

Verbintenissen uit overeenkomst: van EVO-Verdrag naar Rome I-Verordening

Mr. C.G. van der Plas

Na ruim 18 jaar trouwe dienst gaat het EVO ons verlaten. Met ingang van 17 december 2009 is de Rome I-Verordening van toepassing op overeenkomsten van na die datum en vervangt daarmee voor Nederland het voor de praktijk zeer relevante Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 19 juni 1980, beter bekend als het EVO. In dit artikel wordt stilgestaan bij de veranderingen die dat teweeg brengt.

Verordening (EG) No. 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), Pb.EU 2008, L 177/6

Inleiding

Op 4 juli 2008 is de definitieve tekst van Rome I in het Publicatieblad EU bekendgemaakt. Dat is ruim vijf jaar na de indiening door de Europese Commissie van het Groenboek¹ over de omzetting van het EVO in een communautair instrument en twee-en-een-half jaar na het Voorstel² van de Europese Commissie voor Rome I. Vanuit de wetenschap en de praktijk zijn er vele reacties op deze documenten gekomen.³ Onder invloed van deze reacties zijn veel bepalingen uit het Voorstel gewijzigd of geschrapt, alsook zijn er nieuwe bepalingen aan de tekst toegevoegd. Van de bepalingen die de eindstreep hebben gehaald zullen de belangrijkste in deze bijdrage artikelsgewijs de revue passeren.⁴ De verordening is in werking getreden op de twintigste dag na bekendmaking in het Publicatieblad, derhalve op 24 juli 2008. Zij is echter pas van toepassing per 17 december 2009 op overeenkomsten van na die datum.

Preambule

De verordening bevat een 46 alinea's tellende preambule. Hierin wordt niet alleen de ratio van de verordening in het algemeen en van enkele specifieke bepalingen in het bijzonder verwoord. Ook wordt toegelicht hoe bepaalde in de verordening gebruikte begrippen dienen te worden verstaan en wordt de verhouding van de verordening

ten opzichte van andere communautaire instrumenten afgebakend. Deze preambule is van bijzonder belang omdat een toelichtend rapport zoals bij het EVO⁵ ontbreekt.

Het formele en materiële toepassingsgebied (artikelen 1 en 2)

Evenals in het EVO is ook in Rome I het eerste artikel gewijd aan het materiële toepassingsgebied. De verordening is volgens het eerste lid van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst in burgerlijke en handelszaken, in gevallen waarin gekozen moet worden uit het recht van verschillende landen. In het tweede lid van artikel 1 worden vervolgens een aantal onderwerpen van het materiële toepassingsgebied uitgesloten. In de preambule van de verordening (punt 7) wordt benadrukt dat het materiële toepassingsgebied moet stroken met zowel Brussel I⁶ als met Rome II⁷. De nieuwe uitsluiting in artikel

- ¹ Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan, Brussel 14 januari 2003, COM(2002)654 def.
- ² Voorstel voor een Verordening van het Europees parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Brussel 15 december 2005, COM(2005)650 def.
- ³ Genoemd wordt met name de uitvoerige reactie van het Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht op het Groenboek in RabelsZ 2004, p. 1-118, alsook op het Voorstel, RabelsZ 2007, p. 225- 344. Zie voor verwijzingen naar overige reacties: S.F.G. Rammelloo, 'Via Romana. Van EVO naar ROME I – Nieuw Europees IPR inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst', *NIPR* 2006, 239, vn. 3.
- ⁴ Met dank aan A.A.H van Hoek, J. Spiegel, T.H.D. Struycken en A.V.M. Struycken voor hun suggesties en inzichten.
- ⁵ Rapport Giuliano/Lagarde, *Pb.EG* 1980, C282, p. 1-51.
- ⁶ De Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken ('Brussel I').
- ⁷ De 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'). Zie hierover J.A. van der Weide, 'Het verwijzingsrecht voor niet-contractuele verbintenissen Europees geregeld. Een analyse van de Verordening Rome II', *NTER* 2008, p. 214 e.v.

Mr. C.G. van der Plas is advocaat bij Höcker Advocaten en universitair docent internationaal privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1 sub i is daarvan een goed voorbeeld. Daarin worden ‘verbintenissen die voortvloeien uit onderhandelingen voorafgaand aan de sluiting van een overeenkomst’ expliciet van het materiële toepassingsgebied uitgezonderd. Deze uitsluiting houdt direct verband met zowel de beslissing van het Hof van Justitie van 17 september 2002 dat een vordering tot schadevergoeding wegens afgebroken onderhandelingen geen verbintenis uit overeenkomst is zoals bedoeld in artikel 5 lid 1 van het EEX-Verdrag,⁸ als met de keuze van de Europese wetgever deze categorie van verbintenissen op te nemen in artikel 12 van Rome II. Nieuw is ook de (moeilijk leesbare) uitsluiting in artikel 1 sub j van een bepaalde groep van verzekeringsovereenkomsten. Deze uitsluiting hangt samen met de introductie van een bepaling over verzekeringsovereenkomsten in artikel 7.

Aanvankelijk zou de vraag of een vertegenwoordiger zijn principaal jegens een derde kan binden niet worden uitgesloten van het materiële toepassingsgebied, zoals dat in het EVO wel het geval was. De verordening zou zelfs een zelfstandige verwijzingsregel voor overeenkomsten van vertegenwoordiging bevatten. Deze verwijzingsregel heeft het uiteindelijk niet gehaald en de betreffende uitsluiting van het materiële toepassingsgebied is gehandhaafd. De vraag of een vertegenwoordiger zijn principaal jegens een derde kan binden wordt derhalve voor Nederland nog steeds beheerst door het Haags Vertegenwoordigingsverdrag.

Het formele toepassingsgebied van de verordening heeft geen wijziging ondergaan. Ook Rome I kent een universeel toepassingsgebied; de gerechten van de lidstaten passen het door de verordening aangewezen recht toe ongeacht of dat het recht van een lidstaat is.

Er zijn overigens twee lidstaten van de EU die niet hebben deelgenomen aan de aanneming van de verordening, te weten: Denemarken en het Verenigd Koninkrijk.⁹ De gerechten van deze lidstaten zullen derhalve het EVO blijven toepassen dat daardoor na de inwerkingtreding van de verordening niet geheel zonder betekenis zal worden. Om misverstand te vermijden: de Nederlandse rechter zal steeds Rome I toepassen, ook als hij met een Deense of Engelse partij of met Deens of Engels recht te maken heeft.

Rechtskeuze (artikel 3)

Hoeksteen van Rome I is de vrijheid van partijen om het toepasselijke recht te kiezen; dat is onder het EVO niet anders. Het door partijen gekozen recht verdringt zowel het aanvullende als het dwingende recht van het rechtsstelsel dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest. Er zijn twee uitzonderingen op dit uitgangspunt. De eerste uitzondering betreft de gevallen waarin de overeenkomst geen of onvoldoende internationaal karakter heeft. Indien op het tijdstip van de rechtskeuze alle overige aanknopingspunten zich bevinden in een ander land dan het land waarvan het recht gekozen is, wordt alleen het aanvullende en niet het dwingende recht van dat andere land door de rechtskeuze opzij gezet. De tweede uitzondering is nieuw. Indien gekozen wordt voor het recht van een niet-lidstaat en alle overige aanknopingspunten zich in een of meerdere lidstaten bevinden, laat de rechtskeuze de toepassing van bepalingen van Gemeenschapsrecht ‘zoals deze in de lidstaat van de rechter zijn geïmplementeerd’ en ‘waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken’ onverlet. Twee partijen uit EU-lidstaten die binnen de EU zaken doen met elkaar kunnen dus niet aan (de in de *lex fori* geïmplementeerde) bepalingen van dwingend Gemeenschapsrecht ontkomen door hun overeenkomst te laten beheersen door het recht van een niet-lidstaat.

De keuze voor de toepasselijkheid voor een bepaald rechtsstelsel kan expliciet maar ook impliciet zijn gemaakt. In het laatste geval dient de rechtskeuze duidelijk te blijken uit ‘de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval’. Bij de vaststelling of daarvan sprake is dient blijkens de preambule (punt 12) mede rekening te moeten worden gehouden met een eventuele forumkeuze tussen partijen. Ik begrijp deze passage in de preambule aldus dat indien partijen geen expliciete rechtskeuze maar wel een expliciete forumkeuze hebben gemaakt voor de gerechten van een bepaalde staat die forumkeuze duidt op een impliciete rechtskeuze voor het recht van die staat, mits er daarnaast nog andere factoren zijn die in dezelfde richting wijzen.

Onder het EVO is omstreden of ook gekozen kan worden voor de toepasselijkheid van niet-staatelijk recht, zoals de zogenoemde *lex mercatoria*¹⁰ of een verdrag met regels van eenvormig privaatrecht dat uit zichzelf niet van toepassing was.¹¹ De verdragsopstellers leken dat niet bedoeld te hebben. De Hoge Raad heeft echter ten aanzien van het Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR) beslist dat partijen dat verdrag van toepassing konden verklaren op hun vervoerovereenkomst met terzijdestelling van het recht dat anders van toepassing was geweest.¹² In de lagere rechtspraak is ook een rechtskeuze voor het Weens Koopverdrag aanvaard.¹³

Rome I biedt hierover weinig verheldering. De tekst van artikel 3 is op dit punt gelijk aan de tekst van artikel 3 EVO; niet blijkt of de rechtskeuze ook op niet-staatelijk recht ziet. De preambule (punt 13) zegt er wel iets over, namelijk dat de verordening onverlet laat ‘dat partijen in hun overeenkomst een niet-staatelijk recht of een internationale overeenkomst (*dit is een verdrag, CvdP*) kunnen opnemen, door verwijzing ernaar’. Is hiermee bedoeld te zeggen dat partijen kunnen kiezen voor toepasselijkheid van niet-staatelijk recht? Of staat er slechts dat denkbaar is dat het op de overeenkomst toepasselijke recht partijen de ruimte biedt om niet-staatelijk recht deel van hun overeenkomst te laten worden door een enkele verwijzing daarnaar? Het eerste lijkt het meest plausibel, maar duidelijk is het niet.

Er kan weinig misverstand bestaan over de mogelijkheid van rechtskeuze voor Europese regels van materieel verbintenissenrecht. In de preambule (punt 14) wordt vast een voorschot genomen op deze eventueel toekomstige regels: de Gemeenschap kan in het besluit waarbij deze regels worden vastgesteld, bepalen dat partijen mogen kiezen voor hun toepasselijkheid.

