

paling luidt:

Art. 49a. La personne qui, pour exploiter une entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle, recourt à un ou plusieurs auxiliaires, est tenue de réparer le dommage causé dans le cadre de ces activités, à moins de prouver que l'organisation de l'entreprise était apte à éviter la survenance du dommage.

In de doctrine wordt de voorgestelde bepaling niet zelden flink bekritiseerd; zo bijvoorbeeld door Aeschmann: 'cette nouvelle norme exprime une volonté de consensus qui laisse ouverte un large éventail de résultats concrets issus de son interprétation' (p. 119).

(Gordon Aeschmann, 'La responsabilité du fait de l'organisation: faits et droit', *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 2002, I, p. 99-120).

13. Recht op de eigen domeinnaam

In 1996 liet een Zwitserse zakenman de domeinnaam <www.luzern.ch> registreren. Toen de stad Luzern in 1999 onder deze naam een website wilde openen, bleek de meest voor de hand liggende naam reeds bezet. De stad eiste afgifte van de domeinnaam. De eis wordt in alle instanties toegewezen, en wel op grond van art. 29 lid 5 ZGB (recht op de naam). De complicerende factor dat niet alleen de stad maar ook het kanton aanspraak op de naam Luzern zou kunnen maken, wordt door het *Bundesgericht* weggeschreven. Het gerecht vermeldt enige recente literatuur: Uli Buri, *Die Verwechselbarkeit von Internet Domain Names* (diss. Bern), 1999; Jann Six, *Der Privatrechtliche Namensschutz von und vor Domainnamen im Internet* (diss. Zürich), 2000; Rolf H. Weber, *E-Commerce und Recht*, Zürich, 2001, p. 156 e.v., waarin verwezen wordt naar eerdere Duitse zaken: <Ansbach.de>, <Braunschweig.de>, <Heidelberg.de> en <Lüneberg.de>.

(*Bundesgericht* I. Zivilabteilung 23 juli 2002, BGW 2002, II, 73).

14. Consumentenkoop in perspectief

In 2001 vond te Maastricht een symposium over de richtlijn consumen-

tenkoop plaats. Onlangs verschenen de – meeste – bijdragen in druk. Redacteur Smits opent met een gedegen analyse van de richtlijn (p. 1-27). Vervolgens bespreekt Hijma de rechtsmiddelen van de consumentkoper (p. 29-39). De Belgische implementatie komt aan de orde in de bijdrage van Stijns (p. 41-78). Tenslotte plaatst Van den Bergh de richtlijn in rechtseconomisch perspectief (p. 79-93). Laatstgenoemde schrijver concludeert dat het 'consumentenrecht dringend nood (heeft) aan een nieuw paradigma: niet het herstel van het verstoorde evenwicht tussen de sfeer van de productie en die van de consumptie, maar het bevorderen van allocatieve efficiëntie door het bestrijden van averechtse selectie en opportunistisch gedrag op markten voor consumptiegoederen moet de drijfveer van specifieke regelgeving zijn' (p. 92).

(Jan Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom 2003, 120 p.)

15. Principles of European Contract Law deel III

Het – lang verbeide – deel III van de *Principles of European Contract Law* (PECL) is ten leste verschenen. Eerder verschenen reeds delen I en II (1999). In dit derde deel komt een aantal aanvullende onderwerpen aan de orde. Dat zijn de pluraliteit van schuldenaren en schuldeisers (hfdst. 10), cessie (hfdst. 11), schuldvergelijking (hfdst. 13), bevrijdende verjaring (hfdst. 14), strijd met de goede zeden (hfdst. 15), voorwaardelijke verbintenissen (hfdst. 16) en kapitalisatie van rente (hfdst. 17). Opmerkelijk is dat deel III reeds voor publicatie invloed heeft gehad op de rechtsvorming. De nieuwe Duitse regeling van de bevrijdende verjaring is er blijkens de publicaties van Canaris en Zimmermann door beïnvloed.

Ik signaleer voorts een positief gestemde bespreking van delen I en II van de PECL in een Amerikaans tijdschrift.

(Larry A. DiMatteo, 'Contract talk: reviewing the historical and practical significance of the PECL', 43 *Harvard International Law Journal* 569-581

(2002); Ole Lando en anderen (red.), *Principles of European Contract Law*, Part III, The Hague, enz.: Kluwer 2003, 291 p.)

16. Europees privaatrecht

Onlangs nog signaleerde ik twee Spaanstalige boeken over Europees privaatrecht. Nu ze de smaak eenmaal te pakken hebben, weten de Spanjaarden niet van ophouden: zojuist verscheen een derde boek over dit onderwerp. In een dikke pil onder redactie van Cámara Lapuente wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan een algemene inleiding (p. 43-234), personen- en familierecht (p. 235-330), verbintenissen- en overeenkomstenrecht (p. 331-823), aansprakelijkheidsrecht (p. 825-948), goederenrecht (p. 949-1172) en familierecht (p. 1173-1233). Het boek is werkelijk uitstekend gedocumenteerd en helemaal actueel.

(Sergio Cámara Lapuente (red.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid: Colex 2003, 1249 p.)

E.H. Hondius

hoogleraar privaatrecht Universiteit Utrecht

KRONIEKEN VAN HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 1998-2002 (deel II)

Deze kroniek is het vervolg van de in de vorige aflevering van *NTBR* verschenen kroniek van het internationaal privaatrecht over 1998-2002. In deze aflevering passeren de onderwerpen Internationaal Vermogensrecht, Rechtspersonen, Goederenrecht en Faillissement de revue.

1. INTERNATIONAAL VERMOGENSRECHT

1.1. Overeenkomsten; algemeen¹

Regelgeving
EVO-Vo

Op dit moment wordt gewerkt aan de herziening en de omzetting van het Europees Overeenkomsten-

¹ R.I.V.F. Bertrams, *Koop*, Praktijkreeks IPR deel 12, Deventer: Kluwer 2001.

verdrag (EVO)² in een verordening.³ Het is nog niet duidelijk of de regeling inhoudelijk belangrijke veranderingen zal ondergaan.

Elektronische handel

Ter uitvoering van Richtlijn nr. 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (*PbEG L 178*) (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel) zijn diverse aanpassingen van het Burgerlijk Wetboek (o.a. 3:15d en e; 6:196c en 6:227b en c), het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten door de wetgever voorgesteld.⁴ De Richtlijn zou op 17 januari 2002 geïmplementeerd hebben moeten zijn. Het is onduidelijk of de Richtlijn zelf een regel van ipr bevat, en zelfs als men deze er in zou moeten lezen, wat de regel precies inhoudt.⁵ De Minister van Justitie (*Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 10 en 70*) en de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht⁶ stellen zich op het standpunt dat de Richtlijn geen regels van ipr bevat, met welke lezing wij instemmen. Het blijft partijen vrijstaan het toepasselijk recht op hun overeenkomst aan te wijzen, uiteraard binnen de grenzen die – voor de EU-staten – het EVO daaraan stelt. Ook de ipr-regels voor de aanwijzing van het recht dat van toepassing is op consumentenover-

eenkomsten laat de Richtlijn onverlet en daarmee de contractuele verplichtingen inzake consumentenovereenkomsten (zie Bijlage bij de Richtlijn). De dwingende beschermende bepalingen van de woonplaats van de consument blijven zodoende onverlet (zie art. 5 lid 1 EVO). Anderzijds mag het een dienstverlener niet worden bemoeilijkt om grensoverschrijdend zaken te doen. In principe stelt de staat waar de dienstverlener is gevestigd (country of origin) vast waaraan de dienstverlener qua informatieverstrekking moet voldoen (zie o.a. art. 3:15d en e BW en art. V lid 2 Aanpassingswet). Slechts in bijzondere gevallen en dan nog na een speciale procedure te hebben gevolgd, kan de ontvangststaat van de diensten beperkingen opleggen aan de dienstverlener die in een ander land is gevestigd. De vraag rijst vervolgens of een eventueel gebrek aan harmonisatie (omdat andere lidstaten nog niet, of onjuist of anders hebben geïmplementeerd) door Nederland moet worden opgelost met scope-rules. Met een scope-rule wordt aangegeven in welke gevallen een wettelijke regel van toepassing is. Dit betekent dat toepasselijkheid van het Nederlandse recht niet altijd tot toepasselijkheid van de regel met scope leidt, en andersom dat als vreemd recht van toepassing is de Nederlandse regel met scope niet altijd buiten toepassing zal blijven. Dergelijke regels zijn door de wetgever dus al als voorrangregel bestempeld waarbij tevens is aangegeven in welke gevallen voorrang wordt geclaimd, of

juist toepasselijkheid wordt afgewezen. Het wetsvoorstel bepaalt in art. V (was art. VI, maar bij nota van wijziging is de inhoud van art. VI in iets andere formulering naar de leden 2 en 3 van art. V verplaatst) dat een in Nederland gevestigde verrichter van diensten van de informatiemaatschappij zich moet houden aan de voorschriften van art. 3:15d en e BW en 6:227b en c BW ongeacht het recht dat op de overeenkomst tussen hem en de in de EU of EER gevestigde afnemer van toepassing is. Deze voorrangregel (scope-rule) is gebaseerd op het in de Richtlijn gehuldigde oorsprongland-beginsel. Met betrekking tot de onrechtmatige daad is van belang dat art. 6:169c, welk artikel bepaalt dat de dienstverlener van de diensten van de informatiemaatschappij voor diensten die louter technisch, automatisch en passief zijn (mere conduit, hosting, caching) niet aansprakelijk is voor de doorgegeven informatie als aan bepaalde eisen is voldaan, kan worden ingeroepen door iedere in Nederland gevestigde dienstverlener ongeacht het toepasselijke recht op de onrechtmatige daad. De MvT voert art. 7 lid 2 EVO aan als grondslag voor de toepassing van art. 3:15d en e en 6:227b en 227c BW.⁷ In het geval de Nederlandse rechter bevoegd is, wat in consumentenzaken met een consument in een ander land niet zo aanmerkelijk is, kunnen de art. 6:227b en c eenvoudig als voorrangregel van de lex fori worden toegepast als de overeenkomst door een ander recht dan het Nederlandse recht wordt beheerst (buiten consumentenzaken

- 2 Zie voor een commentaar op het EVO: T&C *Vermogensrecht* (Vonken/Schmidt) 2002; R.I.V.F. Bertrams, losbl. ed. *Bijzondere overeenkomsten II*; A.V.M. Struycken, losbl. ed. *Contractenrecht*; M.V. Polak, L.F.A. Steffens en A.P.M.J. Vonken, losbl. ed. *Verbintenissenrecht III*. Zie L. Strikwerda, 'Overzicht der Nederlandse Rechtspraak. Internationaal privaatrecht Overeenkomsten (1998-1999)', *WPNR* 2000/6424, p. 839-843.
- 3 Inmiddels is een Groenboek verschenen over de omzetting (14 januari 2003, COM (2002 654 final)). Tot 15 september 2003 kan iedereen zijn commentaar op de in het Groenboek opgeworpen vragen inzenden aan de Europese Commissie.
- 4 *Kamerstukken II 2001-2002 28 197, nr. 1-7*.
- 5 Zie S. van der Hof, *Internationaal on-line overeenkomsten* (dissertatie UvT 2002),

Serie Recht, Bestuur en Informatisering deel 9, SDU, Den Haag: 2002 (301 p.), § 4.2.2.1.4. Zie ook B.J. Drijber, 'De richtlijn elektronische handel op de snijtafel', *SEW* 2001, p. 122-138; J.J. van Haersolte-van Hof, 'Richtlijn elektronische handel – internationaalrechtelijke aspecten', *NTer* 2000, nr. 12, p. 325-327; J. Dumortier, 'Elektronische handel en consumentenbescherming in de Europese ontwerp-richtlijn en het Belgisch recht', *Computerrecht* 1999/3, p. 124-132. In zijn algemeenheid over ipr en internet zie: R.E. van Esch, 'E-recht voor E-commerce', *Contracten* 2000, nr. 2, p. 36-40; M.P.Th. Steyn, 'Rechtskeuze en e-commerce', in: *Onderneming en ICT (Onderneming en Recht, deel 21)*, Deventer 2000, p. 261; M.V. Polak, 'WWW.IPR.NL: Het waarom, waarmee en waarheen van het Nederlandse

internationaal privaatrecht in het tijdperk van het Internet', *WPNR* 1999 nr. 6443; K. Boele-Woelki, 'De functie van het IPR bij Internet-geschillen. Bespreking van het preadvies van M.V. Polak "Internationaal privaatrecht: vangnet voor het Internet"', *NJB* juni 1998, nr. 23, p. 1028-1031.

