



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Contract, delict en IPR

Polak, M.V.

Citation

Polak, M. V. (2007). Contract, delict en IPR. *Bw-Krant Jaarboek*, 23, 129-147. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36858>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36858>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

8 | Contract, delict en IPR

M.V. Polak[■]

1 EEN EENVOUDIG GESCHIL

Eerst de feiten.

Een deel van de aandelen in Metrex BV is in handen van Chemconserve BV en de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde rechtspersoon Reakt Ltd. Beide aandeelhouders onderhandelen met de in de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde rechtspersoon Bus Berzelius Umwelt-Service AG over deelneming van Bus in Metrex. Terwijl Chemconserve en Reakt hoopvol zijn gestemd over de goede afloop van de contractsonderhandelingen, stuurt Bus vanuit haar Duitse hoofdkantoor een brief naar het hoofdkantoor van Chemconserve in Rijswijk met de mededeling dat zij de onderhandelingen beëindigt. Chemconserve en Reakt menen dat de handelwijze van Bus niet door de beugel kan en maken een geding aanhangig voor de rechtbank 's-Gravenhage waarin zij vergoeding van de door hen geleden schade vorderen.

Dan de mogelijke vragen, waarbij de feiten vanuit verschillende perspectieven kunnen worden gezien:

- i Iedere civilist is gekwalificeerd om zich uit te spreken over de vraag hoe deze feiten – ontdaan van alle juridische dogmatiek en grensoverschrijdende aspecten – moeten worden beoordeeld. Was het afbreken van de onderhandelingen door Bus geoorloofd en, zo niet, tot welke sancties geeft haar handelwijze dan aanleiding?
- ii De juridisch-dogmatisch geschoolde privatist ontwaart hier een mogelijk probleem van samenloop. Enerzijds lijkt er sprake te zijn van een contractueel geschil dat zich laat oplossen aan de hand van regels van contractenrecht, anderzijds vertoont de casus trekken van een delictueel geschil dat op basis van regels van onrechtmatigedaadsrecht kan worden beslecht. Vragen te over: (a) heeft dit dogmatische onderscheid in dit geval praktische gevolgen?, (b) zo ja, moet hier dan een keuze worden gemaakt?, en (c) zo ja, door wie moet deze keuze worden gemaakt?

■ M.V. Polak is hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking, Universiteit Leiden; advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te 's-Gravenhage; en lid van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht.

- iii De in het internationaal privaatrecht geverseerde jurist wordt geprikkeld door de grensoverschrijdende aspecten van het geschil en stelt zich twee vragen: (a) is de rechtbank 's-Gravenhage bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot schadevergoeding die Chemconserve en Reakt tegen Bus hebben ingesteld?, en (b) aangenomen dat de rechtbank 's-Gravenhage zich inderdaad bevoegd acht, welk recht dient zij dan toe te passen op de vordering van Chemconserve en Reakt?

Een handvol feiten, drie perspectieven en een reeks vragen. Over ieder aspect kan lang worden gesteggeld. De hiervoor geschetste casus heeft Chemconserve, Reakt en Bus alsmede hun advocaten jarenlang beziggehouden, met dien verstande dat de in de *Nederlandse Jurisprudentie* gepubliceerde procedure ten overstaan van rechtbank, hof en Hoge Raad uitsluitend betrekking had op de vraag naar de bevoegdheid van de rechtbank 's-Gravenhage.¹ Bovendien kwam het element van samenloop daarbij niet goed uit de verf, omdat de procespartijen en de feitenrechters zich eendrachtig hadden geconcentreerd op de delictuele aansprakelijkheid van Bus en de mogelijk relevante contractuele aspecten van de zaak terzijde hadden gelaten. In cassatie moest de Hoge Raad dan ook uitgaan van een louter op onrechtmatige daad gebaseerde vordering.²

In deze bijdrage staat weer een ander – vierde – perspectief centraal. Ik wil onderzoeken hoe het internationaal privaatrecht (hierna aangeduid als 'IPR') omgaat met kwesties van samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderingen, zoals in de hiervoor geschetste casus. Welke problemen dienen zich aan en op welke wijze worden zij opgelost?

Ik begin met een schets van de oorzaak van alle problemen: de grofmazige systematiek van het IPR (zie par. 2). Vervolgens ga ik kort in op het leerstuk van de kwalificatie, dat in dit verband een belangrijke rol speelt (zie par. 3). Daarna wordt het tijd voor enkele concrete uitwerkingen, zowel op het terrein van het formele IPR als op het terrein van het materiële IPR (zie paragrafen 4 en 5). Ik rond af met enkele conclusies en aanbevelingen (zie par. 6).

2 DE GROFMAZIGE SYSTEMATIEK VAN HET IPR

Kenmerkend voor het IPR is zijn enigszins grofmazige systematiek. Kwesties van rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging worden in beginsel niet van-geval-tot-geval op basis van een waardering van alle omstandigheden afgedaan. Integendeel: het IPR tracht iedere casus

1 Zie HR 21 september 2001, NJ 2002, 254, m.nt. ThMdB (BUS/Chemconserve c.s.).

2 Zie, over deze cassatietechnische aspecten, M.V. Polak, 'De Juiste Visie?', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2005, p. 1123-1124 (bijdrage voor rubriek De Redactie Privaat). Zie, voor een reactie, J.K. Franx, "Verstaat gij wat gij leest?" (Hand. 8:31), *NIPR* 2007, p. 2.

onder te brengen in een rechtscategorie, om vervolgens de bij de relevante rechtscategorie behorende regels inzake rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging ter hand te nemen. Het IPR kan worden gezien als een ladekast, waarbij iedere lade (i) staat voor een rechtscategorie – bijvoorbeeld ‘overeenkomst’ of ‘onrechtmatige daad’ – en (ii) de voor de desbetreffende rechtscategorie relevante IPR-regels bevat. De beslissing om een casus onder te brengen in de rechtscategorie ‘overeenkomst’ dan wel de rechtscategorie ‘onrechtmatige daad’ – het in par. 3 te bespreken proces van kwalificatie – heeft dan ook verstrekkende gevolgen. Zo is het in theorie denkbaar dat de Nederlandse rechter wél bevoegd is om kennis te nemen van een geschil dat ‘contractueel’ heet te zijn, terwijl hem geen bevoegdheid toekomt ten aanzien van de ‘delictuele’ aspecten van hetzelfde geschil. Evenzo is het mogelijk dat de kwalificatie van aspecten van een casus als ‘contract’ dan wel ‘delict’ meebrengt dat daarop Engels respectievelijk Duits recht van toepassing is.