Het toepasselijke recht bij gebreke van een rechtskeuze (artikel 4)

Indien partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, bepalen de objectieve verwijzingsregels van Rome I het toepasselijke recht. De

⁸ HvJ EG 17 september 2002, NJ 2003, 46 m.nt. P. Vlas (*Tacconi-HWS*).

⁹ Zie punt 45 en punt 46 van de preambule.

¹⁰ Dit is – kort gezegd – en samenstel van beginselen en gebruiken in de internationale handelspraktijk.

¹¹ L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Kluwer 2005, p. 177. Zie ook K. Boele-Woelki, *Principles en IPR: enkele beschouwingen over de toepassing van de UNIDROIT principles of international commercial contracts en de Principles of European contract law op internationale overeenkomsten*, Koninklijke Vermande 1995.

¹² HR 26 mei 1989, NJ 1992, 105; HR 5 januari 2001, NJ 2001, 391.

¹³ Rb Rotterdam 21 november 1996, NIPR 1997, nr. 223.

hoofregel is te vinden in artikel 4 dat een forse wijziging heeft ondergaan ten opzichte van de corresponderende bepaling in het EVO. Op grond van artikel 4 EVO wordt – bij gebreke van een rechtskeuze – de overeenkomst beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst is verbonden. Het tweede lid preciseert vervolgens dat het recht van het land waar de partij die de voor de overeenkomst kenmerkende prestatie verricht haar gewone verblijfplaats heeft, wordt vermoed het nauwst met de overeenkomst verbonden te zijn. Deze benadering wordt ook wel aangeduid met de leer van de kenmerkende prestatie.

In Rome I is deze leer weliswaar teruggekeerd, maar niet langer als algemeen vermoeden. In artikel 4 lid 1 wordt allereerst voor een achttal benoemde overeenkomsten het toepasselijke recht vastgesteld. In de meeste gevallen betreft het hier overigens een uitwerking van de leer van de kenmerkende prestatie. Zo wordt aangeknoopt onder (a) voor koopovereenkomsten bij de gewone verblijfplaats van de verkoper; onder (b) voor overeenkomsten inzake dienstverlening bij de gewone verblijfplaats van de dienstverlener; onder (c) voor overeenkomsten die een zakelijk recht op of de huur van een onroerend goed tot onderwerp hebben bij het land van ligging van het onroerend goed, onder (d) voor huurovereenkomsten van een onroerend goed voor tijdelijk particulier gebruik van maximaal zes maanden bij de gewone verblijfplaats van de verhuurder; onder (e) voor franchiseovereenkomsten bij de gewone verblijfplaats van de franchisenemer en onder (f) voor de distributieovereenkomst bij de gewone verblijfplaats van de distributeur. Voor drie van de acht overeenkomsten is gekozen voor een andere aanknopingsplaats dan die van de gewone verblijfplaats van de kenmerkende prestatie. Voor de onder (c) genoemde overeenkomsten die een zakelijk recht op een onroerend goed of de huur van een onroerend goed tot onderwerp hebben (ingeval van tijdelijk particulier gebruik: langer dan zes maanden) wordt aangeknoopt bij het land van ligging van het onroerend goed. Hetzelfde geldt voor de onder (g) genoemde overeenkomsten met betrekking tot de veiling van goederen; aangeknoopt wordt bij het land waar de veiling plaatsvindt. Tot slot ziet (h), zoals ook blijkt uit de preambule (punt 18), op overeenkomsten die worden gesloten in het kader van een multilateraal systeem dat meerdere koop- en verkoopintenties

van derden met betrekking tot bepaalde financiële instrumenten samenbrengt, zoals bedoeld in de MiFID Richtlijn en artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht. Het gaat bijvoorbeeld om de gereguleerde markt van Euronext Amsterdam en het alternatieve handelsplatform Chi-X.¹⁴ Voor het toepasselijke recht op overeenkomsten in het kader van dergelijke multilaterale systemen wordt aangeknoopt bij het recht dat het betreffende systeem beheerst.

Pas als de overeenkomst waarvan het objectief toepasselijke recht moet worden vastgesteld niet valt binnen één van de acht categorieën van benoemde overeenkomsten uit het eerste lid, komt men toe aan de leer van de kenmerkende prestatie als zodanig. In die gevallen – zo bepaalt het tweede lid – wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten haar gewone verblijfplaats heeft.

De leden drie en vier van artikel 4 bevatten vervolgens twee uitzonderingen op het eerste en tweede lid. In het EVO vormen deze twee uitzonderingen samen het vijfde lid van artikel 4. Hierdoor was niet voor iedereen duidelijk dat het twee uitzonderingen betrof die afzonderlijk van elkaar moesten worden beschouwd. Aan deze verwarring is in Rome I een einde gekomen.

Het derde lid bepaalt dat, indien uit alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het in het eerste of tweede lid bedoelde land, het recht van dat andere land van toepassing is. In de Nederlandse rechtspraak wordt deze uitzondering onder het EVO veel strikter uitgelegd dan in de ons omringende landen.¹⁵ Volgens het zogenaamde *Balenpers*-arrest¹⁶ is er pas sprake van een nauwere band met een ander land indien 'de plaats van vestiging van de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, geen reële aanknopingswaarde heeft'. Het is zeer de vraag of deze strikte uitleg van de exceptieclausule stand houdt onder Rome I.¹⁷ Zo biedt Rome I expliciet ruimte voor accessoire aanknopingsplaats. Uit de preambule (punt 20) volgt dat de omstandigheid dat de desbetreffende overeenkomst 'zeer nauw is verbonden met een andere overeenkomst of overeenkomsten' reden kan zijn om in afwijking van de hoofregel aan te knopen bij het recht dat die andere overeenkomst(en) beheerst.¹⁸ Weliswaar ging het *Balenpers*-arrest niet over onderling samenhangende overeenkomsten, door velen wordt niettemin aangenomen dat het *Balenpers*-arrest voor accessoire aanknopingsplaats onder het EVO geen ruimte laat. Dat is onder Rome I dus anders.

Tot slot bepaalt het vierde lid dat de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst is verbonden indien het toepasselijke recht niet overeenkomstig lid 1 of lid 2 kan worden vastgesteld. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een overeenkomst van ruil. Deze overeenkomst valt niet onder lid 1 en aangezien de prestaties in de regel gelijkwaardig zullen zijn, is er ook geen kenmerkende prestatie aan te wijzen. Aan de hand van andere omstandigheden van het geval zal dan moeten worden vastgesteld wat het nauwst betrokken rechtstelsel is. Ook hier verduidelijkt de preambule (punt 21) overigens dat daarbij onder meer acht moet worden geslagen op de vraag of de overeenkomst zeer nauw verbonden is met één of meerdere overeenkomsten.

Vervoerovereenkomsten (artikel 5)

In Rome I heeft de vervoerovereenkomst een eigen plaats gekregen in artikel 5. De regeling voor het vervoer van goederen komt grotendeels overeen met de regeling in artikel 4 lid 4 EVO. Toepasselijk is het recht van het land waar de vervoerder is gevestigd,¹⁹ mits ook de

¹⁴ Zie nader F.F. Nagelkerke en E.J.H. Vis-Osendarp, *Handelsplatformen*, Bankjuridische reeks nr. 57, 2008.

¹⁵ Zie C.G. van der Plas en T.H.D. Struycken, 'Schuldoverneming en accessoire aanknopingsplaats bij samenhangende overeenkomsten: over twee vraagstukken in het EVO', *NIPR* 2004, p. 156 e.v.

¹⁶ HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 750.

¹⁷ Recentelijk heeft de Hoge Raad bij arrest van 28 maart 2008 (C06/318HR) prejudiciële vragen gesteld, mede over de wijze waarop artikel 4 lid 5 EVO dient te worden begrepen. Ten tijde van het *Balenpers*-arrest had het Hof van Justitie nog geen uitlegbevoegdheid ten aanzien van het EVO en de Hoge Raad destijds derhalve op eigen kompas moest varen.

¹⁸ In de preambule wordt niet de voorwaarde gesteld dat de overeenkomst waarbij accessoire wordt aangeknoopt tussen dezelfde partijen is gesloten. Dit wordt wel vereist bij accessoire aanknopingsplaats van een onrechtmatige daad bij het toepasselijke recht op een andere – nauw verbonden – rechtsverhouding. Vergelijk artikel 4 lid 3 Rome II en artikel 5 Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad.

¹⁹ Daarbij wordt kennelijk niet langer vereist dat het moet gaan om de vestigingsplaats van de vervoerder 'ten tijde van de sluiting' van de overeenkomst.

verzender daar is gevestigd, dan wel de plaats van ontvangst of die van aflevering daar is gelegen.²⁰ Indien dat niet het geval is (en deze toevoeging is nieuw), wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar de plaats van aflevering is gelegen die door partijen is overeengekomen.

De preambule (punt 22) verduidelijkt dat onder vervoer van goederen ook valt bevrachting voor een enkele reis en iedere andere overeenkomst die hoofdzakelijk het vervoer van goederen betreft; dit is ook onder het EVO het geval.²¹ Ook de term 'vervoerder' heeft dezelfde betekenis als onder het EVO. Deze term verwijst naar de partij in de overeenkomst die belast is met het vervoer van de goederen, ongeacht of hij het vervoer al dan niet zelf op zich neemt. Er bestaat wel een verschil tussen de term 'verzender' in het EVO en de term 'afzender' in Rome I. De term 'afzender' in Rome I ziet op iedere persoon die met de vervoerder een vervoerovereenkomst aangaat. De term 'verzender' in het EVO wordt blijkens het Rapport Giuliano/Lagarde geacht te zien op degene die ermee belast is de goederen aan de vervoerder af te leveren (de feitelijke inlader). Aangezien de feitelijke inlader echter vaak niet degene is die de vervoerovereenkomst aangaat, sluit de nieuwe terminologie beter aan bij de vervoerrechtspijpraktijk.

Nieuw is het tweede lid over de overeenkomst voor het vervoer van passagiers. Deze overeenkomst valt onder het EVO gewoon onder de hoofdregel van artikel 4 lid 2. Partijen kunnen voor het toepasselijke recht op deze overeenkomst kiezen uit een vijftal landen: het land van de gewone verblijfplaats van de passagier of die van de vervoerder; het land van de hoofdvestiging van de vervoerder; het land van vertrek of het land van aankomst. Bij gebreke van een dergelijke rechtskeuze wordt de overeenkomst voor het vervoer van passagiers beheerst door het recht van het land waar de passagier zijn gewone verblijfplaats heeft, mits ook de plaats van vertrek of van bestemming in dat land is gelegen. Is dat niet het geval, dan is het recht van het land van de gewone verblijfplaats van de vervoerder van toepassing. Pakketreisovereenkomsten in de zin van Richtlijn 90/314/EEG die zowel het vervoer als het verblijf betreffen, vallen waarschijnlijk geheel buiten deze bepaling aangezien daarop artikel 6 inzake de consumentenovereenkomst van toepassing is.