- 6 Advies van 6 juni 2002. www.justitie.nl/themas/...
- 7 MvT, nr. 3, p. 70. Art. 3:15d en e bevatten o.a. vereisten ten aanzien van wat een dienstverlener aan gegevens over zichzelf openbaar moet maken. Art. 6:227b en c gaan verder en houden zich ook bezig met totstandkoming van een overeenkomst. Deze materie lijkt onder art. 10 EVO te scharen (lijst van onderwerpen die onder het toepasselijk recht op de overeenkomst vallen).

overigens niet zo aannemelijk, hoewel het EVO, in tegenstelling tot de EEX-Vo, nog niet echt eenvoudig toepasbaar is op on-line gesloten overeenkomsten). Of een buitenlandse rechter deze artikelen ook zal toepassen, is de vraag (hiertoe zou art. 7 lid 1 EVO (dwingende derde-landsnormen), moeten dienen maar diverse lidstaten hebben verklaard dit artikel niet toe te passen). Art. 6:196 BW is een uitwerking van art. 12-14 van de Richtlijn en de dienstverlener zou dus in alle lidstaten moeten worden gevrijwaard van aansprakelijkheid in de daar genoemde 'passieve' gevallen van dienstverlening, ongeacht welk recht de onrechtmatige daad beheerst. Even afgezien van de problematiek inzake de vraag welk recht van toepassing is op de onrechtmatige daad als deze er in bestaat dat allerlei kwetsende informatie via het internet wordt verspreid, kan voor het Nederlandse conflictenrecht de vraag rijzen hoe een regel van art. V lid 3 zich daartoe verhoudt. Immers, er zal een geschreven of ongeschreven grondslag voor de toepassing van voorrangsregels moeten bestaan als deze geen deel uitmaken van het toepasselijk recht. Stel dat een in Nederland gevestigde dienstverlener wordt aangesproken op grond van een door Frans recht beheerste onrechtmatige daad. Via de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad (zie § 4.5 (WCOD)) zou art. 6:196c BW uitsluitend toegepast kunnen worden via art. 8 (verkeers- en veiligheidsregels, dan wel andere regels die strekken ter bescherming van persoon of goed) maar dit artikel is formeel niet bedoeld voor bescherming van een bepaalde categorie (in casu de dienstverlener). De WCOD bevat geen algemene regel op grond waarvan voorrangsregels kunnen

worden toegepast, zoals bijvoorbeeld art. 7 EVO. De MvT noemt de WCOD wel maar geeft niet aan op welke grond in relatie tot art. 6:196c BW art. V van deze Aanpassingswet richtlijn elektronische handel kan worden toegepast.

1.2. Arbeidsovereenkomst⁸ en agentuur

Regelgeving

Op 24 december 1999 is de Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid (WAGA) in werking getreden, waarmee de Detachingsrichtlijn van 1996 is geïmplementeerd.⁹ Deze strekt ertoe werknemers die zijn gedetacheerd op een aantal punten – zoals de rust- en werktijden, minimumloon, bescherming van jongeren en zwangere vrouwen – dezelfde bescherming te verschaffen die het plaatselijke recht biedt. In de WAGA wordt een aantal bepalingen uit het BW (art. 7:634-642, 646-648 en 670 lid 2) van toepassing verklaard op werknemers die tijdelijk in Nederland werkzaam zijn en wiens arbeidsovereenkomst aan buitenlands recht is onderworpen. Conform de Richtlijn dienen de tevens te worden voorzien in een forum, en is destijds daartoe art. 98a Rv ingevoerd. Bij tijdelijke tewerkstelling in Nederland was de Nederlandse rechter van de plaats van tijdelijke arbeid bevoegd om kennis te nemen van geschillen inzake de WAGA (art. 98a Rv oud). In het nieuwe Rechtsvordering is art. 98a Rv-oud niet meer teruggekomen. Om in conformiteit met de Richtlijn te blijven zal art. 6 sub b Rv (bevoegdheid indien arbeid gewoonlijk in Nederland wordt verricht) zodanig moeten worden uitgelegd dat het ook WAGA vorderingen bij tijdelijke tewerkstelling omvat.¹⁰ Een be-

zwaar tegen die uitleg is dat daarmee wordt afgeweken van de uitleg van de term 'gewoonlijk' zoals die door het Hof van Justitie in het kader van art. 5 sub 1 EEX wordt gehuldigd en waarop art. 6 sub b Rv is gebaseerd.

Rechtspraak

De Hoge Raad leerde ons in Universal Services/Balunan¹¹ dat in appel bij de rechtbank moet worden geklaagd over verkeerde toepassing van het internationaal privaatrecht, anders is het te laat. In cassatie kan niet meer worden geklaagd over het feit dat de kantonrechter en de rechtbank (partijen hadden op dit punt het vonnis van de kantonrechter niet aangevallen) het EVO op de arbeidsverhouding van toepassing achtten terwijl de arbeidsovereenkomst voor 1 september 1991, de datum waarop voor Nederland het EVO in werking is getreden, was aangegaan. Op grond van art. 17 EVO is het EVO in een dergelijk geval inderdaad niet van toepassing. Volgens de Hoge Raad betrof dit echter geen onderwerp van openbare orde. In casu was dat een dure vergissing aan de zijde van de werkgever. De Hoge Raad sauveerde de opvatting van de rechtbank dat voor de uitleg van 'plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht' van art. 6 lid 2 sub a EVO aansluiting mocht worden gezocht bij art. 2 Wet arbeid mijnbouw Noordzee (WAMN). Dit artikel bepaalt dat voor de toepassing van regels van internationaal privaatrecht arbeid verricht boven het Nederlandse deel van het continentaal plateau door een off-shore werknemer moet worden aange-merkt als arbeid verricht op Nederlands grondgebied.¹² Mevrouw Balunan had – als werknemster van een cateringsbedrijf – het merendeel

8 A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers* (diss. UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, besproken door J.K. Franx, *NIPR* 2002, p. 15-24; J. Spiegel, 'Een arbeidsovereenkomst: de betekenis van een forumkeuze, een rechtskeuze en het BBA', *NIPR* 2000, p. 407; A.T.J.M. Jacobs, 'De Eurowerknemer, mobiliteit en IPR', in: *Privaatrecht in de 21^e eeuw, Arbeidsrecht*, Deventer 1999, p. 71 e.v.

9 Richtlijn 96/71 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met

het oog op het verrichten van diensten van 16 dec. 1996, *PbEG* 1997 L 18, p. 1. Zie hierover E. Nunes, 'De Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid: een (export) product apart', *NIPR* 2000/4, p. 380-385; T&C *Arbeidsrecht* (Van Hoek) art. 7 EVO, aant. 7, 8; M.V. Polak, 'Brussel, Lugano, Rome, Den Haag of toch weer Brussel? De voort-schrijdende europeanisering van het internationaal privaatrecht met betrekking tot individuele arbeidsverhoudingen', *SMA* 2000, p. 346-353; C.M.E.P. van Lent, 'Detachering van werknemers

en de invoering van de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid', *Sociaal Recht*, 2000-6, p. 167-172.

10 Zie T&C *Burgerlijke Rechtsvordering* (Polak) 2002, art. 6, aant. 6 (e).

11 HR 31 mei 2002, *RvdW* 2002/92.

12 In HvJ Weber/Universal Ogden, zie § 3.1.2, deel I Kroniek, nt. 37 nam het HvJ juist uitdrukkelijk afstand van deze nationale regel bij de invulling van het criterium 'gewoonlijk' voor het bepalen van de bevoegdheid.

van haar werk op olie- en gaswinninginstallaties boven het Nederlandse deel verricht en op installaties op Nederlandse werven.¹³ Het feit dat de WAMN pas op 1 februari 1993 in werking trad, deed niet aan de toepasselijkheid af. De plaatsen van arbeid lagen volgens de rechtbank in Nederland dus Nederlands recht was van toepassing welke redenering door de Hoge Raad werd onderschreven. Partijen hadden in de arbeidsovereenkomst een rechtskeuze voor Schots recht uitgebracht. Onder het EVO kan een rechtskeuze bij een arbeidsovereenkomst er echter niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijk recht. Het dwingende Nederlandse recht was van toepassing op de vordering inzake uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen evenals op de vorderingen tot betaling van achterstallig loon en vakantietoeslag. De rechtskeuze voor Schots recht was hier niet van invloed. Zou bij de kantonrechter en vervolgens door partijen bij de rechtbank wel goed zijn opgelet, dan zou de ipr-regel uit het Mackay II-arrest¹⁴ – de pre-EVO-regel – toegepast hebben moeten worden (of zou daar in ieder geval tot aan de Hoge Raad over doorgelaaagd hebben kunnen worden). Uit dit arrest volgt dat in een pré-EVO situatie de rechtskeuze in een arbeidsovereenkomst conflictenrechtelijk is en dat dus ook de dwingende beschermende bepalingen van het objectief toepasselijk recht opzij worden gezet in tegenstelling tot het systeem van art. 6 lid 1 EVO.¹⁵ De achterstallige loon- en vakantietoelagen zouden wellicht nog via de als voorrangregel aangemerkte Wet Minimumloon en Minimum Vakantiebijslag toegewezen hebben kunnen worden.

De dwingende Nederlandse arbeidsrechtelijke regel inzake vergoeding van niet-genoten vakantiedagen is echter geen voorrangregel (Mackay II-arrest) niet zijn toegepast. De eer zou aan het Schotse recht zijn gelaten. Het Hof van Justitie bepaalde in Ingmar/Eaton¹⁶ dat art. 17 en 18 van de Richtlijn inzake handelsagenten,¹⁷ welke de handelsagent bepaalde rechten verleent na beëindiging van de agentuurovereenkomst, een dwingendrechtelijk karakter hebben. Zij moeten worden toegepast wanneer de agent zijn activiteiten in een lidstaat heeft verricht, ook als de principaal in een derde land is gevestigd en de overeenkomst volgens een daarin opgenomen clausule door het recht van dat land wordt beheerst.

