

Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
<http://hdl.handle.net/11245/2.71251>

File ID uvapub:71251
Filename romeII-wpnr2.pdf
Version preprint

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type article
Title De grondslagen van de Verordening Rome II
Author(s) T.M. de Boer
Faculty FdR
Year 2008

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:

<http://hdl.handle.net/11245/1.298742>

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).

De grondslagen van de Verordening Rome II

1. Een mijlpaal

Ik houd niet zo van grote woorden, maar de Verordening ‘Rome II’ inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen is een mijlpaal in de geschiedenis van het Europese i.p.r. Er waren al wel Europese regelingen op het terrein van het internationaal procesrecht en de internationale rechtshulp¹, maar dit is de eerste verordening waarin het *conflictenrecht* (de regels die aangeven welk recht toepasselijk is) van alle EU-lidstaten wordt geünificeerd, en dat nog wel op een terrein waar eerdere unificatiepogingen jammerlijk schipbreuk leden. Ik behoor nog tot de generatie die zich herinnert hoe het de voorstellen voor de eenmaking van het conflictenrecht in de Benelux is vergaan² en hoe de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Europese Gemeenschappen een einde maakte aan de aspiraties van de oorspronkelijke lidstaten om uniforme conflictregels op te stellen voor zowel contractuele als niet-contractuele verbintenissen.³ Het heeft al met al bijna zestig jaar geduurd, maar uiteindelijk is er dan toch succes geboekt met de unificatie van de conflictregels op het terrein van de niet-contractuele verbintenissen. ‘Rome II’ is overigens al snel gevolgd door ‘Rome I’, de verordening die aangeeft welk recht van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Volgens plan⁴ zullen er nog verordeningen volgen op andere terreinen van het conflictenrecht, met name de alimentatie, het huwelijksgoederenrecht en het erfrecht, en daarna zal de unificatie van het communautaire i.p.r. nog wel verder blijven gaan.

‘Rome II’ mag dan een gewichtig moment in de codificatiegeschiedenis van het Europese i.p.r. markeren, van meer belang is de vraag welke veranderingen de inwerkingtreding van de

-
1. Om de belangrijkste te noemen: Vo. 1348/2000 en Vo. 1393/2007 (betekening), Vo. 44/2001 (EEX), Vo. 1206/2001 (bewijs), Vo. 1346/2001 (insolventie), Vo. 2201/2003 (Brussel II-bis), Vo. 805/2004 (Europese executoriale titel).
 2. Nederland, België en Luxemburg ondertekenden in 1951 een Verdrag betreffende het internationaal privaatrecht, dat alleen door Luxemburg werd geratificeerd. Het verdrag verplichtte de verdragsluitende partijen tot invoering van een door E.M. Meijers ontworpen Eenvormige Wet betreffende het internationaal privaatrecht (EW). Een verdrag houdende een herziene versie van de EW werd in 1969 ondertekend, maar ook dit verdrag is nooit in werking getreden. Een volgende herziening in 1973 mocht evenmin baten. In 1975 werd het Benelux-project definitief afgeblazen.
 3. Het Voorontwerp voor een verdrag nopens de wetten die van toepassing zijn op verbintenissen uit overeenkomsten en op niet-contractuele verbintenissen dateert van 1972. Om de totstandkoming van een definitieve verdragstekst te bespoedigen werd in 1975 besloten het materieel toepassingsgebied te beperken tot contractuele verbintenissen. Het eindresultaat, het EEG Overeenkomstenverdrag, werd in 1980 door negen lidstaten ondertekend. Aan een poging tot unificatie van conflictregels voor *niet-contractuele* verbintenissen heeft men zich pas weer gewaagd in 2003, toen het oorspronkelijke Commissievoorstel voor Rome II het licht zag: COM (2003) 427. Een gewijzigd voorstel werd gepubliceerd in 2006 (COM (2006) 83). Na verdere aanpassingen en een conciliatieprocedure tussen Raad, Commissie en Europees Parlement werd de definitieve tekst medio 2007 vastgesteld (*PbEU* 2007, L 199, p. 40).
 4. Het ‘Actieplan van de Raad en de Commissie over de wijze waarop de bepalingen in het Verdrag van Amsterdam over een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd’ van 3 december 1998, *PbEG* 1999, C 19, p. 1 e.v., verlangt communautaire i.p.r.-regelingen op het terrein van het verbintenissenrecht, de echtscheiding, huwelijksgoederenrecht en successie. Hoewel de gestelde deadlines bij lange na niet gehaald zijn, wordt het plan tot dusver stelselmatig uitgevoerd. Mislukt is intussen een poging om het conflictenrecht op het terrein van de echtscheiding te unificeren. Het laatste voorstel voor de zgn. ‘Rome III-verordening’ werd medio 2008 door enkele lidstaten (waaronder Nederland) afgewezen.

verordening teweegbrengt in het nationale conflictenrecht van de lidstaten. Vormt Rome II ook een mijlpaal in de *ontwikkeling* van het Europese i.p.r.? Luidt de verordening een nieuwe fase in de internationaalprivaatrechtelijke *Dogmengeschiede* in? Berust zij op andere aanknopingsbeginselen dan tot dusver op het terrein van de internationale onrechtmatige daad werden aanvaard? Introduceert Rome II verwijzingsregels die we nog niet kenden?

