

# Nieuwsbrief

## Bedrijfsjuridische berichten

1 november 2016/nr. 22

### Themanummer

## Brexit

- 69 **Redactioneel:** Brexit: Expect the Unexpected / p. 239
- 70 **Inleidende bijdrage:** Het hoe en wat van de Brexit / p. 240  
*Mr. L.E.J. Korsten en mr. M van Wanroij*
- 71 **Arbeidsrecht:** Arbeidsrechtelijke consequenties van de Brexit / p. 248  
*Mr. A. Roukema*
- 72 **Consumentenrecht:** Brexit en consumentenrecht: much ado about nothing? / p. 251  
*Dr. C. Jeloschek*
- 73 **Contractenrecht:** Brexit: aanpassing van overeenkomsten vereist? / p. 254  
*Mr. M.I. Nijenhof-Wolters en mr. dr. M.R. Ruygvoorn*
- 74 **Financieel recht:** Brexit: financieelrechtelijke gevolgen / p. 257  
*Mr. J. Tegelaar en prof. mr. M. Haentjens*
- 75 **Fiscaal recht:** Brexit: belasting, accijnzen, heffingen / p. 261  
*Prof. mr. S.C.W. en Douma en prof. mr. H. Vermeulen*
- 76 **Intellectueel Eigendomsrecht:** Brexit: Mogelijke gevolgen voor het intellectuele eigendomsrecht / p. 263  
*Mr. S.D. Brommersma en mr. P.L. Reeskamp*
- 77 **Milieurecht:** Mogelijke milieurechtelijke gevolgen voor het bedrijfsleven door de Brexit; afval als aandachtspunt en gevolgen level playing field grote industrie / p. 266  
*Mr. A Collignon en mr. A.B. Vos*
- 78 **Ondernemingsrecht:** Brexit: enkele ondernemingsrechtelijke aspecten / p. 268  
*Mr. H. Koster*
- 79 **Proces- en Insolventierecht:** De gevolgen van de Brexit voor de bevoegdheid van de rechter in procedures en faillissementen / p. 270  
*Mr. dr. F.P. van Koppen mr. R.P. Streng*
- 80 **UK perspective:** Brexit: The Key Issue for Business / p. 276  
*Mr. J. Forrest*

# Bedrijfsjuridische berichten

## Inhoud

Afl. 22 1 november 2016

### Themanummer: Brexit

- 69 Redactioneel**  
Brexit: Expect the Unexpected / p. 239
- 70 Inleidende bijdrage**  
Het hoe en wat van de Brexit / p. 240  
*Mr. L.E.J. Korsten en mr. M van Wanroij*
- 71 Arbeidsrecht**  
Arbeidsrechtelijke consequenties van de Brexit / p. 248  
*Mr. A. Roukema*
- 72 Consumentenrecht**  
Brexit en consumentenrecht: much ado about nothing? / p. 251  
*Dr. C. Jeloschek*
- 73 Contractenrecht**  
Brexit: aanpassing van overeenkomsten vereist? / p. 254  
*Mr. M.I. Nijenhof-Wolters en mr. dr. M.R. Ruygvoorn*
- 74 Financieel recht**  
Brexit: financieelrechtelijke gevolgen / p. 257  
*Mr. J. Tegelaar en prof. mr. M. Haentjens*
- 75 Fiscaal recht**  
Brexit: belasting, accijnzen, heffingen / p. 261  
*Prof. mr. S.C.W. en Douma en prof. mr. H. Vermeulen*
- 76 Intellectueel Eigendomsrecht**  
Brexit: Mogelijke gevolgen voor het intellectuele eigendomsrecht / p. 263  
*Mr. S.D. Brommersma en mr. P.L. Reeskamp*
- 77 Milieurecht**  
Mogelijke milieurechtelijke gevolgen voor het bedrijfsleven door de Brexit; afval als aandachtspunt en gevolgen level playing field grote industrie / p. 266  
*Mr. A. Collignon en mr. A.B. Vos*
- 78 Ondernemingsrecht**  
Brexit: enkele ondernemingsrechtelijke aspecten / p. 268  
*Mr. H. Koster*
- 79 Proces- en Insolventierecht**  
De gevolgen van de Brexit voor de bevoegdheid van de rechter in procedures en faillissementen / p. 270  
*Mr. dr. F.P. van Koppen mr. R.P. Streng*
- 80 UK perspective**  
Brexit: The Key Issue for Business / p. 276  
*Mr. J. Forrest*

Zie inhoud van deze uitgave ook op:  
[www.wolterskluwer.nl/navigator](http://www.wolterskluwer.nl/navigator)

NAVIGATOR



## Colofon

**Bedrijfsjuridische berichten (Bb)** verstrekt elke twee weken bondig en toegankelijk door deskundigen geselecteerde rechtsinformatie. Bb begeleidt opiniërend en voor de praktijk raadgevend de continue stroom aan juridisch nieuws op de terreinen die in het colofon zijn genoemd.

### Hoofredacteur

*Prof. mr. T.H.D. Struycken* (teun.struycken@nautadutilh.com), NautaDutilh, Universiteit Utrecht

### Redactie

#### Algemeen

mr. S. Schippers (simone.schippers@wessanen.com), Wessanen  
mr. J.M.F. Seligmann (jeroen.seligmann@asm.com), ASM International N.V.

**Aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht:** *mr. A.Ch.H. Franken* (stijn.franken@nautadutilh.com), NautaDutilh

*mr. P. van den Broek* (peter.van.den.broek@kvdl.nl), Kennedy Van der Laan

**Arbeidsrecht:** *mr. D.J. Rutgers*

(Dirkjan.Rutgers@rutgersposch.com), Rutgers & Posch

**Bestuursrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht:** *mr. A. Drahmman* (annemarie.drahmann@Stibbe.com), Stibbe

**Contractenrecht:** *mr. dr. M.R. Ruygvoorn* (marcelruygvoorn@vbk.nl), Van Benthem en Keulen

**Financieel recht:** *prof. mr. drs. M. Haentjens* (m.haentjens@law.leidenuniv.nl), Universiteit Leiden

**Goederen- en faillissementsrecht:** *mr. dr. F.P. van Koppen*

(frans.vankoppen@nautadutilh.com), NautaDutilh

**Intellectuele eigendom:** *mr. M.J. Odink* (Michiel.Odink@osborneclarke.com), Osborne Clarke

**Mededingings- en orderingsrecht:** *mr. L.E.J. Korsten*

(Leon.Korsten@dlapiper.com), DLA Piper

**Ondernemingsrecht:** *mr. H. Koster* (h.koster@uu.nl), Universiteit Utrecht

**Technologie, media en telecom:** *mr. R. Westerdijk*

(reinoud.westerdijk@kvdl.nl), Kennedy Van der Laan

### Medewerkers

**Aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht:** *mr. M. Franke*

(franke@fenderadvocaten.nl), Fender Advocaten

**Arbeidsrecht:** *mr. T.L.C.W. Noordoven* (tijmen.noordoven@rutgersposch.com), Rutgers & Posch

**Bestuursrecht:** *mr. A. Drahmman* (annemarie.drahmann@Stibbe.com), Stibbe

**Contractenrecht:** *mr. Mariska Nijenhof-Wolters* (mariskanijenhof@vbk.nl), Van Benthem & Keulen

**Huurrecht:** *mr. R.A. Veldman* (veldman@dvlp.nl), DVLP Advocaten,

**Ondernemingsrecht:** *mr. M.J.E. van den Bergh* (vandenbergh@hocker.nl), Höcker Advocaten

*mr. Y.A. Wehrmeijer* (y.wehrmeijer@houthoff.com) Houthoff Buruma

**Technologie, media en telecom:** *mr. M.I. Robichon-Lindenkamp*

(macteld.robichon@bureaubrandeis.nl), bureau Brandeis

### Redactiesecretaris

*Paul Hunink*, Uitgeef- en redactie bureau Kader 57, Deventer  
tel. 06 22690623, e-mail: p.hunink@kader57.nl

### Bedrijfsjuridische berichten is een uitgave van

Wolters Kluwer Postbus 23, 7400 GA Deventer.  
Uitgever: Henk Verbeek, e-mail: Henk.Verbeek@wolterskluwer.com

### Tarieven abonnementen

Raadpleegt u voor de abonnementsmogelijkheden en de bijbehorende prijzen onze shop: [www.wolterskluwer.nl/shop](http://www.wolterskluwer.nl/shop), zoeken op "Bb".

**Abonnementenadministratie:** voor vragen kunt u contact opnemen via [www.wolterskluwer.nl/klantenservice](http://www.wolterskluwer.nl/klantenservice)

**Gebruik persoonsgegevens:** Wolters Kluwer legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-)overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer worden gebruikt om u te informeren over onze relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact opnemen met klantenservice.

### Citeerwijze

*Bb* 2016/... (afkorting tijdschrift, jaartal/publicatienummer).

ISSN 0922-0852

# Brexit: Expect the Unexpected

Bb 2016/69

Redactioneel

De voor velen verrassende uitslag van het Brexit-referendum was voor de redactie en de uitgever aanleiding voor het uitbrengen van een Brexit-special van de Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische berichten.

Onmiddellijk na het Brexit-referendum op 23 juni 2016 gingen er, met name in Londen, stemmen op om de Brexit tegen te houden, door het negeren van de uitkomst van het referendum of door het houden van een tweede referendum. Inmiddels is echter duidelijk: de Brexit komt er, deze is politiek onvermijdelijk.<sup>1</sup>

Minder duidelijk is wat de juridische gevolgen van de Brexit zullen zijn. Tijdens *the Conservative Party Conference* in Birmingham van 2 tot 5 oktober 2016 heeft premier May aangekondigd dat het Verenigd Koninkrijk de 'article 50 notice' eind maart 2017 zal gaan indienen. Hiervan uitgaande zullen de Brexit-onderhandelingen tussen de Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk in de eerste helft van 2017 van start gaan en zal het vertrek van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie waarschijnlijk pas in de loop van 2019 zijn beslag krijgen. Voorlopig zal er dus nog geen duidelijkheid zijn over de juridische gevolgen van de Brexit. De Brexit-onderhandelingen zullen een langdurig en taai gevecht gaan opleveren. Als het aan May ligt kiest het Verenigd Koninkrijk noch voor het 'Noorse-model' noch voor het 'Zwitserse model', maar voor een eigen VK-variant. Of het Verenigd Koninkrijk hierin zal slagen valt nog te bezien: *it takes two to tango*.

Ook de politieke en sociaal-economische gevolgen van de Brexit zijn vooralsnog erg onduidelijk. Met name is onduidelijk of andere lidstaten de exit-route van het Verenigd Koninkrijk zullen volgen. De media staan bol van de onvrede over de Europese Unie. Het risico op versplintering van de Europese naoorlogse samenwerking is bepaald niet ondenkbeeldig.

In deze special van Bedrijfsjuridische berichten zal op hoofdlijnen worden ingegaan op de juridische achtergronden van de op handen zijnde Brexit en de mogelijke gevolgen die de Brexit op verschillende juridische terreinen kan hebben. In de inleidende bijdrage wordt aandacht besteed aan het Unierechtelijke kader van het Brexit-referendum en de post-Brexit scenario's. In de daaropvolgende bijdragen zal worden ingegaan op de mogelijke gevolgen van de Brexit voor enkele rechtsgebieden die voor de praktijkjurist van belang zijn. De laatste bijdrage is geschreven vanuit het perspectief van bedrijven met een vestiging in het Verenigd Koninkrijk.

De verschillende bijdragen beogen enig houvast te geven bij het in kaart brengen van de mogelijke gevolgen van de Brexit en het anticiperen daarop in onderhandelingen en bij het sluiten van contracten en het voeren van juridische procedures. De bijdragen zijn opgesteld in de maand september 2016. De redactie zal de ontwikkelingen rondom de Brexit uiteraard blijven volgen en aandacht aan de Brexit blijven besteden.

Namens de redactie  
Léon Korsten

1 In juli 2016 is in Londen een juridische procedure ahangig gemaakt waarvan de inzet is dat de 'article 50 notice' namens het Verenigd Koninkrijk uitsluitend door het parlement en niet door de premier of de regering mag worden gedaan. De verwachting van de eisers in deze procedure is dat in het parlement de vereiste meerderheid zal ontbreken. De uitkomst van de procedure wordt eind 2016/begin 2017 verwacht.

# Het hoe en wat van de Brexit

Bb 2016/70

In deze inleidende bijdrage zullen wij kort ingaan op de achtergrond en de eerste gevolgen van het Brexit-referendum, het Unierechtelijke kader van de Brexit en de meest genoemde post-Brexit scenario's.

## 1. Brexit-referendum: Leave

De uitkomst van het Brexit-referendum op 23 juni 2016 kwam voor de meesten van ons volkomen onverwacht: 51,9% stemde *Leave* en 48,1% stemde *Remain*. En dat terwijl de avond tevoren vriend en vijand rekende op een 52/48 uitslag in het voordeel van *Remain*. In de politieke commentaren volgend op de Brexit-uitslag was er veel aandacht voor de grote verdeeldheid binnen het Verenigd Koninkrijk. Zo waren er tegenstellingen te zien tussen Londen (60% *Remain*) en de rest van het VK (52% *Leave*); tussen met name Engeland (53% *Leave*) en Wales (53% *Leave*), tegenover Schotland (62% *Remain*) en Noord-Ierland (56% *Remain*);<sup>2</sup> tussen jongeren die overwegend tegen de Brexit waren (maar waarvan er velen geen stem hebben uitgebracht) en ouderen die overwegend voor de Brexit waren.

Volgens sommige commentatoren is de uitslag van het referendum een uiting van diepe onvrede in de samenleving en een voorbode van een verdere tweedeling tussen arm en rijk. Volgens deze commentatoren is het gevaarlijk om de succesvolle Brexit-campagne af te doen als populisme: dat de onvrede van de kiezer met de bestaande (EU-)orde niet genegeerd kan c.q. mag worden. Een stap verder en we zitten midden in de discussie over de (ongelijke) verdeling van welvaart (Piketty) en een dreigende ineenstorting van het westerse kapitalistische model.<sup>3</sup>

Het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) is lid van de Europese Unie. Het VK bestaat uit: Engeland, Wales, Schotland (tezamen ook: Groot-Britannië) en Noord-Ierland. Daarnaast zijn er veertien overzeese gebiedsdelen (*British Overseas Territories*; hierna: BOT), die onder de jurisdictie en soevereiniteit van het VK vallen. Het EU-lidmaatschap van het VK geldt alleen voor Gibraltar, niet voor de overige BOT (waaronder bijvoorbeeld de Falklandeilanden en de Kaaimaneilanden). De kanaal eilanden *Isle of Man*, *Jersey* en *Guernsey* zijn zogeheten *Crown Independencies*

en maken noch van het VK, noch van het BOT deel uit. Zij vallen dan ook niet onder de reikwijdte van het EU-lidmaatschap van het VK. Niettemin gelden enkele onderdelen van de EU-wetgeving wel voor de *Crown Independencies*, zoals het vrij verkeer van goederen; zie o.a. artikel 355 lid 5 onder c van het Verdrag over de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

Meteen na het referendum zijn er (vele) stemmen opgegaan om een tweede referendum te houden omdat het verschil tussen *Remain* en *Leave* zo gering was, omdat de vraagstelling te simpel en misleidend was en omdat bij gebreke van een Brexit-roadmap volstrekt onduidelijk was wat een stem voor *Leave* feitelijk zou gaan inhouden. Voor een hernieuwd referendum bleek de overgrote meerderheid van de Engelse politici echter niets te voelen: een nieuw referendum zou ondemocratisch zijn en getuigen van minachting voor de kiezer. Kort na het referendum hebben meer dan 1.000 Britse advocaten een brief aan de regering gestuurd dat alleen het Britse parlement rechtsgeldig over een Brexit kan besluiten. Volgens deze advocaten was het Brexit-referendum slechts een raadgevend referendum en wordt het VK niet bestuurd door middel van volksraadplegingen, zoals bijvoorbeeld in Zwitserland in zekere mate wel het geval is. Naar verluidt zou in het Britse parlement slechts een kleine minderheid voor vertrek uit de EU zijn. Bij het afsluiten van deze bijdrage was echter één ding duidelijk, namelijk dat politiek gezien de aankomende Brexit een voldongen feit is.

## 2. Post-Brexit: Expect the Unexpected

Onmiddellijk na het Brexit-referendum ontstond in het VK, in Europa en elders in de wereld flinke beroering. Premier Rutte sprak na de uitslag van het referendum van een politieke, monetaire, constitutionele en economische ineenstorting van het VK. Het Britse pond daalde ten opzichte van de Amerikaanse dollar binnen de kortste keren bijna 10% in waarde (een *all-time low* in 31 jaar<sup>4</sup>), de aandelenkoersen van banken daalden in heel Europa (in het VK verrassend genoeg minder dan in de andere lidstaten) en de politiek was acuut in rep en roer: premier Cameron stelde zijn positie beschikbaar, "Brexiteer" Boris Johnson gaf niet thuis en de conservatieve Theresa ("Brexit means Brexit") May – die voor het referendum als *Home Secretary* (Minister van Binnenlandse Zaken) niet voor een Brexit was<sup>5</sup> – is inmiddels de nieuwe Britse premier, terwijl Boris Johnson de nieuwe *Foreign Secretary* (Minister van Buitenlandse Zaken) is.

Al vanaf het moment dat de uitslag van het Brexit-referendum bekend werd, wordt door Jan en alleman druk gespeculeerd over de kettingreacties die door de aankomende Brexit op gang kunnen komen. Economisch gezien wierp het Brexit-

1 L.E.J. Korsten is advocaat en partner bij DLA Piper Nederland N.V. (leon.korsten@dlapiper.com). Hij is gespecialiseerd in Europees en Nederlands mededingingsrecht, sectorregulering en handhaving. M. van Wanroij is advocaat en *legal director* bij DLA Piper Nederland N.V. (martijn.vanwanroij@dlapiper.com). Hij is gespecialiseerd in Europees en Nederlands mededingingsrecht, sectorregulering en handhaving. Met dank aan Chayenne Lavieren, studentstagiaire, die heeft ondersteund bij de voorbereiding van deze bijdrage.

2 Door een commentator als volgt samengevat: *the Brexit referendum has made clear that the UK is not a united nation-state, but a divided state of nations.*

3 Zo bijvoorbeeld de Engelse politiek-filosoof John Gray, bekend van *False Dawn*, *Straw Dogs* en *Black Mass*, op BBC Radio 4: [www.bbc.co.uk/programmes/p04119ms](http://www.bbc.co.uk/programmes/p04119ms).

4 Alhoewel het Britse pond duidelijk herstelde toen bleek dat de Bank of England de rente niet verlaagde.

5 Maar wel een groot probleem zag in massale immigratie: *Mass immigration making 'cohesive society' impossible.*

referendum zijn schaduw niettemin al vooruit: reeds in de aanloop naar het referendum werden tal van fusies, overnames en investeringsplannen in de ijskast gezet. Deze schadelijke economische effecten zijn na het referendum verder toegenomen: het heeft er alle schijn van dat de Brexit-uitslag niet alleen de *deal flow* en investeringen in het VK sterk onder druk zet, maar ook verhuizing van bedrijven van het VK naar het continent uitlokt. Zo zouden de Amerikaanse grootbanken zoals JP Morgan en Citibank de verhuisplannen – waar de werkgelegenheid van tienduizenden werknemers mee gemoeid is – al klaar hebben liggen.<sup>6</sup> Het wekt nauwelijks verbazing dat de prijzen van onroerend goed (woningen en kantoren) vervolgens sterk onder druk zijn komen te staan, met als eerste directe gevolg dat tal van onroerend goed beleggingsfondsen “op slot” gingen en beleggers niet meer naar believen konden “uitstappen”. De positie van banken en andere financiële dienstverleners blijft precair. Met de zwakke bankensector in Italië voorop. Banken en tal van politici stellen een hernieuwde ronde van staatssteun voor om herhaling van de bankencrisis te voorkomen. Maar Minister van Financiën Dijsselbloem, voorzitter van het overleg van de EU Ministers van Financiën, voelt daar niets voor: als het aan hem ligt moeten (eerst en vooral) de beleggers bloeden. Zoals aangegeven had de Brexit-uitslag ook acuut monetaire gevolgen in de vorm van een sterke waardedaling van het Britse pond, maar een verdere besmetting lijkt vooralsnog uit te blijven. Ofschoon in Italië al stemmen opgaan om uit de Eurozone te treden.

Ook de politieke gevolgen van het Brexit-referendum lijken moeilijk te voorspellen. In het VK dreigt een scheuring omdat de Schotten in de EU willen blijven.<sup>7</sup> Of het de Schotten lukt om na een Brexit lid van de EU te worden is onduidelijk. Een splijting van het VK zou afsplitsingen in andere landen, zoals Spanje (Catalonië, Baskenland) kunnen aanwakkeren. Ook voor de EU zelf vormt de Brexit een bedreiging: is de EU voldoende stabiel om de Brexit-storm uit te zitten of loopt de EU er mogelijk zelf schade door op? Er zijn tal van lidstaten waar binnen afzienbare termijn verkiezingen gehouden zullen worden, elk met een eigen “besmettingsgevaar”: Nederland in 2017, Frankrijk (zowel voor de President als voor de Assemblée Nationale) in 2017, Duitsland in 2017. De PVV en SP hebben al aangegeven een Nexit-referendum te willen houden. In Frankrijk stuurt het Front National van Marine Le Pen aan op een Frexit-referendum en in Italië wil Beppe Grillo, de leider van de *Movimento Cinque Stelle* (de 5 sterren beweging) dat er een Italexit (of *Italeave*)-referendum over het EU lidmaatschap komt.

6 Zie voor de impact van Brexit op de werkgelegenheid van de City, met thans nog ca. 360.000 banen in de financiële sector, bijvoorbeeld het door PwC in opdracht van CBI (de Engelse zusterorganisatie van VNO-NCW) opgestelde rapport: <http://news.cbi.org.uk/news/leaving-eu-would-cause-a-serious-shock-to-uk-economy-new-pwc-analysis/leaving-the-implications-for-the-uk-economy/>.

7 Bij het schrijven van deze bijdrage werd bekend dat premier May de Schotten wil “meenemen” in een Brexit, wat door critici werd uitgelegd als toekenning van een vetorecht aan de Schotten.

### 3. Artikel 50 EU Verdrag: doos van Pandora?

Onmiddellijk nadat de Brexit-uitslag bekend was geworden, sprak iedereen over artikel 50 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU), het artikel waarin de exit van lidstaten uit de Europese Unie wordt geregeld. Artikel 50 VEU luidt als volgt:

- “1. Een lidstaat kan overeenkomstig zijn grondwettelijke bepalingen besluiten zich uit de Unie terug te trekken.
2. De lidstaat die besluit zich terug te trekken, geeft kennis van zijn voornemen aan de Europese Raad. In het licht van de richtsnoeren van de Europese Raad sluit de Unie na onderhandelingen met deze staat een akkoord over de voorwaarden voor zijn terugtrekking, waarbij rekening wordt gehouden met het kader van de toekomstige betrekkingen van die staat met de Unie. Over dat akkoord wordt onderhandeld overeenkomstig artikel 218, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Het akkoord wordt namens de Unie gesloten door de Raad, die met gekwalificeerde meerderheid van stemmen besluit, na goedkeuring door het Europees Parlement.
3. De Verdragen zijn niet meer van toepassing op de betrokken staat met ingang van de datum van inwerkingtreding van het terugtrekkingsakkoord of bij gebreke daarvan, na verloop van twee jaar na de in lid 2 bedoelde kennisgeving, tenzij de Europese Raad met instemming van de betrokken lidstaat met eenparigheid van stemmen tot verlenging van deze termijn besluit.
4. Voor de toepassing van de leden 2 en 3 nemen het lid van de Europese Raad en het lid van de Raad die de zich terugtrekkende lidstaat vertegenwoordigen, niet deel aan de beraadslagingen of aan de besluiten van de Europese Raad en van de Raad die hem betreffen. De gekwalificeerde meerderheid wordt vastgesteld overeenkomstig artikel 238, lid 3, onder b van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
5. Indien een lidstaat die zich uit de Unie heeft teruggetrokken, opnieuw om het lidmaatschap verzoekt, is op zijn verzoek de procedure van artikel 49 van toepassing.”

Het Verdrag van Lissabon is een wijzigingsverdrag, getekend in december 2007 en in werking getreden op 1 december 2009. Het Verdrag van Lissabon heeft de twee eerder bestaande verdragen over EG en EU omgevormd tot respectievelijk het Verdrag betreffende de VEU en het Verdrag betreffende de werking van de VEU, maar het is dus niet hetzelfde als die twee verdragen:

- Verdrag van Rome (EEG Verdrag, 1958) – diverse tussentijdse wijzigingen t/m laatste versie EG Verdrag – gewijzigd door Verdrag van Lissabon tot het huidige VEU;



- Verdrag van Maastricht (EU Verdrag, 1993) – tussentijdse wijzigingen o.m. door Verdragen van Amsterdam en Nice – gewijzigd door Verdrag van Lissabon tot het huidige VEU.

Het VK is partij bij het VEU en het VwEU. Het VK heeft echter een aantal uitzonderingen op deze verdragen bedongen. De volgende onderdelen van het VEU en VwEU zijn daarom niet op het VK van toepassing:

- EMU (Eurozone).
- Schengenzone (douanevrij reizen).
- *Charter of Fundamental Rights* (het EU Grondrechtenhandvest).
- *Area of Freedom, Security and Justice* (justitiële samenwerking).

Het VK is in 1973, tegelijk met het EEG- (inmiddels EU-) lidmaatschap, ook lid geworden van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (hierna: Euratom). Formeel is Euratom een afzonderlijke internationale organisatie, hoewel deze in de praktijk sterk met de EU verweven is. Zo worden bijvoorbeeld de Europese instellingen “gedeeld” tussen beide organisaties. Artikel 50 VEU geldt formeel echter niet voor Euratom, en het Euratom verdrag voorziet niet in een vergelijkbare uitstapprocedure. Brexit betekent dus niet automatisch exit van het VK uit Euratom, terwijl het tegelijk moeilijk voorstelbaar is dat het VK na Brexit lid van Euratom zou blijven. Het Euratom lidmaatschap is een van de vele nog onopgeloste vragen omtrent de Brexit.

Menigeen politiek commentator leek zich te ontpoppen tot kenner van het Unierecht. Maar gezaghebbende bronnen voor de uitleg van artikel 50 ontbreken: er is geen (Europeesrechtelijke) parlementaire geschiedenis, is er geen enkele ervaring met artikel 50 VEU, er zijn geen rechterlijke uitspraken over artikel 50 VEU en er is slechts een handjevol commentaren op dit artikel verschenen.

De in *lid 2* van artikel 50 VEU genoemde kennisgeving (*notice*) heeft nadat de Brexit-uitslag bekend werd de meeste aandacht gekregen: wie kan de kennisgeving namens het VK doen? Het antwoord lijkt te zijn: de regering als officiële vertegenwoordiger lidstaat. Op welk moment moet deze kennisgeving worden gedaan? Hierover wordt in artikel 50 VEU niets bepaald. In de Engelse politiek is hier veel aandacht naar uitgegaan. De eerste politieke reacties vanuit het machtscentrum binnen de EU (de Duitse bondskanselier en leden van de Europese Commissie) leken erop te duiden dat er met de EU niet over de Brexit te onderhandelen valt vóórdat het VK de kennisgeving heeft ingediend. Vanwege de economische schade ten gevolge van aanhoudende onzekerheid en onduidelijkheid roepen vele politici, in koor met de Europese Commissie, dat het VK de artikel 50 VEU kennisgeving snel moet doen zodat de onderhandelingen over het vertrek van het VK uit de EU kunnen beginnen.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Volgens sommigen zou het VK gedwongen kunnen worden de artikel 50 kennisgeving – snel – in te dienen.

