitwerking van de gedachte dat de artikelen 17 en 18 van de agentuurrichtlijn als voorrangregels (als bedoeld in de vorige paragraaf) kwalificeren.²⁷

Artikel 3 lid 4 Rome I – zoals dat in de definitieve versie van Rome I is opgenomen – luidt als volgt:

‘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.’

21. Hof van Justitie EG van 23 november 1999, C-369/96 en C-374/96, NJ 2000, 251 (*Arblade*). Zie COM(2005)650 def., 2005/0261 (COD), p. 8.

22. Uit de totstandkomingsgeschiedenis bij Rome I blijkt niet hoe de in art. 9 lid 3 gehanteerde termen ‘onwettig’ en ‘het land waar de verbintenissen (...) moeten worden nagekomen’ moeten worden uitgelegd. Wat de term ‘onwettig’ betekent, moet vermoedelijk worden beoordeeld aan de hand van de dwingendrechtelijke bepalingen van het land waar de overeenkomst wordt nagekomen. De plaats van nakoming van de verbintenis kan mogelijk worden geconstrueerd aan de hand van de jurisprudentie over art. 5 lid 1 sub a van de EEX-Verordening. Art. 5 lid 1 sub a van de EEX-Verordening spreekt weliswaar van de plaats van uitvoering van de verbintenis, terwijl in art. 9 lid 3 Rome I wordt gerefereerd aan de plaats van nakoming. In beide verordeningen zal echter hetzelfde bedoeld zijn: in de Engelse versies van beide verordeningen stemmen deze bepalingen tekstueel overeen. Art. 5 lid 1 sub a EEX-Verordening spreekt van ‘performance’ en art. 9 lid 3 Rome I van ‘performed’.

23. Zie Van Wechem 2008, p. 49-50.

24. Van Wechem 2008, p. 47; art. 7 EVO bleek op het tijdstip van ondertekening van het EVO (en daarna) een controversiële bepaling te zijn en dat had tot gevolg dat een groot aantal lidstaten ook daadwerkelijk dit voorbehoud heeft gemaakt.

25. HvJ EG 9 november 2000, LJN AU0435 (*Ingmar/Eaton*).

26. Richtlijn 86/653 EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten.

27. Zie R.I.V.F. Bertrams en S.A. Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Deventer: Kluwer 2007, p. 151 en H.L.E. Verhagen, *Het spanningsveld tussen de vrijheid van rechtskeuze en het communautaire harmonisatie-proces*, NIPR 2001, p. 29. Het Hof van Justitie oordeelt dat (slechts) art. 17 en 18 op grond van art. 19 van de agentuurrichtlijn niet terzijde kunnen worden gesteld. Andere dwingende bepalingen of bepalingen waarvan niet ten nadele van de agent mag worden afgeweken (zie art. 5, 10 lid 4, 11 lid 3 en 12 lid 3 van de agentuurrichtlijn), kunnen kennelijk wel terzijde worden gesteld. Art. 17 en 18 van de agentuurrichtlijn zijn kennelijk dwingender dan de andere (semi)dwingende bepalingen van die richtlijn. Om die reden zouden art. 7 en 18 als voorrangregels kunnen kwalificeren.

Uit het artikel volgt dat het pas van toepassing is als ten tijde van de rechtskeuze alle overige aanknopingspunten van de overeenkomst, met uitzondering van de rechtskeuze zelf, zich in een lidstaat bevinden. Dit vereiste kwam in het arrest van het Hof van Justitie inzake *Ingmar/Eaton* niet voor.²⁸ Het is de vraag of artikel 3 lid 4 Rome I op het geschil tussen *Ingmar* en *Eaton* van toepassing zou zijn; het betrof immers een geschil waarbij ook aanknopingspunten bestonden met het recht van de staat Californië (vanwege de rechtskeuze en de plaats van vestiging van een van de partijen).²⁹ Het is dan ook de vraag of het Hof van Justitie onder de vigeur van artikel 3 lid 4 Rome I hetzelfde arrest zou hebben gewezen.