Bij de beantwoording van deze vragen zal ik mij moeten beperken tot een vergelijking tussen de verordening en het in Nederland geldende conflictenrecht. De Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD) en de Haagse verdragen betreffende verkeersongevallen en productenaansprakelijkheid vormen daarbij het belangrijkste referentiekader. Omdat de nadruk van mijn bijdrage aan dit themanummer moest komen te liggen op het conflictenrechtelijk karakter van de verordening in het algemeen, volg ik de grote lijn, zonder in te gaan op de details van specifieke conflictregels.

2. De opzet van de verordening

Rome II is onderverdeeld in zeven hoofdstukken. Na een preambule van veertig overwegingen volgt allereerst een hoofdstuk dat het materieel en formeel toepassingsgebied van de verordening afbakent. Daarbij valt op dat het onderwerp ‘inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of op de persoonlijkheidsrechten, waaronder begrepen smaad’ is uitgesloten.⁵ In formeel opzicht is de verordening universeel van toepassing, d.w.z. dat de regels van de verordening óók gevolgd moeten worden als zij verwijzen naar het recht van een staat buiten de EU.

Het tweede hoofdstuk bevat verwijzingsregels voor onrechtmatige daden. Art. 4 betreft de onrechtmatige daad in het algemeen en verwijst naar de *lex loci damni*, het recht van het land waar de schade intreedt. Deze regel lijdt uitzondering indien laedens en gelaedeerde hun gewone verblijfplaats hebben in hetzelfde land of als de casus kennelijk nauwer verbonden is met een ander land. De artikelen 5 tot en met 9 bestrijken bijzondere categorieën: productenaansprakelijkheid, oneerlijke concurrentie, milieuschade, inbreuk op intellectuele eigendomsrechten en collectieve acties bij arbeidsconflicten. In hoofdstuk III volgen verwijzingsregels voor andere soorten niet-contractuele verbintenissen dan de onrechtmatige daad, met name ongerechtvaardigde verrijking (inclusief onverschuldigde betaling), zaakwaarneming en precontractuele aansprakelijkheid. Hoofdstuk IV geeft aan in hoeverre een rechtskeuze is toegestaan, voorzover die mogelijkheid al niet in de voorgaande artikelen voor bepaalde categorieën is uitgesloten. In hoofdstuk V is een aantal ‘gemeenschappelijke regels’ opgenomen ter

zake van: de werkingssfeer van het toe te passen recht, voorrangregels, lokale veiligheidsvoorschriften en gedragsregels, ‘action directe’, subrogatie, meervoudige aansprakelijkheid, vormkwesties en bewijs. Hoofdstuk VI geeft oplossingen voor een aantal algemene i.p.r.-problemen (begrip gewone verblijfplaats, renvoi, meervoudig rechtsstelsel, openbare orde, verhouding tot andere bepalingen van Gemeenschapsrecht en verhouding tot bestaande verdragen). Hoofdstuk VII bevat een aantal slotbepalingen, waarvan artikel 32 voor de praktijk het meest relevant is: de verordening treedt op 11 januari 2009 in werking.

Het belangrijkste verschil tussen de opzet van de verordening en die van de WCOD schuilt wat mij betreft in de regeling van de bijzondere onderwerpen. De WCOD bestrijkt immers alleen de onrechtmatige daad, terwijl Rome II ook regels geeft voor ongerechtvaardigde verrijking, zaakwaarneming en precontractuele aansprakelijkheid. Op die drie terreinen kenden wij in Nederland tot dusver geen geschreven regels⁶, net zomin als voor de categorieën milieuschade, inbreuken op intellectuele eigendomsrechten en collectieve acties bij arbeidsconflicten. Bij ons vallen die onderwerpen ofwel onder de algemene regel van art. 3 WCOD⁷ ofwel onder een ongeschreven verwijzingsregel.⁸ Ongeoorloofde mededinging wordt weer wel bestreken door de WCOD⁹, terwijl productenaansprakelijkheid in Nederland onder de werking van een verdrag valt.¹⁰ Dat geldt ook voor verkeersongelukken¹¹, waarvoor de verordening géén speciale regel bevat. Voorlopig zullen we beide verdragen mogen blijven