Deze grofmazigheid van het IPR heeft voor- en nadelen. Vóór grofmazigheid pleiten de daaruit voortvloeiende hanteerbaarheid en voorspelbaarheid van het IPR. Kwesties van rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging zijn typisch prealabele, niet-inhoudelijke aspecten van een zaak die partijen, hun advocaten en de rechter zo min mogelijk tijd en geld mogen kosten. Zo bezien verdient het aanbeveling om deze kwesties af te doen aan de hand van een beperkte hoeveelheid rechtscategorieën met bijbehorende IPR-regels en niet per geval de concrete omstandigheden de doorslag te laten geven. Pleitbezorgers van een IPR dat in de sleutel van de hanteerbaarheid en de voorspelbaarheid is gezet, moeten echter erkennen dat zulks ten koste kan gaan van de flexibiliteit en de *Einzelfallgerechtigkeit*. Een grofmazig IPR concentreert zich op enkele aspecten van een concrete zaak en laat de overige details buiten beschouwing, ook als dit in voorkomend geval tot een weinig voor de hand liggende oplossing leidt.

Ik erken direct dat deze schets van het IPR zelf ook tamelijk grof is. Het IPR is de afgelopen decennia in diverse opzichten fijnmaziger geworden. Zo is het aantal rechtscategorieën op basis waarvan het IPR functioneert, sterk toegenomen. Bestond er honderd jaar geleden één categorie ‘overeenkomst’, het huidige IPR differentieert in sterke mate en onderscheidt tussen, bijvoorbeeld, ‘consumentenovereenkomst’, ‘arbeidsovereenkomst’ en ‘verzekeringsovereenkomst’. Met andere woorden: de ladekast van het IPR bestaat niet meer uit enkele grote laden ten behoeve van ruim gedefinieerde rechtscategorieën, maar uit een samenstel van grotere en kleinere laatjes ten behoeve van beperkter omschreven rechtscategorieën. Een tweede vorm van rechtsverfijning die is aanvaard, betreft de in par. 5.2 te bespreken figuur van de verwijzingsregel die juist beslissende betekenis toekent aan ‘het geheel der omstandigheden’. Het toepasselijke recht wordt dan niet meer bepaald op grond van een enkel aspect van de concrete zaak, maar aan de hand van alle omstandigheden. Ten slotte gaat er een verfijnende invloed uit van het leerstuk van de voorrang-

regels. Voorschriften van semi-publiekrechtelijke aard onttrekken zich aan het grofmazige systeem van rechtscategorieën en verwijzingsregels en bepalen ieder voor zichzelf – op grond van hun eigen expliciete of impliciete scope rule – in welke gevallen zij van toepassing zijn.

Deze rechtsverfijningen ten spijt heeft het huidige IPR nog steeds een overwegend grofmazige systematiek. De kwalificatie van (aspecten van) een geschil als ‘contractueel’ dan wel ‘delictueel’ kan beslissende betekenis hebben voor kwesties van rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging. Alvorens deze stelling aan de hand van enkele concrete voorbeelden van samenloop toe te lichten (zie paragrafen 4 en 5) ga ik kort in op het leerstuk van de kwalificatie (zie par. 3).

3 KWALIFICATIE

Over het leerstuk van de kwalificatie in het IPR valt veel te zeggen, en dat is dan ook in ruime mate gedaan.³ In essentie betreft kwalificatie de juridische etikettering van feiten, die nodig is om de juiste IPR-regels inzake rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging ter hand te kunnen nemen. Uit de in par. 2 gegeven schets van de systematiek van het IPR volgt dat deze etikettering geschiedt tegen de achtergrond van een indeling van het privaatrecht in rechtscategorieën. In het voorbeeld van de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus: is er sprake van ‘contract’ of van ‘delict’ voor wat de toepassing van de regels van IPR betreft?

De regels van het huidige IPR zijn voor een belangrijk deel te vinden in supranationale instrumenten: verdragen en verordeningen. Twee van dergelijke instrumenten – het EEX⁴ en het EVO⁵ – komen in de paragrafen 4 en 5 nog ter sprake. In het kader van het leerstuk van de kwalificatie is het van belang om voor ogen te houden dat begrippen in verordeningen en verdragen in de regel autonoom moeten worden geïnterpreteerd. Met andere woorden: indien moet worden beslist of supranationale regels van IPR die, naar eigen zeggen, betrekking hebben op ‘overeenkomst’ of ‘onrechtmatige daad’, kunnen worden toegepast op de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus, dient de kwalificatie van de feiten plaats te vinden in het licht van autonome begrippen

3 Zie, voor een beknopt overzicht, L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 43-50.

4 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*Pb EG* 2001, L 12/1).

5 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome, 19 juni 1980 (*Pb EG* 1980, L 266/1), *Trb.* 1980, 156.

‘overeenkomst’ respectievelijk ‘onrechtmatige daad’. De nationaal-Nederlandse opvatting van deze rechtsfiguren is in dit kader niet van belang.⁶

Omdat de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus betrekking heeft op afgebroken onderhandelingen en daaruit voortvloeiende schade, vermeld ik volledigheidshalve dat het Hof van Justitie in het kader van de autonome interpretatie van het EEX heeft geoordeeld dat een schadevergoedingsvordering wegens het ongeoorloofd afbreken van contractsonderhandelingen moet worden aangemerkt als een vordering ‘ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad’ in de zin van artikel 5 aanhef en onder 3 EEX.⁷ Maar daarmee is nog lang niet alles gezegd. Zo is het mijns inziens relevant dat er in de aan het Hof voorgelegde casus geen rechtstreekse contractsonderhandelingen tussen eiser en gedaagde hadden plaatsgevonden, waardoor een contractuele kwalificatie van hun geschil niet voor de hand lag.⁸ Evenmin was het Hof in deze zaak gevraagd om zich uit te spreken over complicaties op het vlak van samenloop van contractuele en delictuele aanspraken.⁹

Terug naar het leerstuk van de kwalificatie. Waar supranationale instrumenten ontbreken, dient het nationaal-Nederlandse IPR te worden toegepast. Twee nationaal-Nederlandse regimes – het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de WCOD¹⁰ – komen in de paragrafen 4 en 5 nog aan bod. Bij de toepassing van dergelijke regimes geschiedt de kwalificatie van de feiten aan de hand van het nationaal-Nederlandse recht, de zogenaamde *lex fori*. Theorieën over kwalificatie aan de hand van het (uiteindelijk) toepasselijke recht dan wel aan de hand van een rechtsvergelijkend begrippenkader hebben in Nederland geen vaste voet gekregen.¹¹ De Nederlandse begrippen ‘contract’ en ‘delict’ zijn dus maatgevend bij de kwalificatie van feiten ten behoeve van de toepassing van nationaal-Nederlandse regels van IPR.