Zoals bij het EVO het geval is, zullen ook bij Rome I de verdragen van eenvormig vervoersrecht (het CMR-verdrag voor vervoer over de weg; het Verdrag van Montreal en het Verdrag van Warschau voor luchtvervoer en de Hague (Visby) Rules; de Hamburg Rules voor zeevervoer van goederen onder cognossement en het Verdrag van Athene inzake het vervoer van passagiers en hun bagage over zee van 1974) voor gaan.²² Artikel 5 is daarmee enkel van belang voor onderwerpen die buiten de formele of materiële reikwijdte vallen van de verdragen van eenvormig vervoersrecht.²³

Evenals artikel 4 van Rome I, kent ook artikel 5 een uitzondering voor het geval uit het geheel der omstandigheden²⁴ blijkt dat de overeenkomst – bij gebreke van een rechtskeuze – een kennelijk nauwere band heeft met een ander land; het recht van dat andere land is dan van toepassing.

Consumentenovereenkomsten (artikel 6)

Krachtens het eerste lid van artikel 6 is op consumentenovereenkomsten toepasselijk het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, mits de verkoper daar zijn commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit of dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen (onder andere) richt op dat land. De over-

eenkomst moet bovendien op die activiteiten betrekking hebben. Met de introductie van het criterium van 'activiteiten gericht op' is bewust aansluiting gezocht bij de bevoegdheidsbepaling voor consumentenovereenkomsten in Brussel I. Het criterium is bovendien dermate abstract dat rekening kan worden gehouden met de evolutie van de technieken op afstand. Het criterium dat nu zowel in de consumentenbepaling van Brussel I als in die van Rome I terugkomt dient blijkens de preambule (punt 24) op samenhangende wijze te worden uitgelegd. Zo zal ook voor Rome I gelden dat het voor de toepasselijkheid van de consumentenbepaling onvoldoende is dat een internetsite toegankelijk is vanuit een bepaald land. De betreffende consument moet op die site ook gevraagd worden overeenkomsten op afstand te sluiten en er moet een dergelijke overeenkomst – ongeacht welke middelen – tot stand zijn gekomen; taal- en munteenheid die op de internetsite worden gebruikt doen daarbij niet ter zake.

Uit de preambule (punt 24) volgt ook dat de verwijzingsregel voor consumentenovereenkomsten het mogelijk moet maken de kosten voor de beslechting van consumentengeschillen te drukken, aangezien het vaak om kleine vorderingen gaat. Dit doel lijkt – bezien vanuit de positie van de consument – te zijn verwezenlijkt. Door de verwijzingsregel voor consumentenovereenkomsten in Rome I af te stemmen op de bevoegdheidsbepaling inzake consumentenovereenkomsten in Brussel I, zullen het toepasselijke recht en de bevoegde rechter op dat terrein vaak samenvallen. In beide regelingen wordt bovendien primair aangeknoopt bij de verblijfplaats van de consument. Dit betekent dat de consument in eigen land kan procederen op basis van zijn eigen recht. De consument kan niet gedwongen worden om in het buitenland te procederen en zal ook niet snel informatie in te hoeven winnen over de inhoud van buitenlands recht; twee factoren die een procedure erg kostbaar kunnen maken.

Het tweede lid bepaalt dat een door partijen gemaakte rechtskeuze geen afbreuk kan doen aan de dwingende bepalingen van het recht van de gewone verblijfplaats van de consument dat zonder rechtskeuze op grond van lid 1 van toepassing zou zijn geweest. Een rechtskeuze ziet in die gevallen dus alleen op het aanvullende recht; er is dan sprake van een zogenoemde materieelrechtelijke rechtskeuze. Onder het EVO was al onduidelijk hoe deze beperking aan de rechtskeuzebevoegdheid moet worden opgevat. Zijn de dwingende consumentenbeschermende bepalingen van het objectief toepasselijke recht steeds van toepassing, ook als het gekozen recht gunstiger is voor de consument?²⁵ Of wijkt het dwingende objectief toepasse-

²⁰ Vergelijk Rb Rotterdam 3 mei 2006, S&S 2007, 114; Rb Rotterdam 15 mei 2004, S&S 2005, 134.

²¹ Bij arrest van 28 maart 2008 (C06/318HR) heeft de Hoge Raad mede (zie ook noot 16 hierboven) prejudiciële vragen gesteld over de wijze waarop de passage over bevrachting in artikel 4 lid 4 EVO moet worden uitgelegd.

²² Daaraan doet niet af dat in Rome I een bepaling als artikel 21 EVO ontbreekt die de voorrang van alle bestaande verdragen (en dus niet alleen de verdragen die verwijzingsregels bevatten, zie artikel 25 Rome I) regelt. Als een verdrag van eenvormig privaatrecht formeel en materieel van toepassing is, komt men aan de vraag van het toepasselijke recht in beginsel niet toe.

²³ Vergelijk Rb Rotterdam 7 november 2002, S&S 2006, 50.

²⁴ Daar waar artikel 4 spreekt van 'alle omstandigheden', staat in artikel 5 'het geheel der omstandigheden'. Daarmee is hetzelfde bedoeld; zowel de Engelse als de Franse taalversie van Rome I gebruikt in beide artikelen identieke bewoordingen.

²⁵ In deze zin L. Strikwerda, *loc. cit.*, p. 182.

lijke recht voor het dwingende gekozen recht, indien laatstgenoemde gunstiger is?²⁶ Rome I brengt op dit punt helaas geen verheldering.

Is niet aan de voorwaarden van het eerste lid voldaan, dan is artikel 6 überhaupt niet van toepassing. Het toepasselijke recht op een overeenkomst tussen een consument en een verkoper wordt in dat geval vastgesteld op basis van de artikel 3 en 4, zo verduidelijkt het derde lid. Een eventuele rechtskeuze zet in die gevallen dus zowel het dwingende als het aanvullende recht opzij dat zonder de rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest; de zogenoemde conflictenrechtelijke rechtskeuze.

Het laatste lid bevat een vijftal overeenkomsten die van het toepassingsgebied van artikel 6 zijn uitgesloten. In de eerste plaats zijn dit de overeenkomsten tot verstrekking van diensten die uitsluitend moeten worden verricht in een ander land dan waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft. In de tweede plaats zijn dit de vervoerovereenkomsten met uitzondering van de pakketreisovereenkomsten als bedoeld in Richtlijn 90/314/EEG van 13 juni 1990.²⁷ Ook overeenkomsten die een zakelijk recht op een onroerend goed of de huur van een onroerend goed tot onderwerp hebben, zijn uitgesloten van artikel 6 met uitzondering van overeenkomsten over een recht tot deeltijds gebruik in de zin van Richtlijn 94/47/EG. De vierde uitzondering heeft betrekking op rechten en verplichtingen die een financieel instrument vormen alsook bepaalde rechten en verplichtingen met betrekking tot verhandelbare effecten en deelnemingen in instellingen voor collectieve beleggingen, voor zover het daarbij niet om een verrichting van een financiële dienst gaat. Bij deze categorie is het van belang dat uniformiteit is gewaarborgd. Daarvan is geen sprake indien op één financieel instrument verschillende rechtsstelsels van toepassing kunnen zijn, te weten dat van de gewone verblijfplaats van in verschillende lidstaten woonachtige consumenten. Dezelfde gedachte schuilt achter de laatste uitzon-

dering die betrekking heeft op overeenkomsten gesloten binnen het type systeem dat onder artikel 4 lid 1 onder h) valt.

Overigens is het maar schijn dat deze uitsluiting in het laatste lid van artikel 6 de bepaling inperkt ten opzichte van het EVO; zij leidt eigenlijk vooral tot een verruiming. Onder het EVO is de toepasselijkheid van de consumentenbepaling beperkt tot overeenkomsten tot levering van roerende lichamelijke zaken of tot de verstrekking van diensten aan de consument, alsmede de overeenkomsten ter financiering van een dergelijke levering of verstrekking. Onder Rome I krijgen de consumenten bescherming ten aanzien van alle overeenkomsten, met uitzondering van het zojuist genoemde vijftal.

Verzekeringsovereenkomsten (artikel 7)

Geheel nieuw is de bepaling over het toepasselijke recht op verzekeringsovereenkomsten. Het EVO bevat geen aparte regeling voor verzekeringsovereenkomsten. Bovendien zijn de verzekeringsovereenkomsten waarin risico's worden gedekt die op het grondgebied van een lidstaat zijn gelegen van het toepassingsgebied van het EVO uitgezonderd. Deze categorie van verzekeringsovereenkomsten vormt namelijk het onderwerp van diverse EEG-richtlijnen²⁸ die ook regels van conflictenrecht bevatten en weer zijn geïmplementeerd in nationale regelgeving. Het EVO zelf heeft daarmee enkel betrekking op verzekeringsovereenkomsten waarin risico's worden gedekt die niet op het grondgebied van een lidstaat zijn gelegen. Hierdoor bestaat het huidige conflictenrechtelijke regime ten aanzien van verzekeringsovereenkomsten uit een gecompliceerde wirwar van regels.²⁹ Toch heeft de Commissie de kans niet aangegrepen om hierin in haar Voorstel verbetering te brengen. Pas nadat er stevige kritiek is geuit op deze omissie, is er alsnog actie ondernomen om in Rome I een aparte regeling op te nemen voor verzekeringsovereenkomsten hetgeen geresulteerd heeft in de tekst van artikel 7. De verwijzingsregels in de bestaande verzekeringsrichtlijnen zijn geïntegreerd in Rome I en zullen daardoor hun zelfstandige betekenis verliezen. Gezien het universele toepassingsgebied van Rome I zal hetzelfde gelden voor het commune IPR inzake verzekeringsovereenkomsten, zoals de Wet Conflictenrecht Schadeverzekering en de Wet Conflictenrecht Levensverzekering waarin de verwijzingsregels in de betreffende richtlijnen zijn geïmplementeerd.

