

# Brexit: aanpassing van overeenkomsten vereist?

Bb 2016/73

## 1. Inleiding

Het feit dat een kleine meerderheid van het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) op 23 juni 2016 koos voor uittreden uit de Europese Unie (hierna: EU) houdt ook in 'contractenrechtland' de gemoederen bezig. Er wordt druk gespeculeerd over de juridische gevolgen nadat de uittreding van kracht is geworden. Zo ook op het gebied van reeds gesloten en nog te sluiten overeenkomsten. In deze bijdrage staan de auteurs stil bij de in het kader van deze discussie meest wezenlijke contractuele aspecten, te weten: de territoriale reikwijdte van overeenkomsten, het toepasselijk recht en de wijziging van de rechtsgevolgen van overeenkomsten door de Brexit. Hoe de verhoudingen precies zullen komen te liggen, zal afhangen van het scenario dat door het VK zal worden gekozen voor de toekomstige verhouding tussen het VK en de (landen die behoren tot de) EU. Pas op het moment dat de uittreding van kracht is geworden en helder is in welk Brexit-scenario het VK terecht zal komen, zal, ook voor het contractenrecht, geheel duidelijk zijn wat de juridische consequenties zijn. Vooruitlopend daarop willen de auteurs alvast stilstaan bij een aantal contractuele aspecten in het kader van overeenkomsten met partijen uit het VK waarover, ongeacht welk scenario door het VK zal worden gekozen, nu al het nodige kan worden opgemerkt.

## 2. Territoriale reikwijdte overeenkomsten

In tal van overeenkomsten is het gebruikelijk een bepaling op te nemen omtrent de territoriale reikwijdte. Daarmee wordt aangegeven binnen welk gebied activiteiten mogen worden ontplooid (of in geval van een non-concurrentiebeding: binnen welk gebied men zich dient te onthouden van bepaalde activiteiten). Denk daarbij bijvoorbeeld aan:

- distributieovereenkomst;
- agentuurovereenkomst;
- franchiseovereenkomst;
- non-concurrentieovereenkomst;
- licentieovereenkomst;
- verzekeringsovereenkomst (polis).

Gezien de op handen zijnde uittreding van het VK uit de EU is het raadzaam de bepalingen in overeenkomsten, die betrekking hebben op de contractuele territoriale reikwijdte, opnieuw te beoordelen en bij het sluiten van toekomstige overeenkomsten de Brexit in de overwegingen mee te nemen. Zo kan het voorkomen dat als territorium de Europese Unie wordt genoemd het VK na de Brexit dus niet meer tot het gebied behoort waarbinnen activiteiten mogen worden ontplooid (of andersom: het VK ineens buiten de gebieden valt waar men zich dient te onthouden van bepaalde activiteiten).

<sup>1</sup> Mariska Nijenhof-Wolters en Marcel Ruygvoorn zijn beiden advocaat bij Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht.

## 3. Toepasselijk recht

Zowel in het geval partijen bij een overeenkomst een rechtskeuze hebben gemaakt, als in het geval waarin zij dat niet hebben gedaan of er sprake is van een onrechtmatige daad, is het interessant om te bekijken welke gevolgen de Brexit heeft voor het toepasselijk recht. Na uittreding van het VK zullen Rome I<sup>2</sup> en Rome II<sup>3</sup>, de verordeningen voor de bepaling van het toepasselijk recht, immers komen te vervallen voor het VK. Hieronder staan wij achtereenvolgens stil bij de situatie dat een geschil voorligt aan een rechter uit het VK en: (1) er een rechtskeuze is gemaakt voor het recht van een land niet zijnde het VK; (2) er een rechtskeuze is gemaakt voor het recht van het VK; en (3) er geen rechtskeuze is gemaakt of er sprake is van een vordering gegrond op een onrechtmatige daad.

### 3.1 Rechtskeuze voor het recht van een land niet zijnde het Verenigd Koninkrijk

Het recht dat van toepassing is op internationale overeenkomsten wordt door rechters in lidstaten van de EU, dus nu ook nog door rechters uit het VK, vastgesteld volgens Verordening (EG) nr. 593/2008 (Rome I).