4 SAMENLOOP IN HET FORMELE IPR

In het formele IPR – in deze bijdrage beperkt tot de regels inzake rechterlijke bevoegdheid van het EEX en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – kan samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderin-

6 Zie bijvoorbeeld, ten aanzien van ‘verbintenissen uit overeenkomst’ (art. 5 aanhef en onder 1 EEX), HvJ EG 22 maart 1983, zaak 34/82, *Jur.* 1983, p. 987 (Peters/ZNAV), *NJ* 1983, 644, m.nt. JCS, r.o. 9-10. Zie bijvoorbeeld, ten aanzien van ‘verbintenissen uit onrechtmatige daad’ (art. 5 aanhef en onder 3 EEX), HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (Kalfelis/Bank Schröder), *NJ* 1990, 425, m.nt. JCS, r.o. 16.

7 Zie HvJ EG 17 september 2002, zaak C-334/00, *Jur.* 2002, p. I-7357 (Tacconi/HWS), *NJ* 2003, 46, m.nt. PV, r.o. 19-27.

8 Zie *idem*, r.o. 22-24.

9 Zie *idem*, r.o. 10-11.

10 Wet van 11 april 2001, *Stb.* 190, houdende regeling van het conflictenrecht met betrekking tot verbintenissen uit onrechtmatige daad (Wet conflictenrecht onrechtmatige daad).

11 Zie Strikwerda 2005, nr. 48-50.

gen, zoals in de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus, problemen creëren.

Ik stel voorop dat deze vorm van samenloop geen problemen creëert indien eisers/verzoekers – hier: Chemconserve en Reakt – hun vordering tot schadevergoeding instellen bij de rechter van de vestigingsplaats van de gedaagde/verweerder – hier Bus. Aan de rechter van de woonplaats van de gedaagde/verweerder komt op grond van artikel 2 EEX bevoegdheid toe, ongeacht hoe de vordering van eiser/verzoeker is ingekleed: als een louter contractuele actie, als een louter delictuele actie dan wel als een primair contractuele/subsidiair delictuele actie. Artikel 2 EEX is enkel gebaseerd op de woonplaats van de gedaagde/verweerder in de forumstaat en abstraheert van de aard van de ingestelde vordering(en). Hetzelfde geldt voor artikel 2 Rv.

Ik ontwaar evenmin problemen van samenloop indien de vordering wordt ingesteld bij de rechter die bevoegd is op grond van een tussen partijen expliciet of impliciet overeengekomen forumkeuze, conform de hier relevante artikelen 23 respectievelijk 24 EEX dan wel de daarmee corresponderende artikelen 8 lid 1 respectievelijk 9 aanhef en onder a Rv. Wel kan debat plaatsvinden over de uitleg van de reikwijdte van de forumkeuze: bestrijkt deze processuele partijafsprake zowel de contractuele als de delictuele geschilpunten tussen partijen?

Notoir lastige problemen dienen zich aan bij de toepassing van artikel 5 aanhef en onder 1 respectievelijk 3 EEX dan wel de Nederlandse pendant daarvan: artikel 6 aanhef en onder a respectievelijk e Rv. Het betreft hier immers bevoegdheidsbepalingen die met zoveel woorden zijn geschreven voor procedures ‘ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst’ (artikel 5 aanhef en onder 1 EEX en artikel 6 aanhef en onder a Rv) respectievelijk ‘ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad’ (artikel 5 aanhef en onder 3 EEX en artikel 6 aanhef en onder e Rv). Hoe moeten deze bepalingen worden toegepast op een casus die zowel contractuele als delictuele trekken vertoont?

Bij de interpretatie van het EEX heeft het Hof van Justitie van meet af aan de zelfstandigheid van elk van beide bevoegdheidsbepalingen benadrukt. In de visie van het Hof is er zelfs sprake van twee elkaar uitsluitende begrippen:

‘dat het begrip ‘verbintenissen uit onrechtmatige daad’ in de zin van artikel 5 sub 3 EEX moet worden beschouwd als een autonoom begrip, waaronder elke rechtsvordering valt die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen en die geen verband houdt met een ‘verbintenis uit overeenkomst’ in de zin van artikel 5 sub 1’.¹²

12 HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (Kalfelis/Bank Schröder), *NJ* 1990, 425, m.nt. JCS, r.o. 18. Zie tevens HvJ EG 26 maart 1992, zaak C-261/90, *Jur.* 1992, p. I-2149 (Reichert/Dresdner Bank), *NJ* 1996, 315, r.o. 16; HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantoor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 22; HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-96/00, *Jur.* 2002, p. I-6367 (Gabriel), *NJ* 2004, 169, m.nt. PV, r.o. 33; HvJ EG 17 september 2002, zaak C-334/00,

Dit uitgangspunt van de zelfstandigheid van elk van beide bevoegdheidsbepalingen heeft het Hof vervolgens doorgetrokken naar de situatie van samenloop van contractuele en delictuele acties. Volgens het Hof moet worden aangenomen:

‘dat een gerecht dat op grond van artikel 5 sub 3 bevoegd is om kennis te nemen van het onderdeel van een vordering dat op onrechtmatige daad is gebaseerd, niet bevoegd is om kennis te nemen van de andere onderdelen van de vordering, die een andere grondslag hebben dan onrechtmatige daad.’¹³

Met andere woorden: de EEX-bepalingen inzake contractuele en delictuele geschillen (artikel 5 aanhef en onder 1 respectievelijk 3) leiden een zelfstandig bestaan en verzetten zich tegen objectieve cumulatie. De rechter die bevoegd is ten aanzien van een op contract gebaseerde vordering is niet tevens – op die grond – bevoegd om kennis te nemen van een op delict stoelende vordering, en vice versa. Voor enige nuancering van dit uitgangspunt lijkt de geciteerde overweging van het Hof geen ruimte te bieden. Waar het EEX elders evenmin een bevoegdheidsregel ten behoeve van een dergelijke vorm van objectieve cumulatie aanreikt, is de conclusie dan ook onontkoombaar: de enkele – al dan niet nauwe – samenhang tussen een contractuele en een delictuele vordering rechtvaardigt in het stelsel van het EEX niet hun gezamenlijke behandeling door één rechter.