In NV Op- en Overslag De Rijke (België)/de Ontvanger (NL)¹⁸ wijst de Hoge Raad extraterritoriale werking af van art. 34 en 35 Invoeringswet 1990 inzake de inleners- en ketenaansprakelijkheid. Een in het buitenland gevestigde aannemer of inlener die gebruik maakt voor werkzaamheden in het buitenland van werknemers waarvoor in Nederland loonbelasting is verschuldigd, kan niet worden aangesproken door de Nederlandse fiscus als de Nederlandse belastingplichtige werkgever deze premies niet meer kan voldoen wegens faillissement.

1.3. Consumentenovereenkomst¹⁹

Regelgeving

Per 1 januari 2001 is art. 3:305c ingevoegd in het Burgerlijk Wetboek en zijn art. 6:240 en 6:241 gewijzigd. Dit is implementatiewetgeving behorende bij Richtlijn nr. 98/27/EG betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van

de consumentenbelangen.²⁰ Deze strekt ertoe dat een organisatie of openbaar lichaam met zetel buiten Nederland, welke geplaatst is op de lijst als bedoeld in art. 4 lid 3 van genoemde richtlijn een rechtsvordering kan instellen die strekt tot bescherming van de gelijksoortige belangen van andere personen die hun gewone verblijfplaats hebben in het land waar deze organisatie is gevestigd.

Richtlijn 1999/44/EG van 25 mei betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen zal leiden tot aanpassing van enkele bepalingen van Boek 7 BW.²¹ Het gaat hier om regels betreffende in de garantie aan een product toegezegde eigenschappen. Voorts beoogt het wetsvoorstel te garanderen dat wanneer een rechtssysteem toepasselijk is dat de in de richtlijn bedoelde bescherming niet of slechts ten dele biedt, dit er niet toe leidt dat de koper de bescherming verliest die hem krachtens deze richtlijn wordt geboden door de dwingende bepalingen van het EU-land of EER-land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft.

Rechtspraak

In de samengevoegde zaken Océano Grupo Editorial SA/Murciano Quintero en Salvat Editores/Sánchez Alcón Prades²² betrof het de uitleg van de Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.²³ Het Hof besliste dat deze richtlijn vereist dat de rechter ambtshalve moet kunnen toetsen of een beding in een overeenkomst oneerlijk is. Dit betekent dat in consumentenzaken de rechter niet mag afwachten of de consument zich op grond van art. 6:233 BW op het onredelijk bezwarend karakter van een beding in algemene voorwaarden beroept. Voorts bepaalde het Hof, in

13 Balunan werd niet als scheepeling aangemerkt zodat het recht van de vlag van de installatie niet bepalend was voor het recht op de arbeidsovereenkomst. De arbeid werd op Nederlands grondgebied – Nederlandse werf – verricht.

14 HR 8 juni 1975, NJ 1975, 400.

15 Zie Strikwerda, *Inleiding ipr* 2002, nr. 175.

16 HvJ 9 november 2000, Jur 2000, p. I-9305.

17 Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 dec. 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake

zelfstandige handelsagenten.

18 HR 5 november 1999, NJ 2000, 139, m.nt. JZ. M.V. Polak, *Tvl* 2000, p. 104-106.

19 A.P.M.J. Vonken, 'Internationale consumentenkoop', *NIPR* 2000, p. 159; C.A. Joustra, 'Internationale overeenkomsten met internetconsumenten', *Contracteren* 2001, nr. 4, p. 80.

20 *PbEG* L 166.

21 Wetsvoorstel 27 809. Zie J.M. Smits, 'De voorgenomen implementatie van de richtlijn consumentenkoop: een gebrek-

kig wetsvoorstel', *WPNR* 2001/6470, p. 1047-1049.

22 HvJ 27 juni 2000, NJ 2000, 730.

23 Zie hierover E.H. Hondius, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden: het Europese Hof van Justitie spreekt zich uit', *WPNR* 2000, p. 651-652, waarin tevens een mogelijke relativisering van de strekking van deze uitspraak wordt gegeven.

aansluiting op het voorgaande, dat het vereiste van conforme uitlegging in het bijzonder met zich meebrengt dat de nationale rechter de mogelijkheid moet hebben zich ambtshalve onbevoegd te verklaren indien hij als bevoegde rechter was aangewezen in een oneerlijk beding.

1.4. Vervoersovereenkomst

De Hoge Raad besliste in AXA/de Poorter²⁴ dat art. 32 lid 1 CMR regels over verjaring bevat, niet alleen tégen de vervoerder geldt, maar ook dóór de vervoerder mag worden ingeroepen.

In Overbeek/Cigna²⁵ besliste de Hoge Raad dat rechtskeuze voor de CMR in een nationaal geval slechts de dwingende bepalingen van het recht dat zonder de rechtskeuze voor het CMR zou gelden opzij zet indien is voldaan aan de eisen van art. 8:1102 lid 1 BW (o.a. verzwaring/verlichting aansprakelijkheid van vervoerder kan alleen bij uitdrukkelijk gemaakt beding). In casu was daaraan voldaan en werd het dwingende aansprakelijkheidsrecht van boek 8 opzij gezet. In casu was dat voor de vervoerder nadelig omdat de beperking van de aansprakelijkheid van de vervoerder in de Nederlandse wet voor veel lager bedrag mogelijk is dan in de CMR en bovendien het Nederlandse recht aansprakelijkheidsuitsluiting voor 'grove schuld' van niet-leidinggevende ondergeschikten en andere hulppersonen toestaat, in tegenstelling tot de CMR. Onder art. 23 CMR geldt dat de limieten terzake van de te vergoeden schade niet van toepassing zijn als er sprake is van opzet of schuld die met opzet moet worden gelijkgesteld. De vraag of er sprake is van dergelijke schuld, moet

naar Nederlands recht als *lex fori* worden beoordeeld (art. 29 CMR).

1.5. Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen

Regelgeving

Wet conflictenrecht onrechtmatige daad
Op 1 juni 2001 is de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad (WCOD) in werking getreden.²⁶ Hierin zijn de regels van het COVA-arrest uit 1993 grotendeels overgenomen.²⁷ De belangrijkste regels zijn neergelegd in art. 3-6. De hoofdregel is de *lex loci delicti*, het recht van het land waar de onrechtmatige daad zich heeft voorgedaan (art. 3 lid 1). In lid 2 wordt een oplossing verschaft voor het geval van de meervoudige locus; de situatie dat de onrechtmatige daad in het ene land wordt gepleegd, maar de schade in een ander land intreedt. In beginsel geldt dan het recht van het land waar de schade inwerkt, tenzij de dader de inwerking aldaar redelijkerwijs niet heeft kunnen voorzien, in welk geval het recht van het land waar het onrechtmatig handelen of nalaten heeft plaatsgevonden, toepasselijk is. In art. 3 lid 3 is de reeds in het COVA-arrest geformuleerde gevolgen uitzondering neergelegd. Deze regel houdt in dat wanneer dader en slachtoffer in dezelfde staat hun gewone verblijfplaats of plaats van vestiging hebben, het recht van die staat de onrechtmatige daad beheerst. Art. 4 verschaft een bijzondere regeling voor oneerlijke mededinging; toepasselijk is het recht van het land waar de concurrentieverhouding wordt beïnvloed. Art. 5 bepaalt voorts dat wanneer de onrechtmatige daad nauw verbonden

is met een tussen de dader en benadeelde bestaande rechtsverhouding, het recht dat deze rechtsverhouding beheerst kan worden toegepast (de zgn. 'accessoire aanknoping').²⁸ Ingevolge art. 6 hebben partijen de mogelijkheid een rechtskeuze uit te brengen, zoals ook reeds op grond van het COVA-arrest mogelijk was. Art. 8 geeft tot slot een regeling met betrekking tot de toepassing van de ter plaatse geldende verkeers- en veiligheidsregels.

EVO-Vo II

In het voorjaar van 2002 is een voorontwerp van een voorstel voor een verordening inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen gepubliceerd.²⁹ Dit ontwerp is de niet-contractuele pendant van het EVO en wordt dan ook EVO II genoemd. Het toepassingsgebied is vergelijkbaar met dat van het EVO. Hoofdregel voor de onrechtmatige daad is toepasselijkheid van de *lex loci delicti*, met onder meer uitzonderingen voor het geval dader en slachtoffer in hetzelfde land wonen, niet zijnde het land waar de daad is gepleegd, en voor het geval de onrechtmatige daad aanzienlijk nauwere banden heeft met een ander land (art. 3). Voor enkele bijzondere onrechtmatige daden, zoals productaansprakelijkheid, oneerlijke concurrentie en milieu-inbreuken worden aparte regels gegeven. Voorts bevat het voorontwerp een regeling voor niet-contractuele verbintenissen anders dan de onrechtmatige daad, zoals ongeachtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling (art. 10). Voor alle niet-contractuele verbintenissen bestaat de mogelijkheid een uitdrukkelijke rechtskeuze te doen (art. 11).

24 HR 11 februari 2000, NJ 2000, 420, m.nt. KFH.

25 HR 5 januari 2001, NJ 2001, 391, m.nt. KFH. Zie P. de Meij, *Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening* (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk nr. 123, Deventer: Kluwer 2003, p. 90-91.

26 Zie hierover o.m. P. Vlas, losbl. ed. Kluwer, *Onrechtmatige daad, IX, De onrechtmatige daad in het internationaal privaatrecht*; J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad*, Praktijkreeks IPR deel 16, Deventer: Kluwer 2001 (besproken door J.K. Franx, WPNR 2002/6488, p. 358-367); L. Strikwerda, 'Voorstel tot regeling van het recht dat van toepassing is op niet-

contractuele verbintenissen ('Rome II')', WPNR 2000/6421, p. 774-780; J.A. Pontier, 'Het wetsvoorstel Wet conflictenrecht onrechtmatige daad: lokale wijsheid in internationaal perspectief', NIPR 2000, p. 369-379; M.E. Koppenol-Laforce en J.A. Visser 'Ontwikkelingen in het conflictenrecht inzake onrechtmatige daad', *JutD* 1999/22, p. 19-26. Zie over de pre-WCOD onrechtmatige daad: o.a. Th.M. de Boer, *Vijftig jaar lex loci delicti - van Dubbinks proefschrift tot een Wet conflictenrecht onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1998; losbl. ed. Kluwer, *Onrechtmatige daad (oud)*, III.c. J.W. Westenberg (oorspr. bewerkers H.U. Jessu-

run d'Oliveira en Th.M. de Boer), L. Strikwerda, 'Overzicht der Nederlandse Rechtspraak. Internationaal privaatrecht. Onrechtmatige daad (1998-1999)', WPNR 2000/6425, p. 864-866.

27 HR 19 november 1993, NJ 1994, 622 (COVA), m.nt. JCS en PvS.

28 K.J. Veenstra, *Accessoire aanknoping in het internationale onrechtmatige daadsrecht*, Kusters-reeks, deel IV, Groningen 2001.

29 Te vinden op <http://europa.eu.int/comm/home/unit/civil/consultation/contributions_em.htm>. Op dit voorontwerp kon tot 15 september 2002 commentaar worden gegeven, hetgeen in ruime mate is gedaan.