De in *lid 2* van artikel 50 VEU opgenomen verwijzing naar artikel 218 lid 3 van het VwEU betekent dat de Europese Commissie aanbevelingen doet aan de Raad van ministers en dat de Raad van ministers vervolgens een beslissing neemt over de leider en het team van de EU-onderhandelingsdelegatie.

In *lid 3* van artikel 50 VEU wordt bepaald dat het lidmaatschap van het VK eindigt (“de Verdragen zijn niet meer van toepassing”) na verloop van twee jaar na de in *lid 2* bedoelde kennisgeving, tenzij de Europese Raad met instemming van de betrokken lidstaat met eenparigheid van stemmen tot verlenging van deze termijn besluit.

In *lid 4* van artikel 50 VEU wordt bepaald dat de zich terugtrekkende lidstaat, ofschoon deze gedurende de exit-onderhandelingen nog een volwaardig EU-lid is, niet deelneemt aan de beraadslagingen of aan de besluiten van de Europese Raad<sup>9</sup> en van de Raad van ministers<sup>10</sup> die hem betreffen. In hoeverre het politiek en bestuurlijk haalbaar dat het VK op alle andere vlakken het spel vol mee blijft spelen valt moeilijk te voorspellen. Er gaan wel al stemmen op dat het VK zich als vertrekkende lidstaat op de vlakke zou moeten houden. Het bijna onmiddellijke vertrek van de Britse EU-commissaris Hill, houder van de zware portefeuille Financiële Stabiliteit, Financiële Diensten en Kapitaalmarktenunie, per 15 juli 2016 lijkt in dit opzicht een teken aan de wand. De vier grote fracties in het Europees Parlement hadden op zijn vertrek aangedrongen. Zij vonden dat Hill geen invloed meer moest hebben op nieuwe wet- en regelgeving waar het VK na het vertrek uit de EU niet meer aan gebonden is.<sup>11</sup>

### 3.1 UK Ministry of Brexit

Tijdens een Brexit-symposium op 4 juli 2016 in *Palais d’Egmond* in Brussel (met als titel *State of the Union*) zei Commissaris Margrethe Vestager (Mededinging) dat de exit-onderhandelingen ingewikkeld, langdurig en pijnlijk zullen worden. Zij vergeleek deze onderhandelingen met een vechtscheiding. Tegelijkertijd maakte zij duidelijk dat het VK er niet op kan rekenen dat de EU met het VK parallel aan de exit-onderhandelingen een traject over de post-Brexit zal uitonderhandelen: voordat over een post-Brexit kan worden gesproken en onderhandeld, zullen de exit en de condities daarvan immers eerst duidelijk moeten zijn. Voor het VK zullen de Brexit-onderhandelingen geleid gaan worden door David Davis, de nieuwe Brexit-minister in het kabinet van Theresa May. Na veel gespeculeer tijdens de zomermaanden ziet het er naar uit dat de Brexit-onderhandelingen begin 2017 officieel van start zullen gaan. Daarbij zullen voor de EU de Brexit-onderhandelingen

<sup>9</sup> De Europese Raad is de vergadering van regeringsleiders van de EU lidstaten. Het is in politiek opzicht het hoogste orgaan van de Europese Unie. De Europese Raad zet kort gezegd de grote lijnen uit, maar is niet betrokken bij de uitwerking daarvan in gedetailleerde wetgeving.

<sup>10</sup> De Raad van ministers, kortweg ook aangeduid als de Raad, voert samen met het Europees Parlement de wetgevings- en begrotingstaken uit. In de Raad zijn de regeringen van de EU lidstaten, via hun vakministers die verantwoordelijk zijn voor het voorliggende onderwerp, vertegenwoordigd. Als Minister van Buitenlandse Zaken van het VK zal Boris Johnson voor het VK regelmatig de vergaderingen van de Raad gaan bijwonen.

<sup>11</sup> Hill is inmiddels opgevolgd door King. Op 15 september 2016 heeft het Europees Parlement ingestemd met de aanstelling van Sir Julian King als de nieuwe EU-commissaris voor Groot-Brittannië. King is verantwoordelijk voor de nieuwe portefeuille “Veiligheidsunie”.

worden geleid door de voormalige Eurocommissaris voor de interne markt en financiële diensten Michel Barnier.

Procedure in een notendop:

1. Het VK doet formeel melding aan de Europese Raad van haar beslissing om zich terug te trekken uit de Europese Unie.
2. De Europese Raad stelt richtsnoeren vast voor de onderhandelingen tussen het VK en de overige 27 EU lidstaten over de voorwaarden voor uittrekking.
3. De Europese Commissie doet aanbevelingen aan de Raad met betrekking tot de onderhandelingen.
4. De Raad neemt een besluit tot opening van de onderhandelingen met het VK. In dit besluit wordt ook een onderhandelaar namens de EU, dan wel het hoofd van het onderhandelingssteam van de EU, benoemd.
5. De onderhandelingen tussen EU en VK vinden plaats.
6. De overeenkomst tot terugtrekking van het VK moet door het Europees Parlement worden bekrachtigd met een meerderheid van stemmen.
7. De overeenkomst tot terugtrekking van het VK moet vervolgens door de Raad worden aangenomen met gekwalificeerde meerderheid van stemmen (dit betekent dat minstens 20 van de 27 lidstaten vóór moeten stemmen en dat de vóór stemmende lidstaten minimaal 65% van de bevolking van de EU moeten vertegenwoordigen).
8. Wijzigingen van het VEU en/of VwEU moeten door elk van de 27 overblijvende EU lidstaten worden geratificeerd.

#### 4. Post-Brexit: vijf basisscenario's

Voor en vooral na het Brexit-referendum werd c.q. wordt volop gespeculeerd over het post-Brexit scenario: in welke situatie zal het VK na een vertrek uit de EU terecht komen? Hierbij is onder meer het volgende van belang.

##### 4.1 Bestaande set up

Zoals bekend is de interne markt een belangrijke pijler van de EU. Deze interne markt, die tegelijkertijd een douane-unie is met gemeenschappelijke invoer- en uitvoerregels, omvat het grondgebied van de EU lidstaten waarbinnen de 'vier vrijheden' gelden: vrij verkeer van goederen, vrij verkeer van werknemers, vrij verkeer van diensten en vrij verkeer van kapitaal.<sup>12</sup> Voorts is er 'vrij verkeer van vonnissen', geregeld in de *recast* van de EEX-Verordening (hierna: EEX-Vo).<sup>13</sup> Daarnaast is er op allerlei vlakken sprake van vrij verkeer van diploma's door middel van regels over wederzijdse erkenning.<sup>14</sup> Verder

12 Artikel 26 lid 2 VwEU luidt: "De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van de Verdragen."

13 EU Verordening 1215/2012 d.d. 12 december 2012 (van toepassing sinds 10 januari 2015) als Herschikking van EU Verordening 44/2001 d.d. 22 december 2002; zie hierover nader de bijdrage over Procesrecht en Insolventierecht.

14 Alle EU regels tezamen genomen worden ook het *Acquis communautaire* genoemd. Bij elkaar omvat dit circa 85 duizend pagina's tekst.

gelden EU-breed regels ter bevordering van de vrije mededinging (kartelverbod, concentratiecontrole, verbod op staatssteun) en is er een enorme lappendeken aan sectorregulering, variërend van transport, landbouw en visserij tot banken, verzekeraars en energie. In de Brexit-discussie krijgt de regulering van de financiële sector vanwege de positie van de City als het bancaire centrum van de wereld uiteraard bijzondere aandacht: wat gaat er straks gebeuren met bijvoorbeeld het huidige systeem van "paspoorten" van vergunningen (*Home state control*)?<sup>15</sup> Maar de Brexit zal ook voor de rechtspleging grote gevolgen hebben: zo zullen de EEX-Vo, de regels voor grensoverschrijdende faillissementen en insolventie van banken en verzekeraars<sup>16</sup> niet langer gelden in de verhouding van de 27 "achterblijvende" lidstaten en het VK en het *United Patent Court* (hierna: UPC) zal geen jurisdictie over het VK krijgen.<sup>17</sup> Daarnaast is van zeer groot belang dat de EU partij is bij een scala aan internationale handelsverdragen met landen buiten de EU. Deze samenwerkingsverbanden omvatten: (i) de Europese Economische Ruimte (hierna: EER) met Noorwegen, IJsland en Liechtenstein, op basis waarvan vrijwel de gehele regelgeving voor de interne markt ook op deze landen van toepassing is; (ii) de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: EVA) met de voornoemde drie EER-landen en Zwitserland, op basis waarvan een deel van de regelgeving voor de interne markt ook voor Zwitserland geldt; (iii) douane-unies, op basis waarvan onder meer uniforme importheffingen worden toegepast, met Turkije, San Marino en Andorra; (iv) vrijhandelsverdragen<sup>18</sup> met elf staten binnen Europa; en (v) vrijhandelsverdragen met tientallen staten buiten Europa.

Door het vertrek uit de EU komt aan deze bestaande *set up* voor het VK in ieder geval een einde. Voor de achterblijvende 27 EU lidstaten en de andere verdragspartijen is echter evenmin duidelijk of de bestaande regels en verdragen integraal gehandhaafd kunnen worden. Zo zullen de bestaande handelsverdragen moeten worden aangepast aan het vertrek van het VK uit de EU. Onderhandelingen over deze verdragswijzigingen kunnen tot talloze (praktische en politieke) complicaties leiden. Als geen overeenstemming bereikt kan worden over nieuwe, vervangende, regels, zal de boel over en weer op slot gaan en zal moeten worden teruggevallen op het WTO-regime.<sup>19</sup>

##### 4.2 Vijf basisscenario's

Er zijn vijf scenario's die in de Brexit-discussie het vaakst genoemd worden. Dat zijn het Noorse model, het Turkse model,

15 Dit komt aan de orde in de bijdragen over Financieel recht.

16 Dit komt aan de orde in de bijdragen over Procesrecht en Insolventierecht.

17 Hierop zal in de bijdrage over Intellectueel Eigendomsrecht nader worden ingegaan.

18 Volgens artikel 207 en 218 VwEU kan de EU handelsverdragen sluiten. Dit gebeurt door de Raad van ministers, al dan niet na raadpleging van of met instemming van het Europees Parlement (dit hangt van de inhoud af). Artikel 207 en 218 VwEU zeggen niets over een bekrachtiging door de lidstaten, wat suggereert dat de EU dit zonder de lidstaten kan doen. Echter, bij de voorgenomen sluiting van een handelsakkoord met Singapore (EUSFTA) is hierover een conflict ontstaan tussen de Commissie enerzijds en een aantal lidstaten anderzijds. Hierover loopt thans een adviesaanvraag bij het Hof van Justitie (zaak A-2/15).

19 In de media is uitgebreid aandacht besteed aan het feit dat het VK sinds de toetreding tot de EEG in 1973 nog maar zeer beperkt over eigen ervaring met het sluiten van handelsverdragen beschikt aangezien het sluiten van deze verdragen primair via de EEG/EG/EU liep en loopt.

het Zwitserse model, het FTA-model en het WTO-model. Deze modellen zullen hierna op hoofdlijnen de revue passeren.

#### 4.2.1 *Het Noorse model: de EER*

De Europese Economische Ruimte (EER) berust op een in 1992 op de voet van artikel 217 VwEU tot stand gekomen associatieovereenkomst<sup>20</sup> tussen de Europese Unie en de in 1960 tot stand gekomen Europese Vrijhandels Associatie (EVA)<sup>21</sup> zonder Zwitserland. De EER omvat thans 31 landen: naast de 28 EU lidstaten zijn dat Liechtenstein, Noorwegen en IJsland.

Binnen de EER is vrijwel de gehele regelgeving voor de interne markt ook op deze landen van toepassing. De EER-overeenkomst heeft betrekking op de hiervoor genoemde vier vrijheden van de interne markt (vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal) en op aanverwante gebieden zoals mededinging, vervoer, energie en economische en monetaire samenwerking. Daarnaast bevat de EER-overeenkomst regels over sociaal beleid (onder meer gezondheid en veiligheid op het werk, arbeidsrecht en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen), consumentenbescherming, milieu, statistiek en vennootschapsrecht en R&D.

De EER-overeenkomst ziet niet op alle sectoren van de interne markt en omvat evenmin alle beleidsterreinen van de EU verdragen. Niet onder de EER-overeenkomst vallen:

- het gemeenschappelijk landbouwbeleid en het gemeenschappelijk visserijbeleid;<sup>22</sup>
- de douane-unie;
- het gemeenschappelijk handelsbeleid;
- het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid;
- het terrein justitie en binnenlandse zaken (hoewel alle EVA-landen deel uitmaken van het Schengengebied);
- de economische en monetaire unie (EMU).

#### 4.2.2 *Het Turkse<sup>23</sup> model; beperkte douane-unie*

Turkije is een van de drie staten waarmee de EU een douane-unie heeft.<sup>24</sup> De douane-unie tussen de EU en Turkije kwam tot stand op 31 december 1995. Deze unie houdt in dat sprake is van: (i) volledig vrij verkeer van goederen, over en weer; (ii) gekoppeld aan een gemeenschappelijk buitentarief (voor invoer van goederen); en (iii) beperkt vrij verkeer van diensten, namelijk slechts in zoverre specifiek overeengekomen. De douane-unie van de EU met Turkije heeft alleen betrekking op industriële goederen en laat belangrijke sectoren als de landbouw en de dienstensector buiten beschouwing.

In de “Turkse” variant is er dus een vrij verkeer van industriële goederen en maar zeer beperkt vrij verkeer van diensten mogelijk en helemaal geen vrij verkeer van werknemers en kapitaal.

#### 4.2.3 *Het Zwitserse model: maatwerk*

Het Zwitserse model is een voorbeeld van maatwerk. Ofschon Zwitserland sinds de totstandkoming in 1960 lid van de EVA is, stemden de Zwitsers in 1992 tegen toetreding tot de EER. Het Zwitserse model kenmerkt zich door een beperkt vrij verkeer van goederen, diensten en werknemers.<sup>25</sup> Het eerste verdrag tussen Zwitserland en de Europese Unie dateert uit 1972. In dat jaar sloot de Europese Economische Gemeenschap (EEG) een verdrag met Zwitserland dat in het teken stond van het harmoniseren van de onderlinge economische betrekkingen. In 2004, kwam de tweede bilaterale overeenkomst tussen de EU en Zwitserland tot stand.<sup>26</sup>

#### 4.2.4 *Het FTA<sup>27</sup>-model: Rule Britannia! Britannia rule the waves*

In dit scenario onderhandelt het VK met de (lidstaten van de) Europese Unie en met andere staten bi- en multilaterale vrijhandelsverdragen uit. Bekende voorbeelden van dergelijke verdragen zijn NAFTA<sup>28</sup> en TPP.<sup>29</sup> Het sluiten van dergelijke verdragen is aan de orde van de dag, denk alleen al aan de handelsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten (hierna: TTIP<sup>30</sup>) en de concept handelsovereenkomst met Canada (hierna: CETA). Het sluiten van dergelijke overeenkomsten heeft veel voeten in de aarde en duurt doorgaans vele jaren. Anderzijds zijn er wereldwijd vele van dit soort verdragen en veel staten zullen het sluiten van een vrijhandelsverdrag met het VK of toetreding van het VK tot een bestaand vrijhandelsverdrag met instemming begroeten. Post-Brexit zullen de Verenigde Staten waarschijnlijk *eager* zijn om met het VK zo snel mogelijk een TTIP-overeenkomst te sluiten.

In dit scenario wordt ervan uitgegaan dat het VK ook met de EU een vrijhandelsverdrag sluit en dat daardoor binnen de nader overeen te komen grenzen sprake is van een “vrij” verkeer van goederen en diensten. De crux van dit model is natuurlijk: hoe snel kan het VK de vereiste verdragen in de lucht krijgen en welke (tarifaire en non-tarifaire) handelsbelemmeringen resteren daarna?

In de zomer van 2016 zijn Boris Johnson en Liam Fox juist benoemd tot de nieuwe Minister van Buitenlandse Zaken respectievelijk Minister voor Handel van het VK. Bij het uitonderhandelen van vrijhandelsverdragen zal dit duo een belangrijke rol gaan spelen (ervan uitgaande dat het kabinet May en de genoemde heren in het zadel blijven zitten).

20 Zie <http://wetten.overheid.nl/BWV0001070/2014-04-12>.

21 Indertijd ook wel aangeduid als de *Stockholm Convention* omdat de EVA-overeenkomst in Stockholm werd ondertekend. Doel van de EVA is bevordering van de vrije handel tussen lidstaten. Tot de EVA behoren Liechtenstein, Noorwegen, IJsland en Zwitserland.

22 Hoewel de overeenkomst wel bepalingen op het gebied van handel in landbouw- en visserijproducten omvat.

23 Deze bijdrage werd geschreven ten tijde van de mislukte militaire coup-poging medio juli 2016.

24 In 1963 sloten Turkije en de Europese Gemeenschap een associatieovereenkomst. In 1987 vroeg Turkije het EU-lidmaatschap aan. Deze aanvraag stuitte op een veto van Griekenland, sinds 1981 lid van de Unie. Pas in 1999 gaf Griekenland zijn verzet op. Nog datzelfde jaar kreeg Turkije de status van kandidaat-lid van de EU.

25 Zoals bekend stemden de Zwitsers in een volksraadpleging in februari 2014 met krappe meerderheid voor de invoering van een immigratiequotum.

26 European Free Trade Association (hierna: EFTA), die teruggaat tot 1960 (Stockholm Convention). Andere EVA lidstaten zijn (thans) IJsland, Noorwegen en Liechtenstein.

27 FTA staat voor *Free Trade Agreements*.

28 *North American Free Trade Association* tussen Canada, Mexico en de Verenigde Staten.

29 *Trans Pacific-Partnership* waar twaalf landen aan de Pacific bij zijn aangesloten.

30 *Transatlantic Trade and Investment Partnership*.



#### 4.2.5 Het WTO-model: minimum-variant

Het WTO-model houdt in dat het VK zelf geen vrijhandelsverdragen met derde-landen sluit, maar uitgaat van de binnen WTO-verband (waarvan het VK – net als Nederland – deel uitmaakt) bestaande vrijhandelsverdragen. Post-Brexit zal het VK in relatie tot de lidstaten van de Europese Unie, net als alle andere (meer dan 160) WTO-leden, een MFN (*most favoured nation*) status hebben.<sup>31</sup> Het WTO-model is derhalve een “minimum”-variant waar het VK in alle gevallen op kan terugvallen zo lang het VK er nog niet in geslaagd is om zelf met derde-landen vrijhandelsvragen te sluiten (het hiervoor genoemde FTA-model). Mede vanwege het grote aantal WTO-leden is deze minimum-variant niet erg dynamisch: de Doha-onderhandelingsronde die in 2001 is gestart heeft vooralsnog geen uitkomst opgeleverd.

of een (hoge) importheffing die de invoer van producten uit andere lidstaten onaantrekkelijk of onmogelijk maakt.

Voorbeelden van *indirecte* beperkingen zijn nationale producteisen die zonder onderscheid voor alle producten gelden, maar uit andere lidstaten geïmporteerde producten harder raken, zoals de (Franse) eis dat dranken een minimaal alcoholpercentage moesten hebben om als likeur te mogen worden verkocht, waardoor veel drankjes uit andere lidstaten deze benaming niet mochten voeren. Of het stellen van opleidingseisen voor de toegang tot gereguleerde beroepen waaraan alleen personen kunnen voldoen die in de desbetreffende lidstaat een diploma hebben gehaald, terwijl zij in hun lidstaat van herkomst gelijkwaardige kwalificaties hebben opgedaan.

### Samenvatting post- Brexit opties

	Noorse Model	Turkse Model	Zwitserse Model	FTA/Vrijhandels-overeenkomsten	WTO
Toegang tot EU-markt voor goederen	Ja Volledig	Ja Volledig	Ja Beperkt	Ja Beperkt	Nee
Toegang tot de EU-markt voor diensten	Ja Volledig	Nee Tenzij onderhandeld	Ja Beperkt	Ja Beperkt	Nee
Gemeenschappelijk extern douanetarief	Ja	Ja	Nee	Nee	Nee
Bijdrage aan EU-begroting	Ja	Nee	Nee	Nee	Nee
Vrije beweging van personen/ medewerkers	Ja	Nee	Ja Beperkt	Nee	Nee
Invloed op EU-wetgeving en handelsbeleid	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee

### 5. Enkele typisch Unierechtelijke aspecten als achtergrond: vrij verkeer, rechtstreekse werking en richtlijnconforme interpretatie en prejudiciële vragen

Voor een beter begrip van de werking van de EU in relatie tot de Brexit gaan wij hier nog kort in op enkele (juridische) kernelementen van de EU.

#### 5.1 Vrij verkeer

Een van de belangrijkste doelstellingen van de Europese Unie is het realiseren van een vrije binnenmarkt, waarop bedrijven en particulieren met elkaar zaken kunnen doen zonder gehinderd te worden door rechtstreekse of indirecte beperkingen. Voorbeelden van *rechtstreekse* beperkingen zijn een verbod op het in dienst nemen van werknemers uit een andere EU-lidstaat (zoals bij wijze van uitzondering wel nog enkele jaren heeft gegolden na de toetreding van Roemenië en Bulgarije tot de EU, om te voorkomen dat sommige lidstaten zouden worden overspoeld door goedkope arbeidskrachten)

Om rechtstreekse en indirecte beperkingen te voorkomen, bevat het VwEU zogenaamde vrij verkeersbepalingen, ook wel ‘de vier vrijheden’ genoemd:

- vrij verkeer van goederen (artikel 28-36 VwEU): verbod op tarifaire en non-tarifaire import- en exportbelemmeringen en maatregelen van gelijke werking;
- vrij verkeer van diensten (artikel 49-62 VwEU, verder uitgewerkt in de zogenaamde dienstenrichtlijn (2006/123/EG)): het moet dienstverleners vrijstaan om tijdelijk diensten in een andere lidstaat te verlenen en zij moeten zich permanent kunnen vestigen in een andere lidstaat teneinde daar diensten te verlenen, zonder gediscrimineerd te worden ten opzichte van lokale dienstverleners;
- vrij verkeer van personen (artikel 54-48 VwEU): werknemers en (in enigszins mindere mate) andere groepen zoals scholieren, studenten en gepensioneerden moeten vrij in de EU kunnen reizen en in een lidstaat gaan wonen waarvan zij de nationaliteit niet hebben, zonder gediscrimineerd te worden ten opzichte van personen die die nationaliteit wel hebben;
- vrij verkeer van kapitaal: (artikel 63-66 VwEU): beperkingen ten aanzien van grensoverschrijdende betalingen, beleggingen en investeringen zijn verboden.

<sup>31</sup> Zie: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact2\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm), MFN: *treating other people equally: Under the WTO agreements, countries cannot normally discriminate between their trading partners. Grant someone a special favour (such as a lower customs duty rate for one of their products) and you have to do the same for all other WTO members.*

Voor elk van deze vrijheden geldt dat zij niet absoluut zijn, maar dat het lidstaat is toegestaan om objectief gerechtvaardigde beperkingen te stellen. Voor het vrije kapitaalverkeer geldt bijvoorbeeld dat lidstaten hun fiscale regels mogen blijven toepassen, mits zij daarbij geen onderscheid naar nationaliteit maken. Voor werknemers en vrije beroepsbeoefenaren geldt dat (opnieuw: zonder onderscheid) inhoudelijke eisen gesteld mogen worden aan opleiding en beroepskwalificaties. Voor een groot aantal beroepen (met name in de medische wereld) zijn beroepseisen in het verleden op Europees niveau geharmoniseerd, waardoor lidstaten geen afwijkende eisen mogen stellen. De laatste decennia is gaandeweg van dit systeem van volledige harmonisatie afgestapt en is het vervangen door een systeem van wederzijdse erkenning van nationale diploma's en kwalificaties. Een voorbeeld van deze laatste aanpak is de zogenaamde vestigingsrichtlijn voor advocaten (98/5/EG), die bepaalt dat bij de balie van een andere EU-lidstaat ingeschreven advocaten in iedere lidstaat onder de oorspronkelijke beroepstitel (*home title*) hun praktijk mogen uitoefenen. Om na een Brexit nog steeds van deze mogelijkheid gebruik te kunnen maken, laten veel Britse advocaten zich op dit moment inschrijven bij de Ierse balie.

## 5.2 *Rechtstreekse werking en richtlijnconforme interpretatie*

In de EU-wetgevingspraktijk wordt gebruikgemaakt van verschillende wetgevingsinstrumenten (limitatief opgesomd in artikel 288 VwEU). *Verordeningen* lijken het meeste op 'normale' nationale wetgeving: ze zijn direct bindend voor zowel lidstaten als natuurlijke- en rechtspersonen in de lidstaten. *Besluiten* (voorheen aangeduid als beschikkingen) zijn eveneens direct bindend, maar dan alleen ten aanzien van degene(n) tot wie ze zijn gericht; dat kan zowel een lidstaat als een individu of onderneming zijn. Besluiten zijn dus vergelijkbaar met de Nederlandse bestuursrechtelijke beschikking. Tot slot zijn er *richtlijnen*: de regels die door een richtlijn worden voorgeschreven hebben (net als verordeningen) een algemeen verbindend karakter, maar zij werken niet rechtstreeks. Om effect te krijgen moeten richtlijnen door de lidstaten worden omgezet (geïmplementeerd) in nationaal recht. Richtlijnen zijn bindend voor lidstaten met betrekking tot het te behalen resultaat; hoe de lidstaat de regels uit de richtlijn inpast in het nationale recht is aan de lidstaat om te bepalen, zolang het maar gebeurt. Als stok achter de deur bevatten richtlijnen altijd een termijn waarbinnen de implementatie moet zijn voltooid.

