

HC 4A, 21-12-2018, Overeenkomsten, toepasselijk recht (inhaalcollege)

We gaan vooral kijken naar de overeenkomsten. Bevoegdheid, forumkeuze en naar het toepasselijke recht.

Actualiteit

‘FrieslandCampina neemt de Amerikaanse kaasimporteur JanaFoods over.’ Dan hebben we te maken met een Nederlands bedrijf, dat aandelen koopt in een Amerikaans bedrijf. Die aandelen zijn het onderwerp van de overeenkomst. Welk recht is daarop van toepassing? Welke rechter zou er bevoegd zijn als er een geschil tussen deze partijen ontstaat? Daar zullen we zo meteen nog even naar kijken.

Een andere zaak, de zaak van de Chinese monnik. Het gaat om een Boeddhabeeld dat in december 1995 gestolen is uit een tempel in China. In dat Boeddhabeeld zit een mummie van monnik. Iemand heeft dat beeld gestolen uit ‘Yang Chung’. Dat beeld is in 1996 gekocht door een Nederlandse kunsthandelaar. En die heeft dat vervolgens tentoon gesteld in het Drents museum. In 2014 is het beeld uitgeleend aan een museum in Hongarije. Daar heeft het enige tijd meegedaan aan een tentoonstelling over mummies uit de wereld. De eisers, de Chinese dorpingen, die hadden kennisgenomen van het feit dat daar een mummie kon worden bezichtigd. Dat hebben ze ook gedaan en zij herkenden meteen dat het hun mummie was. Ze zijn naar de Nederlandse rechter gegaan en daar hebben ze een verklaring voor recht gevraagd om die mummie terug te sturen, om het eigendom op te eisen van de mummie. En natuurlijk schadevergoeding. Helaas heeft de rechtbank op 12 december besloten dat die twee Chinese dorps comités die als eisers hebben opgetreden in deze zaak, niet ontvankelijk zijn. Want de dorps comités hebben volgens de rechter geen rechtspersoonlijkheid. Zure manier waardoor die mummie niet kan terugkeren. Wat zouden die Chinezen moeten doen? Zorgen dat ze een procedure starten in China. Ze moeten ervoor zorgen dat dat een zorgvuldige procedure is, dus de gedaagde moet worden opgeroepen, de gedaagde moet ruim de gelegenheid hebben gehad om zijn woord te doen en verweer te voeren. De Chinese rechter kan vervolgens veroordelen. Hij kan de gedaagde veroordelen om het beeld terug te sturen en daar eventueel nog een schadevergoeding of dwangsom aan toevoegen. Dat Chinese vonnis kan vervolgens in Nederland ten uitvoer worden gelegd. Tenminste, als het voldoet aan de vereisten van artikel 431 Rv.

Adidas vd Rafinha

‘Adidas sleept ster van FC Barcelona voor Nederlandse rechtbank.’ We hebben een voetballer, Barcelona ster Rafinha. Rafinha heeft een overeenkomst gesloten met Adidas. Rafinha is van mening dat die overeenkomst inmiddels is beëindigd, maar Adidas denkt daar anders over. Rafinha speelt nu op zwart gespoten schoenen. Het gaat om een kort geding. Partijen zijn het erover eens dat de Nederlandse rechter bevoegd is en Nederlands recht moet toepassen. In de uitspraak vind je dus weinig IPR-overwegingen. Het gaat in deze zaak om een sponsorcontract. De voetballer verplicht zich om Adidasschoenen te dragen, niet alleen op het veld, maar ook bij trainingen, persconferenties en ook als hij voor het nationaal elftal van Brazilië voetbalt. De plaats van uitvoering is wat onduidelijk, want deze speler speelde aanvankelijk in Italië, maar inmiddels in Spanje. Partijen hebben een overeenkomst gesloten, aanvankelijk voor twee jaar. Die overeenkomst is verlengd. Die zou van 2013 tot 2018 gelden. En vervolgens hebben medewerkers van Adidas Rafinha benaderd tijdens een trainingskamp, en daar hebben ze volgens een Adidas overeenstemming bereikt over een verdere verlenging. Deze voetballer denkt daar anders over. Eind mei 2018 heeft hij een brief gestuurd aan Adidas, dat hij vindt dat de overeenkomst zal eindigen op 1 juli 2018. Daar gaat de hele procedure over. De vraag hoe dat nou precies zit, als partijen het niet eens zouden zijn over de bevoegdheid van de rechter. In dit bijzondere geval is het zo dat we te maken hebben met een stilzwijgende forumkeuze. Geen van beide partijen heeft

het over die bevoegdheid. Gedaagde Rafinha verschijnt gewoon voor de rechtbank Amsterdam. Uitkomst is uiteraard, dat Rafinha gewoon die schoenen moet aantrekken. We gaan straks even kijken hoe het zit met die bevoegdheid.

Drie hoofdonderdelen Internationaal Privaatrecht:

We zijn nog steeds bezig met internationaal privaatrecht. Met name met het internationaal bevoegdheidsrecht, maar ook met het conflictenrecht. Erkenning- en tenuitvoerleggingsrecht krijgen we nog.

Verbintenissen uit overeenkomst

Bevoegdheid vinden we vooral in Brussel I bis. Als die niet van toepassing is, meestal in Rechtsvordering. En het toepasselijke recht, als het gaat om overeenkomsten, daarvoor moet je naar Rome I. Maar, denk erom, het Weens Koopverdrag 1980 kan voorgaan als het gaat om roerende lichamelijke zaken.