Artikel 7 is in de eerste plaats van toepassing op verzekeringen ter dekking van een groot risico als bedoeld in de Eerste Richtlijn 73/239/EEG,³⁰ ongeacht of het gedekte risico al dan niet is gelegen in een lidstaat. Bij grote risico's gaat het kort gezegd om transportrisico's (treinen, schepen en vliegtuigen), risico's inzake krediet en borgtocht voor zover zij gerelateerd zijn aan de professionele activiteiten van de polishouder en risico's van bedrijven die aan een aantal minimumeisen voldoen wat betreft de omvang van het bedrijf.³¹ Het staat partijen vrij om ten aanzien van deze categorie van verzekeringen een rechtskeuze te maken. Daarin loopt artikel 7 parallel met de bevoegdheidsbepalingen in Brussel I inzake verzekeringen. Partijen worden namelijk ook niet beperkt in hun forumkeuze ten aanzien van deze categorie van verzekeringen. Deze vrijheid hangt samen met de omstandigheid dat de verzekeringnemer vaak een grote onderneming zal zijn die niet als economisch zwakkere partij kan worden beschouwd. Voor zover partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, verklaart artikel 7 lid 2 het recht van het land waar de verzekeraar zijn gewone verblijfplaats heeft van toepassing. Dit is alleen anders indien uit alle omstandigheden van het geval blijkt dat de overeen-

²⁶ In die zin Losbladige Verbintenissenrecht, art. 5 EVO, aant. 5 (Steffens en Vonken) met verwijzingen naar nationale en internationale literatuur.

²⁷ De preambule (punt 32) vermeldt hierover dat vervoer- en verzekeringsovereenkomsten wegens het bijzondere karakter een specifieke regeling behoeven om een adequaat beschermingsniveau voor de passagiers en de polishouders te waarborgen en dat om die reden artikel 6 niet dient te gelden voor deze bijzondere overeenkomsten. Opvallend is dat vervolgens in artikel 6 lid 4 de vervoerovereenkomst wel wordt uitgezonderd, maar de verzekeringsovereenkomst niet terwijl beide in Rome I een afzonderlijke regeling hebben gekregen.

²⁸ De eerste richtlijn schadeverzekering, de tweede richtlijn schadeverzekering (88/357/EEG), de derde richtlijn schadeverzekering (92/49/EEG), de tweede richtlijn levensverzekering (90/619/EEG) en de richtlijn levensverzekering van 5 november 2002 (2002/83/EG).

²⁹ Zie C.A. Joustra, 'Het voorstel voor een Rome-I-Verordening: een nieuwe kans voor het ipr voor verzekeringsovereenkomsten...?', *NTHR* 2006, p. 130-132; X. Kramer, 'Conflicts of Laws on Insurance Contracts in Europe, The Rome I proposal - Towards Uniform Conflict Rules for Insurance Contracts?', in: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes (red.), *Insurance and Europe*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 86-92.

³⁰ Verwezen wordt naar de omschrijving in artikel 5, letter d) van deze richtlijn. Het betreffende artikel 5 heeft echter geen letter d en ook geen omschrijving van 'groot risico'; bedoeld is te verwijzen naar deze richtlijn zoals gewijzigd bij Richtlijn 88/357/EEG.

³¹ Zie voor een meer gedetailleerd overzicht van de bedoelde 'grote risico's': Losbladige Burgerlijke Rechtsvordering, art. 14 EEX, aant. 2 (Vlas).

komst kennelijk nauwer is verbonden met een ander land; in die gevallen is het recht van dat land van toepassing.

In de tweede plaats is artikel 7 van toepassing op 'alle andere verzekeringsovereenkomsten ter dekking van risico's die zijn gelegen op het grondgebied van de lidstaten', hierna de 'kleine risico's' genoemd ter onderscheiding van de eerder genoemde 'grote risico's'. Indien een dergelijke verzekeringsovereenkomst meer dan één klein risico dekt waarvan er tenminste één in een lidstaat is gelegen en tenminste één in een derde land, ziet de bepaling blijkens de preambule (punt 33) alleen op de risico's gelegen in de lidstaten. De verzekeringsovereenkomsten die kleine risico's dekken die *niet* in een lidstaat zijn gelegen, vallen niet onder artikel 7 van Rome I maar wel onder de algemene regeling van de artikelen 3 en 4 van Rome I. Deze groep valt ook al onder het toepassingsgebied van het EVO, evenals de verzekeringsovereenkomsten ter dekking van grote risico's die niet in een lidstaat zijn gelegen.

In tegenstelling tot de verzekeringsovereenkomsten die een groot risico dekken, geldt krachtens lid 3 voor de verzekeringsovereenkomsten ter dekking van kleine risico's gelegen op het grondgebied van een lidstaat een beperkte rechtskeuze ter bescherming van de economisch zwakkere partij. Op grond van sub a) kunnen partijen kiezen voor toepasselijkheid van het recht van het land waar het risico is gelegen op het tijdstip waarop de overeenkomst is gesloten. Dit geldt zowel voor het geval dat het risico in één lidstaat is gelegen als het geval dat het risico in meerdere lidstaten is gelegen.³² Sub b) maakt een rechtskeuze mogelijk voor het recht van het land waar de polishouder zijn gewone verblijfplaats heeft.³³ Krachtens sub c) kan – in geval van een levensverzekering – gekozen worden voor het recht van het land waarvan de polishouder onderdaan is.³⁴ Sub d) ziet op verzekeringsovereenkomsten ter dekking van risico's die beperkt zijn tot gebeurtenissen in een andere lidstaat dan waar het risico is gelegen en maakt het mogelijk te kiezen voor het recht van de lidstaat van de gebeurtenis. Tenslotte kan – indien de polishouder 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 – op grond van sub e) het recht van één van die lidstaten of het recht van de gewone verblijfplaats van de polishouder worden gekozen.

De verordening houdt – zoals in de verzekeringsrichtlijnen – de mogelijkheid open dat lidstaten zelf een grotere vrijheid verlenen voor rechtskeuze van bepaalde verzekeringsovereenkomsten. Gebeurt dat dan kunnen de partijen van die ruimere rechtskeuze gebruik maken. Deze mogelijkheid bestaat alleen voor 'de gevallen onder a), b) of e)' of anders gezegd: voor alle verzekeringsovereenkomsten van artikel 7 lid 2 met uitzondering van die genoemd onder c) en d).³⁵

Is er geen rechtskeuze gemaakt, dan is het recht van toepassing van de lidstaat waar het risico op het moment van sluiting van de overeenkomst is gelegen. De escape voor de situatie dat er een nauwere verbondenheid is met een ander land zien we hier niet terug.

Lid 4 bevat twee aanvullende voorschriften voor verzekeringsovereenkomsten die risico's dekken waarvoor een lidstaat de verplichting oplegt om een verzekering af te sluiten. Het gaat hier dus om verzekeringen die zowel onder lid 2 als onder lid 3 kunnen vallen, maar waarvoor een verplichting bestaat. Denk voor Nederland bijvoorbeeld aan de ziektekostenverzekering die iedere burger verplicht is af te sluiten of de WA-verzekering die voor eigenaren van een auto verplicht is. In de eerste plaats moet een dergelijke verplich-

te verzekering voldoen aan de specifieke bepalingen die de verplichtende lidstaat in verband met die verzekering heeft vastgesteld. Het recht van deze lidstaat prevaleert ook boven het recht van de lidstaat waar het risico is gelegen, mochten zij met elkaar in tegenspraak zijn. In de tweede plaats kan een lidstaat bepalen – in afwijking van de verwijzingsregels in lid 2 en lid 3 – dat de verzekeringsovereenkomst wordt beheerst door het recht van de lidstaat die de verplichting oplegt om een verzekering af te sluiten.

Voor de situatie dat de risico's die door de overeenkomst worden gedekt in meer dan één lidstaat zijn gelegen, bepaalt artikel 7 lid 5 dat de overeenkomst wordt beschouwd als bestaande uit verscheidene overeenkomsten die elk apart betrekking hebben op slechts één lidstaat. Dit geldt zowel voor lid 3 (derde alinea) als voor lid 4 van artikel 7. Het gevolg daarvan is dat – bij gebreke van rechtskeuze – op elk van die overeenkomsten een ander recht van toepassing is. Hetzelfde geldt volgens lid 5 voor lid 4 van artikel 7.

Lid 6 regelt de vraag hoe moet worden bepaald in welk land het verzekerde risico is gelegen. Ten aanzien van schadeverzekeringen wordt in overeenstemming met artikel 2 onder d) van de Tweede Richtlijn 88/357/EEG vastgesteld in welk land het risico is gelegen. Dat is bijvoorbeeld de lidstaat van registratie als de verzekering betrekking heeft op voer- en vaartuigen of de lidstaat van ligging van het onroerend goed als de verzekering op onroerende goederen ziet. Voor de levensverzekeringsbranche bepaalt lid 6 dat 'het land waar het risico is gelegen' het land is van de verbintenis in de zin van artikel 1, lid 1, onder g) van Richtlijn 2002/83/EG, te weten de lidstaat waar de verzekeringnemer zijn gewone verblijfplaats heeft.

De herverzekeringsovereenkomsten zijn expliciet van het toepassingsgebied van artikel 7 uitgesloten. Deze uitsluiting is een weerslag van de beslissing van het Hof van Justitie dat de bevoegdheidsbepalingen in verzekeringszaken in het EEX-Verdrag niet van toepassing zijn op herverzekeringsovereenkomsten.³⁶ Evenals deze bevoegdheidsbepalingen in het EEX-Verdrag en in Brussel I, is ook artikel 7 van Rome I opgenomen ter bescherming van de economisch zwakkere partij. Naar het oordeel van het Hof is zo'n bijzondere bescherming tussen een herverzekerde en zijn herverzekeraar niet gerechtvaardigd. Beide partijen bij een herverzekeringsovereenkomst zijn volgens het Hof immers professionele partijen uit de verzekeringssector en moeten worden geacht ten opzichte van elkaar in een gelijkwaardige positie te verkeren. Op de herverzekeringsovereenkomsten zijn derhalve gewoon de hoofdregels van artikel 3 en 4 van Rome I van toepassing.

³² Zie X. Kramer, *loc. cit.*, p. 101.

³³ Sub a) en sub b) zijn beide gebaseerd op artikel 7(1)(a) en (b) van de tweede Richtlijn schadeverzekering.

³⁴ Sub c) komt overeen met artikel 32 lid 2 van de Richtlijn levensverzekering van 5 november 2002.

³⁵ Vreemd is dat de mogelijkheid is uitgesloten om voor de levensverzekering een ruimere rechtskeuze te maken dan waarin sub c) voorziet, terwyl artikel 32(1) van de Richtlijn levensverzekering van 5 november 2002 deze mogelijkheid juist openlaat. Mogelijk is er sprake van een verschrijving en bedoelt met hier met sub e) eigenlijk sub c)? Ook de Franse, Duitse en Engelse taalversie van de verordening verwijzen overigens naar sub e).