-
5. De reden daarvan schuilt in de oppositie van de (vooral Britse) media tegen een regel die toepassing van de lex fori voorschreef. Gelet op artt. 2 en 5 sub 3 EEX Vo. zou de benadeelde daarmee zijn voordeel kunnen doen. Omdat men het ook over enkele compromisvoorstellen niet eens kon worden, is de regel in zijn geheel geschrapt.
 6. De ongeschreven verwijzingsregel voor zaakwaarneming is door de Hoge Raad geformuleerd in HR 23 februari 1996, *NJ* 1997, 276, nt. ThMdB (*Total Liban*). Met betrekking tot de onverschuldigde betaling staat wel vast dat er zo mogelijk accessoir moet worden aangeknoopt. Als dat niet mogelijk is, ontbreekt een duidelijke regel. Vgl. J.L. Jonker Roelants, *De vordering uit onverschuldigde betaling in het Nederlands internationaal privaatrecht*, Post Scriptum Reeks, 1991. Voor wat betreft de precontractuele aansprakelijkheid lijkt accessoire aanknopng een redelijke oplossing, maar bij mijn weten bestaat hierover in ons land geen communis opinio. Hoe dan ook, met de komst van Rome II is een nationale discussie over deze drie onderwerpen volstrekt academisch geworden.
 7. Blijkens de tekst van art. 3 lid 2 WCOD valt de aansprakelijkheid voor milieuschade onder het materieel toepassingsgebied van deze wet. Collectieve acties in arbeidsconflicten kwamen aan de orde in HR 16 december 1983, *NJ* 1985, 311 (*Saudi Independence*), waarin niet geheel duidelijk werd of de aansprakelijkheid van derden (i.c. de vakbonden) al dan niet accessoir moest worden aangeknoopt bij het recht dat de arbeidsovereenkomst van de stakers beheerst. Volgens art. 5 WCOD, waarin verlangd wordt dat er naast de onrechtmatige daad nog een andere rechtsbetrekking tussen dezelfde partijen bestaat of bestond, is accessoire aanknopng hier niet mogelijk. Derhalve zal op grond van de hoofdregel het recht van de plaats waar de actie plaatsvond moeten worden toegepast, zoals ook in art. 9 van de verordening wordt voorgeschreven.
 8. Inbreuken op intellectuele eigendomsrechten zijn onderworpen aan de *lex protectionis*, het recht van het land waar de rechthebbende zijn recht daadwerkelijk beschermd wil zien (de staat ‘für dessen Gebiet der Schutz in Anspruch genommen wird’). In beginsel is dit ieder land waar de inbreuk schade heeft veroorzaakt, zodat per land bezien zal moeten worden of er sprake is van een inbreuk (‘Mosaikbetrachtung’). Het is echter niet vanzelfsprekend dat ook de rechtsgevolgen van de inbreuk aan de *lex protectionis* worden onderworpen. Vgl. voor wat betreft het auteursrecht: Mireille M.M. van Eechoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights, Alternatives to the Lex Protectionis*, diss., The Hague/London/New York, 2003, p. 206 e.v., p. 213 e.v.
 9. Art. 4, dat echter – anders dan art. 6 van de verordening – geen onderscheid maakt tussen oneerlijke concurrentie en daden die de vrije concurrentie beperken.
 10. Haags Productenaansprakelijkheidsverdrag 1973, in Nederland in werking sinds 1 september 1979.
 11. Haags Verkeersongevallenverdrag 1971, in Nederland in werking sinds 30 december 1978.

toepassen, zelfs als er alleen lidstaten bij de casus betrokken zijn, maar het zou mij niet verbazen als aan die tolerantie in de niet al te verre toekomst een einde komt.¹²

3. De doelstellingen van de verordening

In een toelichting op het oorspronkelijke ontwerp stelde de Commissie dat een ‘betere voorspelbaarheid van de keuze van het toepasselijke recht’ beschouwd moet worden als de algemene doelstelling van verordeningen op het terrein van het conflictenrecht. Daaraan is met name behoefte binnen de verwijzingscategorie niet-contractuele verbintenissen, omdat er juist hier nog steeds grote verschillen zouden bestaan tussen de lidstaten, zowel in materieelrechtelijk als conflictenrechtelijk opzicht. Uniforme conflictregels zullen zonder twijfel leiden tot ‘een aanzienlijke vermindering van procedurekosten, een betere voorspelbaarheid van de afloop van een geschil en een grotere rechtszekerheid’, aldus de Commissie.¹³