Rechtsmacht overeenkomst

Basisregels van Brussel I bis is dat een gedaagde moet worden opgeroepen voor de rechter van zijn woonplaats. De woonplaats van de gedaagde is de basisregel, artikel 4. Dat betekent, er is weliswaar een alternatief naast die basisregel, maar het alternatief moet dus restrictief worden uitgelegd. Omdat artikel 4 de belangrijke de hoofdregel, de basisregel is. Artikel 7 sub 1 en 2 mogen niet worden opgerekt in de rechtsspraak. Artikel 7 sub 1, daar zie je de persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat worden opgeroepen als het gaat om verbintenissen uit overeenkomst, voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. We hebben ook gezien dat het dan gaat om **kwalificatie, identificatie en lokalisatie**. Je moet eerst bepalen, heb je te maken met een verbintenis uit de overeenkomst, dat is de kwalificatie. Dan gaat het om de vraag welke verbintenis heb je mee te maken, die van het betalen van de koopsom of die van het betalen van de prestatie die ertegenover staat. Als je dan hebt bepaald welke verbintenis het betreft, dan gaat het om het lokaliseren van de plaats van uitvoering van die verbintenis. Voor twee type overeenkomst zijn er aparte regels. Die hebben we ook besproken. Als het gaat om de koop van roerende, lichamelijke zaken en als het gaat om het verstrekken van diensten.

Artikel 7 sub 1 letter b:

Hier kijken we nog even naar, als het gaat om de koop en de verkoop van die roerende zaken. Een Nederlandse partij verkoopt aan een Spaanse partij en partij appels. En de Spanjaard moet daarvoor betalen. De Nederlander en de Spanjaard hebben afgesproken dat de levering plaatsvindt in Nederland, bij een bepaald opslagterrein in de haven van Rotterdam. Dus die Nederlander zorgt dat die levering plaatsvindt in Rotterdam. Terwijl die partij daar in een loods slaat opgeslagen wordt er beslag gelegd door een schuldeiser. Kort daarna gaat de Nederlandse partij failliet. De Spanjaard moet nog steeds betalen, maar dat wil hij natuurlijk niet want er is beslag gelegd op die appels. Als curator ga je proberen die overeenkomst alsnog te laten nakomen. De Nederlandse curator wil de Spaanse partij graag dagvaarden voor de Nederlandse rechter. Er is geen forumkeuze. Artikel 7 Brussel I bis. Daar ziet hij een alternatief, want hij heeft geen zin om naar de Spaanse rechter te gaan om nakoming te vorderen. Dus hij besluit om de zaak bij de Nederlandse rechter aan te brengen. Daar past hij dus artikel 7 sub 1 toe. Want, de plaats van uitvoering is de plaats waar de zaken volgens de overeenkomst geleverd werden of hadden moet worden. De appels zijn geleverd volgens de overeenkomst in Nederland. Dus is de plaats van uitvoering in Nederland. Dus kan de curator ook voor de betalingsverplichting naar de Nederlandse rechter.

Diensten

Hiervoor gaan we terug naar Adidas en Rafinha. Die overeenkomst tussen Adidas (Nederlandse entiteit van Adidas) en Rafinha in Barcelona. Het valt binnen het formele toepassingsgebied. Is de Nederlandse rechter bevoegd? We gaan ervan uit dat er geen forumkeuze is uitgebracht. Dan is de vraag, hoe moet je dan de bevoegdheid vaststellen aan de hand van artikel 7? Artikel 4-rechter willen we niet naar toe, want dat is in Spanje. Artikel 7 zou mogelijk bevoegdheid voor de Nederlandse rechter kunnen opleveren. De eerste vraag als het gaat om dienstverlening is, wat eigenlijk de kenmerkende verbintenis is als het om dienstverlening gaat. Allereerst weer belang is dat het ook hier gaat om een verordeningsautonoom begrip. Invulling van dat begrip in het verdrag van de werking van de EU, is hier niet van belang. Volgens het Hof houdt een overeenkomst een dienstverlening op zijn minst in, dat een partij die de dienst verricht of verstrekt, tegen vergoeding een bepaalde activiteit verricht. Dus de partij die de dienst verstrekt, moet dat doen tegen een vergoeding. Hij moet een bepaalde activiteit uitvoeren. Dat is van belang, want dat betekent dat overeenkomsten die verplichten om iets **niet te doen** nooit een dienstenovereenkomst kunnen zijn. In dit geval betaalde Adidas de voetballer voor het dragen van bepaalde schoenen. De voetballer moet dus bepaalde activiteit verrichten, hij moet de schoenen dragen. De volgende vraag is wat de plaats is. Dan is van belang, volgens het Hof, dat er vooral moet worden gekeken naar de overeenkomst. Als uit de overeenkomst kan worden afgeleid waar die plaats is waar de dienst moet worden verricht, dan staat de plaats daarmee vast. Het kan natuurlijk expliciet, maar het kan ook impliciet zijn. Moeten die activiteiten worden verricht in verschillende lidstaten, dan is het zaak om te bepalen in welke lidstaat die diensten voornamelijk worden verricht. En dan zien we dus, ook een mogelijke wisseling van de bevoegdheid. Toen de voetballer nog voetbalde in Italië, verrichtte hij zijn diensten vooral daar. En nu verricht hij zijn diensten vooral in Spanje. Dus, de hoofddienst wordt op dit moment verricht in Spanje. En daarbij is met name van belang waar dus die diensten hoofdzakelijk worden verricht. Dat betekent dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is op grond van artikel 7 sub 1. Hij kan dus wel bevoegd zijn op basis van artikel 26. Iemand wordt gedagvaard, verschijnt in de procedure en betwist de bevoegdheid niet, dan is de rechter bevoegd.