Naast de agentuurrichtlijn is er nog meer gemeenschapsrecht dat dwingende bepalingen bevat. Denk bijvoorbeeld aan de richtlijn consumentenkoop³⁰ en de mededingingsregels in titel VI van het EG-Verdrag. Het Hof van Justitie zal uitsluitel moeten geven over de vraag of deze regelingen vallen binnen de reikwijdte van artikel 3 lid 4 Rome I.

5. De (on)mogelijkheid te kiezen voor niet-statelijk recht

Zowel onder het EVO als onder Rome I bestaat er controverse over de vraag of een keuze voor niet-statelijk recht een conflictenrechtelijke keuze is. Deze vraag is van belang omdat alleen conflictenrechtelijke keuzes dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht terzijde stellen.

Er zijn drie verschillende soorten niet-statelijk recht: (1) verdragen houdende eenvormig privaatrecht (bijvoorbeeld het Weens Koopverdrag en het CMR);³¹ (2) *soft law* (denk aan: de UNIDROIT-principles, de *Draft Common Frame of Reference* en de *Incoterms 2000*); en (3) afgeschaft statelijk recht (bijvoorbeeld oud-BW).

Onder het EVO gaan de meeste schrijvers ervan uit dat partijen bij een overeenkomst die buiten het formele toepassingsgebied van een verdrag houdende eenvormig privaatrecht valt door middel van een rechtskeuze dit verdrag

op de overeenkomst van toepassing kunnen verklaren.³² Deze rechtskeuze wordt gezien als een conflictenrechtelijke keuze. Dat werd in 1989 en 2001 bevestigd door de Hoge Raad, die oordeelde dat partijen naar Nederlands internationaal privaatrecht een conflictenrechtelijke keuze kunnen maken voor de toepasselijkheid van het CMR.³³

Een keuze voor *soft law* of oud (statelijk) recht wordt onder het EVO over het algemeen niet gezien als conflictenrechtelijke keuze.³⁴ De partijen kunnen wel kiezen voor de toepasselijkheid van *soft law* of oud (statelijk) recht, maar die keuze stelt dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht niet terzijde en wordt om die reden een materieelrechtelijke keuze genoemd. De bepalingen van *soft law* of oud (statelijk) recht maken door deze keuze onderdeel uit van de overeenkomst op een zelfde manier als algemene voorwaarden dat doen als die op een overeenkomst van toepassing worden verklaard.

Op grond van artikel 3 lid 2 Rome I, zoals dat luidde in het voorstel van de Commissie, konden de contractspartijen kiezen voor niet-statelijk recht.³⁵ In de toelichting bij het voorstel van de Commissie werd uitdrukkelijk gerefereerd aan de UNIDROIT-principles, de *Principles of European Contract Law* en eventuele toekomstige communautaire keuze-instrumenten.³⁶ Dit voorstel heeft de uiteindelijke versie van Rome I niet gehaald, omdat er niet voldoende overeenstemming voor bestond binnen de Raad.³⁷ Dit heeft er uiteindelijk in geresulteerd dat het voorgestelde artikel 3 lid 2 is vervangen voor de huidige overweging 13 in de preambule. Deze overweging luidt: '(13) Deze verordening laat onverlet dat partijen in hun overeenkomst een niet-statelijk recht of een internationale overeenkomst kunnen opnemen, door verwijzing ernaar.' Verplaatsing naar de preambule laat onduidelijkheid bestaan over de vraag welke status deze regeling nu heeft.³⁸ Mogelijk ziet het Europese Hof van Justitie aanleiding om bij de interpretatie van artikel 3 Rome I terug

28. Dit vereiste kwam ook niet voor in de formulering van art. 3 lid 4 Rome I in het voorstel van de Commissie (zie Van Wechem 2008, p. 21 en COM(2005)650 def., p. 16).

29. M. Wallart en T.H.M. van Wechem, Rome I: nieuw IPR voor de contractenrechtsp praktijk, *Contracteren* 2008/4 p. 82-83.

30. Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen; alhoewel de dwingendrechtelijke geïncorporeerde bepalingen van deze richtlijn ook al via art. 6 lid 2 Rome I op de overeenkomst van toepassing zijn.

31. Een keuze voor een verdrag houdende eenvormig privaatrecht is natuurlijk pas relevant als de overeenkomst buiten het formele toepassingsgebied van het verdrag valt.

32. Zie bijvoorbeeld Bertrams en Krusinga 2007, p. 32-33; Strikwerda, 2008, p. 166; L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Deventer: Kluwer 2004, p. 90-92 en de daarin aangehaalde literatuur; A.P.M.J. Vonken 2007 (T&C Vermogensrecht), artikel 3 EVO, aant. 9 onder (a) en K. Boele-Woelki, *European and UNIDROIT Principles of Contract Law*, in: *European Private International Law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 81.

33. HR 26 mei 1989, LJN AD0808 (*Zerstegen/Norfolk*) en HR 5 januari 2001, LJN AA9308 (*Overbeek/Cigna*). Het eerste arrest is overigens gewezen voordat het EVO in Nederland in werking trad. In de literatuur wordt echter beargumenteerd dat de invoering van art. 3 EVO geen verandering heeft gebracht in de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel. Zie bijvoorbeeld Bertrams en Krusinga 2007, p. 22 en Strikwerda 2004, p. 91.

34. Zie bijvoorbeeld Strikwerda 2008, p. 166; Bertrams en Krusinga 2007, p. 32-33; Strikwerda 2004, p. 90-92 en de daarin aangehaalde literatuur en A.P.M.J. Vonken 2007 (T&C Vermogensrecht), art. 3 EVO, aant. 9 onder (d). Anders: Boele-Woelki, 1998, p. 81. Boele-Woelki meent dat een conflictenrechtelijke keuze voor *soft law* (zoals de *UNIDROIT Principles of de Principles of European Contract Law*) onder het EVO mogelijk zou moeten zijn, mits het gaat om coherente uniforme regels die een regeling voor de opvulling van lacunes bevatten.

35. COM(2005)650 def., 2005/0261 (COD), p. 5. Zie ook: Van Wechem 2008, p. 16-18 en Strikwerda 2008, p. 174.

36. COM(2005)650 def., 2005/0261 (COD), p. 16.

37. Zie amendement 42, COM (2005)0650 - C6-0441/2005 - 2005/0261(COD), p. 25-26.

38. Zie noot 10; Wallart & Van Wechem 2008, p. 82 en Van Wechem 2008, p. 18-19.

te grijpen naar overweging 13.³⁹ Het is maar de vraag of het Hof van Justitie op basis van deze overweging tot de conclusie zal komen dat een conflictenrechtelijke keuze voor niet-statelijk recht is toegestaan. Het woord 'onverlet' lijkt er juist op te duiden dat die keuze buiten de reikwijdte van artikel 3 Rome I wordt gehouden.

In de literatuur worden diverse argumenten genoemd die pleiten tegen een conflictenrechtelijke keuze voor niet-statelijk recht (bijvoorbeeld het – terechte – argument dat er geen (hogere) rechtsmacht is die de continuïteit in de uitleg van niet-statelijk recht bewaakt⁴⁰). Naar mijn mening wegen die argumenten niet op tegen het belang van de partijautonomie, vooral als het professionele contractspartijen betreft. Een conflictenrechtelijke keuze voor niet-statelijk recht kan heel wenselijk zijn als de partijen 'neutraal' recht willen kiezen.⁴¹ Een dergelijke keuze wordt juist gemaakt om (dwingende) bepalingen van nationaal recht terzijde te stellen. Zowel het EVO als Rome I waarborgt bovendien dat bepaalde (essentiële) dwingendrechtelijke bepalingen niet terzijde kunnen worden gesteld (zie hiervoor). Of de (overige) dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht nu terzijde worden gesteld door een keuze voor statelijk recht of door een keuze voor niet-statelijk recht, is iets wat partijen zelf zouden moeten kunnen bepalen.