Volledigheidshalve wijs ik erop dat artikel 6 aanhef en onder 1 EEX uitsluitend ziet op subjectieve cumulatie, dat wil zeggen: in een geval van pluraliteit van gedaagden/verweerders onder bepaalde omstandigheden toestaat dat procedures worden geconcentreerd bij de rechter van de woonplaats van een van de gedaagden/verweerders.¹⁴ In deze constellatie levert samenloop van contractuele en delictuele acties overigens soortgelijke problemen op. Immers, volgens het Hof van Justitie kan artikel 6 aanhef en onder 1 EEX niet worden ingezet om ‘twee in het kader van eenzelfde schadevergoedingsactie tegen verschillende verweerders gerichte vorderingen, waarvan de ene is gebaseerd

Jur. 2002, p. I-7357 (Tacconi/HWS), *NJ* 2003, 46, m.nt. PV, r.o. 21; HvJ EG 1 oktober 2002, zaak C-167/00, *Jur.* 2002, p. I-8111 (VKI/Henkel), *NJ* 2005, 221, m.nt. PV, r.o. 36; HvJ EG 20 januari 2005, zaak C-27/02, *Jur.* 2005, p. I-481 (Engler/Janus Versand), *NJ* 2006, 389, m.nt. PV, r.o. 29.

13 HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (Kalfelis/Bank Schröder), *NJ* 1990, 425, m.nt. JCS, r.o. 21. Zie tevens HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 49.

14 Zie HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (Kalfelis/Bank Schröder), *NJ* 1990, 425, m.nt. JCS, r.o. 6-13; HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 38-52; HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-539/03, *Jur.* 2006, p. I-6535 (Roche/Primus), *NIPR* 2006, 206, r.o. 18-41; HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-103/05, *Jur.* 2006, p. I-6827 (Reisch Montage/Kiesel), *NIPR* 2006, 297, r.o. 22-33.

op contractuele aansprakelijkheid en de andere op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad,¹⁵ te concentreren bij de rechter van de woonplaats van een van de gedaagden/verweerders. Op dit punt lijkt het Hof evenmin te willen weten van enige nuancerings.

Het Hof van Justitie heeft zich overigens terdege gerealiseerd dat zijn interpretatie van artikel 5 aanhef en onder 1 respectievelijk 3 EEX ertoe kan leiden dat een zaak dient te worden gesplitst, waarbij het contractuele onderdeel van de vordering op grond van artikel 5 aanhef en onder 1 EEX terecht komt bij de rechter van de ene EG-lidstaat en het delictuele onderdeel van de vordering op grond van artikel 5 aanhef en onder 3 EEX bij de rechter van de andere EG-lidstaat belandt. De nadelen van een dergelijke splitsing kunnen volgens het Hof worden ondervangen doordat de eiser/verzoeker – gebruikmakend van het hiervoor genoemde artikel 2 EEX – alle onderdelen van zijn vordering voorlegt aan de rechter van de woonplaats van de gedaagde/verweerder.¹⁶

Voorts heeft het Hof van Justitie gesuggereerd dat de regeling van artikel 28 EEX inzake met elkaar samenhangende vorderingen die gelijktijdig aanhangig zijn – de zogenaamde connexiteitsregeling – hier uitkomst zou kunnen bieden. Deze regeling staat immers toe dat de rechter die als laatste wordt geadieerd, de bij hem ingestelde vordering verwijst naar de procedure die bij de eerst ingeschakelde rechter aanhangig is. Aldus zou alsnog het gehele geschil door één rechter kunnen worden beslecht.¹⁷ In dit verband lijkt het Hof echter uit het oog te hebben verloren dat – volgens zijn eigen rechtspraak – artikel 28 EEX zelf geen bevoegdheidsgrondslag aanreikt.¹⁸ De bevoegdheid van de eerst aangezochte rechter om van de naar hem te verwijzen vordering kennis te nemen, dient te berusten op een van de ‘gewone’ bases van het EEX: de artikelen 2-24. En uit de hiervoor aangehaalde passages volgt nu juist dat de bepalingen van artikel 5 aanhef en onder 1 respectievelijk 3 EEX aldus moeten worden geïnterpreteerd dat de rechter die bevoegd is ten aanzien van

15 HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantoor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 50.

16 Zie HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (Kalfelis/Bank Schröder), *NJ* 1990, 425 m.nt. JCS, r.o. 20; HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantoor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 51.

17 Zie HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (Kalfelis/Bank Schröder), *NJ* 1990, 425, m.nt. JCS, r.o. 20; HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantoor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 51.

18 Zie HvJ EG 24 juni 1981, zaak 150/80, *Jur.* 1981, p. 1671 (Elefanten Schuh/Jacqmain), *NJ* 1981, 546, m.nt. JCS, r.o. 19; HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97, *Jur.* 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantoor), *NJ* 2000, 156, m.nt. PV, *S&S* 2000, 60, r.o. 39; HvJ EG 5 oktober 1999, zaak C-420/97, *Jur.* 1999, p. I-6747 (Leathertex/Bodetex), *NJ* 2001, 91, m.nt. PV, r.o. 38.

een contractueel geaarde vordering niet tevens – op die grond – bevoegd is om kennis te nemen van een op delict gebaseerde vordering, en vice versa.

Uiteraard is het niet uitgesloten dat de rechter die op grond van artikel 5 aanhef en onder 1 EEX bevoegd is ten aanzien van een contractuele aanspraak zich ook mag buigen over een delictuele actie. Voorwaarde is dan wel dat deze laatste bevoegdheid in het concrete geval strookt met artikel 5 aanhef en onder 3 EEX.¹⁹ Uitgangspunt is en blijft immers dat voor elk van beide vorderingen binnen het stelsel van artikel 5 EEX een eigen bevoegdheidsgrondslag met eigen voorwaarden geldt.²⁰

Het vorenstaande betreft de interpretatie van artikel 5 aanhef en onder 1 respectievelijk 3 EEX, maar heeft ook betekenis voor de uitleg van artikel 6 aanhef en onder a respectievelijk e Rv. Immers, de wetgever heeft deze nationaal-Nederlandse bevoegdheidsbepalingen gemodelleerd naar het voorbeeld van het EEX en aanvaard dat bij de uitleg van deze bepalingen de rechtspraak van het Hof van Justitie ‘een bron van inspiratie kan zijn’.²¹

Deze analyse toont aan dat samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderingen in het formele IPR tot problemen kan leiden. De bijzondere bevoegdheidsgrondslagen voor contractuele respectievelijk delictuele acties kennen elk hun eigen vereisten, wat ertoe kan leiden dat de ene rechter bevoegd is voor het contractuele onderdeel van de vordering en de andere rechter voor het delictuele onderdeel van de vordering. Bij gebreke van een specifiek voorschrift dat objectieve cumulatie van contractuele en delictuele vorderingen mogelijk maakt, zit er voor de eisers/verzoekers – hier: Chemconserve en Reakt – die zowel op grond van contract als op grond van delict wensen te ageren, soms niets anders op dan hun tweeledige actie voor te leggen aan de rechter van de woonplaats van de gedaagde/verweerder – hier: Bus.