Forumkeuze artikel 25 EEX II

Het kan ook zijn dat er een expliciete forumkeuze in staat. Die forumkeuze vind je in artikel 25 van Brussel I bis. Die bepaling heeft een eigen formeel toepassingsgebied. Dat formele toepassingsgebied is het aanwijzen van een gerecht van een lidstaat. Gerecht van een lidstaat als die als bevoegd wordt aangewezen, dan is artikel 25 van toepassing. Ook als het gaat om een Chinese partij en een partij uit Japan, twee partijen die niet binnen de EU gevestigd zijn. Artikel 25 is op zich een heldere, eenvoudige bepaling. Die overeenkomst wordt op aanwijzing van een bevoegd recht gedaan bij schriftelijke overeenkomst. Of aanvankelijk mondeling, maar schriftelijk bevestigd. Hoe zit het dan als het online gebeurt, bijvoorbeeld door click wrapping? Die zaak is aan de orde geweest in de zaak van het Hof van Justitie **Click Wrapping** van 21 mei 2015 (C-322/14). En dat ging om een koper, een in Duitsland gevestigde autohandelaar, die via de website van Cars on the web een motorvoertuig aanschaft. Vervolgens annuleert de koper de koop. En hij dagvaardt de verkoper voor de Duitse rechter. Die koper heeft voorafgaand aan de koop de webpagina geopend, onderaan het vakje aangevinkt waarin staat dat hij de algemene voorwaarden heeft gelezen, maar dat doet natuurlijk niemand. In die voorwaarden stond uiteraard een forumkeuze voor een andere rechter. De Duitse rechter weet niet goed wat hij daar mee moet. Vraag is, een forumkeuze via elektronische web door middel van het aanvinken van een vakje, is dat nou schriftelijk? Het Hof is daar heel duidelijk over. Heeft die koper ingestemd met die algemene voorwaarden? De schriftelijkheid is vooral, omdat daaruit blijkt dat die koper instemt om een overeenkomst aan te gaan met de verkoper. Het moet gaan om de **daadwerkelijke** instemming van de belanghebbende. Dat moet **duurzaam** worden geregistreerd. De vraag is of dat hier het geval is. Het antwoord is ja, ook als je dat op deze manier elektronisch via internet doet, dan wordt dat duurzaam

geregistreerd. En zegt het Hof, click wrapping maakt het mogelijk om voor het sluiten van de overeenkomst de tekst van de voorwaarden af te drukken en op te slaan. Dat het niet automatisch opent, dat maakt niet uit. En daarom is een langs elektronische weg gesloten koopovereenkomst zoals in dit geval, door middel van click wrapping, geaccepteerd. Click wrapping accepteren van algemene voorwaarden is aan te merken als een elektronische mededeling, waardoor de overeenkomst duurzaam geregistreerd wordt. De forumkeuze in die algemene voorwaarden die is geldig. Dat schriftelijkheidsvereiste is dus van belang omdat daarmee ook de zwakkere partij een zekere bescherming geniet. Door schriftelijkheid te eisen kun je in ieder geval aantonen dat de zwakkere partij wel bewust mee heeft ingestemd. Er zijn nog een paar andere mogelijkheden. De eerste schriftelijk. Als tussen partijen al jarenlang eenzelfde handelswijze bestaat en dan na tien jaar ontstaat een geschil, de tiende keer is geen forumkeuze uitgebracht maar de voorgaande negen keer wel, dan betekent dat dus dat de forumkeuze tussen partijen wel **gebruikelijk** was, en ook zou kunnen worden gehandhaafd. Ten slotte heb je in bepaalde handelsbranches een bepaalde manier van werken. En ook daaruit kan dus die forumkeuze voortvloeien. De vorm van de forumkeuze, daarvoor kijk je in artikel 25. Je moet ook kijken naar de materiële geldigheid. Daarvan zegt artikel 25, indien de partijen een gerecht hebben aangewezen is dat gerecht bevoegd van die lidstaat, tenzij de overeenkomst krachtens het recht van die lidstaat nietig is wat haar materiële geldigheid betreft. Dan zien we dus dat we moeten doorschakelen naar het toepasselijke recht. Dus we zitten in de jurisdictieclausule. We hebben gezien dat hij voldoet aan de vormvereisten. Dan is de vraag, voldoet hij aan de materiële geldigheidsvereisten? Die vraag moet worden bepaald aan het IPR van de lidstaat van de als bevoegde aangewezen rechter. Dus is de Nederlandse rechter aangewezen als de bevoegde rechter, dan zal hij dus zijn eigen conflictenrecht inzake overeenkomsten moeten toepassen. Dat betekent dat hij naar Rome I toe moet. Daar zien we staan dat, materieel toepassingsgebied, de verordening is niet van toepassing op overeenkomsten tot arbitrage en tot aanwijzing van een bevoegde rechter (artikel 1 lid 2). Dus Rome I bepaalt niet welk recht van toepassing is op de materiële geldigheid van de forumkeuzeovereenkomst. Daar zie je meteen een onregelmatigheid. Het betekent dus dat iedere lidstaat daar een eigen conflictregel kan gaan toepassen. Dat kan dus weer tot verschillende resultaten leiden. Nederland heeft daar het volgende op bedacht, artikel 10:154 BW. Daar staat dat op alle verbintenissen die buiten de werkingssfeer van de verordening Rome I en die als verbintenissen uit de overeenkomst kunnen worden aangemerkt, daarop moeten we Rome I toch gewoon toepassen. Dus het valt buiten het materiële toepassingsgebied, maar artikel 10:154 BW bepaalt dat we die regels uit Rome I moeten toepassen op de forumkeuzeovereenkomst.

We hebben gezien dat bij click wrapping, als je erop klikt de mogelijkheid bestaat om er kennis van te nemen, dat dat betekent je wil uit en er wilsovereenstemming over die waarden ontstaat. Hoe zit het dan buiten online aangegane contracten? Daarover gaat onder andere het arrest **Hószig/Alstom Power** van het Hof van Justitie van 7 juli 2016 (C-222/15). Het ging om een in Frankrijk gevestigde rechtspersoon, die wilde een aantal werken aan elektriciteitscentrales in Frankrijk uitbesteden en vroeg offertes aan buitenlandse bedrijven, onder andere aan Hószig uit Hongarije. Deze partijen gingen met elkaar onderhandelen, er werden offertes uitgewisseld. Er werden wat lijsten met vereisten uitgewisseld over wat voor soort metaal er moest worden gebruikt en wat de constructie precies was. En na de prijsofferte van Hószig werd de aannemingsovereenkomst gesloten. En de vraag was, welk recht is van toepassing? Er ontstond een geschil over het afgeleverde werk, het voldeed niet volgens de Fransen. In het geschil bracht Hószig zijn algemene voorwaarden op, want in die algemene voorwaarden stelde Hószig, daarin stond een forumkeuze voor de rechter in Hongarije en dus zou de rechter in Frankrijk niet bevoegd zijn. Het Hof begint met uitleggen wat een forumkeuzebeding is, hoe het moet worden ingevuld. Dat moet verordeningsautonoom worden uitgelegd. Het moet in het licht van de doelstelling en de algemene structuur. En het interne recht, met name als het om vragen gaat of er overeenstemming is, speelt geen