Rechtspraak

De hoofdregel voor het toepasselijke recht op een onrechtmatige daad is dat deze wordt beheerst door het recht van de plaats waar de onrechtmatige daad plaats heeft gevonden (zie het hierboven genoemde COVA-arrest en art. 3 lid 1 WCOD). In *Diner/Igielko*³⁰ ging het om de vraag wat als plaats waar de onrechtmatige daad plaatsgevonden kan worden aangemerkt wanneer het om een omissiedelict gaat. In casu betrof het de weigering om aan een bank toestemming te verlenen om gelden af te geven aan benadeelden. De Hoge Raad bepaalde dat de plaats waar gehandeld moet worden of gehandeld had moeten worden als plaats van de onrechtmatige daad kan worden aangemerkt; dat was in dit geval Amsterdam, omdat de bank daar gevestigd was en de bank de toestemming had moeten 'ontvangen' (art. 3:37 BW). De Hoge Raad zag geen aanleiding om de gevolgenutzondering als bedoeld in art. 3 lid 3 WCOD toe te passen omdat partijen niet in eenzelfde land hun gewone verblijfplaats hadden, en evenmin om tot accessoire aanknopingsgrond van art. 5 WCOD over te gaan omdat er geen bestaande of gewezen rechtsverhouding anders dan de onrechtmatige daad tussen partijen was. In *Kusters/Cool*³¹ bepaalde de Hoge Raad dat het Haags Verkeersongevallenverdrag niet van toepassing is op een geval waarin een skiër uit een sleeplift valt en in haar val andere skiërs meeneemt die dientengevolge gewond raken. Voor de toepasselijkheid van de gevolgenutzondering zoals verwoord in het COVA-arrest en art. 3 lid 3 WCOD, is vereist dat dader en benadeelden in hetzelfde land hun gewone verblijfplaats heb-

ben. Niet vereist is dat zij zelf als procespartij in het geding optreden. Het is ook niet van belang dat er nog andere eventuele daders en/of benadeelden zijn die in een andere staat hun gewone verblijfplaats hebben wanneer de procedure geen betrekking heeft op de aansprakelijkheid van deze daders of jegens deze benadeelden. Ook staat aan de toepassing van de gevolgenutzondering niet in de weg dat een gerechtvaardigde bescherming van het belang van de dader meebrengt dat de tegen hem gerichte vordering wordt beoordeeld naar hetzelfde recht als zijn eventuele regresvordering, omdat de gevolgenutzondering niet op het begunstigingsbeginsel maar op het beginsel van de nauwste betrokkenheid is gebaseerd.

2. RECHTSPERSONEN³²

Regelgeving

De Europese NV

Op 8 oktober 2001 heeft de Raad een Verordening inzake de Europese NV (SE) vastgesteld.³³ Deze Verordening zal op 8 oktober 2004 in werking treden. Toch is het reeds nu al van belang voor ondernemingen die uiteindelijk gebruik zouden willen gaan maken van de SE om zich te verdiepen in de verordening. In diverse omstandigheden (bijv. dat twee rechtspersonen uit hetzelfde land een holding-SE zouden willen oprichten), wordt vereist dat de rechtspersoon al ten minste twee jaar een dochteronderneming of bijkantoor heeft in een andere lidstaat dan zijn eigen lidstaat (art. 2 lid 2 sub b, lid 3 sub b en lid 4 SE-Vo). Het doel van de Verordening SE is het totstandbrengen van een Europese vennootschap met een eigen juridisch kader om de vennootschappen die in ver-

schillende lidstaten zijn opgericht mogelijk te maken te fuseren dan wel een holdingmaatschappij of een gemeenschappelijke dochteronderneming op te richten, zonder daarbij te worden gehinderd door de juridische en praktische bezwaren die voortvloeien uit het bestaan van vijftien verschillende rechtsorden. Het lijkt echter mooier dan het is. Net als bij het EESV speelt het nationale recht van het land waar de statutaire zetel en het hoofdbestuur van de SE is gevestigd nog altijd een grote rol. Anderzijds kan men internationaal fuseren daar waar het tot op heden (wellicht) nog niet kan, zoals in de situatie waarbij Nederlandse vennootschappen zijn betrokken.³⁴ Het statuut voorziet in vier wijzen van oprichting van een Europese vennootschap: (1) oprichting door fusie van ten minste twee n.v.'s; (2) door oprichting van een holding-vennootschap; (3) door oprichting van een gemeenschappelijke dochteronderneming en (4) door omzetting van een naamloze vennootschap naar nationaal recht in een SE. De fusie staat alleen open voor naamloze vennootschappen uit verschillende lidstaten. De oprichting van een Europese holding-vennootschap ('EV')-holding is mogelijk voor naamloze vennootschappen en vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid die in de Gemeenschap aanwezig zijn, en die ofwel hun hoofdbestuur in verschillende lidstaten hebben, of een dochtervennootschap of een vestiging hebben in een andere lidstaat dan die van hun hoofdbestuur. De oprichting van een SE door oprichting van een gemeenschappelijke dochtervennootschap staat onder dezelfde voorwaarden open voor alle publiek- en privaatrechtelijke lichamen.

30 HR 12 oktober 2001, NJ 2002, 255, m.nt. ThMdB. Zie ook J.A. Pontier, 'Feit en rechtsnorm: moeilijke gevallen van lokaliseren van de internationale onrechtmatige daad: HR 12 oktober en 7 december 2001', NIPR 2002/3, p. 274-282.

31 HR 23 november 2001, NJ 2002, 281, m.nt. ThMdB. Zie ook A.P.M.J. Vonken, 'Enkele IPR-perikelen bij een internationaal skiongeval', VR 2002, p. 105.

32 Zie Stephen Rammeloo, *Corporations in Private International Law: A European perspective* (diss. Maastricht), Oxford Monographs in Private International Law, Oxford: Oxford University Press 2001;

P. Vlas, *Rechtspersonen*, Praktijkreeks IPR nr. 9, 3^{de} druk, Deventer: Kluwer 2002; J.W. Winter, *Grensoverschrijdend stemmen*, rede Erasmus Universiteit Rotterdam, Deventer: Kluwer 2000. Zie ook het rapport van de expert group on cross-border voting (2002/6), gemaakt in opdracht van justitie.

33 Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), PbEG 2000 L 294/1-21. Zie o.a. Schutte-Veenstra 'De Europese NV: een illusie?', in: *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, Deven-

ter: Kluwer 2003, p. 125-140; M.E. Kopenol-Laforce, 'De Europese NV (SE)', *JutD* 2002/21, p. 16-22; C.R. Huiskens, 'De Europese NV: deel II, Grensoverschrijdend ondernemen als Europese Vennootschap', *JutD* 2002/23, p. 14-19; P. Vlas, *Rechtspersonen*, 2002, nr. 132-134 en H.J. de Kluiver, 'De Verordening op de Europese Vennootschap (SE): haarlemmerolie of levertraan?', *WPNR* 2002/6481, p. 245-246.

34 H.L.E. Verhagen en J.F. de Heer, 'Juridische fusie en internationaal privaatrecht, internationaal privaatrechtelijke aspecten van de verkrijging onder algemene

Rechtspraak

Zie ook § 3.5.1 Kort geding en § 3.6 beslag.

In het bestek van een aantal jaren heeft het Hof van Justitie in naam van de vestigingsvrijheid ook het statutaire zetelstelsel stevig op de Europese kaart gezet.

Met het Centros-arrest³⁵ heeft het Hof van Justitie zich kunnen uitspreken over grensoverschrijdend vennootschapsverkeer en met name over het secundaire vestigingsrecht. Onder het gemeenschapsrecht heeft een vennootschap die is opgericht naar het recht van een lidstaat en die de statutaire zetel, het hoofdbestuur of de hoofdvestiging in de Gemeenschap heeft, het recht om in andere lidstaten door middel van een agent-schap, een filiaal of een dochtervennootschap activiteiten te ontplooiën (art. 48 EG-Verdrag (art. 58 oud)). Het betreft hier de secundaire vestigingsvrijheid. In casu had het Deense en in Denemarken woonachtige echtpaar Bryde een rechtspersoon naar Engels recht opgericht, Centros Ltd., waarvoor niet de minimumkapitaaleis gold. Er werden geen bedrijfsactiviteiten in Engeland ontplooid. Vervolgens werd inschrijving in het handelsregister in Denemarken verzocht van het filiaal dat de bedrijfsactiviteiten zou gaan ontplooiën. Het Deense register weigerde de inschrijving met een beroep op het feit dat de oprichting in Engeland kennelijk slechts was gedaan met het oog op omzeiling van de minimumkapitaalregels en dat het filiaal als hoofdvestiging moest worden gezien. Het Hof van Justitie concludeerde dat de ambtenaar van het Deense register in strijd met het gemeenschapsrecht had gehandeld en de inschrijving niet had mogen

weigeren. Wel kunnen door een lidstaat maatregelen worden getroffen ter bestrijding of bestraffing van fraude hetzij ten aanzien van de vennootschap zelf, hetzij van de vennoten. Het Hof van Justitie vertelde er echter niet bij hoe die maatregelen er dan uit moesten zien. In Nederland is vervolgens de discussie weer opnieuw opgelaaid over de vraag of de Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen (WFBV) in strijd is met het EG-Verdrag.³⁶ De Europese Commissie is op 28 maart 2001 een inbreukprocedure gestart tegen Nederland omdat naar de opvatting van de Europese Commissie de WFBV in strijd is met het EG-recht. Inmiddels is een conclusie genomen in de zaak KvK Amsterdam/Inspire Art Ltd.³⁷ waarin de WFBV door A-G Alber strijdig wordt geacht met art. 43 en 48 EG-Verdrag. De A-G heeft voorts bezien of er rechtvaardiging voor de beperking van de vestigingsvrijheid bestond en toetste daartoe de WFBV op de onderdelen schuldeisersbescherming, minimumkapitaaleisen en bestuurdersaansprakelijkheid (dit betreft de art. 2-5 WFBV). Hij kwam tot de conclusie dat er geen rechtvaardiging was voor de eisen en de gevolgen van niet-nakoming daarvan zoals neergelegd in art. 2-5 WFBV. Met spanning wordt op het verlossende woord van het HvJ gewacht. In Überseering BV/NCC Nordic Constructions Company Baumanagement GmbH³⁸ heeft het Hof van Justitie zich uitgesproken voor de statutaire zetelleer ten aanzien van tenminste het bestaan en de procesbevoegdheid van een buitenlandse vennootschap. De naar Nederlands recht opgerichte rechtspersoon Überseering B.V. met statutaire zetel

in Nederland verkreeg op een zeker moment een terrein in Duitsland (overigens was dat het enige activum) en schakelde voor bouwwerkzaamheden NCC in. Enige tijd later werden alle aandelen in Überseering overgedragen aan twee in Duitsland woonachtige Duitsers. Überseering B.V. was ontevreden met het verrichte bouw- en schilderwerk van NCC en stelde voor de Duitse rechter een vordering wegens schadevergoeding in tegen NCC. De rechter verklaarde zich echter onbevoegd omdat 'Rechtsfähigkeit' en daarmee 'Parteifähigkeit' van de Nederlandse rechtspersoon ontbrak (ius standi in iudicio), omdat ingevolge het Duitse ipr de werkelijke zetel geacht werd naar Duitsland te zijn verplaatst na de aandelenverkoop, terwijl het geen naar Duits recht geldig opgerichte vennootschap was en de vennootschap ook niet na de aandelentransactie opnieuw was opgericht naar Duits recht (vaste rechtspraak van het BGH). De vennootschap bestond dus niet meer volgens het Duitse IPR. Voor het Hof rees de vraag of deze houding verenigbaar was met het in art. 43 en 48 EG-Verdrag neergelegde recht van vrijheid van vestiging. Het Hof van Justitie oordeelde dat een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap met statutaire zetel in Nederland op grond van art. 43 en 48 EG-Verdrag het recht had om in Duitsland haar vrijheid van vestiging uit te oefenen (primaire recht van vestiging). Dat de aandelen waren overgedragen aan Duitse ingezetenen was irrelevant omdat dit naar Nederlands recht geen gevolgen voor de vennootschap heeft, zoals verlies van rechtspersoonlijkheid tot gevolg heeft. Duitsland had op

titel bij juridische fusie', *Overnemen een hele onderneming*, Deventer: Kluwer 1999, p. 297-316.