Het verschillende rechtskarakter van EU-wetgevingsinstrumenten heeft gevolgen voor de nationale rechter. Als in een procedure een beroep wordt gedaan op een EU-verordening of een besluit van een EU-orgaan (voor zover dat is gericht tot een procespartij) dan kan de nationale rechter de EU-regel in kwestie rechtstreeks toepassen, mits deze regel voldoende duidelijk en nauwkeurig voor is. Voor richtlijnen ligt dit gedeeltelijk anders. Omdat het doel van de richtlijn pas aan het eind van de omzettingstermijn bereikt hoeft te zijn, is er gedurende die termijn geen ruimte voor rechtstreekse werking. Maar ook als de richtlijn na het verstrijken van de omzettingstermijn niet of niet goed is geïmplementeerd, geldt nog steeds dat het ter keuze van de wetgever van iedere lidstaat staat om te bepalen hoe het door de richtlijn voorgeschreven resultaat wordt bereikt. Deze

keuze ligt niet bij de nationale rechter. Anderzijds is het ook niet de bedoeling dat een lidstaat in gebreke blijft bij het omzetten van richtlijnen en daar vervolgens van profiteert. Om een balans te vinden tussen deze beide uitgangspunten heeft het Europese Hof van Justitie bepaald dat wanneer een richtlijn aan particulieren rechten geeft die voldoende duidelijk en bepaald zijn, en de richtlijn niet tijdig of niet correct is geïmplementeerd in nationaal recht, particulieren deze rechten in een procedure tegen de in gebreke blijvende lidstaat rechtstreeks kunnen inroepen (*rechtstreekse werking van richtlijnen*). Andersom kan dit niet: de lidstaat kan zich in een procedure tegen particulieren niet beroepen op een niet of niet correct omgezette richtlijn. In een procedure tussen particulieren onderling kan evenmin een rechtstreeks beroep gedaan worden op de inhoud van een niet tijdig of verkeerd geïmplementeerde richtlijn; omdat de richtlijn gericht is tot de lidstaten, verhoudt het zich niet met het rechtszekerheidsbeginsel als particulieren door de richtlijn rechtstreeks plichten krijgen opgelegd. Particulieren die nadeel ondervinden door een te late of foutieve omzetting kunnen de verantwoordelijke lidstaat wel daarvoor aansprakelijk stellen. Parallel aan de (vrij formele en strikte) rechtspraak over *rechtstreekse werking van richtlijnen*, heeft het Hof van Justitie een ander concept ontwikkeld op basis waarvan vaak toch rekening kan worden gehouden met de inhoud van niet of niet correct omgezette richtlijnen, zonder ze rechtstreeks toe te passen. Dit is het leerstuk van de *richtlijnconforme interpretatie*, dat zijn basis vindt in het beginsel van gemeenschapstrouw.<sup>32</sup> Dit artikel moet volgens het Hof van Justitie gezien worden als een inspanningsverplichting die op alle organen van de lidstaten rust; dus ook op de rechterlijke macht. Nationale rechters moeten binnen de mogelijkheden die het rechtssysteem biedt zich ervoor inspannen dat een zo volledig mogelijke werking aan het EU-recht gegeven wordt, met inbegrip van niet, verkeerd of onvolledig omgezette richtlijnen. Bij de uitleg van zijn nationale recht moet de rechter zoveel mogelijk rekening houden met de bewoordingen en de doelstelling van de Europese regel in kwestie, waarbij het bovendien niet noodzakelijk is dat deze regel onvoorwaardelijk, voldoende duidelijk en nauwkeurig is (zoals wel geldt voor *rechtstreekse werking*). Ook is niet relevant of de nationale procedure tussen een particulier en de overheid speelt, of tussen particulieren onderling: richtlijnconforme interpretatie is na het verstrijken van de implementatietermijn voor de nationale rechter verplicht. De grens voor richtlijnconforme uitleg is gelegen in de algemene rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel, op basis waarvan richtlijnconforme interpretatie niet mag leiden tot retroactieve werking van wetgeving of tot een uitleg *contra legem*. Maar binnen deze grens moet de nationale rechter doen wat mogelijk is om een nuttig effect (*effet utile*) van de richtlijn-bepalingen te bevorderen. Wanneer het een richtlijn op het gebied van consumentenbescherming betreft, moet de nationale rechter dat zelfs op eigen initiatief, ambtshalve, doen als hij die mogelijkheid bij de toepassing van nationaal recht ook heeft. Na uittreding van het Verenigd Koninkrijk zijn EU-verordeningen en richtlijnen niet meer op het VK van toepassing. Bij een

32 Artikel 4 lid 3 VEU: "Lidstaten treffen alle maatregelen om de nakoming van de uit de Verdragen of wetgevingshandelingen voortvloeiende verplichtingen te verzekeren en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen."

volledige “afschaffing” per datum Brexit zullen er ongetwijfeld allerlei lacunes ontstaan in de nationale wet- en regelgeving. Het is dan ook goed mogelijk dat het VK zal besluiten om bepaalde verordeningen en richtlijnen na de uittreding te blijven toepassen. Besluiten van de EU die gericht zijn aan geadresseerden in het VK vervallen op zichzelf niet door de Brexit, maar het is de vraag of de geadresseerden nog steeds verplicht zijn om zich aan deze besluiten te houden. Ook hierover zullen bij de onderhandelingen over de uittreding waarschijnlijk overgangsregels worden afgesproken. Een ander gevolg van Brexit is dat de nationale rechters in Engeland, Schotland, Wales en Noord-Ierland niet meer gebonden zijn aan het beginsel van gemeenschapstrouw. Zij zijn daarom niet langer verplicht om hun nationale recht “EU conform” uit te leggen. Anderzijds zal, vooral kort na de uittreding, het “Engelse” recht nog steeds in belangrijke mate op het EU recht gebaseerd en ermee verweven zijn. Het is aan de rechters in het VK om een methode te vinden om hiermee om te gaan. Zij zijn weliswaar niet langer gebonden aan de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, maar zij kunnen, als zij dat willen, bij de toepassing van hun nationale recht de Europese rechtspraak in het oog blijven houden. Het is echter niet denkbeeldig dat nationale wet- en regelgeving die uit Europese bron afkomstig is, in de toekomst in het Verenigd Koninkrijk toch een eigen uitleg krijgt en dat er verschillen ontstaan tussen het Verenigd Koninkrijk en de EU.

### 5.3 Prejudiciële vragen

Omdat de nationale rechter verplicht is om (rechtstreeks werkende) bepalingen uit de EU verdragen, verordeningen en besluiten toe te passen en rekening moet houden met de inhoud van richtlijnen, kunnen zich vragen voordoen over de uitleg en interpretatie van EU regels, of over de geldigheid van de verordening, het besluit of de richtlijn in kwestie. Het zou de rechtseenheid binnen de EU in gevaar brengen als nationale rechters op eigen houtje dit soort vragen zouden beantwoorden, waarbij zij ongetwijfeld tot verschillende conclusies zouden komen. Om deze reden geeft artikel 267 VwEU de nationale rechter die twijfelt over de uitleg of de geldigheid van een Europese regel, de mogelijkheid om de kwestie, in de vorm van een zogenaamde prejudiciële vraag, aan het Hof van Justitie voor te leggen. Een lagere rechter heeft de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen als hij van oordeel is dat een beslissing op die vragen noodzakelijk is om vonnis te kunnen wijzen. Voor de hoogste rechter is het geen optie, maar een *verplichting* om prejudiciële vragen te stellen wanneer zich een vraag voordoet over de uitleg of geldigheid van een Europese bepaling. Van die plicht mag de hoogste rechter slechts afwijken in twee gevallen: (a) er is sprake van een *acte clair*: er kan in redelijkheid geen twijfel bestaan over de beantwoording van de vraag; en (b) er is sprake van een *acte éclairé*: de vraag is reeds beantwoord, bijvoorbeeld omdat in een andere procedure een nationale rechter dezelfde vraag al aan het Hof van Justitie heeft voorgelegd.

Na de Brexit zijn de nationale rechters van het Verenigd Koninkrijk geen EU-rechters meer en vervalt voor hen de mogelijkheid om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. Niettemin zal een belangrijk deel van de nationale wetgeving in het Verenigd Koninkrijk op het moment

van uittreding (nog) gebaseerd zijn op Europese wetgeving (bijvoorbeeld als uitvoeringsbepalingen voor een EU verordening of als omzetting van een EU richtlijn). Nationale rechters die zich afvragen hoe deze wetgeving moet worden uitgelegd en toegepast, kunnen met die vragen echter niet langer bij het Europese Hof van Justitie terecht. Daardoor ontstaat de kans op uiteenlopende interpretaties. Verder speelt er een overgangsrechtelijk probleem: wat moet de rechter doen die na de Brexit moet oordelen over een situatie die zich voor de Brexit voordeed? Kan hij in dat soort gevallen wel nog bij het Europese Hof van Justitie aankloppen? En wat als het een conflict betreft tussen een partij in het Verenigd Koninkrijk en een in de EU? Is de mogelijkheid voor het stellen van een prejudiciële vraag dan afhankelijk van de rechtskeuze die partijen (mogelijk jaren eerder) hebben gemaakt voor de rechter in één van de landen? Dat oogt nogal willekeurig. Het is afwachten of ook voor dit soort situaties in het uittredingsverdrag overgangsregels zullen worden afgesproken tussen het Verenigd Koninkrijk en de EU.

## 6. Slot

In de hierna volgende bijdragen zal voor een aantal voor de praktijkjurist belangrijke rechtsgebieden aan de hand van de hiervoor beschreven Brexit-scenario's kort worden aangegeven wat de belangrijkste verwachte gevolgen zullen zijn:

- Arbeids- en medezeggenschapsrecht: Arbeidsrechtelijke consequenties van de Brexit, mr. A. Roukema.
- Consumentenrecht: Brexit en consumentenrecht: much ado about nothing?, dr. C. Jeloschek.
- Contractenrecht: Brexit: aanpassing van overeenkomsten vereist?, mr. M.I. Nijenhof-Wolters en mr. dr. M.R. Ruygvoorn.
- Financieel recht: Brexit: financieelrechtelijke gevolgen, mr. J. Tegelaar en prof. mr. M. Haentjens.
- Fiscaal recht: Brexit: belasting, accijnzen, heffingen, prof. mr. S.C.W. Douma en prof. mr. H. Vermeulen.
- Intellectueel Eigendomsrecht, Brexit: Mogelijke gevolgen voor het intellectuele eigendomsrecht, mr. S.D. Brommersma en mr. P.L. Reeskamp.
- Milieurecht: Mogelijke milieurechtelijke gevolgen voor het bedrijfsleven door de Brexit; afval als aandachtspunt en gevolgen level playing field grote industrie, mr. A. Collignon en mr. A.B. Vos.
- Ondernemingsrecht: Brexit: enkele ondernemingsrechtelijke aspecten, mr. H. Koster.
- Proces- en Insolventierecht: De gevolgen van de Brexit voor de bevoegdheid van de rechter in procedures en faillissementen, mr. F. van Koppen en mr. R.P. Streng.
- Brexit: The Key Issue for Business, J. Forrest.

Wij merken tot slot op dat er in de Nederlandse juridische literatuur tot nu toe beperkt over de Brexit wordt gepubliceerd. Noemenswaardig is zonder meer het artikel van V.P.G. de Serriere en B.C.G. Jennen “Gevolgen van de Brexit voor Nederland” in *Ondernemingsrecht* 2016/49. Ongetwijfeld kan reeds op korte termijn op een grote stroom aan literatuur over de Brexit worden gerekend.

# Arbeidsrechtelijke consequenties van de Brexit

Bb 2016/71

## 1. Inleiding

Met het referendum van 23 juni 2016 heeft de bevolking van het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) – Engeland, Wales, Schotland en Noord-Ierland – kenbaar gemaakt niet langer onderdeel te willen zijn van de Europese Unie (hierna: EU). Het lijkt erop dat Brexit werkelijkheid wordt. De vraag die nu voorligt is op welke wijze de nieuwe situatie zal worden vormgegeven. Zoals eerder in deze special al aan de orde kwam, zijn er diverse scenario's mogelijk, variërend van een continuatie van de interne markt via de EER tot een minimum-variant waarbij de samenwerking via vrijhandelsverdragen wordt vormgegeven. Het is opvallend dat het verstrekkend besluit tot een Brexit wordt genomen zonder 'Brexit-roadmap', waarmee de gevolgen van de Brexit in kaart zijn gebracht.

Nederland heeft een sterk internationaal georiënteerde arbeidsmarkt. Afhankelijk van het gekozen post-Brexit scenario en de uitkomst van de onderhandelingen over de voorwaarden waarop het VK de EU zal verlaten, zal de Brexit derhalve in meer of mindere mate voelbaar zijn voor zowel werkgevers als werknemers. In het kader van deze special wordt in dit artikel een globaal overzicht gegeven van de (mogelijke) arbeidsrechtelijke consequenties van de Brexit.

## 2. Mogelijke consequenties van de Brexit

Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief zijn er enkele in het oog springende onderwerpen die als gevolg van de Brexit opnieuw zullen moeten worden vormgegeven en die van invloed kunnen zijn op de arbeidsverhoudingen, zowel nationaal binnen het VK als internationaal ten opzichte van werknemers en werkgevers uit derde landen.

Vanzelfsprekend betreft dat in de eerste plaats het fundamentele recht van EU-burgers op vrij verkeer van werknemers. Dit is een van de pijlers van de Europese samenwerking. Met de Brexit wordt hier in beginsel afscheid van genomen. Dit zal niet alleen gevolgen hebben voor het recht van burgers van lidstaten om te werken in het VK en vice versa, maar ook voor het recht van deze burgers om in te reizen en zich te vestigen in het VK.

In de tweede plaats is relevant te bezien op welke wijze wordt omgegaan met Europese regelgeving en jurisprudentie waarin rechten en verplichtingen met betrekking tot EU-werknemers zijn vormgegeven of nader zijn ingevuld. In grensoverschrijdende situaties kan in dit kader worden gedacht aan anti-discriminatiebepalingen, beperkingen op werktijden en de bestaande Europese regelgeving omtrent medezeggenschap en overgang van onderneming. Hoewel het niet ondenkbaar is dat deze onderwerpen in gelijke of gelijkwaardige vorm terugkeren in een post-Brexit samen-

werkingsverband van het VK met derde landen, zijn deze zaken post-Brexit in beginsel *fair game* in de heronderhandeling van de onderlinge verhoudingen van de EU (en haar lidstaten) met het VK.

## 3. Vrij verkeer van werknemers

Binnen de interne markt bestaan de vier bekende 'vrijheden': vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en werknemers. Het vrij verkeer van werknemers vindt zijn wettelijke basis in art. 45 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU), en vormt de oorsprong van het bredere begrip 'vrijheid van personen'. Het vrij verkeer van werknemers omvat het reis- en verblijfsrecht van werknemers, het inreis- en verblijfsrecht van familieleden en het recht om in een andere EU-lidstaat te werken. De bepaling omvat een algemeen discriminatieverbod, in de zin dat werknemers uit een andere lidstaat op gelijke voet met de onderdanen van die lidstaat dienen te worden behandeld. Elke vorm van discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de lidstaten, wat betreft werkgelegenheid, beloning en de overige arbeidsvoorwaarden, is niet toegestaan. Europeanen mogen zich zodoende binnen de EU overal vestigen waar zij willen. Ook als zij ziek, arbeidsongeschikt of werkloos raken mogen zij in een andere EU-lidstaat blijven wonen. Brexit impliceert dat het VK afscheid neemt van dit essentiële beginsel van 'vrij verkeer van werknemers'.

### 3.1 Immigratiebeperkingen

Wanneer het uitgangspunt wordt gevolgd dat het VK afstand doet van de interne markt, een en ander behoudens toekomstige afspraken die kunnen worden opgenomen in verdragen tussen de EU en het VK, zal dit betekenen dat EU-burgers niet langer het recht hebben zich vrijelijk te vestigen en te werken in het VK en vice versa. Een dergelijk scenario is niet uit te sluiten indien wordt gekozen voor de meer beperkte opties van een douane-unie of samenwerking door middel van het sluiten van vrijhandelsverdragen. Op deze manier zal onder meer het inreizen, het vestigen en het werken in het VK, en vice versa, aan voorwaarden onderworpen worden. Voor de EU-burgers die thans in het VK zijn gevestigd en werken, zal gelden dat zij in beginsel een verblijfs- en werkvergunning verkrijgen. Dit heeft het VK reeds toegezegd. Voor EU-burgers die thans niet in het VK zijn gevestigd en werken, is het reëel te verwachten dat bij de aanvraag van dergelijke visa en vergunningen voor hen nadere eisen zullen worden gesteld door het VK. Werknemers zullen in dat geval niet alleen met gewijzigde migratieregels rekening moeten houden, maar bijvoorbeeld ook met het feit dat zij geen of slechts in beperkte mate aanspraak kunnen maken op sociale zekerheid bij een tijdelijk verblijf in het VK of dat er lokaal afdrachten moeten worden gedaan.

<sup>1</sup> Annemarie Roukema is advocaat bij Rutgers & Posch te Amsterdam.



Voor Nederlandse werkgevers actief in het VK en andersom zal het mogelijk een drempel opwerpen om kennismigranten in te zetten, wanneer er aanvullende eisen worden gesteld aan het opleidingsniveau van de migranten en de hoogte van het salaris. Voor grote bedrijven die gebruikmaken van kennismigranten en/of seizoenswerkers, zal dit een aanzienlijke verzwarende betekenen van de administratieve last en is het niet ondenkbaar dat dit ook aanzienlijke financiële consequenties kan hebben.

Voor werkgevers in het VK die regelmatig gebruikmaken van arbeidskrachten uit andere lidstaten, is het dan ook aan te raden om nu al alternatieven te onderzoeken voor het inzetten van arbeid in het VK, om daarmee in te kunnen spelen op de mogelijke uitkomsten van de Brexit onderhandelingen.

### 3.2 *Beperkte deelname aan de interne markt*

Op dit moment lijkt voornoemd scenario, waarin het VK geen enkele deelname meer heeft aan de interne markt, een weinig reële uitkomst van de onderhandelingen. Hoewel ongewijzigde deelname aan de interne markt niet voor de hand ligt, wordt het vrij verkeer van werknemers als zodanig fundamenteel en voor het VK essentieel gezien dat het onwaarschijnlijk is dat dit punt niet in zekere vorm zijn weerslag zal vinden in het onderhandelingsresultaat, al dan niet in beperkte zin.

Indien zou worden gekozen voor het Noorse model, waarbij het VK als niet EU-lidstaat zou toetreden tot de Europese Economische Ruimte (hierna: EER), zal op dit vlak minimale verandering optreden. Binnen de EER is vrijwel alle regelgeving betreffende het vrij verkeer gelijkmatig van toepassing. Ook aanverwante Europese regelgeving op het gebied van het arbeidsrecht zal in dit geval van toepassing zijn, onder meer arbeidstijden en regelgeving betreffende veiligheid op de werkvloer.

Een *light* versie van het Noorse model zou kunnen worden gevonden in het Zwitserse model, waarin het VK niet zou deelnemen aan de EER maar wel aan de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: EVA). Daarmee zou een aangepast, beperkt regime gehanteerd kunnen worden voor het vrij verkeer van goederen, diensten en werknemers. Het feit dat het vrij verkeer van werknemers een heet hangijzer vormde bij referendum, maakt dat het Zwitserse model een niet onwaarschijnlijke uitkomst van de onderhandelingen is.

## 4. **Rechten van werknemers voortvloeiend uit Europese regelgeving**

Het VK heeft in theorie de mogelijkheid zich bij een Brexit volledig te distantiëren van het EU-recht, ook waar het gaat om rechten van werknemers. Indachtig het uitgangspunt dat het VK de EU verlaat, is het relevant te bezien welke belangrijke categorieën van beschermende regelgeving in het VK worden beïnvloed door EU-regelgeving. Een wijziging van onwelgevallige EU-regelgeving op deze gebieden is immers niet ondenkbaar. In welke mate wijzigingen in de lokale wetgeving in het VK zullen worden aangebracht, is in belangrijke mate afhankelijk van de gekozen structuur, de

kleur van de zittende regering, het maatschappelijk sentiment en de bestaande tijdsgeest. Voorts is van belang voor ogen te houden dat, post-Brexit, Schotland, Wales en respectievelijk Noord-Ierland op bepaalde onderdelen kunnen afwijken van hetgeen in Londen wordt besloten. Sommige elementen die weliswaar op EU-regelgeving of -rechtspraak zijn gebaseerd, zullen worden gezien als dermate fundamenteel, dat een wijziging niet wordt overwogen. Zo ligt het niet voor de hand dat anti-discriminatieregelgeving spoedig aan wijzigingen onderworpen zal worden. Voor andere onderwerpen kan dat wellicht anders liggen. Vanuit Nederlands arbeidsrechtelijk perspectief springen de hierna genoemde categorieën het meest in het oog.

### 4.1 *Arbeidstijden*

De Arbeidstijdenrichtlijn 2003/88/EG (voorheen 93/104/EG) werd in 1998 geïmplementeerd in het VK, waarmee een arbeids- en rusttijden patroon werd geïntroduceerd, waaronder een werkweek van maximaal 48 uur. Met implementatie van deze regelgeving werd de hoeveelheid uren sterk teruggeschoefd, met als doel de gezondheid van de werknemers te bevorderen. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) is in de richtlijnen nader ingevuld en uitgelegd. Zo volgt uit de Europese jurisprudentie dat de Arbeidstijdenrichtlijn ruim moet worden uitgelegd en heeft het HvJ EU geoordeeld dat bereikbaarheidsdiensten ook meetellen voor het aantal gewerkte uren per week.

Het is voor werknemers in het VK, en derhalve ook voor de Nederlandse werknemer die werkzaam is in het VK, zeer relevant hoe het VK na de Brexit met deze regelgeving zal omgaan en in hoeverre werkgevers in de toekomst mogelijkheden krijgen om werknemers, al dan niet uit derde landen, voor langere duur en/of langere uren in te zetten. Voor een wijziging van de op de Arbeidstijdenrichtlijn geënte lokale regelgeving, is vereist dat het VK een wetsvoorstel tot wijziging maakt, waarna de parlementaire behandeling van een dergelijk wijzigingsvoorstel zal volgen. Ook de sociale partners kunnen en zullen op dergelijke wetsvoorstellen hun invloed uitoefenen. Dat maakt dat de uitkomst op dit moment ongewis is. Ook als geen wetswijziging ten aanzien van de arbeidstijden wordt doorgevoerd, kan de toepassing van bestaande regelgeving binnen het VK op termijn afwijken van de wijze waarop daarmee in de EU wordt omgegaan. De op de Arbeidstijdenrichtlijn voortvloeiende lokale wetgeving zal immers worden ingevuld en toegepast door nationale rechters en het VK zal bij de uitleg van wetsbepalingen niet langer gebonden zijn aan de zienswijze van het HvJ EU.

### 4.2 *Vakantierechten*

Met de implementatie van de Arbeidstijdenrichtlijn 2003/88/EG maakten werknemers in het VK voor het eerst aanspraak op vakantie met behoud van loon. Ook deze regelgeving is nader ingekleurd door Europese rechtspraak. Het HvJ EU oordeelde dat de opbouw van wettelijke vakantiedagen niet mag worden beperkt tijdens ziekte en dat de aanspraak op loon gedurende vakantie ook commissiebetalingen en een overheidstoeslag inhoudt.



Ook voor wat betreft vakantierechten en de opbouw van vakantie geldt dat het VK de mogelijkheid heeft om een minder ruimhartig regime te hanteren. In dit kader zijn tevens relevant de anti-discriminatiebepalingen die voortvloeien uit EU-regelgeving, in algemene zin ook het vrij verkeer van werknemers op basis waarvan elke vorm van discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de lidstaten werd verboden. Vanzelfsprekend zal het VK ook op dit onderwerp met verschillende sociale partners van gedachten moeten wisselen en het wetgevingsproces moeten doorlopen, maar feit blijft dat ook op dit punt wijzigingen – mogelijk in het nadeel van werknemers – niet ondenkbaar zijn.

#### 4.3 *Overgang van onderneming*

De Europese regelgeving betreffende overgang van onderneming is neergelegd in Richtlijn 2001/23/EG. Kortgezegd wordt een werknemer op basis van deze richtlijn beschermd tegen ontslag en eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden, vanwege een overgang van onderneming. Wanneer een werknemer toch wordt geconfronteerd met ontslag ofwel een wijziging van arbeidsvoorwaarden, zal de werknemer dit met de richtlijn in de hand in beginsel succesvol kunnen bestrijden bij het bevoegde gerecht van de betreffende lidstaat. Overgang van onderneming doet zich voor onder meer bij een juridische fusie of een overname van een bedrijf of onderdeel daarvan. Dit doet zich niet zelden voor in grensoverschrijdend verband waarbij Nederland en het VK zijn betrokken.

Het leerstuk 'overgang van onderneming' is in belangrijke mate ingevuld en nader uitgelegd in Europese rechtspraak. De door het HvJ EU in een arrest geformuleerde Spijkers-criteria voor de nationale rechters vormen de leidraad voor de beantwoording van de vraag of sprake is van overgang van onderneming.

In het VK is deze Europese richtlijn geïmplementeerd in de zogenoemde *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* (TUPE). Het is niet ondenkbaar dat het VK deze – voor het bedrijfsleven beperkende – regelgeving wil versoepelen in eigen land. Bijvoorbeeld door het onderzoek voorwaarde mogelijk maken van harmonisatie van arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming. Wanneer hiervoor wordt gekozen, zou dit derhalve kunnen leiden tot een verslechtering van de positie van de werknemer die als gevolg van een overgang van onderneming van rechtswege bij een werkgever in het VK in dienst treedt.

#### 4.4 *Medezeggenschap*

Op grond van Richtlijn 94/45/EG is een werkgever met meer dan 1.000 werknemers, waarvan in ieder geval 150 in twee of meer EU-lidstaten, verplicht op het eerste verzoek een Europese ondernemingsraad op te richten. Voornoemde richtlijn werd in het VK geïmplementeerd in *The Transnational Information and Consultation of Employees Regulations* 1999. Het doel van de Europese ondernemingsraad is te waarborgen dat werknemers in dienst van communautaire ondernemingen worden geïnformeerd en geraadpleegd in gevallen waarin beslissingen die voor hen van belang zijn

worden genomen in een andere lidstaat dan waar zij werkzaam zijn.

Wanneer het VK niet langer lidstaat van de EU is, ligt het in de lijn der verwachting dat waar sprake is van Europese medezeggenschap, dit naargelang de keuze van het VK anders zal worden vormgegeven. Een mogelijkheid is dat bestaande medezeggenschapsstructuren blijven bestaan, maar het is niet ondenkbaar dat werkgevers die niet langer gebonden zijn aan deze regelgeving dit overkoepelende medezeggenschapsorgaan laten vervallen.

#### 4.5 *Collectieve onderhandeling*

In de Richtlijn Overgang van Onderneming 2001/23/EG en de Richtlijn inzake Collectieve Ontslagen 98/59/EG wordt de nadruk gelegd op onder meer het betrekken van de sociale partners bij deze processen. De achtergrond van deze betrokkenheid is dat zowel management als werknemers hiervan profiteren, doordat er een evenwichtiger onderhandelingsproces kan plaatsvinden. In het VK zijn deze twee richtlijnen thans de belangrijkste waarborgen voor betrokkenheid van de sociale partners. Ook het recht op collectief onderhandelen, dat zijn grondslag vindt in art. 6 van het Europees Sociaal Handvest, vormt een belangrijke waarborg voor de betrokkenheid van de sociale partners. Het is aan het VK hoe dit in de toekomst vorm te geven in nationale wetgeving. De vraag is ook hier of de rechten van sociale partners, met name de waarborgen rondom collectieve onderhandeling en collectieve actie, zullen worden ingeperkt.

### 5. *Afsluitende opmerkingen*

Het voorgaande maakt duidelijk dat de Brexit potentieel grote impact kan hebben op de mobiliteit en op de rechten en waarborgen van werknemers in het VK. In hoeverre daadwerkelijk immigratiebeperkingen zullen worden ingevoerd en in welke mate werknemers uit EU-lidstaten daarvoor geraakt worden is op dit moment nog onbekend. Het is niet ondenkbaar dat de Brexit leidt tot interne politieke discussies over de gevolgen voor de op Europese richtlijnen gebaseerde regelgeving, waarbij de belangen vanuit zowel werkgeverszijde, als vanuit werknemerszijde groot zijn. Werkgevers zullen proberen meer vrijheid te krijgen, terwijl vanuit werknemerszijde de voorkeur zal bestaan vast te houden aan de beschermende bepalingen die de EU hen heeft opgeleverd. Hoewel de gelijke behandeling van werknemers uit het VK en werknemers uit andere landen op onderdelen mogelijk wordt beperkt, ligt het wat mij betreft niet in de lijn der verwachtingen dat de Brexit voor de werknemers in de VK zal leiden tot vergaande wijzigingen of beperkingen van de fundamentele rechten van werknemers en sociale partners.

# Brexit en consumentenrecht: much ado about nothing?

Bb 2016/72

## 1. Inleiding

Consumentenrecht is bij uitstek Europees recht. Zo is de overgrote meerderheid van de Nederlandse wetgeving voor consumenten van de afgelopen decennia gebaseerd op (de omzetting van) Europese richtlijnen en, meer recentelijk, Europese verordening die directe werking hebben. Nederlands recht – *and for that matter*: het toepasselijke recht binnen het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) – hebben hier in principe weinig aan toe te voegen.