rol. Dan zegt het Hof, de **daadwerkelijke instemming** van de betrokken partijen is een van de doelstellingen van artikel 25. De eis van de werkelijke instemming, dat wordt gerechtvaardigd door het streven de zwakste partij in zo'n overeenkomst te beschermen. Door te voorkomen dat partijen ongemerkt een forumkeuzebeding in hun overeenkomst opgedrongen krijgen. Daar is het schriftelijkheidsvereiste voor. In dit geval, zegt het Hof, zal de rechter moeten nagaan of dat forumkeuzebeding daadwerkelijk voorwerp is geweest van de wilsovereenstemming tussen partijen. Dat betekent, dat we moeten bekijken of die algemene voorwaarden ook onderwerp zijn geweest van bespreking, en of de wilsovereenstemming zich daartoe uitstrekt. In dit geval was het forumkeuzebeding vastgelegd in algemene leveringsvoorwaarden. Daar werd naar verwezen in de overeenkomsten die tussen partijen zijn vastgelegd. En die zijn ook steeds overgelegd. Dus die zijn steeds ter beschikking gesteld van de andere partij. Dus de overeenkomsten die tussen deze twee partijen zijn aangegaan, daarbij hoorden ook steeds algemene leveringsvoorwaarden, en daarin zat die forumkeuze. Daaruit volgt, dat voldaan is aan de vormvereiste. Dus de wilsovereenstemming van partijen is in dit geval aanwezig.

Andere zaak. HvJ EU 8 maart 18, C-64/17 (**Barbecue**). Hier ging het om aan de ene kant een Portugees bedrijf en aan de andere kant een Belgisch bedrijf. Dat Belgische bedrijf dat had zich gespecificeerd in het maken van barbecooks. En het Portugese bedrijf dat is een bedrijf dat dit soort apparatuur importeert in Portugal en van daaruit verder distribueert. In dit geval hebben partijen een distributieovereenkomst gesloten. De Portugese partij zou optreden als distributeur. De Belgische partij zou leveren als daarom wordt gevraagd vanuit Portugal. Er is geen schriftelijke overeenkomst aangegaan, maar er zijn wel steeds bestellingen geplaatst. En dan willen die Belgen van hun overeenkomst af. De Belg beëindigt de overeenkomst. De vraag is, is er wel of geen forumkeuze uitgebracht in algemene verkoopvoorwaarden die op een van de facturen is vermeld. Het Hof zegt dat de rechter moet nagaan om dat forumkeuzebeding daadwerkelijk onderwerp is geweest van gesprek. Is er wilsovereenstemming tussen deze partijen over dat forumkeuzebeding geweest. En dat moet ook tot uiting komen, in de vormvereiste van artikel 25. De vraag is of is voldaan aan dat schriftelijkheidsvereiste als je alleen maar verwijst naar algemene voorwaarden. Dus we hebben een mondeling gesloten overeenkomst. Die wordt beëindigd. Er zijn algemene voorwaarden die een forumkeuzebeding bevatten, maar die zijn alleen maar op facturen vermeld. Facturen van het leveren van gekochte goederen. En dan zegt het Hof, dat gaat te ver. Een forumkeuze beding in deze situatie, die worden vermeld op facturen en ze zijn niet ter beschikking gesteld, in zo'n geval is er dus niet voldaan aan het vereiste van artikel 25. Maar zegt het Hof, het staat vrij aan de rechter om daar nog eens goed naar te kijken. Dus het vast te stellen aan de hand van de feiten. Dus bij Barbecue zie je het dat het niet het gewenste effect heeft. Met andere woorden, het is dus van belang dat die algemene voorwaarden **daadwerkelijk ter beschikking** worden gesteld. Dan zou het wel goedgaan, want dan is er waarschijnlijk wel wilsovereenstemming.

Andere vraag, het kan natuurlijk zijn, meestal is dat zo, dat er een overeenkomst wordt gesloten tussen twee partijen en een van die bepalingen in de overeenkomst is die forumkeuzebepaling. Wat gebeurt er met die forumkeuzebepaling als de overeenkomst ongeldig blijkt te zijn? Daar ziet lid 5 van artikel 25 op. En dat zegt dus dat je die clause eruit moet lichten, en die moet je dus zelfstandig beoordelen op zijn geldigheid. Formeel en materieel.

Die forumkeuze moet dus zijn voor een lidstaatrechter. Het moet ook gaan om een bepaalde rechtsbetrekking. Interessant is dat het een exclusieve forumkeuze is, automatisch. Als partijen er niks over bepalen, dan is die forumkeuze exclusief. Dan mag je dus niet ook nog naar een andere rechter gaan, tenzij je dat doet met instemming van de andere partij. Maar je hoeft dus niet exclusief te bepalen dat hij exclusief is, dat is hij vanzelf. Woonplaats van partijen is irrelevant. Die materiële geldigheid

moet je aan de hand van Rome I, via boek 10 BW, beoordelen. De vorm moet voldoen aan een van de drie vereisten: schriftelijk (bevestigd, mag ook elektronisch), tussen partijen gebruikelijk of in de handelsbranche algemeen gebruikelijk.

Stilzwijgende forumkeuze

De verweerder verschijnt. Hij zegt niks over de bevoegdheid, dan betwist hij de bevoegdheid niet. En dan accepteert hij dus stilzwijgend de rechtsmacht van de rechter waar hij voor gedagvaard is. Daar ziet artikel 26 Brussel I bis op. Verschijnt hij om die bevoegdheid te betwisten, dan is artikel 26 uiteraard niet van toepassing.