³⁶ HvJ EG 13 juli 2000, C-412/98, NJ 2003, 597 m.nt. P. Vlas (*Group Josi*). Het Hof sluit zich met deze uitspraak aan bij de bevestiging van het Rapport-Schlusser dat de afdeling in het EEX-Verdrag over verzekeringszaken niet van toepassing is op herverzekering.

Individuele arbeidsovereenkomsten (artikel 8)

De verwijzingsregel inzake de individuele arbeidsovereenkomsten ondervindt op het oog weinig verandering. Zoals in het EVO is ook in Rome I de mogelijkheid van rechtskeuze ingeperkt ten gunste van de werknemer. Krachtens artikel 8 lid 1 mag de rechtskeuze er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van het recht dat volgens de objectieve verwijzingsregels op de arbeidsovereenkomst van toepassing is als er geen rechtskeuze zou zijn gemaakt.³⁷ Deze objectieve verwijzingsregels staan in het tweede, derde en vierde lid van artikel 8. De hoofdregel is nog steeds dat de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht van het land waar de werknemer 'gewoonlijk zijn arbeid verricht'.

Als de werknemer niet steeds in hetzelfde land werkt, verduidelijkt artikel 8 lid 2 dat van toepassing is het recht van het land 'van waaruit' hij 'gewoonlijk zijn arbeid verricht'. Deze aanknopings bij de 'standplaats' van de werknemer – die in het EVO ontbreekt – is onder invloed van rechtspraak inzake het EEX-Verdrag en Brussel I toegevoegd; daar is deze aanknopings met name toegepast op handelsvertegenwoordigers en vergelijkbare commerciële functies in dienstverband. Volgens het Voorstel van de Commissie is de nieuwe aanknopings in Rome I bedoeld om de verwijzingsregel van artikel 8 lid 2 (ook?) van toepassing te laten zijn op arbeidsovereenkomsten in het internationaal transport. Voor deze groep van arbeidsovereenkomsten betekent dit een wijziging, omdat onder het EVO veelal wordt aangeknoopt bij de vestiging van de werkgever.

³⁷ Ook hier rijst de vraag hoe deze beperking van de rechtskeuzebevoegdheid moet worden uitgelegd. Zie reeds mijn opmerkingen daarover bij de bepaling over de consumentenovereenkomst.

³⁸ Op deze definitie van 'tijdelijk' is de kritiek geuit dat zij niet op afdoende wijze recht doet aan het totaalbeeld en de complexiteit van het internationale arbeidsrecht. Rammelo, *loc. cit.*, p. 248 met verwijzing naar A.A.H. van Hoek, 'Het toepasselijke recht op arbeidsovereenkomsten – een reactie op het Groenboek EVO', *Sociaal Recht* 2003, p. 366 e.v.

³⁹ De toevoeging van het woord 'kennelijk' vormt ten opzichte van artikel 6 EVO een beperking. Van Hoek wees er overigens op dat in een aantal uitspraken – onder invloed van het *Balenpers*-arrest inzake artikel 4 lid 5 EVO – ook de uitzonderingsbepaling al restrictief is toegepast. Zie bijvoorbeeld: *rb Amsterdam*, sector kanton, lokatie Amsterdam, 16 december 2005, *NIPR* 2006, 119 en *Hof Den Bosch* 5 september 2006, *NIPR* 2007, 29.

⁴⁰ In deze zin Van Hoek, *Losbladige Arbeidsrecht*, art. 6 EVO, aant. 11; een dergelijke gerichtheid blijkt dan uit expat-vergoedingen, regelmatige terugkeer voor verlof, gebruik van expat-regelingen in de sociale zekerheid en het belastingrecht.

⁴¹ Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten.

⁴² Andere Europese rechtsbronnen op dit terrein, zoals bijvoorbeeld de Richtlijn overgang ondernemingen, zijn – helaas – niet geïncorporeerd in Rome I. Zie Van Hoek, 'Het toepasselijke recht op arbeidsovereenkomsten – een reactie op het Groenboek EVO', *Sociaal Recht* 2003, p. 367.

⁴³ Zoals in het EVO geeft de cessiebepaling niet zelf het concrete verwijzingsresultaat, maar verwijst zij door naar de overige verwijzingsregels van Rome I. Als partijen bijvoorbeeld geen rechtskeuze hebben gemaakt (artikel 3) zal dus vervolgens nog artikel 4 moeten worden toegepast om te weten welk rechtsstelsel de overeenkomst tussen schuldenaar en cedent en dus de gecedeerde vordering beheerst.

Verder bepaalt het tweede lid dat het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht niet wordt geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht. De vraag wanneer een uitzending nog 'tijdelijk' is, was ook bij de voorbereiding van de verwijzingsregel voor arbeidsovereenkomsten in Rome I één van de grote discussiepunten. Uiteindelijk is er in de tekst zelf geen nadere precisering opgenomen, maar wordt het begrip 'tijdelijk' wel in de preambule (punt 36) toegelicht. Het verrichten van arbeid dient als tijdelijk te worden aangemerkt als van de werknemer wordt verwacht dat hij na de voltooiing van zijn taak in het buitenland opnieuw arbeid in het land van herkomst verricht. De omstandigheid dat de werknemer een nieuwe overeenkomst sluit met de oorspronkelijke werkgever of met een werkgever die tot hetzelfde concern behoort, brengt daar geen verandering in.³⁸

Verricht de werknemer zijn arbeid gewoonlijk niet in of vanuit hetzelfde land, dan komt de tweede verwijzingsregel in beeld. Artikel 8 lid 3 bepaalt voor die gevallen dat van toepassing is het recht van het land waar zich de vestiging van de werkgever bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen.

Het verwijzingsresultaat van deze twee op het beschermingsbeginsel geënte verwijzingsregels moet wijken indien 'uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft' met een ander land.³⁹ Op grond van het vierde lid gaat het recht van dat nauwer verbonden land voor. Deze uitzonderingsbepaling wordt onder het EVO voornamelijk gebruikt voor *expats* die gedurende de uitzending gericht blijven op het land van herkomst.⁴⁰

Tot slot wordt in de preambule (punt 34) nog opgemerkt dat artikel 8 geen afbreuk mag doen aan de bepalingen van bijzonder dwingend recht (de zogenaamde voorrangregels) van het land van terbeschikkingstelling zoals bedoeld in de *Detacheringsrichtlijn*.⁴¹ Deze richtlijn beoogt de harde kern van dwingende bepalingen vast te leggen die in acht moeten worden genomen tijdens de periode van detachering in de ontvangende lidstaat. Het gaat daarbij vooral om regelgeving inzake het minimumloon waar de diensten worden verricht, maar ook om de regels inzake veiligheid en gezondheid. Deze regelgeving is van toepassing 'ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband'.⁴²

Cessie van vorderingen en contractuele subrogatie (artikel 14)

Het EVO bevat in artikel 12 een verwijzingsregel voor cessie van vorderingen. Deze regel komt terug in artikel 14 Rome I. Voor een goed begrip van artikel 14 dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de verbintenisrechtelijke aspecten van de cessie (de rechten en de verplichtingen van de cedent en de cessionaris jegens elkaar en jegens de schuldenaar van de te cederen vordering) en de goederenrechtelijke aspecten (de vereisten voor overgang van de vordering uit het vermogen van de cedent naar het vermogen van de cessionaris).

Verbintenisrechtelijk hebben de verwijzingsregels in artikel 14 Rome I hetzelfde verwijzingsresultaat als de verwijzingsregels in artikel 12 EVO. Zo wordt zowel op grond van artikel 14 lid 2 Rome I als op grond van artikel 12 lid 2 EVO de vraag of een vordering voor cessie vatbaar is beheerst door het recht dat ingevolge Rome I respectievelijk het EVO⁴³ op die vordering van toepassing is, het zogenaamde vorderingsstatuut. Ook de verbintenisrechtelijke verhouding tussen de schuldenaar enerzijds en de cedent en de cessionaris anderzijds wordt op grond van diezelfde bepalingen beheerst door het verorde-

ringsstatuut. De verbintenisrechtelijke verhouding tussen cedent en cessionaris wordt krachtens artikel 14 lid 1 Rome I en artikel 12 lid 1 EVO beheerst door het recht dat ingevolge Rome I respectievelijk het EVO op 'de tussen hen bestaande overeenkomst' van toepassing is, welk rechtsstelsel ook wel wordt aangeduid als het cessiestatuut.

Ten aanzien van de goederenrechtelijke aspecten van de cessie biedt artikel 14 Rome I ten opzichte van artikel 12 EVO op een aantal punten meer duidelijkheid. Artikel 12 EVO zwijgt over de goederenrechtelijke aspecten. Op grond van het befaamde *Hansa*-arrest van de Hoge Raad⁴⁴ wordt naar Nederlands IPR⁴⁵ artikel 12 lid 1 EVO ook geacht te zien op de goederenrechtelijke aspecten van de cessie. Deze *Hansa*-uitleg komt terug – althans gedeeltelijk – in Rome I. Artikel 14 lid 1 Rome I spreekt over de 'betrekkingen' tussen cedent en cessionaris, daar waar artikel 12 lid 1 EVO spreekt over de 'verbintenissen' tussen die twee partijen. Uit de preambule (punt 38) volgt dat met het gebruik van de term 'betrekkingen' tot uitdrukking wordt gebracht dat het cessiestatuut niet alleen ziet op verbintenisrechtelijke aspecten van de verhouding tussen cedent en cessionaris, maar ook op de goederenrechtelijke aspecten. Let wel, het gaat daarbij niet om alle goederenrechtelijke aspecten van de cessie, maar alleen die tussen cedent en cessionaris. De goederenrechtelijke aspecten jegens derden vallen erbuiten, zo volgt uit de preambule.⁴⁶ Dit onderscheid – dat het Nederlandse recht niet kent (een cessie is geldig of zij is dat niet) – heeft tot gevolg dat de vraag welk recht van toepassing is op de goederenrechtelijke werking van de cessie jegens derden wordt beheerst door het commune IPR van de verschillende lidstaten. Daardoor kan de situatie ontstaan dat de goederenrechtelijke werking van de cessie *inter partes* door een ander recht wordt beheerst dan de goederenrechtelijke werking jegens derden. Het behoeft geen uitleg dat dit onwenselijk is, omdat een dergelijke benadering kan dwingen tot vervulling van de formaliteiten van twee rechtsstelsel naast elkaar om een voltooiende vermogensovergang te bewerkstelligen met betrekking tot een vordering.⁴⁷

In dit kader rijst ook de vraag hoe artikel 14 Rome I zich verhoudt tot de nieuwe Nederlandse verwijzingsregel voor cessie van vorderingen in de op 1 mei 2008 in werking getreden Wet Conflictenrecht Goederenrecht (WCG).⁴⁸ Gezien het universele toepassingsbereik van Rome I zal deze Nederlandse wet voor de cessie enkel nog relevant zijn ten aanzien van de goederenrechtelijke werking jegens derden. Dit onderscheid wordt in de nieuwe wet echter niet gemaakt, dus het is aannemelijk dat de daarin geformuleerde verwijzingsregel voor de cessie van vorderingen zowel de goederenrechtelijke werking tussen cedent en cessionaris betreft als de werking jegens derden.