5 SAMENLOOP IN HET MATERIËLE IPR

In deze paragraaf analyseer ik het materiële IPR – het geheel van regels en beginselen ter vaststelling van het toepasselijke recht, ook wel aangeduid als ‘conflictenrecht’ – met het oog op de vraag welke problemen op dit terrein voortvloeien uit samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderingen. Ook onderzoek ik welke oplossingen binnen het materiële IPR voorhanden zijn.

19 Zie HR 3 mei 2002, NJ 2005, 39, m.nt. PV (Spectra/Ziegler), r.o. 3.6.

20 Zie Conclusie A-G Strikwerda voor HR 3 mei 2002, NJ 2005, 39, m.nt. PV (Spectra/Ziegler), paragraaf 21.

21 MvT, *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 102.

5.1 Twee problemen

Het belangrijkste probleem dat samenloop in het materiële IPR veroorzaakt, betreft de vraag hoe een deels contractueel deels delictueel getinte casus – zoals het geschil tussen Chemconserve en Reakt enerzijds en Bus anderzijds – in het kader van de toepassing van regels van IPR moet worden behandeld. Is er sprake van één rechtsverhouding tussen partijen en dient het toepasselijke recht daarom te worden bepaald aan de hand van één regime – het EVO dan wel de WCOD – of moet deze rechtsverhouding worden gesplitst, waarna het toepasselijke recht voor het contractuele onderdeel aan de hand van het EVO wordt vastgesteld, en het toepasselijke recht voor het delictuele onderdeel met behulp van de WCOD wordt bepaald? Noch het EVO noch de WCOD geeft rechtstreeks antwoord op deze vraag.

Ik zou menen dat het nationaal-Nederlandse IPR in beginsel uitgaat van splitsing en zelfstandige aanknoping van elk onderdeel van een rechtsverhouding. Een belangrijke aanwijzing daarvoor is te vinden in artikel 5 WCOD, dat – bij wijze van uitzondering op de hoofdregel van zelfstandige aanknoping – voorziet in de mogelijkheid van zogenaamde accessoire aanknoping. Indien tussen dader en benadeelde niet alleen een delictuele rechtsverhouding, maar ook een andere rechtsverhouding bestaat of bestond, mag de rechter – zo bepaalt artikel 5 WCOD – het recht dat die andere rechtsverhouding beheerst, op de delictuele verbintenis toepassen. Met dit voorschrift heeft de wetgever – naar eigen zeggen – beoogd situaties van samenloop, met name samenloop van onrechtmatige daad en wanprestatie, te bestrijken.²² Door de delictuele verbintenis aan te knopen bij de al bestaande (contractuele) relatie:

‘wordt voorkomen dat het complex van rechtsvragen dat rijst of zou kunnen rijzen, aan de hand van verschillende rechtssystemen moet worden beoordeeld. De eenheid van beslissing in internationale gevallen wordt zo bevorderd.’²³

Van belang is dat artikel 5 WCOD de rechter een discretionaire bevoegdheid tot accessoire aanknoping toekent: er is sprake van een facultatieve bepaling. De rechter is vrij om het toepasselijke recht ten aanzien van de onrechtmatige daad te bepalen aan de hand van de ‘gewone’ verwijzingsregels, te vinden in de artikelen 3 en 4 WCOD.²⁴ De WCOD gaat derhalve uit van zelfstandige aanknoping van een delictuele rechtsverhouding – ook waar deze samenhangt met een andere rechtsverhouding tussen dezelfde partijen – terwijl accessoire

22 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 608, nr. 3, p. 8; NV II, *Kamerstukken II* 2000/01, nr. 5, p. 10.

23 MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 608, nr. 3, p. 8.

24 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 608, nr. 3, p. 8-9; NV II, *Kamerstukken II* 2000/01, nr. 5, p. 10.

aanknoping op de voet van artikel 5 WCOD de uitzondering daarop vormt. Laatstgenoemde bepaling komt in par. 5.2 nog ter sprake.

Het uitgangspunt van zelfstandige aanknoping wordt eveneens gehuldigd in artikel 4 lid 2 Wet conflictenrecht zee-, binnenvaart- en luchtrecht.²⁵ Deze bepaling ziet op de zogenaamde parallelsprong in het vervoerrecht, waarbij de benadeelde een delictuele vordering instelt tegen zijn contractuele wederpartij en laatstgenoemde zich wenst te beroepen op een exoneratieclausule die is vervat in de exploitatie-overeenkomst met betrekking tot het schip. Op grond van artikel 4 lid 2 wordt de vraag of een uit onrechtmatige daad aangesproken partij zich kan beroepen op verweermiddelen die worden ontleend aan een exploitatie-overeenkomst, 'in de verhouding tussen twee partijen bij eenzelfde exploitatie-overeenkomst ... beantwoord naar het recht dat op die overeenkomst van toepassing is'. De parlementaire geschiedenis verklaart:

'Dit recht, dat de contractuele normen die nu eenmaal tussen partijen gelden beheerst, is partijen bekend en zij dienen erop te kunnen vertrouwen dat ditzelfde recht beslist over de verweermiddelen tegen de buiten overeenkomst ingestelde vordering.'²⁶

Hierbij is van belang dat artikel 4 lid 2 zich beperkt tot de kwestie van de doorwerking van de contractuele verweermiddelen in de delictuele rechtsverhouding en de zelfstandige aanknoping van laatstgenoemde rechtsverhouding overigens ongemoeid laat:

'De beantwoording van de vraag door welk recht de vordering buiten overeenkomst wordt beheerst, is overgelaten aan de algemene regels van het internationaal privaatrecht.'²⁷

Aldus lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het nationaal-Nederlandse IPR uitgaat van zelfstandige aanknoping van elk onderdeel van een rechtsverhouding.

Voor supranationale IPR-instrumenten kan de situatie uiteraard anders liggen. Zo is denkbaar dat een verdrag of verordening op een bepaald terrein zowel de contractuele als de delictuele aspecten van een rechtsverhouding bestrijkt. Een dergelijk resultaat zal naar alle waarschijnlijkheid worden bereikt in het kader van de Europese codificatie van de verwijzingsregels inzake contractuele en niet-contractuele verbintenissen. Bij de omzetting van het EVO in de verordening Rome I en de opstelling van de verordening Rome II ten behoeve van niet-contractuele verbintenissen, wordt de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen in haar geheel ondergebracht bij de niet-contract-

25 Wet van 18 maart 1993, *Stb.* 168, houdende enige bepalingen van internationaal privaatrecht met betrekking tot het zeerecht, het binnenvaartrecht en het luchtrecht.