Consumenten

De consumentenovereenkomst is een belangrijke overeenkomst. Daarvoor moet je naar artikel 17 Brussel I bis. Een overeenkomst gesloten door een consument voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd, daarvoor gelden afzonderlijke bevoegdheidsregels. In dat artikel staan drie mogelijkheden. Het eerste vereiste is dat we te maken hebben met een consument. En die consument moet dan ook nog eens niet voor zijn bedrijf of beroep handelen. De aard van de wederpartij is dus eigenlijk niet van belang. Van belang is, wat voor persoon dat is. Zo ging het in de zaak **Liposuctie fotomodel** (Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht, 7.8.2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3251) om een verkeerd uitgevoerde liposuctie van een fotomodel. Waardoor mevrouw geen opdrachten meer kreeg. Ze liet het een en ander in België verbouwen. Dat deden de Belgen niet helemaal correct. En vervolgens vorderde mevrouw schadevergoeding bij de Nederlandse rechter. Ze stelde dat zij als consument die operatie had laten uitvoeren. Maar, wat bleek in de procedure, uit de correspondentie tussen partijen bleek dat mevrouw de correcties vooral liet uitvoeren omdat ze dan daarmee voor haar werk betere opdrachten zou kunnen krijgen. Dus ze handelde niet privé, maar wel degelijk beroepsmatig. Ook in de zaak **Gruber/Bay Wa** (HvJ 21.1.2005, C-464/1) is die vraag aan de orde geweest. Het ging om het volgende. Het ging om een Oostenrijkse boer, meneer Gruber. Het dak van zijn boerderij moest nodig worden vervangen. Het is een bedrijfsgebouw en deels een woonhuis. Meneer Gruber ging naar een Duitse bouwmarkt, Bay Wa, en daar bestelde hij nieuwe dakpannen voor op zijn boerderij. Het ging nog per fax. Vervolgens worden die dakpannen afgeleverd in Oostenrijk. Dan gaan ze het dak vervangen en halverwege blijkt dat er een enorm kleurverschil zit in die dakpannen, dus dat dat ongelofelijk lelijk is. Gruber wil dan uiteraard zijn geld terug. Gruber heeft geen zin om naar de Duitse rechter te gaan. Gruber gaat naar de Oostenrijkse rechter. Gruber woont wel vlak aan de Duitse grens, vraag is of dat relevant is. Gruber gaat naar de Oostenrijkse rechter en stelt dat hij die dakpannen heeft gekocht, deels voor het bedrijf maar ook deels voor privé, en dat hij daarom consument is in de zin van artikel 17 Brussel I bis. Klopt dat? Daar zegt het Hof het volgende van. Ten eerste is het aan de zogenaamde consument om te bewijzen dat hij consument is. Dat betekent dat hij in dit geval moet aantonen dat wat hij gekocht heeft grotendeels bestemd is voor privédoeleinden. In dit geval gaat het om een kwart privé, dat is lang niet genoeg. De helft is ook niet voldoende volgens het Hof. Volgens het Hof zou het dan vooral privé moeten zijn, en zou er nog een klein stukje bij het bedrijf bij zijn, dan zou het gelden als een consumentenovereenkomst. Dus de Groningse tandarts die stoelen koopt in Duitsland, die stoelen koopt voor de wachtruimte, en vervolgens ontdekt dat er iets niet goed is met die stoelen, en de Duitse leverancier wil dagvaarden voor de Nederlandse rechter, die zal moeten aantonen dat hij het niet gekocht heeft voor zijn bedrijf, maar dat hij het voor privé heeft gekocht. Dat zal in dit geval niet meevallen. Dus daar begint het mee, hebben we wel te maken met een consument?

Verder, en dat blijkt uit **Kolassa**, is het vereist dat de overeenkomst waar het om gaat, ook met die partij rechtstreeks is gesloten. In Kolassa hadden we te maken met een Oostenrijkse partij, privépersoon woonachtig in Oostenrijk, die die stukken kocht die door Barclays op de markt waren gebracht. Maar

tussen de consument en Barclays was geen directe contractuele relatie. Die moet er wel zijn. Dat heeft het Hof expliciet bepaald in de Kolassa zaak. Je moet dus handelen als consument, voornamelijk. En er moet een rechtstreekse verbintenis uit de overeenkomst zijn, met deze wederpartij.

Artikel 17 noemt dan drie typen overeenkomsten. Voor ons is met name van belang die commerciële of beroepsactiviteiten ontplooid in c.q. gericht op lidstaat woonplaats consument. Dan moet je denken aan de Duitse ondernemer die hier in Groningen langs de deuren gaat en jou dingen probeert te verkopen. Dan hebben we te maken met een wederpartij die commerciële activiteiten ontplooit in de lidstaat van de consument.

Andere vraag is, hoe zit het dan met activiteiten die worden ontplooid via internet? Die vraag zullen we zo beantwoorden. Voordat we die vraag gaan beantwoorden is van belang dat je kijkt naar de bevoegdheidsregeling zelf, artikel 17 en 18. Dan zie je dat als je consument bent, en daarom is het zo belangrijk, dan is artikel 18 van toepassing. En dan kun je naar de eigen rechter, de rechter van het eigen woonland, om de wederpartij daarvoor te dagvaarden. Het kan zijn dat er in die overeenkomst, en die staat er bijna altijd in, een forumkeuze is opgenomen. Uiteraard voor een andere rechter dan de rechter van de woonplaats van de consument. Maar, die forumkeuze die kun je als consument gewoon negeren. Tenzij, dat zie je in artikel 19, die forumkeuze wordt gesloten na het ontstaan van het geschil. Dus de consument heeft de keuze; hij kan naar zijn eigen rechter of naar de rechter van de andere partij. De andere partij kan alleen maar naar de woonplaats van de consument. Dus je bestelt iets online. Het voldoet niet, je betaalt niet. Als de andere partij dan zijn geld wil halen, dan zal hij dus naar de Nederlandse rechter moeten. Ook die consumentenbepaling heeft een eigen formeel toepassingsgebied, namelijk de woonplaats van de consument. Heeft de consument woonplaats op het grondgebied van een lidstaat, dan zijn deze bevoegdheidsregels van toepassing.