35 HvJ 9 maart 1999, C-212/97; NJ 2000/48, m.nt. PV., zie ook Vlas, *Rechtspersonen* 2002, nr. 117-119; S.F.G. Rammeloo, 'Vrij verkeer van rechtspersonen in "Europa" na Hof van Justitie EG Centros. Nieuwe prejudiciële procedures: IPR-zetelleren verenigbaar met EG-Verdrag?' (Hof van Justitie EG 9 maart 1999; NIPR 1999, 242); NIPR 2000, p. 273-282; J. Wouters, 'Europees vestigingsrecht van vennootschappen en internationaal privaatrecht', NIPR 2000, p. 259-272; S.M. van den Braak, 'Het Centros-arrest en het Neder-

landse internationaal privaatrecht betreffende vennootschappen', WPNR 2000 (6402), p. 347-355; H.J. de Kluiver, 'De wet formeel buitenlandse vennootschappen op de tocht?' Opmerkingen rond HvJEG 9 maart inzake Centros Limited (Zaak C-212/97), WPNR 1999 p. 527; H. de Wulf, 'Centros: vrijheid van vestiging zonder race to the bottom', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 318.

36 M. Groenleer, 'De communautaire aspecten van de Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen', NIPR 2001, p. 306 en de in de vorige noot vermelde literatuur.

37 Concl. A-G 30 januari 2003, zaak C-167/01.

38 HvJ 5 november 2002, C-208/00, NJ 2003, 58, m.nt. PV; M.E. Koppenol-Laforce, 'Vestigingsvrijheid van vennootschappen binnen de EU; houdbaarheid van de Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen', *JurID* 2003/4, p. 12-19; J. Schutte-Veenstra, 'Art. 43 en 48 EG-Verdrag dwingen tot erkenning van de rechtspersoonlijkheid en procesbekwaamheid van buitenlandse EG-vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2002-16/17, p. 528-532; S.F.G. Rammeloo, 'HvJ EG Zaak 208/00 Überseering: de "long and winding road" naar vestigingsvrijheid voor rechtspersonen in de Europese Unie', WPNR 2003/6521,

grond van de naar Duits recht plaatsgevonden hebbende verplaatsing van de werkelijke zetel aan de Nederlandse vennootschap niet de rechtsbevoegdheid, en dus de procesbevoegdheid mogen onthouden. Dit was in strijd met de vrijheid van vestiging. Hiermee bevestigde het Hof van Justitie dat de vrijheid van vestiging ingevolge art. 43 en 48 EG-Verdrag van een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap door de andere lidstaten moet worden erkend. In het arrest *Daily Mail* was reeds eerder door het Hof van Justitie beslist dat het recht van oprichting en de oprichtingseisen en het bestaan van de vennootschap bepaalt. In *Überseering* werd de procesbevoegdheid daar nog aan toegevoegd. Als verplaatsing van de werkelijke zetel geen rechtsgevolgen heeft onder het recht van de oprichting, dan mag een andere lidstaat daar ook geen gevolgen aan verbinden. Het Hof van Justitie oordeelde in bovengenoemde zaak dat er wel redenen kunnen zijn om de vrijheid van vestiging te beperken. Dit moeten dan dwingende redenen van algemeen belang betreffen (bescherming belangen schuldeisers, minderheidsaandeelhouders, werknemers, fiscus) en deze regels mogen slechts onder bepaalde voorwaarden toepassing vinden. Deze dwingende redenen kunnen volgens het Hof van Justitie echter nooit voldoende rechtvaardigingsgrond zijn om de rechtsbevoegdheid, en dus de procesbevoegdheid, aan een elders rechtsgeldig opgerichte en bestaande vennootschap te onthouden, hetgeen immers gelijk staat aan het teniet doen van de vrijheid van vestiging.

3. GOEDERENRECHT EN ZEKERHEIDSRECHTEN³⁹

Regelgeving

*Eigendomsvoorbehoud*⁴⁰

Ingevolge de op 8 augustus 2000 in werking getreden Richtlijn betreffende de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties⁴¹ diende Nederland in de nationale wetgeving uiterlijk per 8 augustus 2002 deze Richtlijn geïmplementeerd te hebben, maar deze datum is niet gehaald. Inmiddels is de uitvoeringswet op 1 december 2002 in werking getreden waarmee de nieuwe art. 92a en 6:119a BW zijn ingevoerd en art. 6:120 BW is gewijzigd.⁴² De Richtlijn beoogt paal en perk te stellen aan buitensporige betalingstermijnen en betalingsachterstanden die immers een zware wissel trekken op de liquiditeit en solvabiliteit van ondernemingen. Voorts gebiedt de Richtlijn dat het nationale recht een eigendomsvoorbehoud kent waarbij de eigendom kan worden voorbehouden totdat de koper de koopprijs volledig heeft voldaan. Het Nederlandse recht voorziet hier reeds voldoende in zodat op dit vlak de wet niet behoefde te worden aangepast. Wel zijn in de Nederlandse wet artikelen ingevoegd (art. 6:119a BW) en gewijzigd (art. 6:120 BW) in verband met en door de Richtlijn opgelegde regeling tot schadevergoeding en rentebetaling bij een te late betaling van de factuur.⁴³ Voorts lijkt de Richtlijn te verordonneren dat een naar het door de nationale ipr-regels aangewezen recht geldig tot stand gekomen eigendomsvoorbehoud in de andere landen moet worden erkend.⁴⁴ De Richtlijn schrijft niet rechtstreeks een uniforme regel van ipr voor, maar gaat er blijkbaar wel vanuit dat een lidstaat een regel van ipr heeft die er toe

leidt dat een geldig tot stand gekomen eigendomsvoorbehoud op een later tijdstip, als de goederen elders zijn geraakt, wordt gerespecteerd. In Nederland was er onduidelijkheid over de conflictregels voor het toepasselijk recht op de goederenrechtelijke gevolgen van een eigendomsvoorbehoud. Om deze onzekerheid te beëindigen, heeft de wetgever een verwijzingsregel voor het eigendomsvoorbehoud geïntroduceerd in art. 3:92a BW. De wet heeft in grote lijnen het voorstel overgenomen van de Staatscommissie IPR inzake het eigendomsvoorbehoud van het ontwerp-WCG (zie onder; art. 5.1.2.2 geconsolideerd (ontwerp) IPR wet).⁴⁵ In lid 1 wordt bepaald dat de goederenrechtelijke gevolgen van het eigendomsvoorbehoud zich richten naar het recht van het land waar de zaak zich bevond op het moment van levering, de *lex rei sitae* (bij levering door afgifte aan de vervoerder dus het land van de verkoper). De verbintenissenrechtelijke aspecten blijven beheerst door het op het beding van eigendomsvoorbehoud toepasselijke recht (het recht toepasselijk op de overeenkomst inclusief eventuele algemene voorwaarden). Partijen kunnen echter overeenkomen dat bij een voor uitvoer bestemde zaak het land van bestemming de goederenrechtelijke gevolgen bepaalt (lid 2). Deze regel wordt gevolgd door de zin 'indien dat recht ter zake van het eigendomsvoorbehoud voor de schuldeiser gunstiger bepalingen bevat dan het op grond van het eerste lid toepasselijke recht' alsof dat de enige beweegreden zou zijn voor partijen om voor het toekomstige invoerland te kiezen. In de kritiek op het artikel wordt terecht melding gemaakt van het feit dat door deze zinsnede bij een geschil

p. 153-154.

39 D.M. Pos, 'Rechtskeuze in het internationaal zakenrecht', *NIPR* 2001/4, p. 398-405; J.W. Rutgers, 'Some recent developments within Dutch Private International Property Law', *IPRax* 2002, p. 241-244.

40 Zie J.W. Rutgers, *International Reservation of Title Clauses, A study of Dutch, French and German Private International law in the light of European law* (diss. Florence, Italië), Den Haag: T.M.C. Asser Institute 1999. Besproken door J.A. van der Wei-

de, *NILR* 2001, p. 367-371 en J.K. Franx, *NIPR* 2000, p. 396-406.

41 RL 2000/35/EG van 29 juni 2000, *PbEG* 2000 L 200/35.

42 *Stb.* 2002, 545 en 561.

43 Zie o.a. M. Freudenthal, J.M. Milo en H.N. Schelhaas, 'Nederlandse zuinigheid bij Europese betalingsachterstand - De wetwijziging betalingsachterstanden in handelsovereenkomsten nader beschouwd', *NTBR* 2003/2, p. 83-94.

44 De preambule spreekt van 'dat schuldeisers een eigendomsvoorbehoud

(...) in de gehele Gemeenschap kunnen doen gelden, telkens wanneer het gaat om een beding van eigendomsvoorbehoud dat geldig is volgens de nationale bepalingen welke ingevolge het internationaal privaatrecht van toepassing zijn.' Freudenthal e.a., t.a.p. *NTBR* 2003/2, p. 92.

45 J.W. Rutgers, 'Eigendomsvoorbehoud en de Staatscommissie IPR', *NTBR* 1999, p. 324. B.F. Louwenier, 'Het eigendomsvoorbehoud in beweging', *JutD* 2002/14, p. 10-14.

tussen partijen (of een partij en een derde) de rechter de rechtskeuze moet toetsen aan het beschermingsniveau van het gekozen stelsel ten opzichte van het zonder rechtskeuze toepasselijke recht-stelsel.⁴⁶ Voorwaar geen eenvoudige taak. Art. 5 en 6 lid 1 EVO dwingen ook tot een dergelijke toets en commentaren op die artikelen tonen aan dat er legio manieren zijn om beschermingsniveau's te meten en te wegen. Dit is niet de rechtszekerheid waarop de praktijk zit te wachten. Het kan voor een exporteur lonend zijn om het recht van het land van bestemming te kiezen, zelfs als dit minder bescherming biedt dan het recht van zijn eigen land juist omdat vrijwel altijd in het land van bestemming de uitoefening zal plaatsvinden. De keuze wordt voorts beperkt door de voorwaarde dat de zaak wel daadwerkelijk in het land welks recht is gekozen moet worden ingevoerd. Hoewel art. 3:92a BW is gestoeld op de richtlijn is de strekking in de Nederlandse wet niet beperkt tot het EU-grondgebied noch ook tot handelsovereenkomsten. Stel dat partijen niet kiezen en de levering in het land van de (Duitse) verkoper plaatsvindt omdat de zaken daar af fabriek worden geleverd, hoe werkt art. 3:92a BW als in een Nederlands faillissement het Duitse eigendomsvoorbehoud wordt ingeroepen? Geldt dan toch de oude regel dat bij effectuering van het eigendomsvoorbehoud het recht van ligging op dat moment bepaalt wat er kan (zie de regel van het conflict mobile in het geconsolideerd (ontwerp) IPR wet in art. 5.1.2.4 en Van der Weide, *WPNR* 2002/6492) of is het Nederlandse goederenrecht op dat moment verrijkt met andere zaaksvormingsregels en kan het verlengde eigendomsvoorbehoud

van Duitse snit zich doorzetten ondanks andersluidende Nederlandse regels van zaaksvorming en de gevolgen daarvan voor het eigendomsvoorbehoud. De opmerking in de preambule lijkt dit wel te suggereren. Immers volgens Nederlands ipr moet Duits recht op de geldigheid (goederenrechtelijk) worden toegepast en voorts moet de verkoper dit voorbehoud overal in de EU gerespecteerd krijgen. En hoe moet art. 3:92a worden begrepen als de zaken onder het Duitse eigendomsvoorbehoud hier verkocht worden of er anderszins over wordt beschikt? Hier zal toch de standaard ipr-regel inzake goederenrechtelijke rechten moeten gelden; de *lex rei sitae* op het moment van beschikken, dus Nederlands recht.