Klaarblijkelijk is het bevorderen van zekerheid en voorspelbaarheid niet het enige doel van de verordening. Als dat zo was, hadden de intussen vastgestelde conflictregels aanzienlijk simpeler kunnen zijn en waren ‘*proper law* excepties’ in ieder geval uit den boze geweest. In de preambule (nr. 14) wordt naast de rechtszekerheid dan ook een andere waarde opgevoerd: ‘de noodzaak om recht te doen in individuele gevallen’. Dat postulaat verklaart niet alleen de keuze van de aanknopingsfactoren, maar ook de in sommige regels opgenomen ontsnappingsclausule en de afwijkingen van de hoofdregel in de conflictregels voor bijzondere categorieën. Bij de keuze van de aanknopingsfactoren, zo blijkt uit de Toelichting, is gezocht naar een ‘redelijk evenwicht’ tussen de belangen die in concreto een rol kunnen spelen: de individuele belangen van laedens of gelaedeerde of hun verzekeraar, de collectieve belangen van consumenten of het publieke belang van milieubescherming of de markteconomie. Daarnaast wordt meermalen gewag gemaakt van de ‘rechtmatige verwachtingen’ van partijen.¹⁴

Uit deze passages zou men kunnen opmaken dat de aanknopingsfactoren niet uitsluitend gekozen zijn op grond van de Savigniaanse *Grundsatz der engsten Beziehung*, maar ook op grond van het belang dat in een bepaalde verwijzingscategorie doorslaggevend wordt geacht, dan wel de mate waarin partijen de toepasselijkheid van een bepaald recht kunnen voorzien.

12. Art. 28(1) Rome II laat de toepassing van ‘internationale verdragen waarbij één of meer lidstaten op het tijdstip van de vaststelling van de verordening partij zijn en die regels bevatten inzake het toepasselijke recht op niet-contractuele verbintenissen’ onverlet. Art. 30(1)(ii) verlangt dat de Commissie in 2011 aangeeft welk effect deze bepaling heeft gehad op de aanwijzing van het toepasselijk recht op verkeersongevallen, m.a.w. in hoeverre de lidstaten die partij zijn bij het verdrag uit de pas lopen met de lidstaten die op verkeersongevallen de verwijzingsregels van Rome II moeten toepassen. Omdat de Commissie de Secretaris-Generaal van de Haagse Conferentie inmiddels heeft laten weten dat zij geen aanleiding ziet om een EU-brede ratificatie van het Verkeersongevallenverdrag te bevorderen, schat ik de kansen op een continuering van de status quo na 2011 niet hoog in, althans niet voor wat betreft het Verkeersongevallenverdrag.

13. COM (2003) 427, § 2.1, 2^o alinea, p. 5 in de Nederlandse vertaling.

In het hedendaagse conflictenrecht wordt de zorg voor een bepaald belang doorgaans vertaald in een verwijzingsregel die op het beschermings- of begunstigingbeginsel is gebaseerd, terwijl de voorzienbaarheid van het verwijzingsresultaat optimaal gewaarborgd wordt door het beginsel van de partijautonomie voorop te stellen. Wie nu verwacht dat de opstellers van Rome II zich waar mogelijk door deze nieuwe aanknopingsbeginselen hebben laten inspireren, komt helaas bedrogen uit. Dat blijkt al gauw als we in de verordening zoeken naar verwijzingsregels die *niet* gebaseerd zijn op het beginsel van de nauwste betrokkenheid.

4. Partijautonomie

Anders dan men zou verwachten na alle aandacht in de Toelichting voor de partijverwachtingen, wordt de vrijheid van rechtskeuze aanzienlijk beperkt. In de eerste plaats is rechtskeuze hoe dan ook niet toegestaan als het gaat om oneerlijke concurrentie of schendingen van het mededingingsrecht (art. 6 lid 4) of om inbreuken op intellectuele eigendomsrechten (art. 8 lid 3). Naar de motieven voor deze uitsluitingen kunnen we slechts gissen: de eerste kwam in de voorstellen van de Commissie nog niet voor, en over de tweede zegt de Toelichting niet meer dan dat keuzevrijheid niet ‘passend’ is voor kwesties van intellectuele eigendom.¹⁵ De verklaringen die ik zelf heb kunnen bedenken, heb ik elders beschreven¹⁶, maar als die juist zijn valt er nogal wat op de uitsluitingen af te dingen.