6. Conclusie

88 Uit het voorafgaande volgt dat de regeling van de contractuele rechtskeuze onder Rome I op punten afwijkt van de rechtskeuze onder het EVO.

Een opmerkelijke wijziging is dat in Rome I de vrijheid ieder willekeurig rechtsstelsel te kiezen, wordt beperkt voor overeenkomsten tot het vervoer van passagiers en bepaalde verzekeringsovereenkomsten (art. 5 lid 2 en 7 lid 3 Rome I). Die wijziging is vooral opmerkelijk, omdat het voor consumentenovereenkomsten tot gevolg heeft dat twee verschillende beschermingniveaus in het leven zijn geroepen voor de gevallen waar de consument wordt geconfronteerd met een onwelgevallige rechtskeuze.

In de literatuur wordt het standpunt verdedigd dat onder Rome I de vereisten voor een stilzwijgende rechtskeuze zijn verzaamd ten opzichte van het EVO, nu Rome I bepaalt dat (pas) van een stilzwijgende rechtskeuze sprake is als 'duidelijk' (in plaats van 'voldoende duidelijk') uit de overeenkomst of de omstandigheden van het geval blijkt dat de partijen een rechtskeuze overeen wilden komen. Ik vraag mij af of de rechtspraak naar aanleiding

van deze tekstuele wijziging ook daadwerkelijk minder snel tot een stilzwijgende rechtskeuze zal concluderen.

De Europese wetgever had helderheid kunnen verschaffen over de vraag of (1) een stilzwijgende rechtskeuze wel of niet kan worden afgeleid uit een forumkeuze, en (2) een conflictenrechtelijke keuze voor niet-statelijk recht mogelijk is. In plaats daarvan zijn beide vraagstukken – om redenen die niet altijd even duidelijk zijn en in bewoordingen die voor interpretatie vatbaar zijn – verplaatst naar de preambule. Nu is het aan het Europese Hof van Justitie om duidelijkheid te verschaffen.

Tot slot brengt Rome I twee wijzigingen in de bepalingen van (bijzonder) dwingend recht die de werking of het effect van de rechtskeuze beperken. In de eerste plaats bepaalt Rome I dat bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land waar de verbintenissen moeten worden nagekomen – ongeacht een rechtskeuze – op de overeenkomst van toepassing zijn. Deze bepaling is beperkter dan de regeling van het EVO die bepaalde dat rechters gevolg konden toekennen aan dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmee het geval nauw is verbonden.

In de tweede plaats bepaalt Rome I dat contractspartijen dwingende bepalingen van gemeenschapsrecht niet terzijde kunnen stellen door een keuze voor het recht van een niet-EG-lidstaat als alle overige aanknopingspunten van de overeenkomst – met uitzondering van de rechtskeuze zelf – zich ten tijde van de rechtskeuze in een EG-lidstaat bevinden. Het vereiste dat alle overige aanknopingspunten van de overeenkomst zich in een EG-lidstaat moeten bevinden, is nieuw ten opzichte van de jurisprudentie van het Hof van Justitie die onder het EVO gold. ■

39. Zie ook Van Dongen & Wenting 2009, p. 82-92.

40. Van Wechem 2008, p. 19-20. Andere argumenten zijn bijvoorbeeld: (1) niet-statelijk recht zou een democratische basis ontberen en (2) er is geen grondnorm waaraan het niet-statelijk recht kan worden getoetst (zie Van Wechem 2008, p. 19-20 en de daarin aangehaalde literatuur). Wat het eerste argument betreft, schrijft Van Wechem overigens terecht dat statelijk recht ook niet altijd democratisch tot stand komt. De wel of niet democratische totstandkoming van het recht is dus geen relevant criterium bij de vraag of de keuze voor dat recht conflictenrechtelijk is of niet.

41. Vgl. Boele-Woelki 1998, p. 78.