26 MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 054, nr. 3, p. 9.

27 MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 054, nr. 3, p. 9.

tuele verbintenissen van de verordening Rome II. Het laatst gepubliceerde voorstel voor de verordening Rome I inzake contractuele verbintenissen²⁸ bepaalt in artikel 1 aanhef en onder i dat dit instrument niet van toepassing is op 'de verplichtingen die voortvloeien uit een precontractuele relatie', terwijl de medio 2007 vastgestelde verordening Rome II inzake niet-contractuele verbintenissen²⁹ in artikel 12 een speciale verwijzingsregel met betrekking tot 'Precontractuele aansprakelijkheid' aanreikt.³⁰ Een en ander dient ertoe te leiden dat de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen in het kader van de verordeningen Rome I en Rome II wordt beschouwd als een louter delictuele kwestie waarvoor de verordening Rome II het toepasselijke recht bepaalt.³¹ Beide verordeningen komen in par. 5.2 nog ter sprake.

In het huidige Nederlandse IPR ontbreekt een voorschrift dat de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen onder het bereik van één instrument brengt. Het hiervoor besproken uitgangspunt van zelfstandige aanknoping van de contractuele en de delictuele onderdelen van een rechtsverhouding brengt mee dat het EVO en de WCOD naast elkaar moeten worden toegepast: het EVO ten behoeve van de contractuele aanspraak en de WCOD ten behoeve van de delictuele aanspraak. In het voorbeeld van de casus: voorzover Chemconserve en Reakt uit contract ageren, dient het toepasselijke contractenrecht met behulp van het EVO te worden vastgesteld, voorzover de vordering van Chemconserve en Reakt op delict is gebaseerd, bepaalt de WCOD welk recht daarop van toepassing is.

Het tweede probleem ligt in het verlengde van het eerste. Indien het toepasselijke recht ten aanzien van een deels contractueel deels delictueel getinte casus niet wordt bepaald aan de hand van één IPR-instrument, maar aan de hand van twee of meer IPR-instrumenten, kan dat leiden tot de aanwijzing van één dan wel twee (of meer) materieelrechtelijke rechtsstelsels. In het voorbeeld van de casus: de contractuele aansprakelijkheid van Bus jegens Chemconserve en Reakt wordt (op grond van het EVO) beheerst door Engels recht; Bus'

28 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), document COM (2005) 650 def., d.d. 15 december 2005.

29 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 ('Rome II') (*Pb EG* 2007, L 199/40). Art. 32 bepaalt dat de verordening Rome II van toepassing is met ingang van 11 januari 2009, terwijl art. 31 de verordening Rome II van toepassing verklaart op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich voordoen na de inwerkingtreding van de verordening.

30 Punt 30 van de considerans van de verordening Rome II, *supra* noot 29, bepaalt onder meer: 'Precontractuele aansprakelijkheid is, voor de toepassing van deze verordening, een autonoom begrip, dat niet noodzakelijkerwijs in de zin van het nationale recht dient te worden geïnterpreteerd. Het dient mede te omvatten het achterhouden van informatie en het afbreken van onderhandelingen'.

31 Zie *supra* noot 28, paragraaf 4.2, toelichting op art. 1.

delictuele aansprakelijkheid is (ingevolge de WCOD) onderworpen aan hetzij (eveneens) Engels recht hetzij (integendeel) Duits recht.

Bij de toepassing van één materieelrechtelijk rechtsstelsel op een rechtsverhouding die zowel contractuele als delictuele kenmerken vertoont, worden de resterende problemen van samenloop geëndosseerd aan het toepasselijke rechtsstelsel. Het is aan dit rechtsstelsel – in de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus: het Engelse recht – om te kiezen voor exclusiviteit van de contractuele route of om de benadeelde toe te staan het voor hem gunstigere buitencontractuele pad te bewandelen. In dit scenario doen zich vanuit het perspectief van het Nederlandse IPR geen verdere complicaties voor.

Zelfs bij de toepassing van twee materieelrechtelijke rechtsstelsels op een rechtsverhouding met contractuele en delictuele aspecten, is er nog geen man overboord, aangenomen dat – in de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus – het Engelse contractenrecht en het Duitse onrechtmatigedaadsrecht in concreto tot dezelfde, althans niet tot met elkaar onverenigbare rechtsgevolgen leiden. Maar het is ook denkbaar dat het Engelse contractenrecht iedere aansprakelijkheid van Bus jegens Chemconserve en Reakt van de hand wijst, terwijl het Duitse onrechtmatigedaadsrecht in deze casus wel een vorm van aansprakelijkheid aanvaardt. Hoe dient de Nederlandse rechter dan te oordelen?

Uit het hiervoor besproken uitgangspunt van het Nederlandse IPR dat de contractuele en de delictuele onderdelen van een rechtsverhouding zelfstandig worden aangeknoopt, vloeit mijns inziens voort dat de Nederlandse rechter de vordering tot schadevergoeding van Chemconserve en Reakt dient toe te wijzen indien en voorzover deze kan steunen op het toepasselijke Duitse onrechtmatigedaadsrecht. De omstandigheid dat het (eveneens) toepasselijke Engelse contractenrecht geen grondslag voor schadevergoeding biedt, doet daaraan niet af. Immers, elk onderdeel van de rechtsverhouding leidt een eigen bestaan, zowel op het niveau van het Nederlandse IPR als op het niveau van het als toepasselijk aangewezen materieelrechtelijke rechtsstelsel en de daarin voorziene rechtsregels, en dit bestaan wordt niet beïnvloed door het lot dat een ander onderdeel van dezelfde rechtsverhouding is beschoren.

Terzijde stip ik aan dat de Nederlandse rechter zich bij zijn beslissing om de contractuele en de delictuele onderdelen van de rechtsverhouding tussen Chemconserve en Reakt enerzijds en Bus anderzijds al dan niet zelfstandig aan te knopen, niet dient te laten leiden door de wijze waarop het Engelse respectievelijk het Duitse recht met problemen van samenloop omspringt. Bij de vormgeving en de toepassing van het Nederlandse IPR komt geen betekenis toe aan de inrichting van de als toepasselijk aangewezen rechtsstelsels: het Nederlandse IPR bepaalt welke onderdelen van de rechtsverhouding aan welke rechtsstelsels worden toegewezen en – daarmee – in welke omvang deze rechtsstelsels voor toepassing in aanmerking komen. In de casus van Chemconserve en Reakt versus Bus: van het Engelse recht is louter het contractenrecht van belang, van het Duitse recht enkel het onrechtmatigedaadsrecht. De

zogenaamde secundaire kwalificatie van de samenloopproblematiek naar Engels dan wel Duits recht is voor het Nederlandse IPR zonder betekenis.³²

Waar het Nederlandse IPR bij samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderingen ertoe dwingt om een rechtsverhouding aan twee rechtsstelsels te onderwerpen en deze rechtsstelsels tot met elkaar onverenigbare materieelrechtelijke resultaten leiden, dringt de behoefte aan correctiemechanismen zich uiteraard op. Kan het IPR te hulp schieten?