De vraag is, er staat in artikel 17 lid 1 sub c dat voor consumentenovereenkomsten die afwijkende bevoegdheidsregeling geldt als de overeenkomst is gesloten met een persoon die commerciële activiteiten ontplooid in een lidstaat waar de consument woonplaats heeft. Of dergelijke activiteiten, dus die commerciële activiteiten, met ongeacht welke middelen, ook richt op die lidstaat. Dan hebben we het over internet.

Pammer en Hotel Alpenhof

Wanneer hebben we nou te maken met het richten van commerciële activiteiten op een lidstaat? Die kwestie is aan de orde geweest in het arrest Pammer en Hotel Alpenhof. Zijn twee gevoegde zaken. Twee compleet verschillende zaken, maar wel over dezelfde vraag. Bij de casus Pammer ging het om een Oostenrijker, Pammer, die heeft een vordering ingesteld tegen de rederij Carl Zluter, en dat is een in Duitsland gevestigde onderneming. Wat heeft Pammer gedaan? Die heeft bij Carl Zluter een reis geboekt, normaal gesproken doen mensen dat via cruiseschips, maar het leek Pammer leuk om met een vrachtschip mee te varen. Pammer heeft dus bij Zluter bedongen dat hij een reis per vrachtschip zou maken van Italië naar het verre Oosten. Daarvoor hebben partijen ook een overeenkomst gesloten. En die overeenkomst, die reis had Pammer geboekt via een in Duitsland gevestigde onderneming. Een tussenpersoon, en die was met name actief via internet. Wat stond er nou als beschrijving van de reis? Daar stond in dat het schip beschikt over een sportzaal, een buitenzwembad, een zitkamer in de kamer, televisie, en er wordt melding gemaakt van 3 2-persoons hutten. Er wordt een hele luxe reis omschreven, aan bord van het vrachtschip. Meneer Pammer komt dus in Italië bij de Haven en daar ziet hij het schip liggen. Meneer Pammer gaat aan bord, en dan blijkt dat het allemaal niet aanwezig is. Dus zegt Pammer dat hij niet aan bord gaat. Hij vordert terugbetaling van de prijs die hij had betaald voor de reis. Hij had 5000 euro betaald voor de reis. Zluter wil hem alleen maar 3,5 duizend euro teruggeven. Dat neemt deze

Oostenrijker niet en hij gaat naar de rechter in Oostenrijk. Hij zegt dat hij consument is. Zluter zegt van niet, dat kan wel zijn, maar hij heeft zich niet gericht op Oostenrijk met zijn website, dus is niet voldaan aan het vereiste van richten met je website op een lidstaat. De tweede zaak, die van Hotel Alpenhof, gaat om een hotel. Hotel Alpenhof is in dit geval een Oostenrijks hotel in Oostenrijk gelegen. Die stelt een vordering in tegen een consument, dus dat is andersom. Die consument is meneer Heller, die komt uit Duitsland. Heller die heeft dit hotel leren kennen via een internetsite. Heller heeft meerdere kamers geboekt voor een week, en zijn boeking en de bevestiging van die boeking heeft plaatsgevonden via email. Die website vermeldt een emailadres waar je dat kunt boeken. Je had nog geen boekingsystemen. Heller vond het hotel niet zo goed. Heller heeft het hotel verlaten zonder de rekening te betalen, ondanks het feit dat hotel Alpenhof zei dat ze korting konden geven. Heller is gewoon weggegaan. Daarop dagvaardt hotel Alpenhof de consument, meneer Heller voor de Oostenrijkse rechter. En Heller die werpt dan uiteraard de exceptie van onbevoegdheid op, en zegt dat we hier te maken hebben met hotel Alpenhof met een website, waarmee hij zich heeft gericht op hem de consument, niet alleen in Oostenrijk maar ook in Duitsland. Dan komt de vraag bij het Hof, wanneer richt een website zich nou op een lidstaat van de consument? Allereerst is van belang dat onderneming zijn wil tot uitdrukking moet hebben gebracht via die website om commerciële betrekkingen aan te gaan met consumenten in andere lidstaten. Dus het hebben van een website is niet voldoende. Je moet op die website, als ondernemer, moet je je wil om ook met mensen uit andere lidstaten relaties aan te gaan, die moet je daarop tot uitdrukking brengen. Dus je moet te kennen geven dat Duitsers ook welkom zijn. De vraag is natuurlijk, hoe doe je dat? Het Hof zegt, de loutere toegankelijkheid van zo'n website is niet voldoende. Want websites zijn vanuit overal te benaderen. Hij moet dus die wil tot uitdrukking brengen. Dus, zegt het Hof, we moeten kijken of die ondernemer voordat hij die overeenkomst ging sluiten op een of andere manier die wil tot uitdrukking heeft gebracht. Zijn er aanwijzingen te vinden waaruit blijkt dat hij van plan was om handel te drijven met consumenten uit een andere lidstaat. Dus was hij bereid om dat te doen. Wat is daarvoor van belang? De vermelding op een internetsite van een e-mailadres met .at erachter, dus voor Oostenrijk, dat is niet voldoende. Opgeven van telefoonnummer, Oostenrijks telefoonnummer op de website is niet voldoende. Maar, als je daarvoor + en dan het landnummer, dan zijn we een stukje verder. Een duidelijke uitdrukking van deze wil om met partijen uit andere lidstaten een overeenkomst aan te gaan, is natuurlijk als je het met zoveel woorden zegt. Dat kan ook tot uitdrukking komen in de manier waarop je zoekmachineadvertentiedienst inricht. Maar, er zijn nog meer aanwijzingen. Het kan zijn dat de onderneming niet alleen maar zegt .nl, maar hij gebruikt .com of .eu. Daar zou al een aanwijzing in kunnen liggen. Het kan ook zijn dat er een routebeschrijving op de website staat, en die routebeschrijving is niet alleen in Oostenrijk, maar ook vanuit Nederland. Het kan zijn dat er in het land van de ondernemer nog met een bepaalde muntsoort wordt betaald, maar dat je ook met een andere muntsoort mag betalen. Vermelding van het telefoonnummer met internationaal kengetal is een sterke aanwijzing. De manier waarop die zoekmachines worden ingericht. En een ander topleveldomeinnaam (.com of .eu) is een belangrijke aanwijzing. Dit is een niet uitputtende lijst, er zouden dus ook nog andere aanwijzingen kunnen zijn. Dat betekent in dit geval, dat hotel Alpenhof had op zijn website uitdrukkelijk allerlei teksten staan die ook bestemd waren voor consumenten uit andere lidstaten. Dus de Oostenrijkse rechter was niet bevoegd. En in het geval van Pammer, als de manier waarop er wordt geadverteerd duidelijk gericht was op consumenten uit andere lidstaten, dan betekent dat dus dat die Italiaan inderdaad bij zijn eigen rechter terecht kan.