Sterker nog, er is een tendens om de EU-lidstaten juist nog minder vrijheid te geven om van de eenvormige regels af te wijken. De reden hiervoor ligt voor de hand. Wet- en regelgeving op het gebied van consumentenrecht is juist bedoeld om bestaande verschillen tussen lidstaten te verkleinen en zodoende de interne markt te verwezenlijken. Het gaat daarbij om één gemeenschappelijke binnenmarkt zonder obstakels, zoals afwijkende nationale consumentenbescherming, welke afschrikwekkend zouden zijn voor zowel consumenten alsook ondernemers die buiten hun thuisland willen opereren. In het verleden stond het lidstaten vrij om een hoger beschermingsniveau te (blijven) hanteren, hetgeen juist weer tot meer fragmentatie heeft geleid. Daar is de Europese wetgever daarom grotendeels vanaf gestapt.

Om te komen tot een écht uniforme communautaire standaard van consumentenbescherming, zien we op Europees gebied in plaats daarvan een forse toename van richtlijnen met zogenaamde *maximum*harmonisatie. Dit betekent dat het lidstaten in principe niet (meer) vrijstaat om maatregelen te treffen die verdergaan dan het beschermingsniveau van de richtlijn zelf. Hoewel deze vervolgens nog moeten worden geïmplementeerd, staat dus bij voorbaat vast dat de verschillende nationale regels (waar en hoe deze ook omgezet zijn) van elkaar niet verschillen voor wat betreft het beschermingsniveau. Om een recent voorbeeld te noemen: de Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU) bepaalt dat het herroepingsrecht 14 dagen bedraagt. Daarmee is een einde gekomen aan verschillende termijnen in de lidstaten die golden onder haar voorganger. Daarmee weet niet alleen de consument waar hij aan toe is, maar ook de handelaar die buiten zijn landsgrenzen actief is.

Wat heeft dit allemaal met de Brexit te maken? Bijna alles, ben ik – wat betreft de praktische gevolgen ervan – geneigd om te zeggen. Op grond van de grote invloed van het Europese consumentenrecht is er namelijk enerzijds nog weinig *home-grown*, nationaal consumentenrecht over dat wat nog niet op EU-niveau gereguleerd is zoals geldt voor productaansprakelijkheid, oneerlijke handelsbedingen/algemene voorwaarden, pakketreizen, *time-sharing*, colportage, over-

eenkomsten op afstand, consumentenkoop, financiële diensten, oneerlijke handelspraktijken, etc. Anderzijds heeft de aanpak van de harmonisatie tot nu toe, dus het creëren van minimumstandaarden, juist weer voor fragmentatie van nationale regels gezorgd. Dit brengt met zich mee dat er, ongeacht de Europese wet- en regelgeving, telkens moet worden gekeken of er *couleur locale* is waar men rekening mee dient te houden. Daarnaast geldt er in een aantal landen nog aanvullende wetgeving die niet precies binnen hetzelfde kader als de richtlijnen valt.

In de praktijk moet dus nu al een check van de relevante consumentenregels per land uitgevoerd worden om er zeker van te zijn dat men op een bepaalde afzetmarkt (zoals het VK) geen consumentenrechtelijke regels over het hoofd ziet die als gevolg van hun doorgaans dwingendrechtelijk karakter gelden ongeacht het toepasselijke recht (vergelijk Rome I Vo). In deze bijdrage zal ik ingaan op de vraag of – en zo ja: hoe – dit anders wordt met een Brexit.

Veronderstelling is daarbij dat noch het VK (althans niet op korte termijn) lid van de EER wordt, noch een maatwerkoplossing wordt gevonden (in de inleidende bijdrage aangeduid als het Noorse, respectievelijk het Zwitserse model). Bij deze oplossingen zouden immers de EU-regels via de achterdeur alsnog blijven gelden en verandert er *de facto* weinig tot niets. Ik zal mij bovendien beperken tot de invalshoek van Nederlandse bedrijven die zich afvragen of het aanbieden en verkopen van hun goederen en diensten aan consumenten in het VK uit de pas gaat lopen met andere B2C afzetmarkten in Europa. Het spreekt ten slotte voor zich dat ik, mede gezien de beperkte ruimte van deze bijdrage, slechts enkele voorbeelden aan kan stippen en dus niet het consumentenrecht in de volle breedte kan bespreken.

## 2. B2C: bestaande verschillen tussen EU landen

Zoals al aangestipt, is er nog steeds géén sprake van een uniforme interne (EU) markt voor consumenten. Vanuit het perspectief van bedrijven betekent dit dat er steeds rekening moet worden gehouden met afwijkende regels voor consumenten in andere landen van de EU. Te denken valt zowel aan inhoudelijke (materieelrechtelijke), als ook formele (processuele) regels op het gebied van consumentenrecht.

Om met het eerste te beginnen: in de lidstaten bestaan bijvoorbeeld eenvormige regels over conformiteit (Richtlijn 1999/44/EG omtrent consumentenkoop). Echter, bepaalde cruciale aspecten zijn niet uniform omgezet, zoals de duur gedurende welke een verkoper kan worden aangesproken op defecten, de klachtplicht van consumenten en de mogelijkheid om regres te nemen op de voorschakel. Nederland gaat in al deze voorbeelden veel verder dan het VK en andere landen, die het hielden bij de bepalingen die de Richtlijn consumentenkoop vereist. Als gevolg kan een Nederlandse consument een beroep doen op een non-conformiteits-

<sup>1</sup> Dr. C. Jeloschek is advocaat Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

termijn die niet gekoppeld is aan levering en dus aanzienlijk langer kan duren dan de twee jaar onder de richtlijn. Daarentegen kan een Nederlandse handelaar een Engelse consument niet de klachtplicht (van twee maanden na kennisgeving) tegenwerpen nu deze regel juist niet is omgezet in het VK. Een Nederlandse handelaar profiteert verder van het dwingendrechtelijk regresrecht, maar hij kan dit niet uitoefenen onder bijvoorbeeld het in het VK toepasselijke recht. Deze voorbeelden uit het consumentenkooprecht zijn illustratief voor de *status quo* van diverse onderdelen van het EU-consumentenrecht die al zonder de Brexit spelen.

Daar komt nog bij dat er grote verschillen in de EU bestaan wat betreft de handhaving van consumentenrecht (dus de processuele kant). Waar in Nederland met name de ACM (en dus een bestuursorgaan) de consumentenrechtelijke regels handhaaft, kunnen in Duitsland en Oostenrijk concurrenten elkaar op naleving aanspreken op grond van hun regels over oneerlijke concurrentie (*Unlautere Wettbewerbsgesetz*). Het VK heeft in het verleden het *Office of Fair Trading* met de handhaving belast, die al een tijd geleden deels aan de *Competition and Markets Authority* is overgedragen, en daarmee meer lijkt op de handhaving in Nederland.

### 3. **Uitdagingen bij Brexit I: uitleg van bestaande consumentenregels**

Op het gebied van bestaande consumentenregels zijn m.i. vooralsnog geen grote veranderingen te verwachten. Het VK heeft immers alle desbetreffende richtlijnen omgezet, waardoor deze onderdeel van hun rechtsstelsel zijn geworden (zie bijvoorbeeld de aanpassingen van de *Sale of Goods Act* als gevolg van de omzetting van de Richtlijn consumentenkoop). Deze *nationale* regels blijven uiteraard gelden ook al hebben EU-richtlijnen bij een Brexit geen werking meer. In dat verband rijst de interessante vraag of het VK de Brexit zou kunnen aangrijpen om 'ongewenste' wet- en regelgeving terug te draaien. Zonder enige concrete aanwijzingen zou ik mij hooguit kunnen voorstellen dat dit denkbaar is ten aanzien van regels die bedoeld zijn om een *level-playing field* in het leven te roepen (zoals productenaansprakelijkheid of oneerlijke handelspraktijken, beide voorbeelden van maximumharmonisatie). Immers, het VK is bij een Brexit niet meer gebonden aan de Europese standaard, en zou dan wellicht meer gebaat zijn bij minder strenge regels (vergelijk de discussie over TTIP op dat punt). Echter, is het maar de vraag of er hiervoor politieke wil en tijd is, zeker in deze voor het VK turbulente tijden, dan wel dat het terugdraaien van consumentenbescherming, die inmiddels ook *part and parcel* is van de rechtsregels in het VK, te rechtvaardigen is. Zoals in de inleidende bijdrage al uiteengezet, heeft een Brexit effect op de manier waarop nationale regels ter implementatie van richtlijnen uitgelegd dienen te worden. Met het wegvallen van het HvJ EU als de uiteindelijke instantie om Europees recht te interpreteren en de verplichting van lidstaten om deze autonome Europeesrechtelijke uitleg te volgen, is het denkbaar dat de van origine uniforme nationale regels in het VK op den duur anders uitgelegd zullen worden. Daarbij zal het naar verwachting echter niet gaan

om enorme sprongen nu de desbetreffende rechtspraak pas na jaren ontstaat en open punten adresseert die vaak in nationale wetgeving al zijn meegenomen. Uiteindelijk zullen bovendien de rechters in het VK zelf een manier moeten vinden om hiermee om te gaan. Het is niet ondenkbaar dat rechters uit het VK ook rekening zullen houden met beslissingen van het HvJ EU indien zich vergelijkbare vragen aandienen.

### 4. **Uitdagingen bij Brexit II: toekomstige harmonisatie van consumentenregels**

Waar een Brexit wèl merkbare volgen zal hebben, zijn toekomstige ontwikkelingen op het gebied van consumentenrecht. Ook al is dit rechtsgebied inmiddels al tamelijk ontwikkeld, nieuwe technologieën en de focus op verdergaande harmonisatie roepen op tot nieuwe regelgeving.

Een goed voorbeeld is het voorstel van 9 december 2015 voor een Richtlijn voor de levering van digitale content. Voor de lezer zal dit wellicht al bekend klinken; de Nederlandse wetgever heeft namelijk naar aanleiding van de Richtlijn consumentenrechten ervoor gekozen om – overigens onverplicht vanuit Europees optiek – de regels voor het kooprecht hierop analoog toe te passen en zelf een zogenaamde streaming(reparatie)wet uitgebracht. Deze voor de hedendaagse economie uitermate belangrijke, en bij uitstek grensoverschrijdende, sector zal nu ook op EU-niveau aangepakt worden, terwijl het VK ervoor kan kiezen op dit gebied geen nieuwe wetgeving in het leven te roepen.

Maar ook de 'doorontwikkeling' van bestaande wet- en regelgeving (dus verdere harmonisatie) dreigt uit de pas te gaan lopen. Zo heeft de EU commissie op 9 december 2015 ook een ander voorstel aangekondigd, kort gezegd de introductie van een maximaal geharmoniseerd regime voor een consumentenkooprecht op afstand. Ook dit gaat over een uitermate belangrijke sector, namelijk *e-commerce*. Hoewel dit terrein al door verschillende richtlijnen wordt bestreken, gaat de harmonisatie kennelijk niet ver genoeg. Het is overigens nog maar de vraag wat er van dit concrete voorstel terecht gaat komen. Er lijken ambitieuze en ingrijpende veranderingen op komst, zoals een omkering van de bewijslast gedurende twee (i.p.v. nu zes maanden), het afschaffen van de klachtplicht en duidelijker regels over garanties. Het nieuwe voorstel laat echter zien dat het Europese consumentenrecht niet stilstaat of 'verzadigd' is.

Het VK zal als gevolg van de Brexit niet meer gehouden zijn om deze nieuwe regels te implementeren. Het VK kan dus haar eigen regels blijven hanteren (of hooguit aan 'cherry picking' doen en alleen die regels overnemen die voor haar zelf interessant zijn zonder dat dit verplicht is). Daarmee is het aannemelijk dat de desbetreffende regels uiteen gaan lopen, juist op terreinen die zich bij uitstek lenen voor grensoverschrijdende handel. In ieder geval kan er niet meer op vertrouwd worden dat in het VK dezelfde regels gelden als in de rest van de EU. Het resultaat is een uniforme markt voor 27 EU landen, met het VK, een grote afzetmarkt, als buitenbeentje.

Maar hoe erg is dat eigenlijk? Zolang de consumentenbescherming in de EU verdergaat, ben ik geneigd te zeggen dat dit geen groot probleem is. Dan zijn de EU standaarden namelijk ook 'geschikt' voor de afzetmarkt in het VK voor handelaren uit andere landen dan het VK. Problematischer wordt het als de VK strengere regels gaat hanteren.

## 5. **Uitdagingen bij Brexit III: geschillen met consumenten in het VK**

De laatste uitdaging zijn de gevolgen van een Brexit voor geschillenbeslechting. Omdat de relevante wet- en regelgeving in verordeningen is vastgelegd (namelijk de EEX *recast* Vo 1215/2012 en de Rome I-Vo 593/2008), zullen deze bij een Brexit niet meer van toepassing zijn in het VK. Omdat de huidige nationale regels echter al in een procesrechtelijke bescherming van consumenten voorzien – namelijk de regel: (1) dat een consument, kort gezegd, slechts thuis kan worden gedagvaard en ook daar een vordering in kan stellen; en (2) dat een consument in principe zijn 'eigen' (dwingendrechtelijke) bescherming niet kan worden ontnomen – zal een Brexit hier geen grote verandering brengen. Immers, het is niet aannemelijk dat het VK zijn eigen consumenten in dat opzicht minder zal gaan beschermen dan nu al het geval is. Verwacht mag worden dat het VK dezelfde IPR principes zal blijven toepassen. Consumenten uit Nederland (en andere EU landen) lopen echter wél het risico dat zij niet meer door de materiële EU-regels beschermd worden.

Saillant detail is overigens dat vonnissen die in het land van de consument in zijn voordeel zijn uitgesproken, niet meer zonder meer in het land van de (buitenlandse) handelaar ten uitvoer kunnen worden gelegd nu het systeem van wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging ook niet meer geldt. Daarmee is in ieder geval de drempel voor consumenten om recht te krijgen aan beide kanten van het kanaal hoger dan nu.

## 6. **Conclusie**

De Brexit zal mijns inziens op korte termijn weinig verandering brengen in het consumentenrecht in het VK. Immers, de meerderheid van deze regels is afkomstig van de EU en inmiddels al geruime tijd omgezet in nationaal recht. Het wegvallen van de onderliggende richtlijnen brengt daar in principe geen verandering in, tenzij het VK plotseling ook al haar consumentenwetgeving gaat aanpassen.

Dit is echter, zeker op wat langere termijn, anders voor uitleg van bestaande regels omdat het HvJ EU niet meer bevoegd zal zijn om het nationale consumentenrecht van het VK (waar gebaseerd op EU-recht) uit te leggen. Van waarschijnlijk grotere impact is dat het VK niet meer mee zal doen bij nieuwe wet- en regelgeving, waardoor er op het vlak van consumentenrecht een kloof tussen de EU en het VK zal (kunnen) ontstaan. Gezien de recente initiatieven van de EU is dit een scenario dat dichterbij is dan men zou verwachten.

In de praktijk zal dit naar ik verwacht echter niet veel anders uitpakken dan nu. Nederlandse bedrijven die hun producten en diensten in het VK willen verkopen, moeten

nu sowieso al rekening houden met uiteenlopende nationale regels in de verschillende EU landen die vaak verdergaan dan de (nog) minimumbescherming op EU-niveau. In de toekomst zal deze noodzaak voor een 'localisatie' van bijvoorbeeld contracten of algemene voorwaarden waarschijnlijk alleen maar groter worden. Dit zal niet per se een onwerkbaar situatie opleveren als het VK niet voor hogere of compleet afwijkende regels kiest. Maar dat zal de toekomst moeten uitwijzen. In de tussentijd met de woorden van Shakespeare: "*Sigh no more, ladies, sigh no more*".

# 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 calendar days 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 voordoen van nadelige rechtsgevolgen heronderhandelen of dat partijen de overeenkomst mogen beëindigen.

# Brexit: financieelrechtelijke gevolgen

Bb 2016/74

In deze bijdrage bespreken de auteurs de belangrijkste gevolgen van Brexit vanuit financieelrechtelijk perspectief. Onderscheid wordt gemaakt tussen de gevolgen voor effectenuitgevende ondernemingen, niet-effectenuitgevende ondernemingen en financiële ondernemingen.

## 1. Inleiding

Nog altijd is Londen de *financial capital* van Europa. De Londense City huisvest onder meer de *London Stock Exchange* (LSE), welke beurs verreweg de grootste van Europa is. Bovendien fungeert Londen traditioneel als de Europese basis van Amerikaanse, Aziatische en Zwitserse banken en andere financiële ondernemingen van waaruit zij hun activiteiten in de rest van Europa ontplooiën. Ook veel Nederlandse banken en andere financiële ondernemingen hebben (bij)kantoren in Londen. Brexit zal dan ook vooral voor de financiële markten en financiële ondernemingen gevolgen kunnen hebben. Reeds in de aanloop naar het referendum bleek dat de onzekere uitkomst daarvan tot veel onrust leidde op de financiële markten. De uitslag van het referendum heeft die onrust geenszins weggenomen, omdat vermoedelijk nog jaren onzekerheid zal bestaan over het uiteindelijke Brexit-scenario en de juridische gevolgen daarvan voor de financiële markten. Het is dan ook geen toeval dat de inwoners van Londen overtuigd zijn voor zekerheid en dus voor *'remain'* hebben gestemd. Vanuit financieelrechtelijk perspectief zijn de belangrijkste elementen van het lidmaatschap van de EU voor het Verenigd Koninkrijk: (1) toegang tot de *single market* voor financiële diensten; en (2) geharmoniseerde regulering van de financiële markten. Aan deze situatie is in juridische zin voorsnog niets veranderd.<sup>2</sup> Zolang de uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU nog niet definitief is, kunnen banken en andere financiële ondernemingen die in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd derhalve nog gebruikmaken van het zogeheten Europees paspoort. Kort gezegd betekent dit dat financiële ondernemingen die een vergunning hebben verkregen van de Engelse financiële toezichthouder hun diensten kunnen verrichten in alle andere lidstaten van de Europese Unie (hierna: EU), of beter gezegd: van de Europese Economische Ruimte (hierna: EER). Andersom kunnen financiële ondernemingen gevestigd in de andere lidstaten tot die tijd hun diensten verrichten in het Verenigd Koninkrijk. Bovendien zullen de Europese richtlijnen en verordeningen tot het moment van definitieve uittreding van kracht zijn en is het Verenigd Koninkrijk tot de uittreding verplicht

nieuwe richtlijnen te implementeren; de regulering van de financiële markten blijft voorlopig dus geharmoniseerd.

De juridische gevolgen van Brexit kunnen pas met zekerheid worden vastgesteld als de Brexit-onderhandelingen tussen het Verenigd Koninkrijk en de EU zijn afgerond. Als het Verenigd Koninkrijk kiest voor uittreding uit de EER en geen bijzondere afspraken worden gemaakt, zullen de belangrijkste financieel-juridische gevolgen bestaan uit het vervallen van het Europees paspoort en mogelijke divergentie van de regulering van de financiële markten. Op korte termijn zal deze divergentie waarschijnlijk meevallen. Geïmplementeerde richtlijnen zullen immers 'voortleven' in het nationale recht totdat eventueel besloten wordt tot wijziging van die nationale regelingen. Bovendien is veel Europese financieelrechtelijke regelgeving het resultaat van mondiale standaarden<sup>3</sup> en zal mogelijke nieuwe nationale regelgeving daarop moeten worden afgestemd.<sup>4</sup> Hiaten die ontstaan als gevolg van wegvallende verordeningen zullen dan ook moeten worden opgevuld met gelijkwaardige nationale regels. Hieronder schetsen wij de belangrijkste juridische gevolgen van definitieve uittreding voor effectenuitgevende ondernemingen, niet-effectenuitgevende ondernemingen en financiële ondernemingen. Voor zover relevant wordt daarbij onderscheid gemaakt tussen ondernemingen gevestigd in het Verenigd Koninkrijk en ondernemingen gevestigd in een EU lidstaat.

## 2. Gevolgen voor effectenuitgevende ondernemingen

Om het ophalen van kapitaal in de EU te faciliteren heeft de Europese wetgever één regime voor effectenuitgifte en -notering gecreëerd. Dit regime wordt in hoofdzaak gevormd door de Prospectusrichtlijn<sup>5</sup> en Prospectusverordening<sup>6</sup>, de Noteringsrichtlijn<sup>7</sup> en de Transparantierichtlijn<sup>8</sup> (die periodieke en doorlopende informatieverplichtingen bevat). De

1 J.T. Tegelaar en M. Haentjens zijn als junior onderzoeker en docent, respectievelijk hoogleraar verbonden aan het Hazelhoff Centre for Financial Law van de Universiteit Leiden.

2 Zie ook Financial Conduct Authority (FCA), 'Statement on European referendum result', 27 juni 2016, <<https://www.fca.org.uk/news/european-union-referendum-result-statement>>.

3 Te denken valt bijvoorbeeld aan de standaarden opgesteld door G20, Basel Committee on Banking Supervision, Financial Stability Board (FSB) en IOSCO.

4 Zo ook V.P.G. de Serière en B.C.G. Jennen, 'Gevolgen van Brexit voor Nederland. Enkele juridische overwegingen', OR 2016, p. 236.

5 Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten.

6 Verordening (EG) nr. 809/2004 van de Commissie van 29 april 2004 tot uitvoering van Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de in het prospectus te verstrekken informatie, de vormgeving van het prospectus, de opneming van informatie door middel van verwijzing, de publicatie van het prospectus en de verspreiding van advertenties betreft.

7 Richtlijn 2001/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 mei 2001 betreffende de toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs en de informatie die over deze effecten moet worden gepubliceerd.

8 Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een geregelende markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG.

recentste ontwikkeling op dit gebied is het initiatief van de Europese Commissie om te komen tot een 'Kapitaalmarktunie', die tot doel heeft kapitaalmarktfinanciering verder te stimuleren.<sup>9</sup>

## 2.1 Prospectus

### 2.1.1 Gevestigd in lidstaat

Nederlandse effectenuitgevende ondernemingen, en, meer algemeen, effectenuitgevende ondernemingen met zetel in de EER, kunnen gebruikmaken van een Europees paspoort voor hun prospectus. Goedkeuring van het prospectus door de toezichthouder in de lidstaat van herkomst geeft de effectenuitgevende onderneming de mogelijkheid effecten aan te bieden en te laten noteren in de gehele EER.<sup>10</sup> Als het Verenigd Koninkrijk definitief uittreedt, kunnen Europese ondernemingen die effecten willen aanbieden in het Verenigd Koninkrijk of een notering willen aan LSE geen gebruik (meer) maken van dit Europees paspoort. Dit betekent dat zowel ondernemingen die reeds genoteerd zijn aan LSE, als ondernemingen die in de toekomst effecten willen aanbieden in het Verenigd Koninkrijk of een notering willen aan LSE (ook) een prospectusgoedkeuringsprocedure zullen moeten doorlopen bij de Engelse toezichthouder, de *Financial Conduct Authority* (FCA).

### 2.1.2 Gevestigd in Verenigd Koninkrijk

Effectenuitgevende ondernemingen met zetel in het Verenigd Koninkrijk zullen bij een definitieve uitbreiding eveneens het Europees paspoort voor hun prospectus verliezen. Zij zullen vallen onder het regime dat op grond van de Prospectusrichtlijn geldt voor effectenuitgevende ondernemingen met zetel in een derde land. Als gevolg hiervan zullen zij het prospectus (ook) moeten laten goedkeuren door de toezichthouder van de lidstaat waar zij hun effecten willen aanbieden of noteren. Deze toezichthouder kan het prospectus goedkeuren als het prospectus is opgesteld conform de mondiale standaarden (waaronder die van IOSCO) en als de informatievereisten gelijkwaardig zijn aan de vereisten in de Prospectusrichtlijn.<sup>11</sup> Is het prospectus eenmaal goedgekeurd door een lidstaattoezichthouder, kan de onderneming gebruikmaken van het Europees paspoort en daarmee ook in andere lidstaten overgaan tot aanbieding of notering van effecten.<sup>12</sup> Nu de prospectusregelgeving is gebaseerd op mondiale standaarden en bovendien voor een belangrijk deel bestaat uit de reeds geïmplementeerde Prospectusrichtlijn, kan worden aangenomen dat een door de FCA goedgekeurd prospectus in het algemeen ook aan de vereisten zal voldoen die worden gesteld aan het prospectus van een onderneming met zetel in een derde land.

9 Zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Actieplan voor de opbouw van een kapitaalmarktunie*, Brussel, 30 september 2015, COM(2015) 468 def.

10 Art. 17-18 Prospectusrichtlijn.

11 Art. 20 lid 1 Prospectusrichtlijn.

12 Art. 20 lid 2 Prospectusrichtlijn jo. art. 17-18 Prospectusrichtlijn.

## 2.2 Notering en transparantievereisten

Iedere onderneming met een notering aan een gereglementeerde markt (dat wil zeggen: een beurs) in de EER moet, naast verplichte publicatie van een prospectus, voldoen aan de Noteringsrichtlijn en de Transparantierichtlijn. Ondernemingen met een *dual listing* aan zowel LSE als een gereglementeerde markt in een andere lidstaat genieten daarmee (thans nog) het voordeel van een (vrijwel) gelijkkludend regime waaraan zij moeten voldoen. Beide richtlijnen beogen echter minimumharmonisatie en lidstaten mogen daarvan dus afwijken door strengere eisen te stellen. Het Verenigd Koninkrijk heeft van die mogelijkheid gebruikgemaakt en LSE biedt als gevolg hiervan de mogelijkheid van een 'Standard Listing' en een 'Premium Listing'.<sup>13</sup> Aan een Premium Listing worden striktere eisen gesteld dan aan een Standard Listing. De voorwaarden van een Standard Listing komen overeen met de Europese minimumvereisten.

Als het Verenigd Koninkrijk uittreedt, kan de huidige geharmoniseerde nationale regelgeving omtrent notering en transparantievereisten veranderen. De huidige regels kunnen bijvoorbeeld worden vervangen, maar waarschijnlijker is dat verschillen voornamelijk zullen ontstaan doordat de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie vervalft.<sup>14</sup> Bovendien zal het Verenigd Koninkrijk niet meer gebonden zijn aan de *guidelines* en *recommendations* van de European Supervisory Authorities (ESA's)<sup>15</sup> die juist erop zijn gericht de nationale toezichtpraktijken te convergeren.<sup>16</sup> De kans bestaat dus dat ondernemingen die gebruikmaken van een *dual listing* zullen moeten voldoen aan twee verschillende regimes. Als een onderneming kiest voor notering in een lidstaat, Londen en New York, zal deze moeten voldoen aan drie verschillende regulatoire regimes. Deze divergentie zal ook moeilijkheden kunnen opleveren bij het integreren van de platforms van LSE en Deutsche Börse na de door hen geplande fusie.<sup>17</sup>

## 3. Gevolgen voor niet-effectenuitgevende ondernemingen

Ondernemingen die geen effecten uitgeven en die geen financiële onderneming zijn, zullen naar alle waarschijnlijkheid niet direct veel merken van de financieel-juridische gevolgen van een definitieve Brexit. Het is mogelijk dat de mate van (toezichtrechtelijke) bescherming die hen wordt geboden in de hoedanigheid van bijvoorbeeld kredietnemer, belegger of verzekerde zal gaan verschillen al naar

13 Zie de website van LSE [www.londonstockexchange.com/companies-and-advisors/main-market/companies/primary-and-secondary-listing/listing-categories.htm](http://www.londonstockexchange.com/companies-and-advisors/main-market/companies/primary-and-secondary-listing/listing-categories.htm).

14 Zo ook V.P.G. de Serière en B.C.G. Jennen, 'Gevolgen van Brexit voor Nederland. Enkele juridische overwegingen', *OR* 2016, p. 237.