Ontwerp Wet Conflictenrecht Goederenrecht

In november 1998 heeft de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht aan de Minister van Justitie een voorstel voor een Wet Conflictenrecht Goederenrecht (WCG) aangeboden.⁴⁷ Dit voorstel is inmiddels geïncorporeerd in het door het ministerie van Justitie opgestelde geconsolideerd (ontwerp) IPR-wet.⁴⁸ De wet bevat enerzijds een codificatie van de *lex rei sitae* regel (het recht van het land van ligging bepaalt het goederenrechtelijk regime van een zaak), en anderzijds voorstellen voor nieuwe conflictregels op het terrein van het eigendomsvoorbehoud (gedeeltelijk overgenomen en dus achterhaald door de invoering van art. 3:92a BW, welk artikel bij inwerkingtreding van de WCG of IPR-wet weer terug zal gaan naar de WCG of IPR-wet) en op het terrein van aandelen. Het ontwerp laat verordeningen en verdragen onverlet. Dit betekent dat te

zijn tijd de ipr-regels uit het Haagse Verdrag inzake Indirectly Held Securities, dan wel die van de Collateral Directive van de EU (zie hierna) voorgaan op de Nederlandse ipr-regels (zie art. 5.1.3.6 geconsolideerde (ontwerp) IPR wet inzake het toepasselijk recht op het goederenrechtelijk regime van gedematerialiseerde effecten),⁴⁹ welke regels overigens uitdrukkelijk beogen aan te sluiten bij de Haagse en Europese regels.

Zekerheidsrechten

Op het goederenrechtelijk terrein is onlangs de Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment tot stand gekomen welk verdrag echter nog niet in werking is getreden.⁵⁰ Het verdrag kent een systeem van een raamverdrag met afzonderlijke protocollen voor vliegtuigen, spoorwagematerieel en ruimtestations. Het verdrag heeft tot doel een internationaal regime in het leven te roepen voor het ontstaan, de erkenning en tenuitvoerlegging, de werking tegenover derden en de voorrang van zakelijke zekerheidsrechten en rechten van verkopers onder eigendomsvoorbehoud en lessors. Hierbij gaat het om zekerheden ten aanzien van financiering van zeer beweeglijke zaken zoals vliegtuigen en onderdelen daarvan, spoorwagematerieel, satellieten en dergelijke. Het verdrag beoogt de financiering van deze kostbare goederen efficiënt en kostenbesparend te laten zijn. Het verdrag is niet door Nederland getekend. Nederland zou er wel mee te maken kunnen krijgen als het verdrag in werking is getreden omdat het verdrag van toepassing is als de debiteur in een verdragsland gevestigd is, terwijl de vestigingsplaats van de crediteur (de verschaffer van de financiering) niet relevant is.⁵¹

⁴⁶ Zie o.a. de kritiek van J.A. van der Weide, *WPNR* 2002/6492, p. 411-412; Zie in verband met de Insolventieverordening en het fiscale bodemrecht van art. 22 lid 3 Invorderingswet B.F. Louwenier, 'Het eigendomsvoorbehoud in beweging', *JutD* 2002/14, p. 10-14 en Freudenthal e.a., t.a.p. *NTBR* 2003/2 p. 92.

⁴⁷ J.K. Franx, 'Wetsvoorstel conflictenrecht goederenrecht', in: F.G.B. Graaf/W.A.K. Rank (red), *Internationaal privaatrecht en Financiële Transacties*, NIBESVV, 2001, p. 73-79; J.A. van der Weide, 'Codificatie

van IPR-goederenrecht', *WPNR* 2000/6426, p. 877-885.

⁴⁸ Zie § 1 Inleiding.

⁴⁹ Th.A. Blom, 'Effecten en the law of the intermediary', *Ondernemingsrecht* 1999-14, p. 376-384. Zie ook F.G.B. Graaf/W.A.K. Rank (red), *Internationaal privaatrecht en Financiële Transacties*, NIBESVV, 2001, i.h.b. W.A.K. Rank, 'Cross-Border collateralisation under Dutch law', p. 65-71.

⁵⁰ B.P. Honnebier, 'De *lex rei sitae* conflict-regel is onhanteerbaar in relatie tot de

financiering van de aanschaf en het gebruik van mobiel materieel', *WPNR* 2000/6392 (zie ook nr. 6393) p. 156-164.

⁵¹ Hof Den Bosch 15 augustus 2002, *JOR* 2002/184, m.nt. J.C. Hofland laat zien dat het moeilijke materie is. De annotator is het zeer oneens met de uitspraak dat het recht van de leasemaatschappij op de geleaste motor moet worden bekeken aan de hand van het recht van het land waar de motor onder het vliegtuig was gehangen.

Eigendom en beperkte rechten op gedematerialiseerde effecten

Zoals in de inleiding (§ 1) reeds is vermeld is door de Haagse Conferentie voor het Internationaal privaatrecht een verdrag tot stand gebracht inzake het toepasselijk recht op zekere rechten op effecten die via een effectenrekening worden gehouden. Het verdrag is nog niet in werking. Toch zal reeds voor inwerkingstreding al een anticiperende werking van het verdrag uitgaan omdat voor deze materie tot op heden nauwelijks ipr-regels bestonden.

Het Haagse Verdrag inzake indirect gehouden effecten geeft regels waarmee het toepasselijk recht kan worden bepaald goederenrechtelijke vragen met betrekking tot de overdracht van gedematerialiseerde effecten (effecten die via effectenrekeningen worden gehouden) en het vestigen van zekerheid daarop. De hoofdregel van het verdrag is de PRIMA-rule, de Place of the Relevant Intermediary. Dit houdt in dat het recht van het land waar de instelling is gevestigd die de effectenrekening beheert voor de cliënt van toepassing is. Cliënt en instelling mogen een rechtskeuze doen, waarbij echter wel de beperking geldt dat het gekozen recht een reële band met de betrokkenen moet hebben (in tegenstelling tot art. 3 EVO).

Een nationale materiële regeling van deze materie is inmiddels vanuit Brussel via een richtlijn betreffende financiële-zekerheidsovereenkomsten (Collateral Directive⁵²) aan de lidstaten opgelegd. Deze Richtlijn Financiële-zekerheidsovereenkomsten bestrijkt overeenkomsten waarbij financiële activa (effecten in ruime zin, creditsaldi, bijgeschreven tegoeden op een (effecten)rekening), op een bepaalde wijze tot zekerheid worden verschaft (denk aan repo's en verpanding).⁵³ De Richtlijn richt

zich, grof gezegd, tot binnen de EU gevestigde overheidsinstanties en de onder toezicht staande overheidsinstanties en de onder toezicht staande financiële instellingen in hun onderling verkeer of met niet tot die categorieën behorende rechtspersonen. De lidstaten kunnen dit uitbreiden. Het voordeel van de financiële-zekerheidsovereenkomst is dat de financier ruime mogelijkheden tot gebruik van de tot zekerheid verstrekte financiële activa heeft en dat hij bijvoorbeeld niet wordt getroffen door een afkoelingsperiode in faillissement. In een internationaal geval doet zich dan de vraag voor welk recht op de financiële-zekerheidsovereenkomst van toepassing is. De klassieke *lex rei sitae*-regel is minder geschikt omdat gedematerialiseerde effecten, saldi, etcetera moeilijk te lokaliseren zijn. De Richtlijn heeft in art. 9 dan ook een conflictregel opgenomen. Vooral de Richtlijn financiële-zekerheidsovereenkomsten en het Haagse IPR-verdrag zouden elkaar in de wielen hebben kunnen rijden vanwege dit art. 9. Overleg tussen Den Haag en Brussel heeft ertoe geleid dat de ipr-bepaling van de Richtlijn nauw aansluit bij het Haagse IPR-Verdrag. Art. 9 Richtlijn gaat evenals het Haagse Verdrag uit van het recht van het land van vestiging waar de betrokken rekening wordt aangehouden (*prima-rule*). Aan de hand van dit recht worden de goederenrechtelijke kwesties, zoals de juridische aard en de gevolgen voor de eigendom van/gerechtigheid tot activa in de vorm van giraal overdraagbare effecten, derdenwerking, verhouding tussen concurrerende rechten inclusief verkrijging van rechten te goeder trouw en de wijze waarop het verkregen recht kan worden geëffectueerd, beoordeeld (zie art. 9 lid 2 Richtlijn). Voorts moet worden gewezen op de Richtlijn betreffende het definitieve

karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en effectenafwikkelingsystemen (Finality Directive⁵⁴). Deze Richtlijn is bij wet van 17 december 1998 (*Stb.* 1998, 714) geïmplementeerd.

*Rechtspraak*⁵⁵

In het arrest *Klooster in landschap*⁵⁶ onderwierp de Hoge Raad de vraag naar verjaring aan het recht van het land waar het schilderij in 1990 weer opdook, in casu Nederland, zijnde het recht van het land van ligging (en beslaglegging) ten tijde van het instellen van de revindicatie. In *Leyland DAF e.a./G.M. de Rooy & Zn. en Edcrest Ltd.*⁵⁷ oordeelde de Hoge Raad dat in het algemeen een opschortingsrecht als bedoeld in art. 6:52 BW onder het toepassingsgebied van het EVO valt, zoals onder meer blijkt uit art. 10 lid 1 c. Een retentierecht is evenwel een bijzonder opschortingsrecht dat door zijn goederenrechtelijke kenmerken buiten het materiële toepassingsgebied van het EVO valt. De Hoge Raad koos niet voor toepassing van de voor goederenrechtelijke kwesties geldende *lex rei sitae* regel, op grond waarvan de wet van ligging bepalend is. De Hoge Raad volgde de door de Staatscommissie voorgestelde regel in het ontwerp-Wet conflictenrecht (art. 5.1.2.3 geconsolideerde (ontwerp) IPR wet) en liet ook de WC Zee- en binnenvaart links liggen.⁵⁸ De Hoge Raad oordeelde dat de vraag naar het bestaan en inhoud van een retentierecht wordt beheerst door het recht dat op de rechtsverhouding van toepassing is waarin het retentierecht zijn oorsprong vindt. Een recht van retentie kan slechts geldend worden gemaakt voor zover het recht van de staat op wiens grondgebied de zaak zich bevindt dit toelaat.⁵⁹ Onduidelijk is of het retentierecht zijn beper-

52 Richtlijn van 6 juni 2002, L 168/43, 2002/47/EG. De Richtlijn is op 27 juni 2002 in werking getreden en dient op uiterlijk 27 december 2003 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd te zijn.