In de tweede plaats wordt de keuzevrijheid van partijen beperkt tot een rechtskeuze achteraf, tenzij ieder van hen ‘handelsactiviteiten verricht’. Het motief voor deze beperking schuilt blijkens de preambule (nr. 31) in de behoefte ‘om zwakke partijen te beschermen’. Kennelijk is de Europese wetgever bevreesd dat een niet-commerciële partij te gemakkelijk toegeeft aan de druk van de wederpartij zolang er nog geen vordering bestaat. Dat is een mooie gedachte, die echter niet goed is uitgewerkt. Als partijen toch vooraf een rechtskeuze hebben gedaan, dan zal die bij toepassing van art. 14 lid 1 weliswaar niet worden gehonoreerd, maar in dat geval is de kans groot dat accessoir wordt aangeknoopt bij het recht dat een ‘reeds eerder bestaande, nauw met hun niet-contractuele rechtsverhouding samenhangende betrekking’ beheerst¹⁷, zodat het gekozen recht langs die weg toch moet worden toegepast.

14. Althans in de Nederlandse vertaling van de Toelichting. De Engelse tekst spreekt op één plaats (Toelichting op art. 7, 6^e alinea) niet van ‘legitimate expectations’ maar van ‘legitimate interests’, wat toch echt niet hetzelfde is.

15. Toelichting, *supra* noot 13, op art. 10 (thans 14), 2^e alinea, p. 25 in de Nederlandse vertaling: ‘Er is evenwel geen ruimte voor de wilsautonomie met betrekking tot intellectuele eigendom, een materie waarvoor dit geen passende regel is’. De uitsluiting van de keuzevrijheid in art. 6 is toegevoegd in het Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad: 9751/06 JUSTCIV 137 CODEC 531. In het commentaar daarop van de Commissie (COM (2006) 566) worden over dit punt geen opmerkingen gemaakt.

16. Th.M. de Boer, Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation, in: *Yearbook of Private International Law, Vol. IX – 2007* (eds. Andrea Bonomi & Paul Volken), Berne, 2008, p. 19–29.

17. Vgl. artt. 4 lid 3, 5 lid 2, 10 lid 1, 11, lid 1, 12 lid 1. Een rechtskeuze die *uitsluitend* een toekomstige onrechtmatige daad betreft laat zich nauwelijks denken.

In vergelijking met Rome II is de thans in Nederlands geldende rechtskeuzeregels veel ruimhartiger. Art. 6 WCOD stelt geen andere eis dan dat de rechtskeuze uitdrukkelijk is gedaan of voldoende duidelijk blijkt uit de omstandigheden. Voor geen enkel onderwerp wordt de keuzemogelijkheid uitgesloten en een rechtskeuze vooraf is zonder meer toegestaan. Rome II brengt in dit opzicht dus nogal wat veranderingen, al moet ik daar meteen aan toevoegen dat de praktijk daarvan weinig zal merken, niet alleen omdat de verboden rechtskeuze vooraf in de meeste gevallen door accessoire aanknopingsfactor zal worden gerepareerd, maar vooral omdat er – niet verwonderlijk – op het terrein van de niet-contractuele verbintenissen nauwelijks gebruik wordt gemaakt van de bestaande keuzevrijheid.

5. *Het beschermingsbeginsel*

Conflictregels die op het beschermingsbeginsel zijn gebaseerd, verwijzen doorgaans naar het recht van de woon- of werkomgeving van degene wiens belang in het corresponderende materiële recht de boventoon voert. De aanknopingsfactor is er niet op gericht het meest betrokken recht aan te wijzen, maar focust op de te beschermen partij.

In Rome II zijn dergelijke verwijzingsregels eigenlijk niet te vinden. In de Toelichting wordt wel herhaaldelijk gewezen op het ‘belang van de benadeelde’, maar dat belang wordt toch vooral vertaald in aanknopingsfactoren die verwijzen naar een gebeurtenis en niet naar de persoon van de gelaedeerde. De enige bepaling waarin het recht van de gewone verblijfplaats van het slachtoffer wordt aangewezen, is art. 5 lid 1 betreffende productenaansprakelijkheid. Voorwaarde is echter wél dat het product in dat land op de markt is gebracht en dat de wederpartij dat moet hebben kunnen voorzien. Is dat laatste niet het geval, dan moet het recht van de gewone verblijfplaats van de laedens worden toegepast. Ik denk dan ook dat de keuze van de aanknopingsfactor in het eerste lid niets te maken heeft met het belang van het slachtoffer van productschade bij bescherming naar de maatstaven van zijn eigen recht, maar alles met de behoefte om een ‘neutraal’ recht aan te wijzen op basis van meestbetrokkenheid. Wat de Commissie in de Toelichting bedoelt met de term ‘belang’ is klaarblijkelijk niets anders dan het ‘belang’ van conflictenrechtelijke voorzienbaarheid¹⁸, en zeker geen belang in materieelrechtelijke zin.