15 Bestaande uit European Banking Authority (EBA), European Securities and Markets Authority (ESMA) en European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA).

16 Clifford Chance, *After Brexit. A legal and regulatory analysis of the possible implications of British departure from the European Union*, 24 augustus 2016, p. 12-13, [https://www.cliffordchance.com/briefings/2016/08/after\\_brexit.html](https://www.cliffordchance.com/briefings/2016/08/after_brexit.html).

17 V.P.G. de Serière en B.C.G. Jennen, 'Gevolgen van Brexit voor Nederland. Enkele juridische overwegingen', *OR* 2016, p. 239.

gelang de bank of andere financiële onderneming onder toezicht staat van de toezichthouder in het Verenigd Koninkrijk of van een lidstaattoezichthouder. Ook hier geldt de nuancering dat de huidige Europese regels het resultaat zijn van mondiale standaarden en dat eventuele nieuwe regelgeving in het Verenigd Koninkrijk daardoor waarschijnlijk niet sterk zal afwijken van de Europese. Het is wel mogelijk dat de concrete invulling die aan deze beschermingsregels wordt gegeven gaat divergeren, zodat bijvoorbeeld verschillende standaardformulieren zullen gaan worden gebruikt voor beleggingsdienstverlening – voor zover die verschillen overigens niet nu reeds bestaan door de keuzevrijheid die de desbetreffende richtlijn de lidstaten laat.

#### 4. Gevolgen voor banken en andere financiële ondernemingen

De gevolgen die Brexit zal hebben voor grensoverschrijdend opererende banken en andere financiële ondernemingen zullen voornamelijk betrekking hebben op het wegvallen van het Europees paspoort. Onder meer banken, beleggingsondernemingen, verzekeraars, betaaldienstverleners, elektronischgeldinstellingen en beheerders van een alternatieve beleggingsinstelling (abi) of ICBE kunnen met dit Europees paspoort grensoverschrijdend diensten verrichten in de gehele EER.<sup>18</sup> Met één vergunning kunnen zij in de gehele EER zowel rechtstreeks grensoverschrijdende diensten verrichten, alsook via de vestiging van een bijkantoor (zonder rechtspersoonlijkheid). Het toezicht op de grensoverschrijdende dienstverlening en het bijkantoor vindt hoofdzakelijk plaats door de toezichthouder door wie de vergunning is verleend in overeenstemming met het recht van die lidstaat. Een gereguleerde markt kan geen gebruik maken van een Europees paspoort, maar op grond van MiFID kan zij wel voorzieningen treffen in andere lidstaten om de toegang tot haar handelsplatform te vergemakkelijken.<sup>19</sup> Nu het regime voor gereguleerde markten in derde landen niet is geharmoniseerd doet zich met de geplande fusie tussen LSE en Deutsche Börse de vraag voor of het hoofdkantoor na een definitieve Brexit wel moet worden gevestigd in Londen.

##### 4.1 Gevestigd in een lidstaat

Banken en andere financiële ondernemingen met een vergunning van een lidstaattoezichthouder maken veelvuldig gebruik van het Europees paspoort om grensoverschrijdende diensten te verrichten in het Verenigd Koninkrijk. Zo hebben vrijwel alle Nederlandse banken een bijkantoor zonder rechtspersoonlijkheid (*branch*) in Londen. Als het Verenigd Koninkrijk definitief uittreedt kunnen financiële ondernemingen niet meer op grond van een Europees pas-

poort diensten verlenen in het Verenigd Koninkrijk. Afhankelijk van de vergunningsvereisten in het Verenigd Koninkrijk zullen zij een dochtervennootschap moeten oprichten of hun huidige *branch* moeten omvormen tot dochtervennootschap. Ook hier geldt dat het waarschijnlijk is dat de vergunningsvereisten in belangrijke mate zullen (blijven) overeenkomen met de Europese, omdat deze het resultaat zijn van mondiale standaarden.

##### 4.2 Gevestigd in het Verenigd Koninkrijk

Net als voor financiële ondernemingen met een vergunning in een lidstaat, geldt ook voor financiële ondernemingen met een vergunning in het Verenigd Koninkrijk dat hun Europees paspoort zal vervallen als het Verenigd Koninkrijk uittreedt. Zoals wij ook in de Inleiding schreven, hebben veel Amerikaanse, Aziatische en Zwitserse financiële ondernemingen een Europese *hub* in de Londense City. Voor de activiteiten van deze *hub* is een vergunning verkregen en daarmee hebben de ondernemingen een Europees paspoort om zaken te doen in de overige lidstaten. Na uittreding van het Verenigd Koninkrijk zullen zij waarschijnlijk een dochtervennootschap moeten oprichten in één van de EU lidstaten en aldaar een vergunning aanvragen om weer te kunnen profiteren van een Europees paspoort. Hetzelfde geldt vanzelfsprekend voor Britse financiële ondernemingen met hoofdkwartier en een vergunning in het Verenigd Koninkrijk.

Voor beleggingsondernemingen die grensoverschrijdende beleggingsdiensten willen verlenen geldt na inwerkingtreding van MiFID II<sup>20</sup> en MiFIR<sup>21</sup> in 2018 een geharmoniseerd derdelandenregime, waar beleggingsondernemingen met een vergunning in het Verenigd Koninkrijk waarschijnlijk ook onder zullen vallen. Op basis van dit regime kan een beleggingsonderneming beleggingsdiensten verlenen aan professionele beleggers (en in aanmerking komende tegenpartijen) in de gehele EER, onder voorwaarde dat ESMA heeft geoordeeld dat sprake is van 'gelijkwaardig toezicht'. Het regime voor grensoverschrijdende beleggingsdienstverlening aan niet-professionele beleggers vanuit derde landen is echter niet geharmoniseerd en de voorwaarden die daaraan worden gesteld zijn overgelaten aan de lidstaten. Hier zullen zich dan ook grotere verschillen kunnen gaan voordoen tussen de Britse en de EER-regels (maar weer: voor zover die verschillen niet nu reeds bestaan door de keuzevrijheid die de MiFID-richtlijn de lidstaten laat).

#### 5. Conclusie

Zoals ook in de andere bijdragen de conclusie zal zijn, is er – ook vanuit financieelrechtelijk perspectief – vooralnog niets veranderd aan de juridische situatie met betrekking tot het Verenigd Koninkrijk. Als Brexit uiteindelijk zal lei-

18 Zie o.a. voor banken art. 33-39 Capital Requirements Directive IV (CRD IV, Richtlijn 2013/36/EU); voor beleggingsondernemingen art. 6, 31-32 Markets in Financial Instruments Directive (MiFID, Richtlijn 2004/39/EG); voor verzekeraars art. 145-148 Solvency II Directive (Solvency II, Richtlijn 2009/138/EG); voor betaaldienstverleners art. 25 Payment Services Directive (PSD, Richtlijn 2007/64/EG).

19 Art. 42 lid 6 MiFID.

20 Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU.

21 Verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten in financiële instrumenten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012.



den tot uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EER en geen bijzondere afspraken worden gemaakt, zullen de gevolgen daarvan voornamelijk worden gevoeld door financiële ondernemingen met zetel in het Verenigd Koninkrijk en financiële ondernemingen uit andere lidstaten die zakendoen met het Verenigd Koninkrijk. Zij zullen de verworvenheden verliezen die de *single market* hen bood: geharmoniseerde regelgeving en een Europees paspoort voor grensoverschrijdende dienstverlening en prospectus. Nederlandse ondernemingen die daarop willen anticiperen zouden hun zetel moeten verplaatsen naar het Verenigd Koninkrijk of herstructureren, en voor de activiteiten van de (nieuwe) Engelse vennootschap een vergunning aanvragen in het Verenigd Koninkrijk. Alles hangt echter af van de onderhandelingen die het Verenigd Koninkrijk de komende tijd zal voeren met de EU. Tot de uitkomst van die onderhandelingen definitief vorm krijgt en de financieelrechtelijke gevolgen duidelijk worden, zal de onrust op de financiële markten waarschijnlijk voortduren.

# Brexit: belasting, accijnzen, heffingen

Bb 2016/75

## 1. Inleiding

Op het terrein van het fiscale recht is het van belang om vast te stellen of we te maken hebben met directe belastingen (inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, dividendbelasting) of indirecte belastingen (accijnzen, btw, overdrachtsbelasting). In de Unie zijn de indirecte belastingen in vergaande mate geünificeerd, zoals in het Communautaire Douane Wetboek, of geharmoniseerd, zoals de BTW-richtlijn. De directe belastingen zijn nauwelijks geharmoniseerd, omdat de lidstaten op dit punt hun soevereiniteit hebben behouden. Lidstaten zijn exclusief bevoegd om de criteria voor de belastingheffing vast te stellen: van wie, waarover en tegen welk tarief. Om maatregelen te treffen op het gebied van de directe belastingen is unanimité vereist.<sup>2</sup> Slechts enkele richtlijnen zijn tot stand gekomen, die bovendien zien op vennootschappen en niet op natuurlijke personen, zoals de moederdochterrichtlijn, de interest- en royaltyrichtlijn, de fusierichtlijn en, zeer recent, de antibelastingontwijkingsrichtlijn.

Voorts is het relevant met wat voor land we te maken hebben: een lid van de Europese Unie, van de Europese Economische Ruimte (hierna: EER), of een zogenoemde derde staat. In het laatste geval spelen de Europese vrijverkeersbepalingen geen rol. Een uitzondering geldt echter voor de vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer. Die geldt ook ten opzichte van derde landen. Wel verdient opmerking dat het Hof van Justitie EU de lidstaten meer ruimte geeft om restricties te rechtvaardigen met een beroep op de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen. Een gemeenschappelijk juridisch kader, zoals dat geldt voor de betrekkingen tussen de lidstaten, ontbreekt immers. Het kapitaalverkeer naar of uit derde landen vindt plaats in een andere juridische context dan het kapitaalverkeer binnen de Unie.

Het is zonneklaar dat het Verenigd Koninkrijk thans lid is van de Unie. Het is echter niet volstrekt duidelijk wat de status van het VK zal zijn na de Brexit. Wij houden het ervoor dat het Verenigd Koninkrijk niet automatisch lid wordt van de EER. In het navolgende gaan wij er daarom vanuit dat het VK een derde land zal zijn. Dit betekent dat het VK een andere vorm van samenwerking met de Unie zal moeten zoeken. Een mogelijkheid is dat er een overeenkomst wordt gesloten naar het voorbeeld van de overeenkomst tussen de Unie en Zwitserland of een vrijhandelsverdrag. Daarnaast betekent dit dat de tussen het VK en de afzonderlijke lidstaten gesloten belastingverdragen aan belang zullen winnen. Voor Nederland is het belastingverdrag Nederland-Verenigd

Koninkrijk van belang en dan vooral de non-discriminatiebepaling uit dit verdrag.

## 2. Directe belastingen

Zoals gezegd zijn de directe belastingen nauwelijks geharmoniseerd. Er zijn slechts enkele richtlijnen. Het is duidelijk dat deze richtlijnen niet langer van toepassing zullen zijn. Niettemin zullen er situaties zijn waarin de richtlijnen – op indirecte manier – hun werking zullen behouden indien Nederland de richtlijnen heeft geïmplementeerd op een wijze dat de werking van een regel ook op andere landen dan lidstaten ziet. Het komt dus aan op de toepassing van de vrijverkeersbepalingen.<sup>3</sup> Daarnaast kunnen de staatssteunregels niet onvermeld blijven.<sup>4</sup> Na de Brexit zal het VK niet langer onderworpen zijn aan de regeling voor staatssteun. Wel zullen naar wij menen de Commissie, het Gerecht en het Hof van Justitie bevoegd blijven voor steun die vóór Brexit is verleend.

### 2.1 Natuurlijke personen

Voor natuurlijke personen spelen de verkeersvrijheden vooral een rol bij de verplaatsing van de woonplaats buiten Nederland. Een verhuizing – al dan niet met een beroep op de vrijheid van verblijf<sup>5</sup> – leidt stevast tot een eindafrekening van bijvoorbeeld opgebouwde pensioenrechten of stille reserves in aandelen van vennootschappen.<sup>6</sup> Binnen de Unie wordt een dergelijke *exit tax* als een belemmering beschouwd, die in beginsel gerechtvaardigd is op basis van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. Teneinde proportioneel te zijn is onmiddellijke invordering echter niet toegestaan: de belastingschuld wordt – kort gezegd – in termijnen ingevorderd. Ten opzichte van derde landen geldt dit niet. Een verhuizing naar het VK leidt derhalve tot onmiddellijke afrekening van Nederlandse fiscale claims. Hoe zit het met personen die voor de Brexit zijn verhuisd en thans gebruikmaken van uitstel van betaling? De Brexit zal tot onmiddellijke invordering leiden van een nog openstaande schuld.<sup>7</sup>

De verkeersvrijheden zijn ook van belang voor zogenoemde *Schumacker*-situaties. Dit zijn gevallen waarin een natuurlijke persoon zijn gehele of nagenoeg gehele inkomen in een andere lidstaat verdient dan in zijn woonstaat. Volgens het HvJ EU dient de werkstaat dan aftrek toe te staan van persoonsgebonden posten die normaliter door de woonstaat in aanmerking worden genomen. In Nederland heeft deze leer zijn neerslag gekregen in de regeling voor de kwalificerende buitenlandse belastingplichtige.<sup>8</sup> Deze regeling zal niet langer van toepassing zijn ten opzichte van inwoners van het VK.

1 Prof. mr. S.C.W. Douma en prof. mr. H. Vermeulen zijn beiden als hoogleraar belastingrecht verbonden aan de Universiteit Leiden respectievelijk Universiteit van Amsterdam en beiden tevens werkzaam bij de EU Direct Tax Group (EUDTG) van PwC Amsterdam.

2 Art. 115 VwEU.

3 Art. 30, 45, 49, 56 en 63 VwEU.

4 Art. 107-109 VwEU.

5 Art. 21 VwEU.

6 Zie art. 3.83 en art. 4.16 Wet inkomstenbelasting 2001.

7 Art. 25a Invorderingswet 1990.

8 Art. 7.8 Wet inkomstenbelasting 2001.

## 2.2 Vennootschappen

Voor vennootschappen geldt hetzelfde als voor natuurlijke personen indien het gaat om de verplaatsing van de zetel van een vennootschap naar het Verenigd Koninkrijk. Dit zal leiden tot onmiddellijke afrekening.<sup>9</sup>

Voorts is van belang dat de fiscale faciliteiten voor reorganisaties, zoals juridische fusie, aandelenruil of juridische splitsing, slechts gelden wanneer hierbij vennootschappen uit de Unie betrokken zijn. De vennootschap moet immers een rechtsvorm hebben uit de lijst die als bijlage is opgenomen bij die fusierichtlijn. Na de Brexit zal een reorganisatie waarbij een Britse vennootschap betrokken is buiten de reikwijdte van de fusierichtlijn vallen.

Hetzelfde geldt met betrekking tot de moederdochterrichtlijn en de interest- en royaltyrichtlijn. Op een dividenduitkering naar een Britse vennootschap zal de moederdochterrichtlijn – en daardoor de inhoudingsvrijstelling<sup>10</sup> – niet van toepassing zijn. De dividenduitkering zal met 15% worden belast, tenzij het belastingverdrag Nederland-Verenigd Koninkrijk in een verlaging van dit tarief voorziet. Het gewone verdragstarief is overigens 10%, zodat een beperkte vermindering wordt gegeven.<sup>11</sup>

Indien een Nederlandse vennootschap aandelen houdt in een Britse vennootschap kan de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn. Indien die aandelen een beleggingsdeelneming vormen kan de deelnemingsvrijstelling omslaan in een deelnemingsverrekening.<sup>12</sup> Een vraag die speelt is of de zogenoemde *Cadbury Schweppes*-leer hier geldt.<sup>13</sup> In dat geval zou deze regeling alleen mogen gelden indien sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie. Dan moet de belastingplichtige de mogelijkheid hebben om te bewijzen dat dit niet het geval is, maar dat er een duurzame deelname aan het economisch leven in de andere lidstaat is. De *Cadbury Schweppes*-leer geldt niet ten opzichte van derde landen, zodat Nederland ook buiten gevallen van volstrekt kunstmatige constructies de toepassing van de deelnemingsvrijstelling zou kunnen weigeren.

Een fiscale eenheid is niet mogelijk tussen een Nederlandse vennootschap met een vennootschap uit een andere lidstaat.<sup>14</sup> In beginsel is een fiscale eenheid slechts toegestaan tussen Nederlandse althans in Nederland gevestigde vennootschappen. Op grond van Europese jurisprudentie dient ook een fiscale eenheid te worden toegestaan tussen Nederlandse zustervennootschappen met een gemeenschappelijke moedervennootschap, mits die gevestigd is in een lidstaat van de Unie of de EER.<sup>15</sup> Een dergelijke fiscale eenheid is straks niet meer mogelijk met een Britse moedervennootschap. Een reeds bestaande fiscale eenheid van zustervennootschappen zal van rechtswege worden beëindigd. Hetzelfde heeft te gelden voor zogenoemde *Papillon*-fiscale

eenheden: een fiscale eenheid tussen een Nederlandse vennootschappen met een buitenlandse tussenholding.<sup>16</sup>

## 3. Indirecte belastingen

Op het terrein van het indirecte belastingrecht zal veel veranderen. De gedachte van een interne markt met een gemeenschappelijke buitengrens wordt verlaten. Het VK zal geen onderdeel meer zijn van de interne markt zodat de fiscale grenzen voor grensoverschrijdend goederenverkeer weer zullen herleven. Dit betekent dat Nederland invoerrechten zal heffen op basis van het Communautaire Douane Wetboek. Ook zal een uitvoeraangifte dienen te worden gedaan voor goederen verzonden naar het VK. Op zijn beurt zal het VK invoerrechten willen heffen op inkomende goederenstromen.

Ook zal de BTW-richtlijn niet langer gelden. Het VK wordt een derde land. Dit heeft verschillende gevolgen. Zo zullen communautaire leveringen niet langer mogelijk zijn: er zal sprake zijn van invoer en uitvoer. Ook zullen Britse ondernemingen zich moeten registreren in Nederland. Het VK zal moeten beoordelen of het een BTW handhaaft of een andere heffing invoert, zoals een *sales tax*.

In Europa is er nog een kapitaalsbelastingrichtlijn.<sup>17</sup> Die heeft ertoe geleid dat Nederland de kapitaalsbelasting heeft afgeschaft. Na de Brexit is het mogelijk dat het Verenigd Koninkrijk overgaat tot (her)invoering van een *stamp duty*.

Hoewel de overdrachtsbelasting in fiscaal-juridische zin een indirecte belasting is, is de heffing ervan in Europa niet geharmoniseerd. De fusierichtlijn ziet evenmin op de overdrachtsbelasting.<sup>18</sup> Naar het zich laat aanzien, zal de Brexit nauwelijks gevolgen hebben op het gebied van de overdrachtsbelasting. Bijzonder in dit verband is dat de regeling voor reorganisaties niet vereist dat de betrokken vennootschappen een rechtsvorm uit de Unie moeten hebben.<sup>19</sup>

## 4. Afsluiting

De Brexit heeft de nodige fiscale gevolgen. De belangrijkste gevolgen spelen op het gebied van de indirecte belastingen omdat deze belastingen in vergaande mate geünificeerd of geharmoniseerd zijn. Op het gebied van de directe belastingen zijn de gevolgen beperkter, maar niettemin zal dit menig belastingplichtige raken.

9 Art. 15c Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

10 Art. 4 Wet op de dividendbelasting 1965.

11 Art. 10 Belastingverdrag Nederland-Verenigd Koninkrijk.

12 Art. 13aa Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

13 Zaak C-196/04.

14 Art. 15, lid 4, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

15 Gevoegde zaken C-39/13-C-41/13 (*SCA Holding en anderen*).

16 Zaak C-418/07 (*Papillon*).

17 Richtlijn 2008/7/EG.

18 Art. 8 Fusierichtlijn.

19 Zie bijvoorbeeld art. 5b, lid 9, en art. 5c, lid 2, Uitvoeringsbesluit Belastingen van rechtsverkeer.

# Brexit: mogelijke gevolgen voor het intellectuele eigendomsrecht

Bb 2016/76

## 1. Inleiding

Op 23 juni 2016 viel het startschot voor een (pan-)Europees Kampioenschap koffiedik kijken. Sinds de bekendmaking van de uitslag van het Brexit-referendum wordt er niet alleen gespeculeerd over de mogelijke implicaties van Brexit voor het Europese (juridische) landschap, maar ook over de mogelijke voorwaarden die aan de uittreding verbonden worden, de timing en (inmiddels) ook over het antwoord op de vraag of het “er” wel van zal komen.<sup>2</sup> Ervan uitgaande dat deze laatste vraag positief zal worden beantwoord (“Brexit means Brexit”), wordt in deze bijdrage ingegaan op de mogelijke gevolgen van een Brexit voor het intellectuele eigendomsrecht. Er wordt niet beoogd een uitputtende weergave te geven van alle mogelijke gevolgen.<sup>3</sup> In plaats daarvan is een selectie gemaakt van de gevolgen voor de – naar onze mening – meest relevante rechten van intellectuele eigendom en de meest in het oog springende gevolgen voor de praktijk.

Voorop staat dat de status quo ook op het gebied van de intellectuele eigendom gehandhaafd blijft zolang Brexit nog geen feit is en dat de daadwerkelijke gevolgen pas kunnen worden vastgesteld als het resultaat van de uittredingsonderhandelingen bekend is. Voor de gevolgen voor deze specifieke categorie van rechten zal daarbij vooral van belang zijn of het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) onderdeel blijft van de Europese Economische Ruimte (hierna: EER).<sup>4</sup> Vooruitlopend op de uitkomst van de onderhandelingen kan nu alvast worden opgemerkt dat de meest ingrijpende gevolgen van Brexit voor het intellectueel eigendomsrecht samenhangen met de daaruit voortvloeiende wijziging van het grondgebied van de EU. Die omstandigheid is van invloed op de beschermingsomvang van bepaalde rechten, de mogelijke uitputting daarvan, de grenzen van de douane-Unie die de EU is en tevens op overeenkomsten aangaande deze rechten die dit grondgebied als uitgangspunt nemen. Vanwege het praktische belang wordt met een bespreking van deze laatste drie categorieën aangevangen. Aansluitend worden de belangrijkste gevolgen per recht uiteengezet.

## 2. Overeenkomsten – Douane-unie – Uitputting

Zoals hierna in meer detail wordt besproken, is de geografische beschermingsomvang van bepaalde rechten van intellectuele eigendom verbonden aan het grondgebied van de EU. De beschermingsomvang van deze rechten, zoals bijvoorbeeld Uniemerken, wordt dan ook beperkt als het VK uit de EU vertrekt. De invloed van Brexit op het grondgebied van de EU kan echter ook nog op andere wijze van invloed zijn op (de bescherming van) intellectuele eigendomsrechten. Gedacht kan worden aan de gevolgen voor “Unie-brede” overeenkomsten, zoals licenties, co-existentie en *non-assert* overeenkomsten, maar ook aan onthoudingsverklaringen die “de EU” als relevant gebied definiëren en aan overeenkomsten die de EU anderszins als uitgangspunt nemen. Het VK valt hier na een Brexit immers niet meer onder indien daarvoor geen voorziening is getroffen. Bestaande overeenkomsten dienen derhalve mogelijk te worden gereviseerd, terwijl toekomstige overeenkomsten zodanig zullen moeten worden opgesteld dat deze voorzien in een Brexit.

De beperking van het territoire van de EU heeft ook invloed op de grenzen van de douane-unie die de EU vormt. Dit heeft tot gevolg dat er mogelijk separate en afwijkende importrechten moeten worden betaald in het VK en de EU. Het betekent tevens dat de Anti-Piraterij Verordening<sup>5</sup> niet meer op het VK van toepassing zal zijn en dat de handhavingsmechanismen die hierin worden geboden, zoals het douane-beslag, niet meer via deze verordening kunnen worden gerealiseerd in het VK. Rechthebbenden doen er verstandig aan aanvullende afspraken te formuleren met de douanediens van het VK, om zo de bescherming van hun daar geldende rechten te waarborgen en te handhaven.

De wijziging in het territoire is ook van belang voor de uitputtingsleer. De uitputting van rechten van intellectuele eigendom die de hele EU bestrijken, zoals Uniemerken, is opgehangen aan de EER. Als het VK na Brexit niet toetreedt tot de EER-Overeenkomst, leidt een eerste verhandeling in het VK door en/of met toestemming van de rechthebbende van een product waarin een dergelijk recht is vervat niet meer tot uitputting van dat recht voor de EER. De rechthebbende zal zich in dat geval tegen verdere verhandeling van dat product in de EER kunnen verzetten. Spiegelbeeldig zal het in de handel brengen van dit product in de EER niet tot uitputting kunnen leiden van de mogelijke rechten van de rechthebbende in het VK. Dit kan met name van belang zijn voor partijen die een prijsstrategie hanteren en voor markten waarin parallelimport een grote rol speelt, zoals de drankenindustrie.

1 Sebastiaan Brommersma en Paul Reeskamp zijn beiden advocaat bij DLA Piper Nederland N.V. te Amsterdam.

2 Verschillende commentatoren vragen zich dit af vanwege de verstrekende economische implicaties. Zie onder meer [www.independent.co.uk/voices/brexit-wont-really-happen-second-referendum-markets-value-housing-pound-a7106996.html](http://www.independent.co.uk/voices/brexit-wont-really-happen-second-referendum-markets-value-housing-pound-a7106996.html); [www.businessinsider.de/brexit-economic-consequences-may-never-happen-2016-7?r=UK&IR=T](http://www.businessinsider.de/brexit-economic-consequences-may-never-happen-2016-7?r=UK&IR=T); [www.ft.com/cms/s/2/8f2aca88-3c51-11e6-9f2c-36b487ebd80a.html#\\_axzz4I2sIIBNS](http://www.ft.com/cms/s/2/8f2aca88-3c51-11e6-9f2c-36b487ebd80a.html#_axzz4I2sIIBNS).

3 De mogelijke gevolgen voor het databankenrecht, de handhavingsrichtlijn, aanvullende beschermingscertificaten en beschermde geografische aanduidingen blijven omwille van de ruimte buiten schot.

4 Als het VK het ‘Noorse model’ adopteert zal zij onderdeel blijven uitmaken van de EER. Op dit moment lijkt implementatie van een ‘Zwitsers Model’ echter realistischer. In dat model zal het VK geen onderdeel meer uitmaken van de EER.

5 Verordening (EU) nr. 608/2013 inzake de handhaving van intellectuele eigendomsrechten door de douane en tot intrekking van Verordening (EG) Nr. 1383/2003.

### 3. Octrooirecht

Brexit heeft geen gevolgen voor de huidige systemen voor het aanvragen van octrooien via de nationale instanties, of via het Europees Octrooi Bureau (hierna: EOB) en het PCT-systeem van de *World Intellectual Property Organization* (hierna: WIPO).<sup>6</sup> De lidmaatschappen van het VK bij het EOB, het Europees Octrooi verdrag (EOV) en het WIPO worden door Brexit niet aangetast.<sup>7</sup> Brexit tast de geldigheid van een Brits octrooi dat via deze routes kan worden verkregen ook niet aan.