5.2 Twee oplossingen

De toepassing van het materiële IPR kan ertoe leiden dat een casus met zowel contractuele als delictuele componenten niet door één, maar door twee materieelrechtelijke rechtsstelsels wordt beheerst. Indien deze toepasselijke rechtsstelsels in concreto leiden tot met elkaar strijdige rechtsgevolgen, ontstaat behoefte aan correctie en bijstelling. Op het niveau van het IPR zie ik twee oplossingen voor mij.

De partijautonomie reikt de *eerste oplossing* aan. Zowel op het vlak van het contractenrecht als op dat van het onrechtmatigedaadsrecht is aanvaard dat partijen zelf het toepasselijke recht kunnen aanwijzen. Een rechtskeuze kan op elk moment worden uitgebracht: bij het sluiten van de overeenkomst, na het intreden van de schade als gevolg van wanprestatie of ongeoorloofd handelen, nadat schikkingsonderhandelingen zijn geëntameerd en zelfs nog in de loop van een procedure ten overstaan van de rechter. Voor het EVO is dit bepaald in artikel 3, voor de WCOD in artikel 6. Onder vigeur van de verordeningen Rome I en Rome II zal deze rechtskeuzevrijheid blijven bestaan.

Voor al de zogenaamde ‘rechtskeuze achteraf’ – partijen bereiken overeenstemming over het toepasselijke recht nadat tussen hen een geschil is ontstaan – biedt mogelijkheden om problemen van samenloop op het niveau van het IPR uit de weg te ruimen. Zo zouden Chemconserve en Reakt met Bus kunnen overeenkomen dat de reeds ingeschakelde of nog te benaderen (Nederlandse, Engelse dan wel Duitse) rechter alle tussen partijen bestaande geschilpunten, ongeacht hun contractuele dan wel delictuele aard, dient te beslechten aan de hand van het Nederlandse, het Engelse dan wel het Duitse recht.

Uiteraard dienen partijen zich te realiseren dat de keuze voor een toepasselijk materieelrechtelijk rechtsstelsel ook gevolgen heeft voor de kwestie van samenloop van contractuele en delictuele rechtsregels en rechtsvorderingen. De rechtskeuze lost het probleem van samenloop op materieelrechtelijk vlak niet op, maar brengt deze oplossing wel dichterbij door het aantal relevante materieelrechtelijke rechtsstelsels tot één te reduceren.

32 Zie Strikwerda 2005, nr. 46.

De *tweede oplossing* kwam in par. 5.1 al aan de orde: accessoire aanknopings. Waar partijen er niet in slagen hun deels contractueel deels delictueel geaarde geding door middel van een rechtskeuze aan één materieelrechtelijk rechtsstelsel te onderwerpen, kan de rechter soms door middel van accessoire aanknopings hetzelfde resultaat bereiken.

De gebruikelijke vorm van accessoire aanknopings is die van artikel 5 WCOD: de rechter kan de delictuele verbintenissen tussen partijen onderwerpen aan het recht dat van toepassing is op een andere 'tussen dader en benadeelde bestaande of gewezen rechtsverhouding', mits beide rechtverhoudingen 'nauw [met elkaar zijn] verbonden'. Zelfstandige aanknopings van de onrechtmatige daad via de artikelen 3 en 4 WCOD blijft dan achterwege.

Artikel 5 WCOD biedt de rechter veel vrijheid. Zoals in par. 5.1 al is aange-stipt, is de bepaling facultatief geformuleerd: accessoire aanknopings mag wél, maar moet niet. Bovendien is het aan de rechter om te bepalen of er sprake is van een voldoende nauwe band tussen de delictuele verbintenissen en de andere rechtsverhouding.³³ Niettemin is de toepassing van artikel 5 WCOD wel aan zekere grenzen gebonden. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld:

'dat volgens het Nederlandse conflictenrecht geen plaats is voor accessoire aanknopings, indien dader en benadeelde niet beiden partij zijn bij de bestaande of gewezen rechtsverhouding waaraan het toepasselijke recht op de verbintenis uit onrechtmatige daad wordt ontleend.'³⁴

Daaraan heeft de Hoge Raad toegevoegd dat noch artikel 5 noch de WCOD als geheel ruimte laat voor een 'algemene exceptie ten behoeve van een in het concrete geval nauwer betrokken rechtsstelsel'.³⁵ Met andere woorden: de artikelen 3, 4 en 5 WCOD vormen een gesloten stelsel van objectieve verwijzingsregels ten behoeve van de verwijzingscategorie 'delict' en het resultaat waartoe de toepassing van deze bepalingen leidt, kan niet opzij worden gezet ten gunste van een in het concrete geval nauwer verbonden rechtsstelsel.

De in par. 5.1 al genoemde verordening Rome II kent, in artikel 4 lid 3, eerste volzin, wel een algemene exceptieclausule, waaraan de tweede volzin – bij wijze van voorbeeld – de mogelijkheid van accessoire aanknopings aan een overeenkomst tussen dader en benadeelde toevoegt:

33 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 608, nr. 3, p. 9; NV II, *Kamerstukken II* 2000/01, nr. 5, p. 10.

34 HR 12 november 2004, *NJ* 2005, 552, m.nt. ThMdB (Schulte/Deutag), *AA* 2005, p. 38, m.nt. MVP, r.o. 3.4. Zie tevens HR 23 februari 1996, *NJ* 1997, 276, m.nt. ThMdB (Total Liban/Blue Aegean), *AA* 1996, p. 642, m.nt. PV, r.o. 3.4.2; HR 12 oktober 2001, *NJ* 2002, 255, m.nt. ThMdB (Diner c.s./Igielko c.s.), r.o. 3.7.

35 HR 12 november 2004, *NJ* 2005, 552, m.nt. ThMdB (Schulte/Deutag), *AA* 2005, p. 38, m.nt. MVP, r.o. 3.4.

‘Indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het in de leden 1 en 2 bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing. Een kennelijk nauwere band met een ander land zou met name kunnen berusten op een reeds eerder bestaande, nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen de partijen, zoals een overeenkomst.’

Voorts is artikel 12 lid 1 van de verordening Rome II – de primaire verwijzingsregel met betrekking tot precontractuele aansprakelijkheid – zelf ook op accessoire aanknoping geënt:

‘De niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst, wordt, ongeacht of de overeenkomst al dan niet daadwerkelijk is gesloten, beheerst door het recht dat van toepassing is op de overeenkomst of dat op de overeenkomst van toepassing zou zijn geweest indien zij was gesloten.’