53 W.A.K. Rank, 'Zekerheid op effecten in internationaal verband', in: *Onzekere zekerheid*, INSOLAD Jaarboek 2001, p. 109-137.

54 Richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998, *PbEG* L 166/45.

55 Zie P. Vlas en J.A. van der Weide, 'Overzicht der Nederlandse Rechtspraak. Internationaal Privaatrecht, Goederenrecht 1997-2001', *WPNR* 2002/6479, p. 209-214.

56 HR 8 mei 1998, *NJ* 1999, 44, m.nt. ThMdB. Zie ook P. Vlas, "'Klooster in landschap": over een geroofd schilderij en het IPR', *AA* 1998, p. 888.

57 HR 7 januari 2000, *NJ* 2001, 406, m.nt. ThMdB.

58 Art. 6 Wet Conflictenrecht Zee- en binnenvaart bepaalt dat het recht van de loshaven bepaalt of er een retentierecht is en of dit kan worden uitgeoefend. Zie voor de eerbiedigende werking van de WC Zee- en binnenvaart HR 13 december 2002, C01/078 HR (jol).

59 A.V.M. Struycken, 'Over eigendomsrecht op een in België gestolen cabrio en retentierecht op in Engeland gehouden Leyland DAF auto's', *AA* 2000, p. 899;

king vindt in het recht van het land van ligging van de zaak op het moment van het ontstaan van het retentierecht, welke plaats niet per se behoeft samen te vallen met de plaats waar uiteindelijk het retentierecht uitgeoefend moet gaan worden. Dit kan immers van belang zijn voor intussen door derden verkregen rechten op de betreffende zaken (zie bijv. art. 3:291 BW). De toelichting in het ontwerp-WCG is niet geheel duidelijk. In het retentierecht artikel kan geen rekening zijn gehouden met het conflict mobile, want daaraan is een apart artikel gewijd. Tevens is onduidelijk wat de Hoge Raad precies heeft bedoeld met de toetsing aan de *lex rei sitae*. Wordt dan ook het bestaan opnieuw getoetst of is er slechts een inpassingsprobleem dat moet worden overwonnen? In zijn noot behandelt De Boer de diverse opties. In Boon Exclusive Cars/RG Lease B.V.⁶⁰ ging het om de vraag welk recht van toepassing is op de eigendomsverkrijging van een in België gestolen auto, die vervolgens in Nederland werd doorverkocht. De Hoge Raad bepaalde dat naar Nederlands internationaal privaatrecht de vraag of een koopovereenkomst de eigendom van de verkochte zaak al dan niet doet overgaan wordt beheerst door het recht van het land waar de verkochte zaak

zich op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst bevond. De vraag of de koopovereenkomst een geldige eigendomsoverdracht bewerkstelligt, wordt dus niet aan de hand van het toepasselijke kooprecht bepaald, maar aan de hand van het recht van ligging van het goed conform de goederenrechtelijke verwijzingsregel. Het recht dat van toepassing is op de koopovereenkomst is wel van belang voor de bepaling van het moment waarop de koopovereenkomst gesloten werd. In Sisal⁶¹ betrof het de erkenning van een buitenlands zakelijk zekerheidsrecht, namelijk een zogenaamde 'floating charge' naar Tanzaniaans recht. De Hoge Raad overwoog dat voor de beantwoording van de vraag of de rechthebbende op een buitenlands zakelijk zekerheidsrecht dat volgens het toepasselijke rechtstelsel destijds geldig tot stand is gekomen, gelijkgesteld kan worden met de in art. 480 en 481 Rv (verzoek aan voorzieningenrechter door rechthebbende om de executie-opbrengst te verdelen) bedoelde rechthebbende, van belang is of dit buitenlandse zekerheidsrecht met het oog op de toepassing van art. 480 en 481 Rv naar inhoud en strekking gelijkgesteld kan worden met een verwant Nederlands zekerheidsrecht. Niet doorslaggevend is of in algemene zin overeenstemming

bestaat tussen het buitenlandse en het Nederlandse zekerheidsrecht, maar of het buitenlandse recht hetzelfde doel nastreeft en tot hetzelfde resultaat leidt.⁶² De Hoge Raad bevestigde hiermee de opvatting van het hof, dat bovendien had geoordeeld dat er in casu sprake was van gelijkstelling.

■ 4. FAILLISSEMENT

Regelgeving

De Europese Insolventieverordening

Op 31 mei 2002 is de Europese Insolventieverordening (Ins-Vo) in werking getreden.⁶³ De Ins-Vo is van toepassing voor alle EU-lidstaten behalve Denemarken. De Ins-Vo behoeft op enkele punten aanpassing in de nationale wetgeving. Na advies van de Staatscommissie⁶⁴ te hebben ingewonnen is een wetsontwerp inzake Uitvoeringswet EG-insolventieverordening aanhangig gemaakt.⁶⁵ Voor de periode na 30 mei 2002 en het tijdstip tot inwerkingtreding heeft justitie een circulaire rondgestuurd. Het betreft de Circulaire Inwerkingtreding EG-Insolventieverordening.⁶⁶ Voor de Ins-Vo was er geen (in werking getreden) internationale regeling op dit terrein, en derhalve is deze verordening een belangrijke stap in de codificatie van het (Europees) internationaal privaatrecht.⁶⁷ Voorloper van de

M.E. Koppenol-Laforce en M.S. van Muyden, 'Het recht dat naar Nederlands internationaal privaatrecht van toepassing is op het bestaan en de uitoefening van een retentierecht', HR 7 januari 2000, *RvdW* 2000, 16C (retentierecht), *JutD* 2000/7, p. 10-12, waar een KG wordt besproken waarin beroep wordt gedaan op het feit dat het retentierecht naar de *lex contractus* reeds teniet was gegaan. Volgens de *lex rei sitae* echter nog niet. Helaas oordeelde de rechter dat art. 6 WC Zee- en Binnenvaart van toepassing was, zodat het ontwerp-WCG niet meer aan de orde kwam. Zie ook H.L.E. Verhagen, 'De internationaal-privaatrechtelijke aanknopng van het retentierecht', *NTBR* 2000, p. 412-415; J.W. Rutgers, 'Internationaal retentierecht', *NIPR* 2000, p. 283-286.

⁶⁰ HR 3 september 1999, *NJ* 2001, 405, m.nt. ThMdB. Zie A.V.M. Struycken, 'Over eigendomsrecht op een in België gestolen cabrio en retentierecht op in Engeland gehouden Leyland DAF auto's', *AA* 2000, p. 899; M.E. Koppenol-Laforce, 'Gestolen auto's en revindicatie in het

internationaal privaatrecht, *NIPR* 2001, p. 187-190.

⁶¹ HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 241 (vervolg van HR 23 april 1999, *NJ* 2000, 30).

⁶² H.L.E. Verhagen, 'De "floating charge": toepasselijk recht en assimilatie. Beschouwingen naar aanleiding van HR 14 dec. 2001, *RvdW* 2002, 1, *JOR* 2002/70 (Sisal II)', *NIPR* 2002/3, p. 283-295; M.E. Koppenol-Laforce en I. van Rooij, 'Sisal: floating charge en pandrecht, assimilatie voor de toepassing van de artikelen 480 en 481 Rv', *JutD* 2002/1, p. 13-16. Voor commentaar op het arrest van het hof; T.H.D. Struycken, 'De assimilatie van een floating charge in het Nederlandse beslagrecht. Hof Amsterdam, 21 december 2000, *NIPR* 2001, 109 (Sisal)', *NIPR* 2001/2, p. 191-198.

⁶³ Zie hierover T&C *Failissementswet* (B. Wessels) 2002, EU Insolventieverordening; S.C.J.J. Kortmann en P.M. Veder, 'De Europese Insolventieverordening', *WPNR* 2000, p. 764-774 en het Bijzonder nummer over de Insolventieverordening van het *Tijdschrift voor Insolventierecht* (mei 2002); R.J. van Galen, J.C. van Apel-

doorn en A.J. Berends, 'Grensoverschrijdende insolventieprocedures', *NVIR* nr. 118, 1999.

⁶⁴ Advies inzake de EG-insolventieverordening. Zie noot 6 voor vindplaats. Zie S.C.J.J. Kortmann/P.M. Veder, 'Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel uitvoeringswet EG-Insolventieverordening', *WPNR* 2002/6515, p. 867-872 en de reacties en naschrift van respectievelijk A.J. Berends en Kortmann/Veder in *WPNR* 2003/6522, p. 174-181.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2002-2003 28 654, nr. 1-4.

⁶⁶ *Stcrt.* 27 augustus 2002, nr. 163, p.11, G.H. Lankhorst, 'De Ministeriële circulaire inzake de Europese Insolventieverordening', *Bb.* 2002/22, p. 189-194.

⁶⁷ Zie voor het internationale faillissementsrecht van Nederland en de verschillende ontwerp-verdragen inzake faillissement: T.M. Bos, *Grensoverschrijdend faillissementsrecht in Europees perspectief* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2000. Besproken door J.C. van Apeldoorn, *NIPR* 2000, p. 287-291 en D.H. Beukenhorst, *WPNR* 2001/6429, p. 39-42.