De gevolgen voor het beoogde, unitaire eenheidsoctrooi (*Unitary Patent*, hierna: UP) zijn mogelijk verstrekkender. Het UP-systeem beoogt te voorzien in één octrooi dat dezelfde werking heeft in deelnemende lidstaten. En daarnaast in de installatie van een *Unified Patent Court* (hierna: UPC). Het UP en het UPC worden gereguleerd door de *Unified Patent Court Agreement* (hierna: UPCA). Het meest ingrijpende gevolg van Brexit voor dit systeem is dat het zonder het VK mogelijk niet tot stand zal kunnen komen. Om in werking te treden moet het UPCA door dertien EU-lidstaten worden geratificeerd, waaronder in ieder geval Duitsland, Frankrijk en het VK.<sup>8</sup> De kans dat het VK het UPCA voorafgaand aan de uittreding zal ratificeren is klein, al is er een (theoretisch) scenario dat het daar toch toe overgaat en de deelname vervolgens meteen intrekt. Ratificatie na Brexit lijkt geen optie. Uit art. 84 UPCA moet immers worden afgeleid dat het UP en UPC alleen toegankelijk zullen zijn voor EU-lidstaten.<sup>9</sup> Waarschijnlijker is derhalve dat het VK niet ratificeert en dat de verplichte ratificatie door het VK op termijn doorschuift naar Italië. Alternatief is dat de regelgeving over de inwerkingtreding wordt aangepast. De angst is echter dat andere lidstaten bij het UPCA deze mogelijkheid zullen aangrijpen om andere onderdelen (weer) in de onderhandelingen te betrekken. Deze oplossingen hebben als bijkomend nadeel dat het UPCA tot stand komt zonder het VK. Men kan zich afvragen hoeveel animo er zal bestaan voor een nieuw systeem indien een van de sleuteljurisdicties ontbreekt.

Er zijn dus nogal wat kanttekeningen te maken bij de mogelijke gevolgen van Brexit voor het UPCA. Belangrijkst voor nu is dat een Brexit niet meteen de doodsteek voor dit ambitieuze plan is. Hoe dan ook lijkt er rekening te moeten worden gehouden met een serieuze vertraging van de implementatie.<sup>10</sup>

### 4. Merkenrecht

Merken kunnen – kort gezegd – worden geregistreerd op nationaal en op Europees niveau. Voor nationale registraties

heeft Brexit geen gevolgen, ook niet als deze voortvloeien uit een internationale aanvraag bij het WIPO.<sup>11</sup>

Brexit heeft wel gevolgen voor Uniemerken, waaronder internationale registraties die de EU als territorium aanwijzen. Uniemerken voorzien in één ondeelbaar, Europees recht. De verwachting is dan ook dat deze merken hun gelding in het VK in beginsel verliezen. Onder het mom *Keep calm and carry on* lopen Britse commentatoren vooruit op mogelijke oplossingen voor dit probleem. Een mogelijkheid is dat de houder van het Uniemerk een recht van anciënniteit verkrijgt, op grond waarvan een nieuwe, nationale VK-registratie kan worden aangevraagd. Een andere mogelijkheid is dat het Uniemerk voor het Britse deel direct wordt omgezet in een nationaal VK-merk, met behoud van datum inschrijving en prioriteit. Het Uniemerk valt dan in feite uiteen in twee merken. Een nationaal merk voor het VK en een Uniemerk voor de achterblijvende EU-lidstaten. Dat het VK voor deze laatste oplossing zal kiezen ligt voor de hand. De meeste commentatoren spreken zich hier ook voor uit. Een oplossing die voorziet in twee separate registraties kan echter complicaties met zich brengen ten aanzien van geldigheid en gebruik. Om een merk te kunnen registreren in het VK zal de houder namelijk moeten aantonen dat het ook daadwerkelijk in het VK is gebruikt.<sup>12</sup> Daarnaast bestaat het risico dat de merkhouder die zijn Uniemerken nu alleen gebruikt in het VK, zich op het Europese continent geconfronteerd zal weten met een eis tot vervallenverklaring vanwege *non usus*.

Nu er nog geen zekerheid bestaat over de mogelijke oplossingen van de hier gesignaleerde problemen, verdient het aanbeveling hierop te anticiperen. Daarbij kan worden nagedacht over de mate en wijze van gebruik van Uniemerken in het VK en in de andere EU-lidstaten. Als uit die evaluatie een behoefte blijkt aan bescherming in beide jurisdicties, valt te overwegen dat houders van Uniemerken voor hun belangrijkste merken nu alvast een equivalent nationaal merk voor het VK aanvragen. Daarmee wordt verzekerd dat de 'kroonjuwelen' ook in de toekomst in het VK beschermd zijn. Een ander mogelijk gevolg van Brexit is dat het niet meer mogelijk is om op basis van een nationaal VK-merk oppositie in te stellen tegen de registratie van een Uniemerk bij het EU IPO.<sup>13</sup> Daarnaast is van belang te signaleren dat vragen omtrent de geldigheid van en inbreuken op de VK-merken tot de exclusieve bevoegdheid van de Engelse rechter zullen behoren. Vanuit dat oogpunt verdient het aanbeveling op termijn op zoek te gaan naar gespecialiseerde, lokale IE-advocaten en merkengemachtigden. Hierbij speelt een rol dat de Engelse rechter na Brexit niet meer gebonden zal zijn aan uitspraken van het HvJ EU. Er moet dan ook rekening mee worden gehouden dat er, zeker op termijn, verschillen

6 Brexit is mogelijk wel van invloed op aanvullende beschermingscertificaten die voor octrooien kunnen worden verleend. De grondslag voor deze 'ABC's' ligt in Europese regelgeving en hiervoor bestaat nog geen nationale evenknie in het VK. De verwachting is dat die er wel zal komen, gezien het (financiële) belang.

7 Op dit moment zijn er tien andere leden bij het EOB die geen lidstaat zijn van de EU.

8 Conform art. 89 UPCA zijn dit momenteel de EU-lidstaten waar de meeste Europese octrooien gelden.

9 Zie art. 84 UPCA. Dit artikel is aangepast aan Opinion 01/09 van het Europese Hof, waarin in essentie wordt aangegeven dat alleen rechterlijke instanties van EU-lidstaten rechtsbevoegdheid kunnen hebben in dit systeem.

10 Implementatie van het UPCA systeem stond gepland voor begin 2017.

11 Dit systeem is gebaseerd op de Overeenkomst van Madrid betreffende de internationale inschrijving van fabrieks- of handelsmerken en het Protocol van Madrid betreffende de Internationale Inschrijving van Merken. Het stelt de aanvrager in staat een centrale aanvraag in te stellen, waarbij de landen die zijn aangesloten bij deze Overeenkomst en het Protocol kunnen worden aangewezen.

12 Art. 32 (3) UK Trade Marks Act 1994.

13 Het Bureau voor Intellectuele Eigendom van de Europese Unie, voorheen ook OHIM.



zullen ontstaan in de uitleg van het (in oorsprong geharmoniseerde) merkenrecht.

## 5. Modellenrecht

Het modellenrecht kent met het Gemeenschapsmodel ook een Europese variant die naast de nationale varianten bestaat. De bescherming van het Gemeenschapsmodel strekt zich ook uit over het gehele grondgebied van de EU, zodat zich grotendeels dezelfde problemen zullen voordoen als bij het Uniemerkt.<sup>14</sup> Ook hier kan derhalve in overweging worden gegeven om voor de 'kroonjuwelen' zekerheidshalve nu alvast een equivalente nationale aanvraag in het VK te verrichten.

Een recht op een model wordt in beginsel verkregen door registratie. In het Europese en het Britse modellenrecht kan onder voorwaarden echter ook bescherming worden verleend aan *niet-ingeschreven modellen*. De bescherming onder het Britse regime duurt langer, maar de inhoud is beperkter. In tegenstelling tot haar Europese equivalent strekt een Brits niet-ingeschreven model zich niet uit tot de lijnen, omtrek, kleuren, vorm, textuur en materialen van het voortbrengsel. Deze beperkingen kunnen gevolgen hebben voor industrieën waarin deze elementen een belangrijke rol spelen, zoals de mode of meubelmakerij. De deelnemers aan deze industrieën dienen zich dan ook te beraden op hun *filing* strategie. Daarbij geldt het adagium dat zij hun voortbrengselen moeten registreren als zij in het VK voor bescherming onder het modellenrecht in aanmerking willen komen.

## 6. Kwekersrechten

Ook voor kwekersrechten bestaat er een nationale en een Europese variant. De Europese voorziet in een communautair recht voor alle lidstaten van de EU.<sup>15</sup> Indien het EU-lidmaatschap van het VK eindigt, komen deze rechten daar niet meer voor bescherming in aanmerking. Hier gelden dezelfde problemen en aanbevelingen als voor de Gemeenschapsmodellen.

## 7. Auteursrecht

Voor het auteursrecht zijn de gevolgen van een Brexit minder groot. Dit komt in de eerste plaats omdat dit specifieke recht, ondanks dat het steeds verder wordt geharmoniseerd, toch nog voor een groot deel nationaal wordt bepaald. Een belangrijk deel van het auteursrecht dat wel is geharmoniseerd vloeit bovendien voort uit verdragen en overeenkomsten waar een opzegging van het lidmaatschap van de EU geen invloed op heeft.<sup>16</sup> Brexit heeft voor deze onderdelen van het auteursrecht derhalve geen directe gevolgen.

Voor het VK kan hierbij worden opgemerkt dat, net als in de overige EU-lidstaten, de vanuit de EU afgegeven harmoniserende richtlijnen op dit gebied goeddeels zijn geïmplementeerd in lokale wet- en regelgeving.<sup>17</sup> Brexit doet aan die implementatie geen afbreuk. Ook wordt niet verwacht dat er op korte termijn ingrijpende wijzigingen zullen plaatsvinden in deze lokale wet- en regelgeving. Als het VK na Brexit onderdeel blijft van de EER zal het (naar het Noorse model) bovendien gebonden blijven aan de hier bedoelde richtlijnen. Net als in het merkenrecht valt ook hier echter te verwachten dat er na verloop van tijd enige discrepantie zal ontstaan in de toepassing en uitleg van de lokale wet- en regelgeving door de Britse rechters en de toepassing en uitleg daarvan in de andere EU-lidstaten.

## 8. Bedrijfsgeheimen

Bedrijfsgeheimen (*know-how*) zijn *sec* geen recht van intellectuele eigendom. De behoefte aan bescherming van deze informatie neemt echter toe en de bescherming die de Europese Commissie voor deze geheimen heeft geaccepteerd neigt naar die van een (absoluut) recht van intellectuele eigendom. De Europese Raad heeft op 26 april 2016 een richtlijn aangenomen, op grond waarvan bedrijfsgeheimen kunnen worden beschermd.<sup>18</sup> Gezien de uitslag van het Brexit-referendum wordt niet verwacht dat het VK, waar deze richtlijn al op het nodige verzet stuitte, over zal gaan tot het implementeren in haar wetgeving. De mogelijkheid bestaat dan ook dat men zich in het VK in de toekomst zal moeten blijven beroepen op de *common law* om bedrijfsgeheimen te kunnen beschermen, al zal het VK mogelijk toch aan de hier besproken richtlijn gebonden zijn als zij toetreedt tot de EER-overeenkomst.

## 9. Conclusie

Er valt gezien het bovenstaande genoeg te vertellen, maar nog weinig te zeggen over de gevolgen van Brexit voor het intellectuele eigendomsrecht. Als het tot een vertrek van het VK uit de EU komt, zijn de gevolgen in hoge mate afhankelijk van de uittredingsvoorwaarden. Vooruitlopend op deze voorwaarden doen rechthebbenden er verstandig aan hun IP-portefeuille te inventariseren. Vervolgens kan worden besloten of de 'kroonjuwelen' nu alvast voor het VK moeten worden geregistreerd en of overeenkomsten moeten worden aangepast en waar nodig kan er contact worden gelegd met de douanediens en lokale adviseurs. Dit alles om deze rechten ook post-Brexit te optimaliseren en te voorkomen dat er gaten vallen in de IP-portefeuilles en de bescherming daarvan. Daarnaast is het natuurlijk goed de ontwikkeling omtrent het uittredingsproces scherp in de gaten te houden.

14 Belangrijk verschil is dat er voor een Gemeenschapsmodel geen gebruikspllicht bestaat.

15 Zie Verordening (EG) 2100/94, zoals laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) 15/2008.

16 Bijvoorbeeld de Berner Conventie, het Unieverdrag van Parijs en de TRIPs Overeenkomst.

17 Bijvoorbeeld in art. 97A van de Copyrights, Design and Patens Act 1988.

18 Richtlijn 2013/0402 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan.

# Mogelijke milieurechtelijke gevolgen voor het bedrijfsleven door de Brexit; afval als aandachtspunt en gevolgen level playing field grote industrie

Bb 2016/77

## 1. Inleiding

In deze bijdrage wordt ingegaan op een aantal mogelijke consequenties van de Brexit op het milieurecht. Het milieu en het klimaat zijn grensoverschrijdende thema's. Onderlinge afspraken tussen staten zijn daarom belangrijk. Binnen Europa fungeert de Europese Unie (hierna: EU) als een belangrijke leider in het maken van milieuafspraken. Tegelijkertijd is het internationale aspect hier ook van groot belang, zoals de recent gesloten klimaatafspraken in Parijs illustreren. De internationale regelgeving blijft van toepassing op het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) voor zover zij als individueel land de afspraken heeft gemaakt.

Vooraf is het van belang om op te merken dat het milieurecht breed is en vele thema's omvat: klimaat, natuurbescherming, flora en fauna, maar ook afval, industrieën, emissies, etc. Veel milieuorganisaties waarschuwen voor de negatieve gevolgen van de Brexit op het milieu- en klimaatbeleid van het VK. Of dit ook zo uitpakt, zal grotendeels afhangen van het scenario waarvoor het VK kiest en tot afspraken komt (zie de inleidende bijdrage in deze editie): het deelnemen aan de Europese Economische Ruimte (hierna: EER) of het sluiten van bilaterale overeenkomsten – of mogelijk een combinatie van beide, nu het de EER niet op alle terreinen ziet.<sup>2</sup>

Aangezien we in deze bijdrage niet uitputtend kunnen zijn, gelet op de brede scope van het milieurecht en de nog vele onduidelijkheden, zullen we de gevolgen van de Brexit voor een tweetal onderwerpen uitlichten: de regulering van afvaltransport en grote industriële installaties. Meer specifiek laten deze onderwerpen zien wat de mogelijke (praktische) gevolgen kunnen zijn voor het Nederlandse bedrijfsleven. Hoewel Unierecht en Nederlandse recht van toepassing blijven op bedrijven die in Nederland zijn gevestigd, kan de Brexit toch (al dan niet administratieve of tijdelijke) impact hebben op hun bedrijfsvoering.

## 2. Afvaltransport

Rondom afvalstoffen bestaat veel Europese regelgeving, zoals de Kaderrichtlijn afvalstoffen 2006 en de EVOA (Europese verordening betreffende de overbrenging van afvalstoffen). Op de laatste verordening zullen we ter illustratie nader ingaan.

In het EVOA wordt (kort gezegd) een onderscheid gemaakt in het binnenbrengen en het doen verlaten van afvalstoffen binnen of buiten de EU. Ook moet een onderscheid worden gemaakt tussen het verwijderen en het nuttig toepassen van afvalstoffen. Met het uittreden van het VK uit de EU, wordt afvaloverbrenging naar het VK gekwalificeerd als "uitvoer buiten de Unie", dan wel omgekeerd als "invoer in de Unie uit derde landen".

De uitvoer van afvalstoffen naar landen buiten de Unie en de invoer in de Unie uit derde landen, zowel bestemd voor verwijdering als voor nuttige toepassing, is in principe verboden volgens de EVOA. Indien het gaat om de verwijdering van afvalstoffen wordt dit verbod echter genuanceerd als een land lid is bij de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: EVA) én het Verdrag van Bazel. Indien het gaat om het nuttig toepassen van afvalstoffen geldt het verbod niet als een land lid is bij het OESO-besluit.

Het VK is geen lid meer van de EVA, sinds het lid werd van de EEG. Wel is het VK partij bij het Verdrag van Bazel en lid bij het OESO-besluit. Of er daadwerkelijk een uitvoerverbod zal gelden als het gaat om afvalstoffen bestemd voor verwijdering is afhankelijk van het VK en of het VK lid wordt bij de EVA (overeenkomstig het "Noorse model" zoals toegelicht in de inleidende bijdrage van deze editie). Voor het overige vervoer zal het EVOA nog steeds van toepassing blijven op het VK, nu het VK lid is bij het Verdrag van Bazel en het OESO-besluit. Wel zullen aanvullende procedurele bepalingen gelden voor de uitvoer van afvalstoffen buiten de Unie (zie artikel 35, tweede en derde lid, mits het VK lid wordt bij de EVA, en artikel 38, tweede, derde en vijfde lid, EVOA) en de invoer binnen de Unie van derde landen (zie artikel 42, tweede en derde lid, en artikel 44, tweede en derde lid, EVOA).

Wat zijn de gevolgen voor het Nederlandse bedrijfsleven? Opgemerkt kan worden dat het begrip "afvalstof" een breed begrip is. Onder afvalstof wordt elke stof of elk voorwerp verstaan waarvan de houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen. Op de website van het CBS valt te zien hoeveel in- en uitvoer er tussen Nederland en het VK plaatsvindt.<sup>3</sup> Sommige goederen worden daar specifiek aangemerkt als afval, andere goederen worden mogelijk niet specifiek als zodanig aangemerkt maar zouden in feite wel afval kunnen zijn. Hoeveel tijd, geld en moeite er zal zitten in het voldoen aan de aanvullende (procedurele) bepalingen uit het EVOA is lastig in te schatten, maar dat er veranderingen in bepaalde werkwijzen moet worden doorgevoerd voor de in- en uitvoer van afvalstoffen uit en naar het VK is zeker.

<sup>1</sup> Anna Collignon en Anne Vos zijn advocaten bij Stibbe. Zij zijn gespecialiseerd in het bestuurs- en omgevingsrecht.

<sup>2</sup> Zo zijn bijvoorbeeld de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn niet van toepassing verklaard door de EER.

<sup>3</sup> [www.rvo.nl/onderwerpen/internationaal-ondernemen/landeninformatie/verenigd-koninkrijk/handel-en-economie](http://www.rvo.nl/onderwerpen/internationaal-ondernemen/landeninformatie/verenigd-koninkrijk/handel-en-economie).

### 3. Grote industriële installaties (IPPC-installaties)

Voor bepaalde grote industriële installaties wordt er op Unieniveau bepaald aan welke (milieu)eisen zoals emissies of technieken moet worden voldaan. Deze worden opgesomd in bijlage I van de Richtlijn Industriële Emissies (hierna: RIE). Dergelijke grote industriële installaties worden ook wel IPPC-installaties genoemd. Op basis van de RIE moeten lidstaten ervoor zorgen dat deze installaties worden geëxploiteerd overeenkomstig de best beschikbare technieken (hierna: BBT). Deze BBT zijn opgenomen in de BBT-conclusies in BBT-referentiedocumenten (hierna: BREFs), welke worden opgesteld na een georganiseerde informatie-uitwisseling door de Europese Commissie, de lidstaten, betrokken bedrijfstakken en milieuorganisaties. De BBT-conclusies worden vervolgens apart vastgesteld door een comité van de Europese Commissie. Binnen vier jaar na bekendmaking van het besluit tot vaststelling van een nieuwe BBT-conclusie, moet de lidstaat erop toezien dat alle vergunningsvoorwaarden worden getoetst en geactualiseerd en dat de IPPC-installatie aan die (nieuwe) vergunningsvoorwaarden voldoet.

De RIE, en de daaruit voortvloeiende BBT-conclusies, zijn van toepassing op de EU-lidstaten. Indien het VK lid wordt van de EER geldt dat in Bijlage XX van de EER-Overeenkomst de EU-milieuregelgeving wordt opgesomd die van toepassing wordt verklaard op EER-leden. Op 25 september 2015 is de *Joint Committee Decision* (JCD) aangenomen, waarin de RIE wordt geïncorporeerd in de EER-Overeenkomst. Pas recent, per 1 augustus 2016, is de datum van inwerkingtreding van de RIE in Bijlage XX van de EER-Overeenkomst bevestigd. Sindsdien moeten de EER-landen dus ook voldoen aan de RIE, inclusief de onderliggende BREFs met BBT-conclusies. Hierbij kan worden opgemerkt dat elke vastgestelde BBT-conclusie apart moet worden opgenomen in de EER-overeenkomst. Indien een BBT-conclusie (gewijzigd) wordt vastgesteld, duurt het dus even voordat die BBT-conclusie van toepassing wordt op de EER-landen. In de praktijk resulteert dat erin dat de toepassingsdatum van een BBT-conclusie voor EER-landen later ligt dan voor EU-landen. Hoe lang die periodes in de toekomst zullen duren is nog niet duidelijk, maar gelet op de periode tussen het vaststellen van de RIE (24 november 2010) en het opnemen hiervan in de EER-Overeenkomst (een aantal weken geleden), kan dat enige tijd duren. Bovendien is het, hoewel dat gelet op de doelstellingen van de EER niet direct in de rede ligt, niet uitgesloten dat een bepaalde BBT-conclusie niet wordt opgenomen in de bijlage bij de EER-overeenkomst.

Dit kan tot een paar gevolgen leiden. Allereerst kunnen de verlate inwerkingtredingsdata van strengere BBT-conclusies resulteren in negatieve consequenties voor het milieu. Voorts houdt het in dat bedrijven binnen Europa veelal met dezelfde regels te maken hebben met betrekking tot de interne markt (wegens de EU en de toetreding van niet-lidstaten tot de EER), maar met (tijdelijke) verschillende milieu/veiligheidsmaatstaven worden geconfronteerd. Hiermee wordt een ongelijk speelveld gecreëerd voor bedrijven, hetgeen de RIE en de BBT-conclusies juist beogen

te voorkomen. Ook heeft dit gevolgen voor bedrijven met meerdere vestigingen binnen Europa, waaronder de EU en het VK. Afhankelijk van de locatie kunnen dan (tijdelijk – ervan uitgaande dat alle BBT-conclusies daadwerkelijk maar vertraagd worden doorgevoerd in de EER-overeenkomst) andere milieumaatstaven worden gehanteerd. Hoewel dit niet direct een incentive lijkt voor bepaalde industrieën om zich buiten de EU te vestigen en naar het VK te vertrekken (dan wel hun bestaande bedrijven in het VK uit te breiden), kan er in specifieke gevallen wel een ongelijk speelveld ontstaan. Dat kan overigens ook gebeuren als bedrijven in het VK door het vertraagd opnemen van een BBT-conclusie in de EER-overeenkomst slechts een zeer korte periode krijgen om aan de nieuwe BBT-conclusies te voldoen.

Als het VK niet deelneemt aan de EER en bijvoorbeeld niet meer meedoet met de RIE en de BBT-conclusies, kan dit verdergaande gevolgen hebben voor het niveau van de bescherming van het milieu en het dan niet meer gelijke speelveld voor de grote industrie binnen de EU en het VK.

### 4. Concluderend

Hoewel het Nederlandse bedrijfsleven nog steeds gebonden is aan Unierecht en Nederlands recht, kan de Brexit toch gevolgen hebben voor de Nederlandse bedrijfsvoering. Dit kan zien op additionele formaliteiten bij in- en uitvoer van afvalstoffen naar en vanuit het VK en op verlate inwerkingtredingsdata van BBT-conclusies (of geen inwerkingtreding) met de gevolgen van dien. Veel is echter afhankelijk van de keuzes die het VK nog moet maken. Hoe klein of groot de milieurechtelijke gevolgen zullen zijn, zal zich de komende jaren verder uitwijzen.

## Brexit: enkele ondernemingsrechtelijke aspecten

Bb 2016/78

### 1. Enkele ondernemingsrechtelijke aspecten van de Brexit

#### 1.1 Algemeen

De onmiddellijke juridische effecten van de Brexit zijn gering. Pas nadat de uittreding van kracht wordt, verandert de huidige status van het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) van EU-lidstaat naar niet-EU-lidstaat. Naast juridische effecten spelen ook marktverwachtingen (Brexit-angst) een rol. Deze kunnen er bijvoorbeeld toe leiden dat bedrijven ervoor kiezen om niet (langer) in het VK gevestigd te zijn.

#### 1.2 Grensoverschrijdende herstructureringen

Met ingang van 15 juli 2008 is de Tiende EG-richtlijn (2005/56/EG) over grensoverschrijdende juridische fusies van kapitaalvennootschappen in Nederlandse wetgeving omgezet. Art. 1 van de Tiende EG-richtlijn bepaalt dat de richtlijn van toepassing is op juridische fusies van kapitaalvennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht, en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Gemeenschap hebben, indien ten minste twee daarvan onder de wetgeving van verschillende lidstaten ressorteren. De wettelijke regeling is overeenkomstig de Tiende EG-richtlijn van toepassing op Nederlandse naamloze en besloten vennootschappen die als verkrijgende of verdwijnende partij betrokken zijn bij een juridische fusie met een of meer kapitaalvennootschappen naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie (hierna: EU) of Europese Economische Ruimte (hierna: EER). Verder kunnen eveneens een Europese coöperatieve vennootschap (hierna: SCE) en een Europese vennootschap (hierna: SE) in bepaalde situaties van een dergelijke grensoverschrijdende juridische fusie gebruikmaken.

De Tiende EG-richtlijn, de EG Verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap en de EG Verordening betreffende het statuut van een Europese coöperatieve vennootschap zullen na uittreding uit de EU niet langer gelden voor het VK. SE's uit het VK zullen zich dan vermoed ik dienen om te zetten in een andere rechtspersoon. Het ligt voor de hand dat deze zich zullen omzetten in een public company. SCE's met zetel in het VK zullen zich eveneens moeten omzetten. Een andere optie is om tijdig grensoverschrijdend juridisch te fuseren met een verkrijgende vennootschap uit een andere EU-lidstaat, dan wel om de zetel te verplaatsen naar een andere EU-lidstaat. Wenst een rechtspersoon uit een EU-lidstaat zich om te zetten in een SE, dan kunnen werknemers van een vestiging of dochtermaatschappij uit het VK (mogelijk) niet (meer) deel gaan uit-

maken van de bijzondere commissie die gaat over medezegenschapsonderhandelingen.

Daarnaast geldt dat een beroep op vestigingsvrijheid (met name art. 49 en 54 VWEU) en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie, in het bijzonder het Sevic-arrest (Hof van Justitie van de EG 13 december 2005, C-411/03) en het Cartesio-arrest (Hof van Justitie van de EG 16 december 2008, C-210/06), om bijvoorbeeld een grensoverschrijdende juridische fusie, splitsing of omzetting te bewerkstelligen, dan niet meer mogelijk zal zijn.

Na uittreding uit de EU door het VK moet worden teruggevallen op de regels van het internationaal privaatrecht. Kan dan nog een grensoverschrijdende juridische fusie of splitsing met betrokkenheid van een Nederlandse rechtspersoon en een rechtspersoon uit het VK plaatsvinden op grond van de regels van het Nederlandse internationale privaatrecht? De heersende mening is dat dit niet is toegestaan.<sup>2</sup> Dit is gebaseerd op het feit dat de Nederlandse wetgeving hiertoe geen mogelijkheid biedt. Naar het recht van Luxemburg is dit bijvoorbeeld wel toegestaan. De Nederlandse overheid zou daarom moeten bezien of uitbreiding van de reikwijdte van de grensoverschrijdende fusieregeling niet voor de hand ligt. Dit geldt ook voor een eventuele in te voeren regeling voor grensoverschrijdende splitsing en omzetting.