Rome I bevat objectieve verwijzingsregels die bepalen welk recht op een internationale overeenkomst van toepassing is (artikel 4 e.v. Rome I). Een stap voorafgaand aan de toepassing van objectieve verwijzingsregels, betreft nog een beoordeling of een rechtskeuze is overeengekomen (artikel 3 Rome I).

Partijautonomie staat voorop onder Rome I. De contractspartijen zijn dus in beginsel vrij ieder willekeurig rechtsstelsel te kiezen, ook dat van staten die geen lid van de Europese Unie zijn (artikel 2 Rome I). Er bestaan echter voorrangregels en (dwingende) bepalingen van nationaal en Unierecht die het effect van de rechtskeuze kunnen beperken, doordat zij, ongeacht het door partijen gekozen recht, op de overeenkomst van toepassing zijn.

Vanaf het moment dat de Brexit van kracht is, zal Rome I in relatie tot het VK in beginsel niet meer van toepassing zijn en zal de rechter in het VK naar het eigen internationaal privaatrecht moeten beoordelen of de gemaakte rechtskeuze effect sorteert. De verwachting is dat een rechtskeuze voor het recht van een land niet zijnde het VK ook naar het (toekomstige) internationaal privaatrecht van het VK geldig zal zijn (ongeacht voor welk post-Brexit scenario het VK). Net zoals onder Rome I zal daarin naar alle waarschijnlijkheid de partijautonomie voorop staan. Wanneer partijen hebben gekozen voor het recht van een bepaald land, zal de rechter die afspraak naar alle waarschijnlijkheid dus respecteren,

<sup>2</sup> Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

<sup>3</sup> Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

tenzij sprake is van strijd van materieelrechtelijke bepalingen van het gekozen rechtsstelsel met dwingend recht in het VK.

### 3.2 *Rechtskeuze voor het recht van het Verenigd Koninkrijk*

Een rechtskeuze voor het recht van het VK zal naar verwachting ook na de Brexit geldig zijn. Deze rechtskeuze kan heel bewust zijn gemaakt op basis van het thans geldende recht in het VK. Afhankelijk van het door het VK gekozen scenario voor na de uittreding, kan het geldende recht echter ingrijpend veranderen.

Zo zullen verordeningen wegvallen en in het geval daar geen alternatief voor komt, kan het voorkomen dat een rechtskeuze voor het recht van het VK materieelrechtelijk anders uitpakt dan op voorhand gedacht. Ook moet rekening worden gehouden met veranderingen op het gebied van reeds geïmplementeerde richtlijnen (zoals bijvoorbeeld de richtlijnen met betrekking tot het consumentenrecht). Zal het VK deze implementaties terugdraaien? Het is goed hiermee rekening te houden bij het sluiten van toekomstige overeenkomsten (en wellicht is het zelfs aan te bevelen om reeds bestaande overeenkomsten nog eens tegen het licht te houden indien heronderhandeling mogelijk is). Naar onze mening is dat op dit moment echter nog zeer lastig. Het is aan te bevelen de ontwikkelingen ten aanzien van het uitreden van het VK uit de EU nauwlettend in de gaten te houden om te bezien of op enig moment bepaalde gevolgen al duidelijk worden zodat daarmee rekening kan worden gehouden in geval van een rechtskeuze voor het recht van het VK.

### 3.3 *Geen rechtskeuze of vordering gegrond op onrechtmatige daad*

Indien contractspartijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, wordt op dit moment het toepasselijke recht bepaald aan de hand van de bepalingen van Rome I. In het geval van een onrechtmatige daad wordt het toepasselijke recht bepaald aan de hand van Rome II. Vanaf de Brexit vallen deze verordeningen in relatie tot het VK weg en zullen deze gevallen worden beoordeeld naar het internationaal privaatrecht van het VK. Het is op dit moment niet te voorspellen tot welk toepasselijk recht de rechter dan zal komen, zij het dat wij verwachten dat zoveel mogelijk zal worden aangesloten bij de regelingen zoals vervat in Rome I en Rome II. Al was het maar om niet al te veel uit de pas te lopen met de EU lidstaten.