Ins-Vo was het EU-Insolventieverdrag⁶⁸ wat echter nooit in werking is getreden en vrijwel geheel is omgezet in de Ins-Vo. Het Verdrag ging vergezeld van een Toelichtend Rapport van Virgós en Schmit dat destijds door de lidstaten was goedgekeurd. Hoewel onder EU-wetgeving dergelijke rapporten geen officiële status hebben, kan er in een voorkomend geval inzicht worden verkregen in het waarom van de bepalingen van het verdrag en dus ook in die van de Ins-Vo. Het rapport en het Verdrag zijn te vinden via Eur-lex. Bijzonder is voorts dat de verordening zowel regels voor de internationale bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging als voor het toepasselijke recht bevat. Het commune recht – op grond waarvan een buitenlands faillissement in beginsel geen werking heeft in Nederland – wordt bij faillissementen die onder de werkingssfeer van de verordening vallen geheel opzij gezet. Art. 1 lid 1 bepaalt dat de verordening van toepassing is op collectieve procedures die, op de insolventie van de schuldenaar berustend, ertoe leiden dat deze schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of gedeeltelijk verliest en dat een curator wordt aangewezen.⁶⁹ In lid 2 worden insolventieprocedures betreffende verzekeringsondernemingen en kredietinstellingen, beleggingsonderneming die diensten verrichten welke het houden van geld of effecten van derden behelzen, en instellingen voor collectieve belegging uitgesloten.⁷⁰ Voorts moet de primaire of hoofdinsolventieprocedure in een lidstaat kunnen worden geopend, wat betekent dat de voornaamste belangen van de schuldenaar op het grondgebied van een lidstaat moeten zijn gelegen (zie art. 3 lid 1). De verordening geeft twee soorten bevoegdheden: één die het gehele

territoire van de Gemeenschap bestrijkt, de zogenoemde primaire of universele bevoegdheid, en één die beperkt is tot het land waar de insolventieprocedure wordt geopend, de secundaire of territoriale bevoegdheid. De primaire bevoegdheid komt op grond van art. 3 lid 1 toe aan de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen zijn.⁷¹ Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt dit vermoed de lidstaat te zijn waar deze haar statutaire zetel heeft. De Ins-Vo bevat geen regeling voor faillissementen van internationale concerns. Voor iedere groepsvennootschap moet afzonderlijk worden beoordeeld waar de hoofdprocedure moet worden geopend, en waar de aanwezigheid van vestiging het openen van een secundaire procedure toestaat. In uitzonderlijke gevallen kan wellicht worden verdeeld dat het vermoeden van de statutaire zetel als centrum van de voornaamste belangen voor de dochtervennootschap moet wijken voor de zetel van de moeder als de dochter geheel door de moedervennootschap wordt aangestuurd. In die gevallen zou de dochter in de staat van de statutaire zetel als vestiging kunnen worden gezien als zich daar allerlei feitelijke activiteiten afspelen (zie de definitie van vestiging in art. 2 (h) Ins-Vo). Voorts zou, in nog veel uitzonderlijke gevallen, de dochter als vestiging van de moeder kunnen worden beschouwd.⁷² In lid 2 wordt bepaald dat de rechter van een andere lidstaat dan die waar de voornaamste belangen gelegen zijn, slechts bevoegd is om ten aanzien van deze schuldenaar een insolventieprocedure te openen indien deze daar een vestiging heeft. De gevolgen van deze secundaire bevoegdheid zijn beperkt tot de goederen van de schuldenaar die zich op het grondgebied van die lidstaat be-

vinden. In art. 27-38 worden regels gegeven ter coördinatie van parallelle primaire en secundaire procedure. Deze strekken ertoe het 'overwicht' van de hoofdprocedure te bewaken, aldus de considerans bij de verordening.

De erkenningsregeling is neergelegd in art. 16-26 Ins-Vo. Een insolventieprocedure die is geopend door een op grond van art. 3 bevoegde rechter wordt krachtens art. 16 automatisch erkend in alle andere lidstaten. De erkenning van een hoofdprocedure in de zin van art. 3 lid 1, belet uiteraard niet dat in een andere lidstaat een secundaire procedure op grond van art. 3 lid 2 wordt geopend (zie ook art. 27). Als gevolg hiervan bepaalt de Ins-Vo dat indien er reeds een hoofdprocedure is geopend, en vervolgens een secundaire procedure wordt geopend, de insolventie van de schuldenaar in het land van vestiging niet meer behandeld behoeft te worden (zie art. 27 Ins-Vo). Het nationale recht van het land waar de vestiging zich bevindt, wordt opzij gezet. In de hoofdprocedure failliet verklaard, overal failliet! Art. 17 bepaalt voorts dat de opening van een hoofdprocedure als bedoeld in art. 3 lid 1 in de andere lidstaten dezelfde gevolgen heeft als in het land van opening, tenzij in de verordening anders wordt bepaald en zolang in die andere lidstaten geen secundaire procedure wordt geopend. Beslissingen die nauw samenhangen met de op grond van art. 16 erkende opening van de insolventieprocedure, namelijk die inzake het verloop en de beëindiging van de faillissementsprocedure en gehomologeerde akkoorden, worden ingevolge art. 25 lid 1 eveneens automatisch erkend. De tenuitvoerlegging van deze samenhangende beslissingen vindt plaats overeenkomstig art. 31-51, met uitzondering van art. 34 lid 2, van het EEX-Verdrag

68 M. Virgós, *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View*, Forum Internationale no. 25, March 1998, Kluwer Law International, 40 p. en de tekst van het verdrag.

69 In Bijlage A bij de verordening worden de insolventieprocedures die binnen het toepassingsgebied van de verordening vallen limitatief opgesomd. Voor Nederland zijn dit het faillissement, de surséance van betaling en de schuld-

saneringsregeling.

70 Voor deze instellingen worden/zijn aparte verordeningen of richtlijnen uitgevaardigd.

71 J.Ph. Broekhuizen, 'De begrippen "centrum van voornaamste belangen" en "vestiging" in de Insolventieverordening', *V&O* 2002/11, p. 193-197. Zie ook de discussie tussen Kortmann/Veder en Berends in *WPNR* 2002/6515 en 2003/6522 (zie hiervoor nt. 64 waar

gestreden wordt over de vraag of de aanvrager feiten moet stellen anders dan de plaats van de statutaire zetel en of de rechter moet aangeven welke procedure (hoofd of territoriaal) wordt geopend).
72 Zie Virgós, t.a.p. nr. 28 waar hij in dit verband wijst op het arrest van het HvJ Schotte/Parfums Rothschild (*NJ* 1989, 750, m.nt. JCS) inzake art. 5 sub 5 (geschillen ten aanzien van een filiaal, vestiging, agentschap) EEX.

(dit moet nu ingevolge de EEX-Vo gelezen worden als een verwijzing naar de EEX-Vo). De enige weigeringsgrond die in de Ins-Vo zelf is opgenomen, is ingevolge art. 26 kennelijke strijd met de openbare orde.⁷³

Voor het toepasselijk recht op de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan voor overeenkomsten e.d. zijn art. 4-15 van belang. In beginsel is het recht van de lidstaat toepasselijk waar de procedure wordt geopend, de zogeheten *lex concursus*. In art. 5-15 worden hierop niet onbelangrijke uitzonderingen gemaakt ten gunste van het recht van ligging, het recht op de arbeidsovereenkomst en bij de actio Pauliana dient naast de *lex concursus* ook het toepasselijk recht op de aangevochten handeling (de *lex causae*) de actio Pauliana toe te staan.⁷⁴

Rechtspraak⁷⁵

In R. Brown q.q. (curator van Eagle Beach Hotel)/Ultrafin AG en 'Sace'⁷⁶ oordeelde de Hoge Raad dat een tus-

sen partijen aanhangige procedure voor volgens de forumkeuze in een overeenkomst aangeduide Zwitserse rechter ook nadat een der partijen (in casu de Arubaanse partij) gefailleerd is tot gevolg heeft dat de renvooiprocedure van art. 177 Fw Aruba (= 122 Faillissementswet Nederland) moet worden geschorst in afwachting van de uitkomst tussen partijen. Indien het buitenlandse vonnis is gewezen, zal dat moeten worden erkend en ten uitvoer gelegd ingevolge de weg van art. 306 Rv Aruba (= art. 431 Rv NL). Voorts kan de renvooiprocedure worden voortgezet, dan wel worden ingetrokken, afhankelijk van de inhoud van het buitenlandse vonnis en de erkenning daarvan.

5. LITERATUUR

Naast de hiervoor bij de relevante onderwerpen genoemde ipr-dissertaties van Kramer (kort geding), Van der Hof (e-commerce), Van Hoek

(arbeidsrecht), De Meij (CMR en EEX) (formeel buiten de verslag periode want 2003), Rammeloo (rechtspersonen), Rutgers (eigendomsvoorbehoud), Bos (faillissement), zijn voorts vermeldenswaard de dissertatie van V. Lazić, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer law International, T.M.C. Asser Instituut 1998 (Univ. Utrecht) en de dissertatie van J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter* (VU Amsterdam), Deventer: Tjeenk Willink 2001. Voorts is Kluwer naast de praktijkreeks IPR een nieuwe reeks gestart, getiteld 'Contracteren in de internationale praktijk'. De reeks staat onder redactie van S.Y.Th. Meijer, T.H.M. van Wechem en B. Wessels. Inmiddels zijn zes deeltjes verschenen.

M.E. Koppenol-Laforce (advocaat te Rotterdam) en X.E. Kramer (universitair docent te Rotterdam)

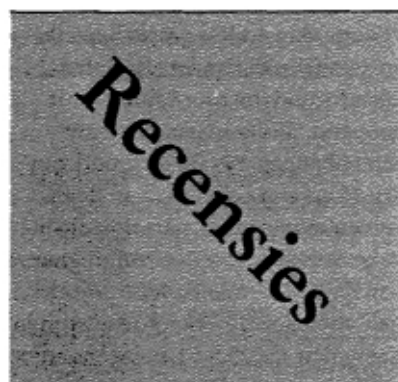
73 B. Wessels, 'Erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake de insolventieprocedure', *NbBW* 2002/10, p. 118-122.

74 H.L.E. Verhagen en P.M. Veder, 'De "Pauliana" in het Nederlandse internationaal privaatrecht', *NIPR* 2000, p. 3-15.

75 Zie T.M. Bos, 'Overzicht der Nederland-

se rechtspraak. Internationaal privaatrecht, faillissement en beslag', *WPNR* 2002/6480, p. 230-237.

76 HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV.



Transfer of enterprises
F. Sonneveldt (Eindred.),
Serie Estate Planning, nr. 1, eerste
druk, Deventer: Kluwer 2002,
ISBN 9020024299

Op 22 juni 2001 organiseerde het aan de Universiteit Utrecht gelieerde Instituut voor Nationale en Internationale Estate Planning (kortweg het INIEP) een congres met als onderwerp de internationale successie- en schenkingsrechtelijke aspecten van bedrijfsopvolging. Naar aanleiding van het congres is een boek verschenen, *Transfer of enterprises*, waarin de tijdens het congres behandelde onderwerpen zijn gebundeld. Het boek beoogt een overzicht te geven van de successie- en schenkingsrechtelijke faciliteiten ten aanzien van de bedrijfsopvolging in achtereenvolgens

Nederland, België, Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk.¹

Iedere ondernemer krijgt er vroeg of laat mee te maken, de bedrijfsopvolging. Hoewel in eerste instantie vooral zal worden stilgestaan bij de vraag wie het bedrijf zal moeten en kunnen voortzetten, dient de ondernemer (of de directeur groot aandeelhouder indien sprake is van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal) niet uit het oog te verliezen hoe de bedrijfsopvolging civiel- en fiscaalrechtelijk het beste kan worden vormgegeven en welke

1 Aan het boek hebben meegewerkt:
- J.C. de Waard, 'Toespraak over bedrijfsopvolging en successierecht';
- A.L.G.A. Stille, 'De overdracht van een onderneming onder het erfrecht (Boek 4) en onder het recht van toepassing op schenkingen (Boek 7) van het nieuw Burgerlijk Wetboek';
- K.L.H. van Mens, 'Certificaten en be-

wind als estate planning instrumenten onder Nederlands recht';
- F. Sonneveldt, 'De successie- en schenkingsrechtelijke behandeling van bedrijfsopvolging in Nederland';
- R. Deblauwe, 'De successie- en schenkingsrechtelijke behandeling van bedrijfsopvolging in België';
- Y. Kergall, 'De successie- en schenkings-

rechtelijke behandeling van bedrijfsopvolging in Frankrijk';
- M. Jülicher, 'De successie- en schenkingsrechtelijke behandeling van bedrijfsopvolging in Duitsland'; en
- J. Tiley, 'De successie- en schenkingsrechtelijke behandeling van bedrijfsopvolging in het Verenigd Koninkrijk'.