Het betreffende artikel 10 lid 2 WCG creëert in het licht van Rome I al op zich een probleem. Het wetsartikel knoopt voor alle goederenrechtelijke aspecten aan bij 'het recht dat op de tot overdracht of vestiging van rechten verplichtende overeenkomst toepasselijk is'. Dat is bijvoorbeeld de kredietovereenkomst die een verplichting *tot* cessie bevat en niet de daaruit voortvloeiende overeenkomst *van* cessie, althans voor zover de titel tot cessie en de cessie zelf niet in hetzelfde document zijn neergelegd. Het is nog maar de vraag of de verwijzingsregel van artikel 10 lid 2 WCG op hetzelfde neerkomt als het cessiestatuut zoals bedoeld in Rome I; mogelijk ziet dat op de overeenkomst *van* cessie en niet de verplichting *tot* cessie. In ieder geval werd tot de inwerkingtreding van de WCG het cessiestatuut door de praktijk veelal begrepen als het rechtsstelsel dat van toepassing is verklaard in de cessie-akte zelf; er werd dus in de cessie-akte een

rechtskeuze gemaakt ervan uitgaande dat het daarin gekozen recht ook de goederenrechtelijke aspecten van de cessie zou beheersen. De nieuwe wet vormt dus een bron van onzekerheid, zolang onduidelijk is of het Europees Hof van Justitie aan thans artikel 12 lid 1 EVO en in de toekomst artikel 14 lid 1 Rome I dezelfde uitleg zal geven als de wetgever in Nederland heeft gedaan.

Artikel 14 Rome I ziet niet alleen op cessie zoals bij artikel 12 EVO wel het geval was. In de eerste plaats zijn de verwijzingsregels in artikel 14 ook van toepassing verklaard op contractuele subrogatie.⁴⁹ Dit is een welkome toevoeging, aangezien ten aanzien van sommige rechtsfiguren, zoals *factoring*, in verschillende landen de vraag was gerezen of deze rechtsfiguren voor de toepassing van het EVO dienden te worden gekwalificeerd als cessie of als contractuele subrogatie.⁵⁰ Deze vraag is door het onderbrengen van contractuele subrogatie bij artikel 14 irrelevant geworden. Daar komt bij dat artikel 13 EVO over subrogatie volgens sommigen alleen zag op wettelijke subrogatie en dus niet op contractuele subrogatie.

In de tweede plaats wordt het begrip 'cessie' ruim uitgelegd. Krachtens artikel 14 lid 3 omvat cessie zowel daadwerkelijke overdrachten, als overdrachten tot zekerheid, alsmede verpandingen en andere zekerheidsrechten op vorderingen. Ook de discussie of artikel 12 EVO van overeenkomstige toepassing is op verpandingen behoort daarmee tot het verleden.

Wettelijke subrogatie (artikel 15)

De regeling over wettelijke subrogatie in artikel 15 Rome I komt overeen met de oude regeling in artikel 13 lid 1 EVO. Artikel 15 ziet op de situatie dat iemand (de schuldeiser) een vordering uit overeen-

⁴⁴ HR 16 mei 1997, *NJ* 1998, 585 m.nt. ThMdB.

⁴⁵ Ter onderscheiding van bijvoorbeeld de vaste jurisprudentie van het Duitse Bundesgerichtshof dat de goederenrechtelijke aspecten worden beheerst door het vorderingsstatuut van artikel 12 lid 2 EVO. Zo ook het Engelse Court of Appeal in een obiter dictum in de Raiffeisen-zaak, waarover R. Stevens en T.H.D. Struycken, 'Assignment and the Rome Convention', *LQR* 2002, p. 15-20.

⁴⁶ In de preambule wordt niet expliciet wordt gemaakt of de curator in het faillissement van de cedent een derde is, of gelijkgesteld moet worden met de cedent zelf.

⁴⁷ Zie meer uitvoerig hierover: J. van der Weide, 'De internationale cessie en verpanding van vorderingen Europees geregeld?', *MvV* 2008, p. 102-108. Zie voorts J. van der Weide, 'De internationale cessie in het licht van het voorstel voor een Verordening Rome I', *NIPR* 2007, p. 10-17. Zie ook: A. Flessner en H. Verhagen, *Assignment in European Private International Law* (Claims as property and the European Commission's 'Rome I Proposal'), Sellier 2006.

⁴⁸ Zie over deze wet P. Vlas, 'Nieuw IPR-Goederenrecht', *Ondernemingsrecht* 2008, p. 258-263.

⁴⁹ De figuur van schuldovername is daarentegen wederom ongeregeld gelaten. Bij gebreke van een verwijzingsregel voor schuldovername in het EVO heeft de Hoge Raad in het arrest Lambrecht/Paardekooper & Hoffman (24 oktober 2003, *NJ* 2004, 652 m.nt ThMdB) aansluiting gezocht bij (de beginselen die ten grondslag liggen aan) artikel 12 EVO voor de verwijzingsregel voor schuldovername. Zie daarover C.G. van der Plas en T.H.D. Struycken, *loc. cit.*, p. 150-156.

⁵⁰ Zie o.a. het Groenboek, *loc. cit.*, p. 48.

komst⁵¹ heeft op een ander (de schuldenaar) en een derde verplicht is deze schuld te voldoen of op grond van die verplichting de schuld reeds heeft voldaan. De vraag rijst dan of de derde die andermans schuld betaalt (bijvoorbeeld op grond van een borgtochtvereenkomst), subrogeert in de rechten die de schuldeiser jegens de schuldenaar had overeenkomstig het recht dat de betrekkingen tussen de schuldeiser en de schuldenaar beheerst (het vorderingsstatuut), en zo ja, in welke mate. Deze vraag dient krachtens artikel 15 te worden beantwoord door het recht dat op de betalingsverplichting van de derde van toepassing is; ook wel aangeduid als het betalingsstatuut. Indien de betalingsverplichting van de derde voortvloeit uit een borgtochtvereenkomst met de schuldeiser, zal het op die overeenkomst toepasselijke recht dus bepalen of en in hoeverre de derde subrogeert in de rechten die de schuldeiser jegens de schuldenaar heeft.⁵²

Opvallend is dat artikel 15 Rome I – net als artikel 13 EVO⁵³ – geen verwijzingsregel bevat voor de vraag of de vordering voor overgang krachtens subrogatie vatbaar is. Ten aanzien van de eerste vraag werd in het Nederlandse IPR in het algemeen aangenomen dat artikel 12 lid 2 EVO hier analoog moest worden toegepast. Er werd dus aangeknoopt bij het vorderingsstatuut, zijnde het recht dat van toepassing is op de vordering van de schuldeiser op de schuldenaar. Een minderheid was van mening dat de vraag naar de vatbaarheid van de vordering voor overgang niet hoefde te worden gesteld, mede gezien de omstandigheid dat artikel 13 EVO daarover zweeg terwijl artikel 12 EVO daarvoor wel een voorziening had. Het lijkt erop dat deze laatste groep gelijk heeft gekregen. Als er sprake van een omis-sie zou zijn, dan was het logisch geweest dat zij met de omzetting van het EVO naar een verordening zou zijn verholpen.

⁵¹ Het toepasselijk recht op subrogatie in geval van een niet-contractuele vordering wordt geregeld in artikel 19 van 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'). Rome II voorziet niet in verwijzingsregels voor cessie en verpanding van niet-contractuele verbintenissen. Vermoedelijk is daarop de regeling in artikel 14 van Rome I dan wel van toepassing.

⁵² Naar Nederlands intern recht geldt dat de borg niet alleen subrogeert in de rechten die de schuldeiser heeft jegens de schuldenaar, maar ook van rechtswege een zelfstandig recht van regres heeft jegens de schuldenaar (artikel 7:866 BW). De vraag rijst door welke verwijzingsregel van Rome I dit recht van regres wordt bestreken. Het valt strikt genomen niet onder artikel 15 dat ziet op wettelijke subrogatie en evenmin onder het hierna te bespreken artikel 16 dat regres bij hoofdelijkheid betreft. Analoge toepassing van één van beide bepalingen, waarvan het resultaat vrijwel hetzelfde lijkt te zijn, ligt voor de hand.

⁵³ Losbladige Verbintenissenrecht, art. 13 EVO, aant. 3 (Steffens en Vonken).

⁵⁴ Losbladige Verbintenissenrecht, art. 13 EVO, aant. 8 (Steffens en Vonken).

⁵⁵ Zie MPI 2007, *loc. cit.*, p. 326 e.v. Opvallend is dat de overige voorstellen van het MPI voor tekstwijziging van die bepaling wel zijn overgenomen.

⁵⁶ Naar Nederlands intern recht heeft de betalende medeschuldenaar op grond van 6:10 BW een zelfstandig recht van regres. Daarnaast kan hij op grond van artikel 6:12 BW een beroep doen op subrogatie in de rechten van de schuldeiser jegens de medeschuldenaar. Zoals bij borgtocht de vraag rijst onder welke verwijzingsregel het regresrecht van de borg valt, rijst hier de vraag bij welke verwijzingsregel subrogatie in geval van hoofdelijke verbondenheid ondergebracht moet worden. Denkbaar is analoge toepassing van artikel 16 Rome I dat immers hoofdelijkheid betreft, maar dit geval van subrogatie zou ook bij artikel 15 Rome I kunnen worden ondergebracht.

Ook de vraag welk recht de positie van de schuldenaar beheerst wordt niet expliciet geregeld in artikel 15 Rome I. Hetzelfde geldt voor artikel 13 EVO. Ten aanzien van artikel 13 EVO wordt aangenomen dat het vorderingsstatuut de positie van de schuldenaar beheerst. De derde verkrijgt immers de rechten die de schuldeiser ingevolge het vorderingsstatuut jegens de schuldenaar kan inroepen. Dat zou impliceren dat de derde ook de verweermiddelen die de schuldenaar krachtens het vorderingsstatuut heeft tegen zich moet laten gelden.⁵⁴ Mogelijk kan artikel 15 Rome I op dezelfde wijze worden begrepen. Onduidelijk is echter welke betekenis moet worden toegekend aan het feit dat artikel 16 wel een expliciete passage voor de bescherming van de schuldenaar bevat en bovendien is voorgesteld ook in artikel 15 een dergelijke passage op te nemen⁵⁵, maar dat voorstel het dus kennelijk niet gered heeft.