Indien de wens bestaat om zo min mogelijk risico te lopen op toekomstige verrassingen, is het aan te bevelen om, indien mogelijk, in toekomstige overeenkomsten een rechtskeuze voor het recht van een land niet zijnde het VK overeen te komen. Voor reeds bestaande overeenkomsten zonder rechtskeuze die niet kunnen worden heronderhandeld, toekomstige overeenkomsten zonder rechtskeuze en vorderingen uit onrechtmatige daad, is het helaas nog onzeker wat de toekomst brengt op het moment dat het VK besluit niet aan te sluiten bij de bepalingen zoals die nu in Rome I en II zijn verwoord. Ons vermoeden is weliswaar dat het

internationaal privaatrecht van het VK grotendeels zal aansluiten bij (de uitgangspunten van) Rome I en Rome II, maar de grootste onzekerheid schuilt wat ons betreft in de eventuele materieelrechtelijke aanpassingen in het toekomstige (verbintenissen)recht in het VK, waarbij wij dan met name denken aan consumentenbescherming.

## 4. **Wijziging van de rechtsgevolgen van overeenkomsten door de Brexit**

Het kan voorkomen dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst (ongewild en nadelig) wijzigen na de Brexit (als gevolg van het wegvallen van verordeningen, terugdraaien van richtlijnimplementaties en/of nieuwe wetgeving). Denk bijvoorbeeld aan de volgende situaties:

- wisselkoersfluctuaties;
- de reikwijdte van exoneratieclausules (bijvoorbeeld in het licht van de "Unfair Contract Terms Act");
- de geldigheid van jurisdictieclausules (en geschillenbeslechting in het algemeen), etc.

Het is aan te bevelen om voor toekomstige overeenkomsten en overeenkomsten die nog kunnen worden heronderhandeld de mogelijkheid te overwegen om een clause op te nemen die het recht geeft de overeenkomst (tussentijds) te beëindigen of de overeenkomst aan te passen in geval de rechtsgevolgen van de overeenkomst wijzigen als gevolg van de Brexit.

Naast de standaard "Severance clause" kan worden gedacht aan een clause als hieronder opgenomen, waarbij overigens zij opgemerkt dat wij niet pretenderen dat deze clause in alle jurisdicties ook het beoogde rechtsgevolg zal hebben:

"In the event the execution of this contract is, in any way, substantially affected in relation to either party as a consequence of the UK invoking Art. 50 of the Lisbon Treaty, each party can inform the other party thereof in writing, upon which the parties shall enter into good faith negotiations with the aim of mitigating the consequences thereof. In the event the parties can not reach mutual agreement in respect thereto within 30 days as of receipt of the aforementioned notice by the other party, each party is entitled to terminate this contract, without being liable to the other party for any loss or damages suffered as a consequence thereof and taking into account a 30 calendardays notice period."

## 5. **Conclusie**

Helder is dat er op korte termijn nog niet veel zal veranderen. Het is op dit moment nog in het geheel niet duidelijk welke veranderingen de Brexit zal gaan brengen en wanneer. Heel veel concreter dan voorgaand kunnen wij dan ook (nog) niet zijn. Er is immers nog niet bepaald welk scenario het VK zal gaan uitvoeren en in hoeverre men wil blijven aansluiten bij de (bestaande en toekomstige) ontwikkelingen in de Europese Unie op het gebied van het contractenrecht en internationaal privaatrecht. Het is zaak de ontwikkelingen

te blijven volgen om zo, waar nodig en mogelijk, bestaande overeenkomsten te heronderhandelen en voor toekomstige overeenkomsten weloverwogen keuzes te maken.

Op dit moment signaleren wij dat in elk geval nagedacht moet worden over bepalingen ten aanzien van de territoriale reikwijdte en het toepasselijk recht. Met het toepasselijk recht hangt vervolgens weer samen welke gevolgen een overeenkomst zal c.q. kan hebben. Afhankelijk van de situatie na de Brexit kan een voordien gesloten overeenkomst namelijk best eens andere rechtsgevolgen hebben dan gedacht door bijvoorbeeld het wegvallen van verordeningen of het terugdraaien van richtlijnimplementaties. In dat verband kan worden nagedacht over het opnemen van een clause die eventuele nadelige rechtsgevolgen van de Brexit mitigeert doordat wordt afgesproken dat partijen bij het zich voordoende van nadelige rechtsgevolgen heronderhandelen of dat partijen de overeenkomst mogen beëindigen.