#### 1.3 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen

Na uittreding wordt voor vennootschappen uit het Verenigd Koninkrijk zoals *private companies* (Ltd) de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen van groter belang. De Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen verklaart bepaalde regels van het Nederlandse recht van toepassing op formeel buitenlandse vennootschappen. Een formeel buitenlandse vennootschap is een naar ander dan Nederlands recht opgerichte kapitaalvennootschap met rechtspersoonlijkheid die haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en geen werkelijke band heeft met het recht van de staat waarnaar zij is opgericht. De Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen is bedoeld om misbruik van het incorporatiestelsel tegen te gaan. Immers, een vennootschap kan worden opgericht naar het recht van een staat met een zeer liberaal incorporatierecht terwijl alle activiteiten plaatsvinden in een staat met een strenger regime. De Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen houdt in dat bepaalde bepalingen van Nederlands vennootschapsrecht van toepassing worden geacht te zijn op door buitenlands recht beheerste vennootschappen. De Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen geldt – uitgezonderd art. 6 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen – niet voor vennootschappen waarop het recht van één van de lidstaten van de EU of EER van toepassing is in verband met de vrijheid van vestiging.

<sup>1</sup> Harold Koster is verbonden aan de Universiteit van Utrecht en aan de Universiteit van Dubai.

<sup>2</sup> Zie M. van Olfen en F.K. Buijn, *Splitsing van ondernemingen*, BJU 2004, p. 105.

Wanneer sprake is van een formeel buitenlandse vennootschap, worden enkele formaliteiten opgelegd aan of bepalingen van Nederlands BV-recht van overeenkomstige toepassing verklaard op die formeel buitenlandse vennootschap. Zo zijn bestuurders van een formeel buitenlandse vennootschap op grond van art. 2 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen verplicht ter inschrijving in het handelsregister opgave te doen dat de vennootschap een formeel buitenlandse vennootschap betreft en ten kantore van het handelsregister neer te leggen een in het Nederlands, Frans, Duits of Engels gesteld authentiek afschrift of een door een bestuurder gewaarmerkt afschrift van de akte van oprichting en van de statuten, indien deze in een afzonderlijke akte zijn opgenomen. Tevens zijn zij verplicht opgave ter inschrijving te doen van het register waarin en het nummer waaronder die vennootschap is ingeschreven en de datum van de eerste registratie. Voorts zijn zij verplicht opgave ter inschrijving te doen van de naam, persoonlijke gegevens, indien het een natuurlijk persoon betreft, en de woonplaats van de houder van alle aandelen in het kapitaal van de vennootschap of van een deelgenoot in een huwelijksgemeenschap of gemeenschap van een geregistreerd partnerschap waartoe alle aandelen in het kapitaal van de vennootschap behoren, de aandelen gehouden door de vennootschap of haar dochtermaatschappijen niet meegeteld. De sanctie op het niet voldoen aan deze verplichtingen luidt tot het moment waarop alsnog aan deze verplichtingen wordt voldaan, dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden. Daarnaast is sprake van een economisch delict. De bestuurders van een formeel buitenlandse vennootschap zijn voorts verplicht iedere wijziging van hetgeen krachtens de wet in het Handelsregister is ingeschreven op te geven met vermelding van de dag waarop zij is ingegaan. Ook van belang is dat verrichtingen op grond van deze wet niet bij volmacht kunnen geschieden.

Daarnaast geldt dat in alle geschriften, gedrukte stukken en aankondigingen waarin een formeel buitenlandse vennootschap partij is of die van haar uitgaan, moet worden vermeld dat zij een formeel buitenlandse vennootschap is. Ook de administratie- en jaarrekeningsverplichtingen zijn van toepassing op een formeel buitenlandse vennootschap. Hetzelfde geldt voor de aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en anderen die daden van bestuur verrichten voor schade ten gevolge van een misleidende voorstelling van zaken door de jaarrekening, tussentijdse cijfers of bestuursverslag doordat art. 2:249, 2:260 en 2:261 BW van overeenkomstige toepassing zijn.

Ten slotte, in art. 4 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen zijn art. 2:9, 2:216 lid 3 en 2:248 BW van overeenkomstige toepassing verklaard bij uitkeringen aan aandeelhouders, inkoop van aandelen en vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op aandelen.

## 2. Conclusie

Na uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU zullen de huidige regels die grensoverschrijdende herstructureringen mogelijk maken, niet langer van toepassing zijn. Het is nog onduidelijk, of hiervoor (nieuwe) andere faciliteiten in de plaats komen. Ten tweede is van belang dat na uittreding alle bepalingen van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen zullen gelden voor vennootschappen uit het Verenigd Koninkrijk. Dit betekent dat voor vennootschappen uit het Verenigd Koninkrijk bepaalde regels van het Nederlands vennootschapsrecht zullen gelden.



# De gevolgen van de Brexit voor de bevoegdheid van de rechter in procedures en faillissementen

Bb 2016/79

In dit artikel wordt een kort overzicht gegeven van de gevolgen die de Brexit op het gebied van het procesrecht en de faillissements- en herstructureringspraktijk voor Nederland zal hebben. Na een inleiding over art. 50 VWEU en de juridische gevolgen van de terugtrekking uit de EU en over de huidige Brussel I-bis zullen de mogelijke oplossingen voor het probleem dat de Brussel I-bis niet meer onderdeel zal uitmaken van het recht van het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) besproken worden.

Daarna zullen de daarop toegespitste mogelijke forumkeuzes behandeld worden. Een goede forumkeuze is immers voor ondernemingen in deze onzekere situatie zeker van belang. Ook de EG-Betekendingsverordening en het EU Bewijsverdrag zullen de revue passeren. Vervolgens komen de gevolgen van de Brexit voor de insolventiepraktijk aan de orde. In dit kader zal ook besproken worden dat het voor niet in het VK gevestigde ondernemingen gunstig of zelfs noodzakelijk zal zijn om bij herstructureringen te kiezen voor een andere constructie dan die van het scheme of arrangement.

## 1. Inleiding over art. 50 VWEU en de huidige Brussel I-bis

Zoals in het inleidende artikel bij deze Brexit-special reeds is opgemerkt, is het startpunt voor een analyse van de potentiële impact van de Brexit art. 50 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Art. 50 VWEU regelt de juridische gevolgen van een terugtrekking uit de Europese Unie. Uit lid 3 daarvan volgt dat het VK twee jaren de tijd heeft om een overeenkomst betreffende de uitreding uit te onderhandelen, tenzij de Europese Raad met eenparigheid van stemmen tot verlenging van deze termijn besluit. De EU-verdragen zijn na deze termijn niet meer van toepassing, waaronder art. 288 VWEU, dat de directe doorwerking van de Europese verordeningen regelt. Het gevolg van deze niet-toepasselijkheid is dan dat de EEX-Verordening II of Brussel I-bis (hierna: Brussel I-bis) niet meer onderdeel uitmaakt van het Britse recht. Dat is voor Nederlandse ondernemers jammer, omdat deze momenteel voor hen nog diverse voordelen biedt.

De Brussel I-bis van 10 januari 2015 geldt ook voor het VK. Deze herschikte Europese Verordening heeft betrekking op de rechtsmacht van de rechter en de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in burgerlijke en handelszaken. Het dubbele regime van zowel een regeling omtrent de internationale bevoegdheid van rechters uit de EU-lidstaten als een regeling omtrent de erkenning en tenuitvoerlegging van elders in de EU uitgesproken von-

nissen, vindt zijn oorsprong in het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 1968 (hierna: EEX-verdrag). Het EEX-verdrag is na de inwerkingtreding op 1 maart 2002 van Verordening (EG) 44/2001 omgezet in een Europese Verordening (EEX-Vo), welke op haar beurt is opgevolgd door meergenoemde – en thans geldende – herschikte EEX-Verordening (Brussel I-bis).

### 1.1 De internationale bevoegdheid van de rechter

Wat betreft de rechterlijke bevoegdheid geldt als algemene regel dat zij die, ongeacht hun nationaliteit, woon- of vestigingsplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, worden opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat (art. 4 lid 1 Brussel I-bis). De rechter van de woon- of vestigingsplaats van de gedaagde, het forum rei, is internationaal algemeen aanvaard en van oudsher beschouwd als het 'natuurlijke' forum.<sup>2</sup> De Brexit zal in dat opzicht derhalve geen verandering teweegbrengen.

De vraag of de gedaagde als natuurlijk persoon zijn of haar woonplaats in de desbetreffende lidstaat heeft, moet ingevolge de verwijzingsregel van art. 62 Brussel I-bis worden beantwoord op basis van het interne recht van die lidstaat (zie bijv. art. 1:10 BW). Daarbij zal de geadieerde Nederlandse rechter bedacht moeten zijn op art. 1:15 BW (gekozen woonplaats), waarbij geldt dat de gekozen woonplaats niet hoeft te gelden als forumkeuze. Voor wat betreft de vraag of de gedaagde als rechtspersoon gevestigd is in de desbetreffende lidstaat, bepaalt art. 63 Brussel I-bis autonoom dat de vestigingsplaats van rechtspersonen is gelegen in de lidstaat waar zij hun statutaire zetel hebben, hetzij hun hoofdbestuur, hetzij hun hoofdvestiging. In Cyprus, Ierland en het Verenigd Koninkrijk is het begrip 'statutaire zetel' onbekend, maar gaat het om de 'registered office'.<sup>3</sup> De Brexit zal derhalve slechts voor wat betreft de vaststelling van de vestigingsplaats van rechtspersonen een andere situatie creëren in geval de gedaagde in het VK is gevestigd. Immers, als de Brussel I-bis geen onderdeel meer uitmaakt van het Britse recht, zal een rechter in het VK zich ten aanzien van vennootschappen of rechtspersonen niets meer gelegen hoeven laten liggen aan het autonome EEX-woonplaatsbegrip (beter gezegd: plaats van vestiging).

Art. 7 Brussel I-bis bevat voor zeven onderwerpen *alternatieve* bevoegdheidsregels. De eiser wiens vordering betrekking heeft op een van deze onderwerpen heeft derhalve de keuze om de verweerder op te roepen hetzij voor het gerecht genoemd in art. 4 Brussel I-bis (forum rei), hetzij voor een van de gerechten genoemd in art. 7 Brussel I-bis.<sup>4</sup> Ten

<sup>1</sup> F.P. van Koppen en R. P. Streng zijn beiden professional support lawyer bij NautaDutilh Amsterdam.

<sup>2</sup> Zie bijv. L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Kluwer, 11e druk (2015), nr. 212 en 235.

<sup>3</sup> In zoveel woorden P. Vlas, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Verordening (EU) Nr. 1215/2012, Art. 4, Aant. 4.

<sup>4</sup> Strikwerda, a.w., nr. 234.

aanzien van verbintenissen uit overeenkomst verklaart art. 7 lid 1 onder a Brussel I-bis mede bevoegd het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Bij de (ver)koop van roerende zaken en de verstrekking van diensten is dat de plaats in een lidstaat waar de zaken volgens de overeenkomst geleverd werden of geleverd hadden moeten worden respectievelijk waar de diensten volgens de overeenkomst verstrekt werden of verstrekt hadden moeten worden (art. 7 lid 1 onder b).<sup>5</sup> Dit kan dus het VK of Nederland zijn. Is de gedaagde niet in Nederland woonachtig of gevestigd, maar moeten de goederen volgens de overeenkomst bijvoorbeeld in Amsterdam worden geleverd, dan kan de Amsterdamse rechter evengoed bevoegdheid aannemen op grond van art. 7 lid 1 onder b, eerste streepje, Brussel I-bis. Dit zal niet veranderen na de realisatie van de Brexit. De Brussel I-bis maakt immers deel uit van het Nederlandse procesrecht.

Ook kunnen partijen onder de voorwaarden van art. 25 Brussel I-bis een rechter van een lidstaat internationale rechtsmacht verlenen (prorogatie) en daarmee de objectief bevoegde rechter van een andere lidstaat diens internationale rechtsmacht ontnemen (derogatie).<sup>6</sup> Het gekozen forum is *exclusief* bevoegd, hetgeen betekent dat zelfs het natuurlijke forum van de gedaagde (forum rei) opzij wordt gezet door de forumkeuze van partijen. Hebben partijen een forumkeuze gemaakt voor een Nederlandse rechter, dan geldt ook in dit verband dat de Brussel I-bis deel uitmaakt van het Nederlandse procesrecht en er derhalve weinig zal veranderen na de definitieve Brexit. Hierna zal meer inhoudelijk op de forumkeuze worden ingegaan.

Een nadeel van de Brexit is dat de litispendingeregels van art. 29 Brussel I-bis niet meer van toepassing is. Letterlijk betekent het begrip van de internationale litispendinge dat de zaak reeds bij een buitenlandse rechter aanhangig is. Volgens art. 29 Brussel I-bis houdt een later aangezocht gerecht (bijvoorbeeld in het VK) zijn zaak aan, totdat de bevoegdheid van het eerst aangezochte gerecht (bijvoorbeeld in Nederland) vaststaat, indien de vorderingen tussen dezelfde partijen aanhangig zijn en deze vorderingen hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten. Nu deze litispendingeregels niet meer van toepassing is, zullen Engelse rechters zich onder omstandigheden vrij voelen om in Engeland een tweede procedure te laten lopen. Dit kan complicaties in de vorm van tegenstrijdige uitspraken veroorzaken, bijvoorbeeld wanneer de eerste procedure in Nederland aanhangig is.

5 In geval van internationale (ver)koop van roerende zaken en dienstverlening wordt derhalve zowel de verbintenis van de karakteristieke prestant (verkoper resp. dienstverrichter) als de betalingsverbintenis geconcentreerd bij de plaats van uitvoering van de karakteristieke prestatie, zelfs in geval van "verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt" de betalingsverbintenis van de afnemer of opdrachtgever betreft en deze elders moet worden uitgevoerd dan de plaats van levering of dienstverstrekking. Zie over de praktische problemen rond de plaats van levering van roerende zaken uitgebreid: P. Vlas, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, EEX-Verordening (oud), Art. 5, Aant. 10.

6 Strikwerda, a.w., nr. 215 en 255.

## 1.2 *Erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen*

Wat betreft de tenuitvoerlegging van beslissingen van rechters uit de EU-lidstaten binnen het EU-territoire geldt onder de vigeur van de Brussel I-bis dat het daarvoor geldende systeem van verklaring van uitvoerbaarheid oftewel executuur is afgeschaft; een rechterlijk verlov van de rechter van de lidstaat waar tenuitvoerlegging van het 'vreemde' vonnis wordt nagestreefd door de winnende partij, is niet meer nodig. Met andere woorden: er is een systeem van automatische erkenning en directe tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen gekomen, wat in de praktijk bijzonder nuttig blijkt te zijn. Het feit dat Nederlandse rechterlijke vonnissen na de Brexit niet meer zo eenvoudig in het Verenigd Koninkrijk erkend zullen worden en omgekeerd, vormt dus voor ondernemers zonder meer een probleem, omdat het traject van erkenning waarschijnlijk langer zal zijn. Bovendien is deze erkenning minder voorspelbaar. Dit probleem kan slechts opgelost worden door gelding van andere verdragen of wanneer het VK de gelding van de EEX-Verordening aanvaardt in een afzonderlijk met de EU af te sluiten verdrag.

## 2. **Mogelijke oplossingen voor het probleem dat de Brussel I-bis niet meer onderdeel zal uitmaken van het recht in het VK<sup>7</sup>**

Vier mogelijkheden zullen hier geschetst worden. Nadat deze mogelijkheden geschetst zijn, zal aangestipt worden hoe een onderneming hierop in kan spelen door een clause met een juiste forumkeuze te hanteren.

### 2.1 *Eerste mogelijkheid: de voorkeur verdient aanvaarding door het VK van gelding van de EEX-VO II in een afzonderlijk met de EU af te sluiten Verdrag*

Zoals gezegd, is de Brussel I-bis de opvolger van de EEX-Verordening van 2002, die op haar beurt weer de rechtsopvolgster is van het uit 1968 daterende EEX-verdrag. Het VK sloot zich bij het EEX-verdrag aan door middel van een afzonderlijk Toetredingsverdrag van 9 oktober 1978<sup>8</sup>, dat op 1 januari 1987 voor het VK in werking trad. Het uittreden van het VK uit de EU betekent dat het niet langer aan de Brussel I-bis gebonden zal zijn. De vraag rijst dan of het EEX-verdrag weer 'herleeft' in de verhouding tussen de afzonderlijke EU-lidstaten (bijvoorbeeld Nederland) en het VK. Formeel is dat verdrag niet beëindigd of opgeheven overeenkomstig de bepalingen van het internationaal verdragenrecht.<sup>9</sup>

7 Zie P. Vlas, *Privaatrecht Actueel*, BrEEXit?, WPNR 2016 (7114).

8 *Trb.* 1978, 175.

9 Zie bijv. de art. 42 lid 2, 62 lid 1 onder a, art. 65 en art. 67 van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht (WVV), Wenen, 1969, *Trb.* 1972, 51 (originele Engelse en Franse tekst), *Trb.* 1977, 169 (Nederlandse vertaling); inw.tr. 23 mei 1985. Het Toetredingsverdrag van 1978, middels welk verdrag het VK is toegetreden tot het EEX-verdrag, vermeldt uitdrukkelijk dat Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland "door lid te worden van de Gemeenschap zich verplicht hebben om toe te treden tot het Verdrag". De Brexit zou kunnen worden aangemerkt als een "wezenlijke verandering der omstandigheden" (art. 62 lid 1 onder a WVV) op grond waarvan het VK de beëindiging van het EEX-verdrag zou kunnen invoeren.

Slechts is de werking van het EEX-verdrag opgeschort na de inwerkingtreding op 1 maart 2002 van de EEX-Verordening (oud). Zolang het VK in het kader van de Brexit de andere verdragsluitende Staten niet (schriftelijk) verwittigt van het feit dat het (ook) de regeling van het EEX-verdrag niet meer van toepassing acht, zal formeel het EEX-verdrag van kracht blijven en in principe herleven. Dit klemmt temeer nu dat verdrag ook is geïncorporeerd in het VK middels de 1982 Civil Jurisdiction and Judgments Act. De Britse bepalingen van internationale rechtsmacht sluiten dus al meer dan dertig jaar aan op de Europese praktijk. Echter, gelet op de latere aanpassingen in de EEX-Verordening (oud) en de Brussel I-bis zou het beter zijn dat het VK de gelding van de Brusselse verordening aanvaardt in een afzonderlijk met de EU af te sluiten verdrag. Het aanvaarden van deze gelding zou echter pas mogelijk zijn nadat andere EU-lidstaten ermee ingestemd hebben, nu een en ander is gebaseerd op wederzijds vertrouwen en erkenning.

## 2.2 Tweede mogelijkheid: Verdrag van Lugano

Een ander scenario is dat in de verhouding tussen de lidstaten van de EU en het VK het Verdrag van Lugano (EVEX II) van 10 juni 2009 (*PbEU* 2009, L 339/3<sup>10</sup>) van betekenis wordt. Het VK is daarbij immers sedert 1 januari 2010 partij als lidstaat van de EU. Het EVEX is tot nu toe van belang in de verhouding tussen de lidstaten van de EU enerzijds en Zwitserland, Noorwegen en IJsland anderzijds (de lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie, EVA). Door Brexit kan het VK de hoedanigheid van verdragsstaat verliezen, omdat het geen lidstaat meer zal zijn. Zou het VK zich bij de EVA aansluiten, dan zou dit verdrag tussen Nederland en het VK kunnen gaan gelden. Ook is het mogelijk dat het VK als derde land zich bij dit verdrag aansluit. Art. 70 lid 1 sub c EVEX II jo. art. 72 EVEX II bieden een mogelijkheid daartoe.<sup>11</sup> Hierna zal onder punt 3 een procesrechtelijk nadeel behandeld worden dat zich voor zou doen wanneer het VK zijn toevlucht zou nemen tot het Verdrag van Lugano nadat het er niet in geslaagd zou zijn om Brussel I-bis vrijwillig op zich van toepassing te laten zijn.

## 2.3 Derde mogelijkheid: Forumkeuzeverdrag?

Op 1 oktober 2015 is het Haags Verdrag inzake bedingen van forumkeuze in werking getreden (*Trb.* 2009, 31), nadat dit namens de EU (voor alle lidstaten, behalve Denemarken), door de Verenigde Staten is getekend en door Mexico is geratificeerd. Op 1 oktober 2016 zal ook Singapore aan dit verdrag zijn gebonden. Dit verdrag kan echter geen dienst doen als algemene regeling betreffende rechtsmacht van de rechter en de erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen, omdat het enkel *exclusieve* bedingen van *forumkeuze* betreft (dit terwijl bijvoorbeeld vele forumkeuzebedingen in financieelrechtelijke overeenkomsten niet-exclusief zijn). Het Forumkeuzeverdrag biedt echter praktische voordelen. Om te beginnen is de EU al tot dit verdrag toegetreden, dus

dat maakt onderhandelingen op dat punt niet nodig. Verder bevat art. 27 lid 1 van het Forumkeuzeverdrag de regel dat het openstaat voor ondertekening door alle staten. Het VK is op het ogenblik geen individuele partij bij het Verdrag omdat het onderwerp van het Verdrag onder de exclusieve competentie van de EU valt. Het VK is echter gerechtigd om het verdrag te ondertekenen en te ratificeren.<sup>12</sup>

## 2.4 Vierde mogelijkheid: bilateraal verdrag tussen Nederland en het VK uit 1967 herleeft

In de relatie tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het VK na de Brexit zou naast of in plaats van het EEX-verdrag het bilaterale verdrag 'betreffende de wederkerige erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen in burgerlijke zaken' van 17 november 1967<sup>13</sup> kunnen herleven (hierna: Nederlands-Brits Executieverdrag). Dit verdrag is ooit geratificeerd door het VK, maar voor de betrekkingen met Engeland, Wales, Schotland en Noord-Ierland heeft het aan belang ingeboet door de EEX-Verordening. Het is nu nog slechts van toepassing in de verhouding van Nederland tot Jersey, Guernsey en het eiland Man, en in de verhouding van het VK tot Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden. Zowel bij toepasselijkheid van het EEX-verdrag als bij toepasselijkheid van het Nederlands-Brits Executieverdrag zal de tenuitvoerlegging van vonnissen uit het VK in Nederland en Nederlandse vonnissen in het VK mogelijk blijven, maar wel minder eenvoudig worden, en dus kostbaarder en tijdrovender. Binnen de EU is een buitenlands vonnis nu praktisch gelijkgesteld met een nationaal vonnis; er is immers momenteel geen exequatur meer nodig. Na de Brexit zal dit, zoals gezegd, bij gebreke van nieuwe wetgeving wél nodig zijn. Zie bijvoorbeeld voor Nederland het systeem van art. 431 Rv juncto art. 985 e.v. Rv, waaruit volgt dat een buitenlands veroordelend vonnis in Nederland niet zonder exequatur ten uitvoer kan worden gelegd, tenzij de wet anders bepaalt. Het Nederlands-Brits Executieverdrag zal in ieder geval wel de juridische basis kunnen vormen voor een exequatur (dat immers slechts wordt verleend op basis van een wetsbepaling of een verdrag).

Wanneer geen van bovengenoemde vier mogelijke oplossingen bereikt wordt, zal voor Nederland nog steeds art. 431 Rv van toepassing zijn. Immers, dit artikel bestaat onafhankelijk van de toepasselijkheid van verdragen. Binnen het VK geldt dat dan het *common law*-IPR geldt. Men mag aannemen dat in gevallen waarin de *common law* zeer verschillend is van het EEX-regime en dit rechtssysteem door de rechter in het VK in de afgelopen dertig jaar niet op dit soort gevallen is toegepast, de oplossing mogelijk niet heel voorspelbaar zal zijn.<sup>14</sup> Kortom, ook dit is niet gunstig voor ondernemingen.

10 *PbEU* 2009, L 147/5.

11 Zie M. Zilinsky, *ORP* 2016(6) 235, *Drafting tips & skills: 'Brexit': denk goed na voor je iets opschrijft!*

12 Vlas, *supra* noot 7, stelt dat het VK automatisch Verdragsstaat bij dit verdrag zou worden, maar dat lijkt gelet op het bepaalde in art. 30 lid 1 van het Haags Forumkeuzeverdrag nog niet zo vanzelfsprekend te zijn. Aldaar wordt namelijk uitdrukkelijk gesteld dat de lidstaten door de EU's ondertekening, acceptatie, goedkeuring of toetreding geen *partij*, maar daardoor slechts *gebonden* worden.

13 *Trb.* 1967, 197, geratificeerd in *Trb.* 1969, 131.

14 What would Brexit mean for the Brussels I Regulation, S. Masters en B. McRae, 20 Essex Street Bulletin.

In het algemeen is het verstandig voor ondernemers die momenteel in hun zaak een vonnis verkregen hebben dat uitgevoerd moet worden, om binnen redelijke tijd actie te ondernemen om het ten uitvoer te laten leggen volgens het systeem van de Brussel I-bis nu daarvoor momenteel geen exequatur nodig is.

### 3. Mogelijkheden van forumkeuze<sup>15</sup>

Ondernemingen doen er in verband met de Brexit verstandig aan om in internationale contracten tot een afgewogen forumkeuze te komen. Als contractspartijen kunnen zij zelf internationale rechtsmacht creëren voor de door hun aangewezen rechter van een bepaalde plaats (specifieke forumkeuze) of van een bepaald land (algemene forumkeuze).<sup>16</sup> Bij de beoordeling van een forumkeuze in internationale civiele zaken geldt momenteel in principe de Brussel I-bis. Volgens art. 25 Brussel I-bis valt onder het toepassingsgebied van deze verordening enkel een forumkeuze voor de rechter van een lidstaat. De vestigingsplaats van de contractspartijen is niet relevant. Zelfs een forumkeuze tussen twee buiten het grondgebied van een lidstaat gevestigde partijen voor een rechter in een lidstaat valt onder art. 25 Brussel I-bis. Omdat na de Brexit het VK niet meer gebonden is aan deze verordening, zal een forumkeuze voor de rechter in het VK niet binnen de reikwijdte van de Brussel I-bis vallen. Vervolgens rijst de vraag onder welke regeling een forumkeuze dan wel gebracht zou moeten worden. Zoals hiervoor onder 2b. gezegd, als het VK zich bij de EVA zou aansluiten, dan zou het Verdrag van Lugano tussen Nederland en het VK kunnen gaan gelden. In art. 23 van dit verdrag is een regeling voor forumkeuze opgenomen die niet veel afwijkt van die van art. 25 Brussel I-bis. Daarnaast is het, zoals hiervoor onder 2c. gezegd, eveneens mogelijk dat indien het VK geen lid wordt van de EVA, voor de rechtsgeldigheid van forumkeuzes tussen Nederland en het VK het Haags Forumkeuzeverdrag zou gaan gelden. Zal geen van de genoemde regelingen van toepassing zijn, dan geldt art. 8 lid 1 Rv. Wat een forumkeuze voor een Nederlandse rechter betreft zal Brexit voor de vraag naar de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een forumkeuze in civiele zaken door de Nederlandse rechter zelf in beginsel geen verandering teweegbrengen, nu art. 25 Brussel I-bis geldt ongeacht de vestigingsplaats van partijen.

Diverse Engelse bronnen<sup>17</sup> wijzen erop dat wanneer het Lugano-verdrag of het EEX-verdrag op het Verenigd Koninkrijk van toepassing zouden zijn en de regels daarvan voorrang krijgen op het Forumkeuzeverdrag, het voor partijen

zeer belangrijk is om in geval van forumkeuze snel een procedure bij de gekozen rechter te beginnen, teneinde het risico van een zogenaamde "Italiaanse torpedo" voorkomen. Een Italiaanse torpedo houdt misbruik van de reeds genoemde litispentieregel van art. 29 Brussel I-bis (art. 21 EEX-verdrag) in. De tactiek van de Italiaanse torpedo houdt in dat een potentiële verweerder zelf het initiatief neemt en in een land als Italië een procedure start, terwijl hij weet dat in een dergelijk land het soms jaren duurt voordat de rechter heeft beslist of hij al dan niet bevoegd is. Ondertussen kan de zaak in de andere lidstaat niet beoordeeld worden. Dit is een beproefde procesrechtelijke vertragingstactiek. Om dit tegen te gaan, bevat de Brussel I-bis art. 31 lid 2. Deze regel houdt in dat wanneer een procedure aanhangig wordt gemaakt bij een andere dan de op grond van de overeenkomst aangewezen rechter, en vervolgens tussen dezelfde partijen vorderingen bij de aangewezen rechter aanhangig worden gemaakt, niet de eerst aangewezen rechter, maar de bij overeenkomst aangewezen rechter voorgaat. Met het niet meer van toepassing zijn van de Brussel I-bis valt echter de beveiliging van art. 31 lid 2 Brussel I-bis tegen de Italiaanse torpedo weg, en daarom is het bij exclusieve forumkeuzes voor partijen zeer belangrijk is om snel een procedure te beginnen. Overigens zal snelheid ook bij niet-exclusieve forumkeuzes van belang zijn.