Consumenten

De vraag is nog even, is nou vereist dat die overeenkomst op afstand wordt gesloten? Het kan zijn dat iemand een prachtige website heeft. Die richt zich helemaal op de consument in andere lidstaten, maar is dan ook vereist dat via internet die overeenkomst wordt gesloten? Geniet je alleen dan de bescherming van artikel 18 en 19? Die kwestie kwam aan de orde in de zaak **Mühlleitner/Yusufi** (HvJ 6.9.2012, NJ

2013/79). Het ging om alweer een Oostenrijkse mevrouw, die was toe aan een nieuwe auto. En ging daarom naar de Duitse website mobile.de. Deze Oostenrijkse mevrouw, woonachtig in Oostenrijk, mevrouw Mühlleitner, die vond een prachtige Duitse auto op de website van de gebroeders Yusufi. Yusufi is een auto detailhandel in Hamburg. Mevrouw Mühlleitner ziet dan een mooie Mercedes, en belt vervolgens naar Yusufi en vraagt of de auto nog beschikbaar is. Yusufi zegt dat hij net is verkocht, maar dat ze nog een andere hebben. Het telefoonnummer is aangeduid met +49, het landnummer. Verder staat er weinig op de website. Yusufi verkoopt graag auto's en ook graag aan Oostenrijkers. Mevrouw Mühlleitner reist naar Hamburg om te kijken of die andere auto ook interessant is. Ze komt in Hamburg en koopt een auto voor 11,5 duizend euro. Die rekent ze daar contant af. Vervolgens rijdt ze terug naar Oostenrijk. Dan is ze amper de grens over, en dan blijkt dat de auto ernstige motorschade heeft. Mühlleitner gaat dan vervolgens naar de Oostenrijkse rechter. En stelt dat ze consument is, want Yusufi heeft zich gericht met zijn website op de consument in Oostenrijk. Yusufi zegt dat deze overeenkomst niet tot stand is gekomen via die website. Deze auto is niet aangeboden via de website. Mevrouw heeft opgebeld en vervolgens is ze naar Duitsland toegereden en heeft ze daar die auto gekocht. Dus geen richten op, want de overeenkomst moet dan in het vervolg daarop om hetzelfde goed gaan en ook nog eens op afstand worden afgesloten. En dan zegt het Hof, dat het voor de toepassing van artikel 17 niet vereist is dat die overeenkomst ook op afstand tot stand komt. Waar gaat het vooral om volgens het Hof? Het gaat erom dat die ondernemer aan het **vissen** is naar clientèle, niet alleen in Duitsland, maar ook in andere lidstaten. Dat doet hij door middel van zo'n website. Hij lokt klanten naar zijn bedrijf om daar vervolgens producten aan te verkopen. Dus dat is het criterium. Heb je een website die reclame maakt waar je je richt op consumenten in andere lidstaten, dan ben je aan het vissen naar klanten en valt die consument onder de bescherming van artikel 17.

Toepasselijke recht

Dan komen we bij het toepasselijke recht. Stel de Nederlandse rechter is bevoegd, dan is de volgende vraag welk recht moet hij dan toepassen? We hebben al een paar uitstapjes gemaakt naar de Rome I verordening. In de kwesties van toepasselijk recht, zijn twee vragen belangrijk. Mogen partijen zelf het toepasselijk recht aanwijzen? Dus hebben ze partijautonomie? En als ze geen rechtskeuze hebben uitgebracht, welk recht is dan van toepassing? Rechtskeuzebevoegdheid vind je in de Rome I verordening. Is er geen rechtskeuze, dan komen we bij de objectieve verwijzingsregel. Die zal in het algemeen zijn gebaseerd op het beginsel van de nauwste verbondenheid. Maar dat is dus wel een probleem. Want waar is nou de zetel van een overeenkomst? Is dat waar de overeenkomst is gesloten? De *lex loci contractus*, dus in de plaats van het sluiten van het contract. Of is dat de plaats waar hij moet worden uitgevoerd? De *lex loci solutionis*. In de literatuur is discussie over wat de zetel van de overeenkomst is en waar is hij het nauwst mee verbonden. In de Nederlandse literatuur is er een schrijver, meneer De Winter, en die heeft daar van alles over bedacht en die heeft onder andere samen met een Oostenrijker bedacht dat het moet gaan om de vraag waar de **kenmerkende prestatie** moet worden verricht. De kenmerkende prestatie bepaalt waar de overeenkomst zijn zetel heeft. De partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, waar die zijn gewone verblijfplaats heeft, het recht van dat land is van toepassing. De kenmerkende prestatie is het criterium waar het toepasselijke recht aan gebonden is. Wat is dan de kenmerkende prestatie? We hebben aan de ene kant de partij die iets koopt en een geldsom betaalt, en aan de andere kant een partij die iets levert? Welke is de kenmerkende prestatie? In principe niet de prestatie tot het betalen van een geldsom, en dus wel de prestatie die daar tegenover staat. Dus tot het leveren van een goed, of het verrichten van een dienst. Het zwaartepunt ligt bij de kenmerkende prestatie, waar die zijn **gewone verblijfplaats** heeft. Die leer van die kenmerkende prestatie, of karakteristieke prestatie, is neergelegd in de Rome I verordening en ook in de voorganger van de Rome I verordening, namelijk in het Europees Overeenkomstenverdrag van 1980.