18. Art. 5 lid 1 is een getrapte verwijzingsregel waarin op iedere trede een samenvallend aanknopingspunt wordt verlangd: het land waar het product op de markt is gebracht moet samenvallen met (a) het woonland van de gelaedeerde, of (b) het land waar het product is verkregen, of (c) het land waar de schade zich heeft voorgedaan. In het oorspronkelijke Commissievoorstel werd alleen verwezen naar het recht van de gewone verblijfplaats van het slachtoffer of, als de wederpartij kan aantonen dat het product in dat land zonder zijn toestemming op de markt is gebracht, het recht van zijn gewone verblijfplaats. Het effect van deze regel komt dicht in de buurt van een regel die op het beschermingsbeginsel berust.

Dat vermoeden wordt bevestigd in de toelichting op de algemene verwijzing naar de *lex loci damni*. Vol trots verklaart de Commissie dat deze regel beantwoordt ‘aan de moderne opvattingen inzake wettelijke aansprakelijkheid’: het moderne delictenrecht richt zich niet meer op ‘het bestraffen van schuldige gedragingen’ maar vooral op ‘het vergoeden van geleden schade’. Weliswaar wordt de gelaedeerde niet de mogelijkheid geboden ‘het gunstigste recht te kiezen’ – want dat zou ‘de legitieme verwachtingen van de benadeelde overstijgen’ – maar toch wordt de suggestie gewekt dat het belang van de gelaedeerde bij toepassing van zijn eigen recht prevaleert, omdat de *lex loci damni* ‘in de meeste gevallen [overeenkomt] met het recht van de gewone verblijfplaats van het slachtoffer’.¹⁹ De werkelijkheid is natuurlijk anders. Er is geen enkele reden om aan te nemen dat schade ‘in de meeste gevallen’ intreedt in het land van het slachtoffer.²⁰ Als de opstellers van de verordening zich werkelijk iets hadden aangetrokken van de ‘moderne opvattingen inzake wettelijke aansprakelijkheid’, dan hadden zij op grond van het beschermingsbeginsel moeten opteren voor het recht van de woonplaats van het slachtoffer. De plaats waar de schade intreedt is een neutraal, ‘regelblind’ criterium dat de ene keer samenvalt met het woonland van de dader, de andere keer met het woonland van het slachtoffer, terwijl het soms verwijst naar een land waarmee geen van beide partijen enige band heeft.

Overigens is er noch in de WCOD, noch in de Haagse verdragen op het terrein van de onrechtmatige daad een regel aan te wijzen die kennelijk gericht is op de bescherming van de gelaedeerde. In zoverre blijft alles bij het oude.

6. *Het begunstigingsbeginsel*

De verordening bevat drie zgn. *alternative reference rules*, regels die twee of meer alternatieve aanknopingsfactoren bevatten, waarvan er een moet leiden tot het meest wenselijke materiële rechtelijke resultaat. De eerste regel is te vinden in art. 7, dat het slachtoffer van milieuschade de mogelijkheid biedt te kiezen tussen het recht van het land waar de schade intrad en het recht van de plaats van handelen. De achtergrond daarvan moge duidelijk zijn: de bescherming van het milieu wordt bevorderd door toepassing van het strengste recht. De tweede regel ziet op antitrustgevallen waarin de beperking van de mededinging de markt in meer dan één land beïnvloedt. De eisende partij mag dan onder bepaalde omstandigheden opteren voor toepassing van de *lex fori*. Daarmee wordt niet alleen vermeden dat het toepasselijk recht per

19. Toelichting, *supra* nt. 13, op art. 3 (thans 4) lid 1, 1^e, 6^e en 7^e alinea, in de Nederlandse vertaling p. 12/13.

20. Dat is waarschijnlijk wél het geval als de in het ene land geleden schade veroorzaakt is door een handelen of nalaten in een ander land. Maar als de Commissie dat bedoelde, heeft zij over het hoofd gezien dat de *lex loci damni*-regel niet al-

markt moet worden aangewezen, maar ook mag verwacht worden dat de eiser de meest profijtelijke weg kiest, en dat kan bevorderlijk zijn voor het belang dat antitrustregels beogen te beschermen. Een derde vorm van begunstiging is te vinden in art. 18, waarin twee aanknopingsalternatieven worden geboden voor de vraag of de gelaedeerde een rechtstreekse vordering tegen de w.a.-verzekeraar van de laedens kan instellen: het recht dat op de vordering van toepassing is of het recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst.