Willen partijen bij voorbaat zekerheid hebben dat zij niet in een situatie belanden dat een rechterlijke beslissing in Nederland of in het VK niet kan worden ten uitvoer gelegd, dan kunnen zij alvast voor arbitrage kiezen. De Brexit laat deze mogelijkheid onaangetaast, omdat de grensoverschrijdende tenuitvoerlegging van arbitrale beslissingen door het Verdrag van New York wordt beheerst. Omdat dit geen Europese regelgeving is, wordt de toepasselijkheid daarvan door Brexit niet geraakt.

Ook zouden partijen kunnen kiezen voor het Netherlands Commercial Court (NCC), dat zich zal richten op de beslechting van omvangrijke handelsgeschillen die een internationaal karakter hebben en waarbij in het Engels kan worden geprocedeerd. Oorspronkelijk was de bedoeling dat het NCC vanaf 1 januari 2017 volledig zou operationeel zou zijn, maar deze datum zal waarschijnlijk niet gehaald worden.<sup>18</sup> Waarschijnlijk zal in oktober een wetsvoorstel ingediend worden dat een uitwerking vormt van het uitgebreide plan van oprichting dat op 22 januari 2016<sup>19</sup> bekend is gemaakt. Het NCC wordt onderdeel van de Rechtbank Amsterdam. Hoger beroep is mogelijk bij het Gerechtshof te Amsterdam en cassatie bij Hoge Raad der Nederlanden. De gedachte achter het NCC is ook dat het doelmatig is om grote, complexe (internationale) handelsgeschillen door gespecialiseerde rechters te laten afdoen. Zij beschikken over meer ervaring met betrekking tot de behandeling van deze zaken, waardoor zij efficiënter en sneller kunnen werken. Nederlands burgerlijk procesrecht vormt de inspiratie voor

15 Zie M. Zilinsky, *ORP* 2016(6) 235, *Drafting tips & skills: 'Brexit': denk goed na voor je iets opschrijft!*

16 Een zgn. specifieke of speciale forumkeuze betreft een keuze voor bijvoorbeeld de Rechtbank Amsterdam, terwijl de zgn. algemene forumkeuze inhoudt een keuze voor bijvoorbeeld de Nederlandse rechter. In dat laatste geval moet worden teruggevallen op de commune relatieve bevoegdheidsregels van art. 99-108 Rv of, indien die geen uitkomst bieden voor de aanwijzing van de exacte rechtbank binnen Nederland, op de 'vangnetbepaling' van art. 109 Rv.

17 Allen & Overy, *English jurisdiction clauses: should commercial parties change their approach?* en T. Hartley, *Brexit and international commercial litigation*, Practical Law Company.

18 E. Bauw, *Procederen in internationale handelzaken bij een Netherlands Commercial Court*, *Trema* 2016 (6).

19 Zie voor het door de Rechtspraak gepubliceerde plan: [www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/20150120-Plan-Netherlands-Commercial-Court.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/20150120-Plan-Netherlands-Commercial-Court.pdf).



het procesmodel van de NCC. Verder is aansluiting gezocht bij elementen uit de procespraktijk van de bestaande commercial courts in het buitenland en internationale arbitrage-instituten. Alleen al het feit dat handelspartijen voor het NCC een forumkeuze kunnen maken en bij de NCC en het Gerechtshof te Amsterdam in het Engels kunnen procederen, toont aan dat de Brexit Nederland op dit punt zonder meer kansen biedt.<sup>20</sup> Immers, een NCC-vonnis wordt zonder meer in alle lidstaten van de EU erkend, en bovendien in alle verdragsstaten van het Haags Forumkeuzeverdrag indien de bevoegdheid van het NCC op dat verdrag is gebaseerd, terwijl voor een vonnis van de Engelse rechter minder zeker is of het zonder meer in al die landen zal worden erkend. Bovendien is procederen in Nederland veel goedkoper dan in Londen.

#### 4. EG-Betekenningsverordening en EG-bewijsverordening<sup>21</sup>

De EG-Betekenningsverordening vereenvoudigt de betekening van processtukken in de lidstaten. Na de Brexit zal het Haags Betekenningsverdrag 1965 weer van toepassing worden voor betekening van dagvaardingen en andere exploiten in het VK. Dit verdrag heeft een ander systeem dan de EG-Betekenningsverordening. De wettelijke dagvaardingstermijn voor gedaagden in het VK verandert na de Brexit weliswaar niet, maar omdat het onder het Haags Betekenningsverdrag vaak lang duurt voordat bewijs van kennisgeving in het buitenland is terugontvangen, is te verwachten dat procedures later zullen aanvangen en daardoor langer zullen duren. Men kan problemen ondervangen door een “*process agent*” clause voor buitenlandse partijen in een contract op te nemen. Een *process agent* is een derde gevestigd in het land van de buitenlandse rechter. De benoeming van een *process agent* strekt ertoe dat exploiten aan hem kunnen worden betekend. *Process agent* clauses zijn nuttig voor transacties naar Engels recht, en worden in de praktijk vaak gebruikt voor leningen en kredietfaciliteiten. Stel bijvoorbeeld dat een Nederlandse kredietnemer een lening ontvangt die onderworpen is aan het Engelse recht. De Engelse kredietgever zal dan verlangen dat de Nederlandse kredietnemer een *process agent* in Engeland aanwijst om exploiten in ontvangst te nemen. Het praktische nut van deze clauses is dat men duidelijkheid heeft over aan wie betekend moet worden. De EG-bewijsverordening vergemakkelijkt het verkrijgen van bewijsmateriaal in andere EU-lidstaten. Na de Brexit zal in de relatie tot het VK vermoedelijk het Haags Bewijsverdrag uit 1970 weer van toepassing zijn. Omdat de regels van dit verdrag minder dwingend, efficiënt en up-to-date zijn dan die van de EG-bewijsverordening, is het wellicht mogelijk dat de bewijsgeving in het VK trager zal gaan.

20 B. Hess en M. Requejo-Isidro wijzen in Brexit – Immediate Consequences on the London Judicial Market (*Conflict of Laws.net*) op de kansen die Brexit in dit kader aan Nederland en Zweden biedt.

21 Zie het in noot 4 genoemde artikel van De De Serière en Jennen.

#### 5. Insolventierecht

Voor de faillissements- en herstructureringspraktijk is een belangrijke consequentie van de Brexit dat het VK niet meer gebonden zal zijn aan de Europese Insolventieverordening.<sup>22</sup> Deze verordening vormt de basis voor de wederzijdse erkenning van faillissementen in Europa.<sup>23</sup> Als een onderneming zijn “centre of main interests” (COMI) in een van de lidstaten heeft, is de Insolventieverordening van toepassing (zie art. 3 Insolventieverordening). Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt de plaats van de statutaire zetel vermoed de COMI te zijn. Art. 4 Insolventieverordening bepaalt verder dat in beginsel het recht van de lidstaat waar de procedure wordt geopend – dat van de COMI – van toepassing is op de insolventieprocedure. Volgens art. 18 Insolventieverordening mag de in de hoofdprocedure benoemde curator in alle lidstaten optreden zolang in die lidstaat geen andere procedure is geopend (art. 18 Insolventieverordening). Hij mag met name de goederen van de schuldenaar verwijderen uit het grondgebied van de lidstaat waarin zij zich bevinden.

De automatische erkenning heeft vooral in het afgelopen decennium ertoe geleid dat bedrijven hun COMI verplaatsten naar het VK omdat het aldaar geldende systeem van insolventie en herstructurering efficiënt gevonden werd. Na het verlaten van de EU zal het VK niet meer deelnemen aan de Insolventieverordening. Dit heeft tot gevolg dat insolventieprocedures uit andere EU-lidstaten niet meer automatisch in het VK erkend worden, en omgekeerd. De rechtsmacht van een curator uit het VK ten aanzien van activa en passiva die in Nederland gelegen zijn wordt dan slechts gedeeltelijk en onder voorwaarden<sup>24</sup> erkend, nu het VK in zijn kwaliteit van niet-EU-lidstaat als een “derde land” beschouwd wordt. Ook de erkenning van insolventieprocedures uit de EU-lidstaten in het VK wordt onzekerder. Waarschijnlijk zal dit betekenen dat na de Brexit de COMI-verplaatsingen naar het VK veel minder vaak zullen plaatsvinden, tenzij het VK erin zou slagen om via een overeenkomst met de EU als niet-lidstaat de Insolventieverordening op zich van toepassing te laten zijn.

Speciale aandacht verdient het zogenaamde “*scheme of arrangement*”, dat niet valt onder het formele faillissementsrecht.<sup>25</sup> Een dergelijk *scheme* is een herstructureringsinstrument in de vorm van een vennootschapsrechtelijke procedure volgens art. 895 lid 1 van de Companies Act 2006 dat noch in de huidige Insolventieverordening noch in de herschikte versie ervan voor automatische erkenning onder de verordening in aanmerking komt. Wél wordt zowel door

22 Verordening (EG) no 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000.

23 Deze verordening is niet van toepassing op insolventieprocedures betreffende verzekeringsondernemingen en kredietinstellingen, beleggingsondernemingen die diensten verrichten welke het houden van geld of effecten van derden behelzen, en instellingen voor collectieve belegging.

24 Zie bijvoorbeeld de voorwaarden gesteld in het Yukos-arrest van 13 september 2013, *JOR* 2014/50.

25 Zie de heldere uiteenzettingen van De Serière en Jennen, t.a.p., p. 241 en L. Kortmann en M. Veder, *The uneasy case for schemes of arrangement under English law in relation to non-UK companies in financial distress: pushing the envelope?*, *Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal* (2015) 13.



de literatuur<sup>26</sup> als door Engelse rechters regelmatig aangenomen dat het in Nederland of andere EU-lidstaten onder de (herschikte) EEX-Verordening voor erkenning in aanmerking komt.

Een *scheme of arrangement* komt in wezen neer op een gerechtelijk akkoord buiten faillissement dat tot gevolg heeft dat overeenkomsten tussen individuele schuldeisers of een bepaalde groep schuldeisers zoals bijvoorbeeld een groep obligatiehouders en banken enerzijds en de onderneming anderzijds met een gekwalificeerde meerderheid van stemmen gewijzigd kan worden. Vaak is een dergelijk *scheme* erg aantrekkelijk vanwege zijn flexibiliteit. Een voordeel is dat terwijl men gewoonlijk voor een buitengerechtelijk akkoord unanieme instemming van de betrokken crediteuren en de bevoegde rechter nodig heeft, hetgeen tot moeizame onderhandelingen leidt, een *scheme* alle schuldeisers bindt, waaronder zowel de tegenstemmers als de niet-stemmers. Een Engelse rechter geeft slechts toestemming voor een *scheme* voor een onderneming/schuldenaar die zich niet in het VK bevindt, als er voldoende connectie is tussen de onderneming en het VK en als hij er in beginsel van kan uitgaan dat een door hem gesanctioneerd *scheme* in de betrokken buitenlandse jurisdicties zal worden erkend en tenuitvoergelegd.

Na de Brexit is erkenning onder Brussel I-bis niet direct mogelijk. Het zal dus moeilijker worden om de Engelse rechter ervan te overtuigen dat een door hem gesanctioneerd *scheme* in de betrokken buitenlandse jurisdicties zal worden erkend en tenuitvoergelegd, aangezien dat dan nog slechts kan op basis van de commune IPR-regels van de landen in kwestie. Ook wat dit betreft geldt dat het VK zich zou kunnen aansluiten bij het Verdrag van Lugano, maar gezaghebbende auteurs betwijfelen of een *scheme of arrangement* onder dit verdrag erkend zou kunnen worden.<sup>27</sup>

Omdat het vermoedelijk moeilijker wordt om buiten het VK erkenning te krijgen voor een *scheme of arrangement*, doen ondernemingen er goed aan om hiermee rekening te houden in hun "corporate housekeeping" en financieringsconstructies vooral wat betreft hun keuze van toepasselijk recht. De gevolgen van de Brexit voor *schemes of arrangement* kunnen het gunstig of zelfs noodzakelijk maken voor ondernemingen om te kiezen voor herstructureringsconstructies uit andere EU-lidstaten, zoals in de toekomst dat van de Wet Continuïteit Ondernemingen II (WCO II). In Nederland is namelijk op 14 augustus 2014 het ontwerpvoorstel WCO II ter consultatie gepubliceerd. Dit ontwerpvoorstel strekt ertoe in de Faillissementswet een regeling op te nemen voor de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement, en is daarom in hoge mate vergelijkbaar met het *scheme of arrangement* uit het VK. Het streven van het Ministerie van Justitie is om het wetsvoorstel uiterlijk dit najaar voor advies aan de Raad van State te zen-

den. Opvallend genoeg stellen diverse Engelse bronnen<sup>28</sup> dat wanneer WCO II kracht van wet krijgt, het Nederlandse dwangakkoord buiten faillissement dan een waardige opvolger van het Engelse *scheme of arrangement* zou kunnen worden. Hopelijk is dit een aansporing voor de Eerste en Tweede Kamer om het wetsvoorstel, wanneer het eenmaal is ingediend, spoedig aan te nemen.

Overigens is de Europese Insolventieverordening niet de enige regelgeving op het gebied van grensoverschrijdende insolventies die in het VK van toepassing is. Om te beginnen is in het VK de *UNCITRAL Model Law* van toepassing. Deze zorgt voor de erkenning door de Engelse rechter van insolventieprocedures die in bepaalde andere landen geopend zijn. De *Model Law* is geïmplementeerd in de *Cross Border Insolvency Regulations 2006*, en wordt toegepast in gevallen waarin een buitenlandse vertegenwoordiger van een schuldenaar met zijn COMI of een vestiging in de bewuste buitenlandse jurisdictie erkenning van de procedure in het VK wil verkrijgen. Echter: de enige landen die de *UNCITRAL Model Law* erkend hebben, zijn Griekenland, Polen, Roemenië en Slovenië: kortom, de wederzijdse erkenning vindt slechts tussen een zeer beperkt aantal landen plaats, en het enige dat het VK zou kunnen doen is het voeren van onderhandelingen met individuele EU-lidstaten om in het onderling verkeer de *Model Law* van toepassing te laten zijn.

Verder kent het VK nog art. 426 van de *Insolvency Act 1986*. Deze *Act* is alleen van toepassing wanneer vanuit bepaalde landen een verzoek wordt gedaan aan een rechterlijke instantie in het VK om een buitenlandse rechter hulp te verlenen bij een insolventieprocedure. Ook in dit geval is het aantal landen zeer beperkt: de Kanaal Eilanden, Ierland en een aantal *Commonwealth* landen.

## 6. Conclusie

Het moge duidelijk zijn dat de Brexit zeer vele onzekerheden met zich meebrengt. Twee zaken zijn in ieder geval duidelijk. Om te beginnen doen ondernemingen er verstandig aan om clausules met een goede forumkeuze te (laten) formuleren, eventueel ten gunste van arbitrage of het Nederlands Commercial Court, wanneer dit eenmaal is ingesteld en goed blijkt te functioneren.

Daarnaast kan het, nu de Brexit mogelijk tot gevolg heeft dat *schemes of arrangement* minder snel door buitenlandse rechters erkend zullen worden, gunstig of zelfs noodzakelijk zijn voor ondernemingen om hun toevlucht te nemen tot herstructureringsconstructies uit andere EU-lidstaten, zoals die van WCO II. Het valt daarom te hopen dat de Eerste en Tweede Kamer een adequaat vormgegeven wetsvoorstel WCO II, wanneer het eenmaal is ingediend, spoedig zullen aannemen.

26 Zie bijv. H.L.E. Verhagen en J.J. Kuipers, De erkenning van een Engelse *scheme of arrangement* door de Nederlandse rechter, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Kluwer 2012, p. 352 e.v. en L. Kortmann en M. Veder, The uneasy case for schemes of arrangement under English law in relation to non-UK companies in financial distress: pushing the envelope?, *Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal* (2015) 13.

27 Zie B. Hess, Back to the Past: BREXIT und das europäische internationale Privat- und Verfallensrecht, *IPRax* 2016, 409-418, par. IV.

28 Zie onder andere Allen & Overy, Brexit, Implications for cross-border insolvencies and restructurings, Specialist paper no. 7 en J. Leader, Brexit: implications for cross-border insolvency and restructuring, Practical Law Company.

# Brexit: the Key Issues for Business

*Bb* 2016/80

## 1. Introduction

The UK vote to leave the European Union in June was just the first step in a process that is likely to be unparalleled in scale and complexity. Several months after the event, it is difficult to predict exactly how or when the exit will be effected. However what is clear is that Brexit will have an impact on the rights and obligations of commercial parties in all sectors.

New UK Prime Minister Theresa May has made it very clear that Brexit means Brexit, and the UK will withdraw from the EU. It is a question not of “if” but “when”. A new Department for Exiting the EU has been set up, along with a new Department for International Trade. The UK has also said that it will give up its Presidency of the Council of the EU (this was to have been in second half of 2017). This is being seen as an indication of a gradual retreat from influence.

## 2. Challenges for Business

The UK has yet to give formal notice of its intention to leave the EU, and is unlikely to do so until sometime in 2017. Once it does give notice, a two year exit negotiation will begin, the outcome of which is unpredictable. The only certainty for the foreseeable future is uncertainty. This is, understandably, frustrating for businesses, whether they operate in the UK, in the rest of the EU or indeed outside the EU. However, there is plenty they can do now to ensure a smoother transition in the years to come. In the rest of this article, we review the priority areas on which UK businesses are currently focussed.

## 3. Getting started

Many businesses have set up a Brexit committee to coordinate all Brexit-related issues and communications and prepare an overview of the potential impact of Brexit and the business response. Some businesses also need to consider their public reporting obligations, and what, if anything, they need to say in public statements or disclosures, or in their annual report.

## 4. Regulatory review

A top level review to assess which EU regulations currently affect the business is essential for all businesses operating in the UK. These regulations vary from sector to sector, but every business will be affected to some degree.

This is proving to be an enormous exercise. The UK’s regulatory framework has become increasingly entwined with that of the EU over several decades and the unwinding pro-

cess is going to be enormously complex. For the time being, it is ‘business as usual’ – at present the UK remains a member of the EU and must continue to abide by European laws and regulations.

## 5. Contractual Relationships

Going forward, we may see parties who want to escape their contractual obligations, for whatever reason, employing Brexit-related legal arguments founded in “force majeure” (which entitles a party to contract relief and/or termination because of unforeseen events) or “frustration” (which allows termination because of impossibility of performance). These are not easy arguments to win, but we are advising businesses to review force majeure, termination and material adverse change clauses in contracts carefully. Cautious parties should consider express carve-outs for any Brexit related circumstances.

Defined terms should also be checked, such as references to the “EU” and EU regulatory bodies. These may not work as intended post-Brexit.

If Brexit might cause a counterparty financial difficulties, it is also important to include contractual provisions that will flag up financial issues at an early stage.

Other points to consider include: the possibility of future corporate reorganisation by either party to a contract, e.g. to ensure certain business functions stay within the EU; how exchange rate fluctuations might affect pricing; how costs of compliance are going to be borne between the parties; and the most appropriate means of dispute resolution.

## 6. Financing

We are advising businesses to review loan and other financing agreements to check whether the effect of Brexit – whether it manifests in reduced consumer confidence, slowing investment or a further downgrade to the UK’s credit rating – might put them in breach of financial covenants, financial ratios or material adverse change clauses. In some circumstances, a business’ ability to borrow might ultimately be affected.

UK businesses are also assessing what sources of EU funding are relevant to them, what the impact of losing that funding might be and how the loss can be mitigated.

## 7. Supply Chain Management

It is also key to analyse the extent to which a business involves supplies of goods or services between the UK and (a) other EU Member States and (b) other countries with which the EU has concluded or is currently negotiating trade agreements. The impact of the imposition of tariffs or non-tariff barriers and the increased administrative burden needs to be considered, though realistically it is difficult to assess at this stage.

<sup>1</sup> John Forrest is lawyer at DLA Piper UK LLP, London.

Some businesses are considering relocation in order to maintain free access to the EU market. This is a particular issue in the financial services sector, where certain UK-authorized financial institutions (banks, investment firms, fund managers, insurers, insurance intermediaries, payment institutions and e-money issuers) benefit from passporting rules. These rules allow them to carry out their activities across the EEA without setting up a separate entity and having to obtain authorisation in each EEA state. Passporting rights derive from a range of EU directives. Post-Brexit, assuming no agreement to the contrary is reached, UK-based businesses will no longer be able to rely on these passporting rules. Relocation carries with it a number of challenges, not least assessing the relative merits of alternative locations. What authorisations would a new operation need to obtain? What would the implications be for headcount? What are the lead times for having discussions with the local regulator, obtaining floor space and relocating or hiring necessary staff? To what extent could operations then be delegated back to the UK?

#### 8. **Personnel Issues and Relationship Management**

Free movement is one of the core elements of EU membership. If this is curtailed, some businesses may be affected significantly. The costs should be analysed. Visa requirements for example could make it difficult to recruit UK-based employees from the remaining EU Member States (and vice versa). Individuals may also prefer to be located in the EU where their movement would remain unrestricted. UK employees currently working in the EU might also need assistance with visas in due course.

Businesses should consider what messaging to give to employees about the potential impact, although this (like so much else Brexit-related) is difficult to assess in a relative vacuum.

Pension trustees also need to monitor risk from market volatility.

#### 9. **Conclusion**

The process initiated by the UK's decision to leave the EU raises significant challenges – and potential opportunities. While there is much uncertainty regarding the timing of the UK's exit from the EU and the shape of the UK's future relationship with the EU post-Brexit, it is clear that Brexit will affect the rights and obligations of all parties to commercial activity in the UK, the wider EU and beyond. Therefore, consideration should be given now to the strategic action that businesses may wish to take in a number of areas, including contractual relationships, financing and supply chain management, to manage the risks and maximise the opportunities presented by Brexit. Proactive businesses will be best placed to meet the challenges of the coming years.

# Ieder van de schuldenaars is hoofdelijk verbonden voor de nakoming van het geheel uit hoofde van deze overeenkomst van geldlening

Maar dan in het Engels of Duits\*

## Het Juridisch-Economisch Lexicon De zekerheid van de juiste vertaling

De vertaling van uw teksten moet kloppen en mag geen aanleiding geven tot interpretatieverschillen, elke nuance moet overkomen.

Het online Juridisch-Economisch Lexicon biedt u de zekerheid van een accurate vertaling van uw juridische en economische teksten van en naar het Engels en/of Duits. De vele voorbeeldzinnen in het Lexicon helpen u de juiste term te kiezen. Vaak vindt u zelfs een kant-en-klare vertaling van de zin waar u aan werkt.

\* Each of the debtors is jointly and severally liable for compliance with all the provisions of this loan agreement / Jeder der Schuldner haftet gesamtschuldnerisch für die Erfüllung sämtlicher Bestimmungen dieses Darlehensvertrags

Meer informatie of bestellen?  
Ga naar [www.wolterskluwer.nl/lexicon](http://www.wolterskluwer.nl/lexicon)

- **NL-EN:** ruim 87.000 ingangen en 68.500 voorbeeldzinnen
- **EN-NL:** ruim 63.500 ingangen en 112.000 voorbeeldzinnen
- **NL-DE:** ruim 87.000 ingangen en 68.500 voorbeeldzinnen
- snel en makkelijk zoeken
- wekelijkse update, dus altijd actueel

Samensteller:  
Aart van den End,  
Gateway Woordenboeken





# Van der Heijden Instituut

In de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut verschijnen monografieën, proefschriften, congresbundels en uitkomsten van onderzoek naar de werking in de praktijk van regelgeving op het terrein van het rechtspersonen- en vennootschapsrecht, het fiscale recht inzake ondernemingen en het effectenrecht. Tevens verschijnen publicaties van de Vereniging voor Financieel recht en Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation.



## Nederland, het Delaware van Europa?

**Deel 135** | prof. mr. G. van Solinge, S. Smit, MEng, MBA, prof. dr. R.P.C.W.M. Brandsma e.a.  
ISBN 9789013138832 | € 45 | 256 pagina's



## Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016

**Deel 134** | mr. M. Holtzer, mr. D.A.M.H.W. Strik, mr. D.J. Oranje  
ISBN 9789013137811 | € 57,50 | 420 pagina's



## Marius geannoteerd

*Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Jitta*  
**Deel 133** | prof. mr. C.D.J. Bulten, mr. A.F.J.A. Leijten, mr. J. Fleming, mr.dr.s. L.H.M.A.A. Hennkens (red.)  
ISBN 9789013137798 | € 72,50 | 404 pagina's



## Handboek notarieel ondernemingsrecht B.V. en N.V.

**Deel 132-1** | prof. mr. B. Bier, prof. mr. M. van Olffen, mr. dr. B. Snijder-Kuipers  
ISBN 9789013137064 | € 56 | 576 pagina's



## De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap

**Deel 131** | mr. S. Renssen  
ISBN 9789013134384 | € 62 | 304 pagina's |  
1e druk | 2016



## MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten

*Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2015*

**Deel 130** | prof. mr. D. Busch  
ISBN 9789013133462 | € 42,50 | 268 pagina's |  
1e druk | 2015



# Maak nu kennis met de beste bedrijfsjuridische bronnen

Nezahat Alkan-Senel, Accountmanager Telesales



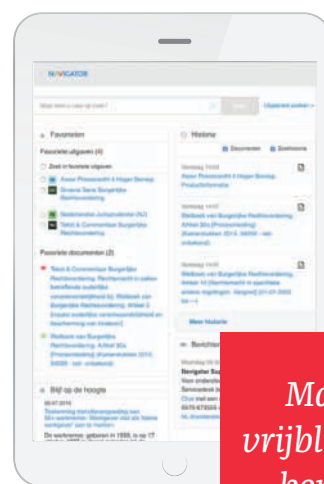
Voor een goed advies aan het management van uw organisatie komt u met uw kennis en expertise meestal een heel eind. Maar met gebruik van de beste juridische bronnen maakt u als bedrijfsjurist echt het verschil.

Wolters Kluwer biedt u informatie die uitblinkt in kwaliteit, betrouwbaarheid, compleetheid en actualiteit. Logisch, want de meest gezaghebbende auteurs zitten er bovenop. Onze Collecties, online totaalpakketten per rechtsgebied, met toptitels als Tekst & Commentaar, Groene Serie en NJ zijn een begrip in juridisch Nederland.

## Ontdek onze Collecties

Een Collectie voor bedrijfsjuristen is ook voor u een uitstekende optie. Nieuwsgierig? Ik vertel u er graag meer over aan de telefoon en regel alles voor een perfecte kennismaking via een vrijblijvend proefabonnement.

Bel mij op **0570-673447** of ga voor meer info naar [wolterskluwer.nl/collecties/bedrijfsjurist](http://wolterskluwer.nl/collecties/bedrijfsjurist)



Maak  
vrijblijvend  
kennis



Wolters Kluwer  
When you have to be right