Toepassingsgebied Rome I-Vo.

Als we te maken hebben met een verordening, moet je altijd vaststellen wat het toepassingsgebied is. In de tijd, dus temporeel, welke onderwerpen, dus materieel en wat is het ruimtelijk bereik. Dus geldt hij alleen tussen bepaalde verdragsstaten, of heeft hij een universeel formeel toepassingsgebied. Artikel 28 van de verordening bepaalt dat de verordening van toepassing is op overeenkomsten gesloten op of na 17 december 2009. Dat betekent dus ook dat als we te maken met een duurovereenkomst, zoals bijvoorbeeld een huurovereenkomst of een arbeidsovereenkomst, en die overeenkomst is gesloten voor die datum, dat dan de verordening niet van toepassing is. Dan blijft het Europees Overeenkomstenverdrag van toepassing. Het moment van sluiten is bepalend. Materieel, het gaat om verbintenissen uit overeenkomsten. Een aantal uitgesloten onderwerpen, hebben we gezien. Formeel vinden we in artikel 2, het heeft een universeel formeel toepassingsgebied. Denk erom, als het gaat om koop, zeker als het gaat om koop van roerende lichamelijke zaken, dan moet je eerst nagaan of het **Weens Koopverdrag 1980** misschien van toepassing is. Want het Weens Koopverdrag bevat regels van **eenvormig privaatrecht**. Als een situatie binnen het toepassingsgebied valt van dat verdrag, dan hebben we dus te maken met eenvormig privaatrecht tussen de partijen, dan is er dus geen wetsconflict. Dan is er geen rol voor de Rome I verordening. Eenvormig privaatrecht gaat voor het IPR. In het Weens Koopverdrag vinden we het materieel toepassingsgebied in artikel 1. Als het gaat om een koopovereenkomst betreffende roerende zaken, tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn, dan is het verdrag van toepassing. De staten die partij zijn, zegt sub a, bij het verdrag. Dus zijn koper en verkoper ieder gevestigd in een verdragsluitende staat, dan is het Weens Koopverdrag van toepassing. En dan gelden dus al die materiele regels van koop die in het verdrag zijn opgenomen. Maar het kan ook zijn dat een van beide partijen maar gevestigd is in een verdragsluitende staat, en dat dus op grond van lid 1 sub a het verdrag niet van toepassing is. Maar dan is er nog een mogelijkheid in sub b, want als volgens het IPR het recht van een verdragsstaat van toepassing is, dan geldt het verdrag ook. Dus, zijn we bij de Nederlandse rechter, en komt de vraag op welk recht van toepassing is op een koopovereenkomst van roerende zaken, en het is een koopovereenkomst die niet een consumentenovereenkomst is, dan moet je dus eerst kijken of we te maken hebben met een geval dat valt binnen het toepassingsgebied van het Weens Koopverdrag. Als het niet onder a valt, zou het misschien onder b kunnen vallen. Dan moet je eerst naar de Rome I verordening. Als op grond van de verwijzingsregel van de Rome I verordening vervolgens het Nederlandse recht van toepassing is, dan moeten we kijken of Nederland partij is bij het Weens Koopverdrag. En dan zie je staan dat het Koninkrijk sinds 1992 al partij is bij het Weens Koopverdrag. Het verdrag gaat dan voor.

Systeem

Het systeem van de Rome I verordening. Ook hier zie je een splitsing tussen het toepasselijke recht op het bestaan en de geldigheid (artikel 10) van de overeenkomst en op de vorm (artikel 11).

Objectieve conflictregel

Voor je objectieve conflictregel moet je naar artikel 4. Die hebben we ook gezien in het kader van de distributieovereenkomst. In lid 1 vinden we een hele reeks specifieke overeenkomsten. Waar dan ook een specifieke conflictregel voor is. Heb je te maken met een overeenkomst die niet in een van die categorieën valt, dan moet je lid 2 toepassen. Dat wil zeggen dat dan het recht van het land waar de partij gevestigd is, gewone verblijfplaats heeft, die de kenmerkende prestatie verricht. Daarvan kan nog weer worden afgeweken, maar dan moet er overduidelijk een ander land nauwer verbonden zijn, dus in het geval van lid 3. Dan is er nog een ontsnappingsmogelijkheid in lid 4.

Bijzondere bepalingen

Er zijn bijzondere bepalingen opgenomen ten aanzien van consumenten, in artikel 6 Rome I. Artikel 6 is exact dezelfde regeling als de regeling van artikel 17 t/m 19 Brussel I bis. Dus hetzelfde consumentenbegrip, hetzelfde begrip van richten op een consument in een lidstaat. Dat is van belang omdat de consument in de zin van artikel 6 Rome I, niet de bescherming kan verliezen die hij geniet onder het objectief toepasselijke recht. Voor de arbeidsovereenkomst geldt ook een speciale regeling (artikel 8). Die is hetzelfde als de regeling in de Brussel I bis verordening (artikel 20-23). En voor verzekeringen ook, artikel 7 Rome I en artikelen 10-16 Brussel Ibis. Samenloop op het gebied van bevoegdheid en het toepasselijke recht.

Gewone verblijfplaats

Artikel 4, lid 2 en ook verder in de vordering, daar zie je staan dat het recht waar de partij die de kenmerkende prestatie zijn gewone verblijfplaats heeft. Gewone verblijfplaats wordt nader gedefinieerd in artikel 19. Dus daar moet je goed naar kijken.