Hoofdelijke schuldenaars (artikel 16)

Krachtens het tweede lid van artikel 13 EVO is de verwijzingsregel inzake subrogatie ook van toepassing op de situatie dat de betalende derde een medeschuldenaar is. In plaats daarvan bevat Rome I een zelfstandige verwijzingsregel voor hoofdelijke schuldenaars. Indien één van deze voor dezelfde schuldvordering aansprakelijke schuldenaars de schuldeiser geheel of ten dele heeft voldaan, rijst de vraag aan de hand van welk recht moet worden bepaald of en in hoeverre de betalende schuldenaar zich kan verhalen op zijn medeschuldenaars. Artikel 16 Rome I bepaalt daarover dat het regres⁵⁶ van de betalende schuldenaar op zijn medeschuldenaars wordt beheerst door 'het recht dat op de verbintenis van deze schuldenaar jegens de schuldeiser van toepassing is'. Dit betekent dat eventuele contractuele afspraken tussen de schuldenaren onderling over hun onderlinge draagplicht, enkel van belang zijn in zoverre het recht dat van toepassing is op de verbintenis tussen de betalende schuldenaar en de schuldeiser daaraan gevolgen toekent.

De tweede zin van artikel 16 bevat een regeling voor de bescherming van de schuldenaren tegen wie de betalende medeschuldenaar het recht van regres inroept. Ieder van deze schuldenaren kan zich tegen de betalende medeschuldenaar verweren met de verweermiddelen die hem ter beschikking staan krachtens het recht dat zijn verbintenis jegens de schuldeiser beheerst. Deze bepaling is alleen maar van belang als de verbintenis van de betalende schuldenaar jegens de schuldeiser door een ander recht wordt beheerst dan de verbintenis van de medeschuldenaar jegens dezelfde schuldeiser. Dat zal slechts zelden het geval zijn, aangezien de hoofdelijke aansprakelijkheid van verschillende schuldenaren jegens een schuldeiser meestal uit één gezamenlijke overeenkomst zal voortvloeien.

Verrekening (artikel 17)

Met artikel 17 is voorzien in de behoefte aan een afzonderlijke verwijzingsregel voor verrekening op grond van de wet (ofwel door een eenzijdige verklaring ofwel van rechtswege). Overeenkomstig artikel 10 lid 1 onder d) EVO worden de verschillende wijzen waarop verbintenissen tenietgaan, beheerst door het recht dat van toepassing is op de betrokken verbintenis. Daaronder valt ook verrekening. De bepaling houdt echter geen rekening met de situatie dat de twee vorderingen die worden verrekend ieder door een ander recht worden beheerst. De vraag rijst dan of beide rechtstelsels bepalend zijn voor de vraag of er verrekend kan worden dan wel één van de twee. En in het laatste geval: welk van de twee? Aangezien deze vraag in de

Nederlandse rechtspraak verschillend is beantwoord⁵⁷, worden in de praktijk veiligheidshalve vaak de vereisten van beide rechtsstelsels in acht genomen. Dat is onder Rome I niet meer nodig. In artikel 17 is gekozen voor de toepasselijkheid van één enkel rechtsstelsel. 'Indien de bevoegdheid tot verrekening niet op een overeenkomst tussen de partijen berust', wordt de verrekening op grond van artikel 17 beheerst door het recht dat toepasselijk is op 'de vordering ten aanzien waarvan men zich op de verrekening beroept'. Dat is dus de schuld aan de wederpartij waarvan de verrekenende partij door verrekening bevrijd wil worden. Deze verwijzingsregel is in lijn met artikel 6 van de Insolventieverordening⁵⁸. Bovendien biedt zij bescherming aan de partij die met de verrekening wordt geconfronteerd, aangezien deze partij wordt geconfronteerd met een wijze van betaling van haar vordering waarvoor zij als schuldeiser niet heeft gekozen. Verder laat deze verwijzingsregel het toepasselijke recht – voor zover het beroep op verrekening als een verweer wordt gebruikt – gelijk lopen met het toepasselijke recht op de hoofdvordering.⁵⁹

Bepalingen van bijzonder dwingend recht (artikel 9)

De hierboven besproken verwijzingsregels bepalen welk recht van toepassing is op een overeenkomst. Aan dit verwijzingsresultaat kan afbreuk worden gedaan door bepalingen van bijzonder dwingend recht, ook wel aangeduid als voorrangregels of *lois de police*. Deze bijzondere categorie van regels zijn van toepassing of juist niet, ongeacht het recht dat volgens de 'gewone' verwijzingsregels van toepassing is. Voorrangregels zijn als het ware immuun voor verwijzingsregels; zij kunnen niet door een verwijzingsregel van toepassing worden verklaard, maar bepalen zelf hun toepassingsbereik. Het is echter niet altijd duidelijk wanneer een bepaalde regel als voorrangregel kwalificeert; het EVO geeft hiervoor geen aanwijzingen. Om die reden is er in het eerste lid van artikel 9 van Rome I een definitie opgenomen die is ontleend aan het *Arblade*-arrest van het Hof van Justitie.⁶⁰ Volgens deze definitie zijn voorrangregels '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 moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingsfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst'.

Artikel 9 maakt een onderscheid tussen enerzijds de voorrangregels van het forum (de forale voorrangregels) en anderzijds de voorrangregels van het land waar de verbintenissen krachtens overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen, voor zover zij de tenuitvoerlegging van de overeenkomst 'onwettig' maken.

Ten aanzien van de forale voorrangregels heeft de rechter – evenals onder het EVO – geen discretionaire bevoegdheid; als deze regels toepassing pretenderen dan dient de rechter ze op grond van artikel 9 lid 2 toe te passen. Dit is anders voor de tweede groep van voorrangregels. Als een dergelijke regel toepassing pretendeert, staat het de rechter vrij te beslissen de regel toch niet toe te passen. Artikel 9 lid 3 geeft de rechter daarvoor dezelfde maatstaf als in het EVO: de rechter houdt bij zijn beslissing of aan de betreffende voorrangregel(s) gevolg moet worden toegekend rekening met 'hun aard en doel, alsmede met de gevolgen die de toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zou kunnen hebben'. De door sommigen bekritiseerde voorkeursbehandeling van de forale voorrangregels boven de niet-forale voorrangregels blijft daarmee overeind.⁶¹

De groep van voorrangregels die in artikel 9 lid 3 wordt benoemd verschilt met die van artikel 7 lid 1 EVO. Artikel 7 lid 1 EVO biedt 'bij de toepassing ingevolge dit Verdrag van het recht van een bepaald land' ruimte aan toepassing van de voorrangregels van het recht van een 'ander land waarmee het geval nauw is verbonden'.⁶² In dit kader wordt in de doctrine gesproken van derdelandsvoorrangregels ter onderscheiding van de tweedelandsvoorrangregels. Deze zogenoemde tweedelandsvoorrangregels zijn voorrangregels van het recht dat volgens de gewone verwijzingsregels van toepassing is, terwijl derdelandsvoorrangregels de voorrangregels van het recht dat niet het forale recht is en ook niet het volgens de gewone verwijzingsregels op de overeenkomst toepasselijke recht (de *lex causae*). Voor de tweedelandsvoorrangregels bevat artikel 7 EVO thans geen voorziening. Dat is vreemd, nu het feit dat een bepaald rechtsstelsel van toepassing is op grond van de gewone verwijzingsregels nog niets zegt over de voorrangregels van dat recht, die immers hun eigen toepassingsbereik bepalen. Sommigen zijn dan ook van mening dat de verdragsopstellers hierbij onvoldoende stil hebben gestaan en dat artikel 7 lid 1 zo moet worden begrepen als betrekking hebbende op zowel tweedelands- als derdelandsvoorrangregels. Anderen zijn daarentegen van mening dat de verwijzing door de gewone verwijzingsregels naar de *lex causae* mede de voorrangregels van dat recht omvat en dat artikel 7 EVO op dat punt dus niet relevant is.⁶³ Deze strijd lijkt met de formulering van artikel 9 lid 3 Rome I in het voordeel van de tweede opvatting te moeten worden beslecht. Artikel 9 lid 3 ziet op voorrangregels van het land waar de verbintenis krachtens de overeenkomst moet worden uitgevoerd. Dat recht is niet noodzakelijkerwijs tevens de *lex causae*. Zou echter de eerste opvatting de juiste zijn zodat voorrangregels van de *lex causae* niet op basis van de gewone verwijzingsregels van toepassing zijn, dan heeft artikel 9 lid 3 tot gevolg dat de voorrangregels van de *lex causae* niet voor toepassing in aanmerking komen als de verbintenis niet ook in dat land hoeft te worden uitgevoerd. Dat is niet ondenkbaar, maar het zou wel heel vreemd en onwenselijk zijn.

De formulering van artikel 9 lid 3 doet meer vragen rijzen. De Nederlandse tekst lijkt met het gebruik van de woorden 'krachtens de overeenkomst' te suggereren dat er alleen ruimte is voor toepassing van voorrangregels van de plaats van nakoming, indien partijen een plaats van nakoming zijn overeengekomen⁶⁴ dan wel de overeenkomst al is nagekomen. Zo beperkend blijkt artikel 9 lid 3 bij nadere beschouwing echter niet te zijn. De Engelse tekst en Franse tekst van Rome I maken duidelijk dat er slechts sprake is van een wat ongeluk-

⁵⁷ Zie hierover N. Peters, 'Verrekening in het IPR', *NIPR* 2007, p. 3-9.

⁵⁸ Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, Pb. E.G.L 160/1.

⁵⁹ In deze zin MPI 2007, *loc. cit.*, p. 332.

⁶⁰ HvJ EG 23 november 1999, gevoegde zaken C-369/96 en C-376/96, *NJ* 2000, 251, besproken door I. van der Steen, *NTER* 2000, p. 88.

⁶¹ Zie Strikwerda, *loc. cit.*, p. 73.

⁶² De regeling in artikel 7 lid 1 EVO is terug te voeren op het wereldberoemde *Alnati*-arrest, HR 13 mei 1966, *NJ* 1967, 3.

⁶³ Zie voor literatuurverwijzingen: C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 223 vn. 46.