Hoewel er in Nederland meermalen gepleit is voor een favoriserende conflictregel op het terrein van de milieuaansprakelijkheid²¹, heeft onze wetgever die wens niet ingewilligd. Art. 3 lid 2 WCOD noemt expliciet de ‘daad [die] schadelijk inwerkt op ... het natuurlijk milieu’ en verklaart daarop de *lex loci damni* van toepassing in gevallen waarin die inwerking in een ander land plaatsvond dan waar zij veroorzaakt werd. De enige in Nederland geldende regels op het terrein van de onrechtmatige daad die op het begunstigingsbeginsel zijn gebaseerd, zijn neergelegd in verdragen. Het Verkeersongevallenverdrag biedt met betrekking tot de ‘action directe’ in art. 9 een drietal alternatieven: het op de vordering toepasselijke recht, *de lex loci delicti* (als die niet samenvalt met de *lex causae*) en de *lex contractus*. In het Productenaansprakelijkheidsverdrag wordt het slachtoffer begunstigd wanneer het toepasselijk recht niet op grond van een samenvaal van aanknopingspunten kan worden aangewezen. Hij mag dan kiezen tussen het recht van de gewone verblijfplaats van de laedens en de *lex loci delicti*, zij het dat het tweede alternatief kan worden geblokkeerd door een onvoorzienbaarheidsexceptie.

7. *Het oude liedje: de nauwste verbondenheid*

Aan vrijwel alle conflictregels van Rome II ligt het beginsel van de nauwste verbondenheid ten grondslag. In de regel betreffende de onrechtmatige daad in het algemeen, in de regel betreffende productenaansprakelijkheid en in de drie bepalingen betreffende andere niet-contractuele verbintenissen dan de onrechtmatige daad wordt met zoveel woorden verwezen naar een ‘kennelijk nauwere band’ met een ander dan het primair aangewezen land. Het lijkt geen twijfel dat een dergelijke band niet door materieelrechtelijke belangen maar uitsluitend door feitelijk-geografische factoren wordt bepaald. Alle abstracte aanknopingsfactoren die in deze vijf bepalingen zijn neergelegd, geven een invulling aan het beginsel van de nauwste verbondenheid, zeker als zij een samenvaal van aanknopingspunten verlangen, zoals een sa-

leen geldt voor situaties waarin *Handlungsort* en *Erfolgsort* in verschillende landen liggen, maar ook voor het veel vaker voorkomende geval waarin die twee plaatsen in één land samenvallen.

21. Met name door H.U. Jessurun d’Oliveira, *La pollution du Rhin et le droit international privé*, in: *Rhine pollution, Legal Economic and Technical Aspects/La pollution du Rhin, aspects juridiques, économiques et techniques* (red. R. Huetting e.a.), Boekenreeks NJB nr. 5, Zwolle, 1978, p. 81-127, en S.J. Schaafsma, *Vervuiling in het conflictenrecht, Een onderzoek naar theoretische concepten en praktijk van de internationale milieuvervuilende onrechtmatige daad in het internationaal privaatrechtelijke conflictenrecht*, Post Scriptum Reeks, 1994.

menval van de gewone verblijfplaats van dader en slachtoffer in hetzelfde land in art 4 lid 2, art. 10 lid 2, art. 11 lid 2 en art.12 lid 2(b) of de combinaties van de plaats waar een product op de markt is gebracht met andere aanknopingspunten in art. 5 lid 1 onder a, b en c. Maar ook waar dergelijke combinaties niet vereist zijn, laat de keuze van de aanknopingsfactor zich alleen verklaren uit de aspiratie het feitelijk-geografisch meest betrokken recht aan te wijzen. Dat volgt al uit de preambule waar meermalen gesteld wordt dat de in de verordening neergelegde conflictregels moeten zorgen voor een ‘evenwicht’ tussen (de belangen van) partijen. Kennelijk dient de verwijzing naar de plaats waar een gebeurtenis plaatsvond in de artikelen 4 lid 1, 10 lid 3, 11 lid 3 en 12 lid 2(a) beschouwd te worden als een ‘evenwichtige oplossing’ voor gevallen waarin de casus niet nauwer verbonden is met een ander land. Dat valt op grond van het meestbetrokkenheidsbeginsel nog wel te verdedigen wanneer de plaats van de gebeurtenis samenvalt met de gewone verblijfplaats van een van beide partijen. In alle andere gevallen zie ik hierin hoogstens een verlegenheidsoplossing, waarvoor trouwens wel betere alternatieven te bedenken zijn.

In de conflictregels voor oneerlijke concurrentie, milieuschade, intellectuele eigendom en collectieve acties ontbreken zowel een meestbetrokkenheidsexceptie als een directe verwijzing naar de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats. Dat hoeft op zichzelf nog niet te betekenen dat deze bepalingen niet op het beginsel van de nauwste verbondenheid berusten. Art. 7 (milieuschade) is in feite een variant op de algemene regel van art. 4 lid 1, maar door de alternatieve verwijzing naar het recht van de plaats van handelen staat deze regel toch eerder in de sleutel van begunstiging dan van meestbetrokkenheid. De exclusieve verwijzing naar de *lex protectionis* in art. 8 (intellectuele eigendom) laat zich verklaren uit het karakter van het intellectuele eigendomsrecht, en eigenlijk niet uit een bepaald aanknopingsbeginsel. De bepalingen betreffende oneerlijke mededinging (art. 6) zouden gelezen kunnen worden als regels die op het beschermingsbeginsel berusten, voor zover zij het recht aanwijzen van het land dat geacht mag worden zich het belang van een goed functionerende markt en/of de belangen van de in dat land wonende consumenten het meest aan te trekken.²² In de preambule (nr. 21) wordt echter gesteld dat deze regel geen uitzondering op de *lex loci damni*-regel vormt, maar daarvan juist een ‘verduidelijking’ is. Als dat zo is, berust ook art. 6 op het meestbetrokkenheidsbeginsel. Dat geldt kennelijk ook voor de verwijzingsregel voor collectieve acties, die primair aanknoopt bij het recht van de gemeenschappelijke woonplaats van partijen en bij gebreke daarvan bij het recht van het land waar de actie zal plaatsvinden of heeft plaatsgevonden.

8. Conclusie

Een Grieks/Amerikaanse commentator, Symeon C. Symeonides, heeft Rome II afgedaan als ‘a missed opportunity’.²³ Hoewel ik zijn kritiek niet in alle opzichten onderschrijf, ben ik het wel eens met zijn eindconclusie: een gemiste kans. De opstellers van de verordening hebben zich teveel laten leiden door de aanhangers van het neutrale, waardevrije i.p.r., waarin nog een onderscheid gemaakt wordt tussen conflictenrechtelijke en materieelrechtelijke rechtvaardigheid en waarin geen plaats is voor de aanwijzing van het *sachlich beste Recht*. De evolutie van het conflictenrecht in Europa – een antwoord op de *conflicts revolution* in de Verenigde Staten – is kennelijk aan de Europese wetgever voorbijgegaan. Dat wordt wat mij betreft pijnlijk duidelijk in de vele verwijzingen naar de plaats van een gebeurtenis, terwijl de relevantie van dat gegeven met de voortschrijdende globalisering van het rechtsverkeer steeds verder afneemt. Zo zal de *locus damni* vaak een toevalsfactor blijken te zijn, om nog maar te zwijgen van de gevallen waarin niet duidelijk is in welk land de schade zich nu eigenlijk heeft voorgedaan.²⁴

Rome II mag dan een mijlpaal zijn in de codificatiegeschiedenis van het conflictenrecht, een opmerkelijke bijdrage aan de ontwikkeling van het Europese i.p.r. kan de verordening niet worden genoemd. Daarvoor zijn de gekozen oplossingen te conventioneel, te weinig gedurfd, teveel gericht op het compromis. Nu valt dat ook wel te verwachten van een unificatieproject dat niet kan slagen zonder unanimiteit. Toch had ik gehoopt dat de Europese wetgever wat meer open had gestaan voor vernieuwing, waartoe het oorspronkelijke Commissievoorstel al wel enige aanzetten had gegeven.²⁵ De Raad heeft daar kennelijk niet in mee willen gaan, met als resultaat een regeling die, in weerwil van de verwijzingen in de preambule naar allerlei ‘belangen’, vrijwel nergens verbanden legt tussen de verwijzing en de functie of strekking van het materiële recht. Inderdaad een gemiste kans.

22. Vgl de preambule (nr. 21): ‘Inzake oneerlijke concurrentie dient de collisieregels bescherming te bieden aan concurrenten, consumenten en het publiek in het algemeen en tevens garant te staan voor het goed functioneren van de markteconomie.’

23. Symeon C. Symeonides, Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity, *American Journal of Comparative Law*, vol. LVI (2008), no. 1, p. 173 e.v., p. 216.

24. Bovendien dwingt de verwijzing naar de plaats van een gebeurtenis (intreden van schade, verrijking, zaakwaarneming, etc.) tot *dépeçage* in gevallen waarin die gebeurtenis zich in meer dan één land heeft voorgedaan, met alle onpraktische gevolgen van dien.

25. Ik denk daarbij met name aan de bepaling over productenaansprakelijkheid, die oorspronkelijk verwees naar het recht van de gewone verblijfplaats van het slachtoffer, tenzij de producent kan aantonen dat zijn product zonder zijn toestemming in dat land op de markt is gebracht. Ook in de regel betreffende zaakwaarneming was de invloed van het beschermingsbeginsel te bespeuren: de Toelichting, *supra* noot 13, op art. 9, 7^e alinea, p. 24/25 in de Nederlandse vertaling, spreekt uitdrukkelijk van de ‘bescherming die de zaakwaarnemer verdient’ en de ‘bescherming van de belanghebbende’.