⁶⁴ Dit doet denken aan artikel 5 lid 1 sub b van Brussel I waarbij sub b geen toepassing vindt indien partijen geen afspraken over de plaats van nakoming hebben gemaakt.

kige Nederlandse vertaling op dit punt. De Engelse tekst spreekt van 'obligations arising out of the contract' en de Franse tekst van 'obligations découlant du contrat'. Het gaat er dus enkel om dat komt vast te staan waar de verbintenis uit overeenkomst is nagekomen of moet worden nagekomen. Als partijen daar niets over hebben afgesproken en de verbintenis ook nog niet is uitgevoerd, zal aan de hand van de gewone verwijzingsregels van Rome I moeten worden vastgesteld welk recht op de overeenkomst van toepassing is, om vervolgens aan de hand van dat toepasselijke recht te bepalen wat te gelden heeft als de plaats van uitvoering. In feite wordt hier dus de *Tessili*-methode⁶⁵ geïntroduceerd ter beantwoording van de vraag welke niet-forale voorrangsregels voor toepassing in aanmerking kunnen komen. Dat is een hele toer.

Verder geeft artikel 9 lid 3 niet aan alle voorrangsregels van de plaats van nakoming ruimte. De rechter kan alleen gevolg toekennen aan voorrangsregels van de plaats van nakoming voor zover zij 'de tenuitvoerlegging⁶⁶ van de overeenkomst onwettig maken'. Deze zinsnede lijkt de toepassing van niet-forale voorrangsregels verder in te perken. Ook is niet helemaal duidelijk wat onder de term 'onwettig'⁶⁷ moet worden verstaan. In ieder geval moet gedacht worden aan de klassieke voorbeelden van een exportverbod⁶⁸ en een deviezenregeling⁶⁹; nakoming van de overeenkomst dwingt de contractspartij die aan de deviezenregeling of aan het exportverbod is gebonden te handelen in strijd met die voorrangsregel met alle gevolgen van dien.

Al met al zal artikel 9 lid 3 Rome I minder makkelijk toepasbaar zijn dan artikel 7 lid 1 EVO en geeft de bepaling aanzienlijk minder ruimte aan de toepassing van niet-forale voorrangsregels dan artikel 7 EVO dat doet.⁷⁰ Dat is vanuit dogmatisch oogpunt te betreuren. Voor de praktijk zal het echter weinig verschil maken aangezien het ook onder het regime van artikel 7 EVO al zelden tot nooit voorkomt dat een rechter niet-forale voorrangsregels toepast.

⁶⁵ Zie HvJEG 6 oktober 1976, NJ 1977, 169 (*Tessili-Dunlop*).

⁶⁶ Uit de Engelse tekst die spreekt van 'the performance of the contract', volgt dat met de term 'tenuitvoerlegging' veeleer de 'nakoming' van de overeenkomst is bedoeld.

⁶⁷ De gebruikte term in de Engelse tekst is 'unlawful'; in de Franse tekst 'illégal'; in de Duitse tekst 'unrechtmäßig'.

⁶⁸ Zie de bekende Siberische pijpleidingenzaak: Pres. rb. 's-Gravenhage 17 september 1982, KG 1982, no. 167. Zie meer uitgebreid over deze zaak: C.G. van der Plas, *loc. cit.*, p. 247 e.v.

⁶⁹ Zie HR 12 januari 1979, NJ 1980, 526 m.nt. JCS (*Sewrajsing*). Zie meer uitgebreid over dit arrest: C.G. van der Plas, *loc. cit.*, p. 239 e.v.

⁷⁰ Daar staat tegenover dat er onder Rome I geen voorbehoud meer kan worden gemaakt ten aanzien van de toepassing van niet-forale voorrangsregels, zoals dat krachtens artikel 22 lid EVO wel kon en waarvan ook door verschillende lidstaten gebruik is gemaakt. Heel ingrijpend is deze wijziging niet, aangezien de rechter ten aanzien van de niet-forale voorrangsregels toch een discretionaire bevoegdheid heeft.

⁷¹ Daarmee is de gebrekkige Nederlandse vertaling van het ruime begrip 'incapacity' en 'incapacité' in de officiële Engelse respectievelijk Franse tekst van artikel 9 EVO nog niet geheel gecorrigeerd. Uit de Duitse tekst van zowel artikel 9 EVO als van artikel 13 Rome I waarin wordt gesproken van 'eine natürliche Person die nach dem Recht dieses Staates Rechts-, Geschäfts-, und Handlungsfähigkeit ware', volgt dat ook de rechtsonbevoegdheid apart vermeld had moeten worden.

Overige wijzigingen

Afgezien van de hierboven besproken wijzigingen heeft Rome I ten opzichte van het EVO ook voor het overige enige aanpassing ondergaan. Het voert te ver om deze aanpassingen hier allemaal te bespreken. Ik volsta met het noemen van een aantal.

Zo is bijvoorbeeld artikel 11 dat ziet op de formele geldigheid van overeenkomsten verruimd in vergelijking met artikel 9 EVO in verband met overeenkomsten die op afstand zijn gesloten.

Verder is in de Nederlandse tekst van artikel 13 Rome I duidelijk gemaakt dat de bepaling niet alleen ziet op handelingsonbekwaamheid zoals in de Nederlandse tekst van – voor het overige gelijklopende – artikel 11 EVO, maar ook op handelingsonbevoegdheid.⁷¹

Daar waar in het EVO de definitie van 'gewone verblijfplaats' voor natuurlijke personen en rechtspersonen in artikel 4 lid 2 was verweven, is er in Rome I een afzonderlijke bepaling aan gewijd. Uit de preambule (punt 40) volgt dat bij het opstellen van deze bepaling er bewust voor is gekozen geen aansluiting te zoeken bij artikel 60 lid 1 Brussel I. In die bepaling is voor rechtspersonen het begrip 'woonplaats' aan de hand van drie criteria gedefinieerd. Een dergelijke definitie zou het voor partijen onmogelijk maken om te voorspellen welk recht op hun geval van toepassing is.

In artikel 23 wordt de verhouding tot andere bepalingen van Gemeenschapsrecht geregeld. Met uitzondering van de verwijzingsregel voor verzekeringsovereenkomsten, gaan regels inzake het toepasselijk recht op verbintenissen uit overeenkomst in andere Gemeenschapsrechtelijke regelingen voor op Rome I.

De verhouding tot bestaande internationale verdragen wordt geregeld in artikel 25. De verdragen waarbij lidstaten op 17 juni 2008 verdragsluitende partij zijn en die verwijzingsregels bevatten over verbintenissen uit overeenkomst hebben krachtens artikel 25 lid 1 voorrang boven Rome I. Overigens worden de lidstaten op grond van artikel 26 geacht om uiterlijk op 17 juni 2009 de Commissie te voorzien van een lijst met daarop de in artikel 25 lid 1 bedoelde verdragen. Deze lijst zal vervolgens worden gepubliceerd en ook indien een lidstaat een dergelijk verdrag heeft opgezegd, zal daarvan melding worden gedaan. Artikel 25 lid 2 bevat een uitzondering op de voorrang van de verdragen. De voorrangspositie geldt niet voor verdragen die uitsluitend tussen lidstaten zijn gesloten, voor zover zij betrekking hebben op aangelegenheden die onder het toepassingsbereik van Rome I vallen. In die gevallen prevaleert de verordening.

Vermeldenswaardig is voorts dat Rome I in artikel 27 een herzieningsclausule bevat. Deze clausule betreft een (mogelijke) herziening in twee stappen. Allereerst dient de Commissie op uiterlijk 17 juni 2010, dus twee jaar na de vaststelling van de verordening en dus al een half jaar nadat zij van toepassing is geworden, verslag uit te brengen aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité. Dit verslag zal betrekking hebben op het vraagstuk van de werking van een cessie of een subrogatie jegens derden en de voorrang van de gecedeerde of gesubrogeerde vordering boven een recht van een ander persoon. Het verslag kan ook voorstellen tot wijziging bevatten.

Drie jaar later, op 17 juni 2013, brengt de Commissie wederom verslag uit, ditmaal meer in het algemeen over de toepassing van de verordening. Ook dit verslag kan voorstellen tot wijziging bevatten. In dat verslag zal in ieder geval worden stilgestaan bij de bepaling over de verzekeringsovereenkomsten. Daarnaast zal ook de bepaling over de consumentenovereenkomsten worden geëvalueerd, vooral ten aanzien van de samenhang van die bepaling met het Gemeenschapsrecht op het gebied van de consumentenbescherming.

Tot slot

Het bij het Verdrag van Amsterdam (1997) gewijzigde artikel 65 EG heeft ervoor gezorgd dat de Europese Commissie alle ruimte heeft gekregen om voorstellen te doen voor communautaire IPR-wetgeving. Van die ruimte heeft zij flink gebruik gemaakt. Sinds het Verdrag van Amsterdam zijn er veel verordeningen in werking getreden waarin IPR-bepalingen voorkomen en is het EEX-Verdrag omgezet in een verordening. Binnenkort is ook het hele IPR-verbintenissenrecht communautair geregeld: over een half jaar wordt Rome II van kracht dat verwijzingsregels geeft voor niet-contractuele verbintenissen⁷²; een jaar later volgt het hier besproken Rome I voor de contractuele verbintenissen. Zoals het EVO is ook Rome I het resultaat van onderhandelingen van de betrokken staten. Daarbij zijn concessies aan de tekst van de verordening onvermijdelijk. Waar deze concessies in de praktijk al te ongelukkig uit blijken te pakken, biedt de herzieningsclausule de mogelijkheid om aanpassingen door te voeren. Voor zover de tekst onduidelijkheden vertoont, biedt het Hof van Justitie uitkomst.

Rome I lijkt niet te nopen tot aanpassing van Nederlandse wetgeving of tot aanvullende wetgeving die de toepassing van Rome I binnen de Nederlandse rechtsorde moet vergemakkelijken. Dat verbaast ook niet, gezien het feit dat Rome I grotendeels voortkomt uit het EVO, dat reeds sinds enige decennia deel uitmaakt van het Nederlandse recht. Wel worden enkele wetten overbodig, zoals de wetten conflictenrecht schadeverzekering en levensverzekering, die strekken ter implementatie van eerdere Europese richtlijnen welke nu in Rome I geïntegreerd zijn. Verder is een grote vraag of de verwijzingsregel voor cessie in artikel 10 van de Wet Conflictenrecht Goederenrecht in overeenstemming zal blijken te zijn met de regel die op dit moment uit het EVO en in de toekomst uit Rome I voortvloeit. Het IPR inzake verbintenissen uit overeenkomst zal ook wel na inwerkingtreding van Rome I voortdurend in beweging blijven.

⁷² Zie J.A. van der Weide, 'Het verwijzingsrecht voor niet-contractuele verbintenissen Europees geregeld. Een analyse van de Verordening Rome II', *NTER* 2008, p. 214 e.v.