Vervolgens reikt lid 2 van artikel 12 een subsidiaire verwijzingsregel aan voor de gevallen waar het toepasselijke recht niet aan de hand van het hiervoor geciteerde lid 1 kan worden bepaald. Ik laat dit tweede lid verder buiten beschouwing.

Het verschil tussen artikel 5 WCOD enerzijds en de artikelen 4 lid 3 en 12 lid 1 van de verordening Rome II anderzijds kan worden geïllustreerd aan de hand van de casus van Chemconserve en Reakt tegen Bus. De delictuele aanspraak van Chemconserve en Reakt op Bus is onmiskenbaar nauw verbonden met de contractsonderhandelingen tussen dezelfde partijen. Dit gegeven pleit ervoor om de delictuele aansprakelijkheid van Bus te laten beheersen door het recht dat de tot stand te brengen overeenkomst zou beheersen. Het toepasselijke contractenrecht kan hier wellicht eenvoudig worden vastgesteld, bijvoorbeeld op grond van een rechtskeuzeclausule in de conceptovereenkomst. Bij de toepassing van artikel 5 WCOD wrekt zich het ontbreken van een ‘bestaande of gewezen rechtsverhouding’ tussen partijen. De tekst van artikelen 4 lid 3 en 12 lid 1 van de verordening Rome II biedt de rechter op dit punt meer armslag dan artikel 5 WCOD, hetgeen ik aantrekkelijk vind.³⁶

Ook de omgekeerde vorm van accessoire aanknoping is denkbaar: de contractuele verbintenissen tussen partijen worden onderworpen aan het recht dat de delictuele rechtsverhouding tussen dezelfde partijen beheerst. Voor deze variant bestaat op zichzelf ruimte binnen artikel 4 lid 5 EVO, dat de hoofdregels van de leden 2, 3 en 4 uitschakelt ‘wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een

36 Zie M.V. Polak, ‘Lees maar, er staat wél wat er staat: het conflictenrecht met betrekking tot verbintenissen uit onrechtmatige daad (noot onder HR 12 november 2004 (Schulte/Deutag))’, AA 2005, p. 43-44 (verwijzend naar een (grotendeels gelijklopende) voorloper van het hiervoor geciteerde art. 4 lid 3 van de verordening Rome II).

ander land'. De nauwere verbondenheid met een ander land zou hier dan moeten blijken uit de nauwe verbondenheid van de contractuele verbintenissen met een delictuele rechtsverhouding tussen dezelfde partijen en het daarop toepasselijke recht. Overigens kan de rechter hetzelfde resultaat bereiken zonder expliciet over te gaan tot accessoire aanknopings. Artikel 4 lid 5 EVO verwijst naar 'het geheel der omstandigheden', wat betekent dat de nauwe verbondenheid van de contractuele verbintenissen met een andere rechtsverhouding tussen dezelfde partijen hooguit een van de relevante indicatoren bij de toepassing van deze bepaling vormt.

Ook ten aanzien van artikel 4 lid 5 EVO heeft de Hoge Raad een waarschuwend woord gesproken, door te oordelen:

'dat deze uitzondering op de hoofdregel van lid 2 restrictief moet worden gehanteerd, in die zin dat eerst dan van de hoofdregel behoort te worden afgeweken indien, gegeven de bijzonderheden van het geval, geoordeeld moet worden dat de plaats van vestiging van de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, geen reële aanknopingswaarde heeft.'³⁷

Accessoire aanknopings van contractuele verbintenissen aan een delictuele rechtsverhouding die tussen dezelfde partijen bestaat of heeft bestaan, zal dus slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde zijn. Daarmee ligt deze IPR-techniek minder voor de hand dan de hiervoor besproken – in omgekeerde richting werkende – accessoire aanknopings van artikel 5 WCOD en de artikelen 4 lid 3 en 12 lid 1 van de verordening Rome II.

Ten slotte stip ik aan dat thans nog niet duidelijk is of artikel 4 van de verordening Rome I een pendant van het huidige artikel 4 lid 5 EVO zal kennen. Op dit moment is dan ook ongewis of er enige ruimte voor accessoire aanknopings in het contractenrecht zal overblijven.

6 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Het IPR creëert zijn eigen problemen van samenloop. De grofmazige systematiek van het IPR brengt mee dat de kwalificatie van een geding als contractueel dan wel delictueel van aard, verreikende gevolgen kan hebben voor kwesties van rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht.

In het formele IPR spitsen de problemen zich toe op de bevoegdheidsgronden van het EEX en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering die specifiek zijn bedoeld voor contractuele dan wel delictuele vorderingen. De rechter die bevoegd is ten aanzien van een contractuele vordering is niet – op die grond – bevoegd om kennis te nemen van een delictuele vordering, en vice versa. Bij gebreke van een regel die objectieve cumulatie van contractuele en delictuele

37 HR 25 september 1992, NJ 1992, 750 (Balenpers), AA 1993, p. 207, m.nt. ThMdB, r.o. 3.8.

vorderingen toestaat, zal de eiser/verzoeker met een deels contractueel deels delictueel getinte vordering slechts terecht kunnen bij de rechter van de woonplaats van de gedaagde/verweerder, tenzij partijen gebruik maken van hun forumkeuzevrijheid.

In het materiële IPR werpt samenloop de vraag op naar de wijze van aanknoping van een rechtsverhouding aan het toepasselijke recht. Waar andersluidende voorschriften ontbreken, dwingt het IPR tot zelfstandige aanknoping van de contractuele en de delictuele onderdelen van een rechtsverhouding. Deze zelfstandige aanknoping kan ertoe leiden dat een rechtsverhouding aan twee materieelrechtelijke rechtsstelsels is onderworpen, wat kan stuklopen op met elkaar onverenigbare oplossingen voor de contractuele respectievelijk de delictuele actie. Op IPR-niveau kunnen rechtskeuzevrijheid en accessoire aanknoping uitkomst bieden, door partijen respectievelijk de rechter in staat te stellen de contractuele en de delictuele onderdelen van de rechtsverhouding alsnog door één materieelrechtelijk rechtsstelsel te laten beheersen.

Valt er veel te verbeteren aan of in het IPR? Wie, zoals ik, de grofmazige systematiek van het IPR waardeert vanwege de daaruit voortvloeiende hanteerbaarheid en voorspelbaarheid van het IPR, zoekt naar kleine verbeteringen die de systematiek zoveel mogelijk intact laten.

Een kleine verbetering in het EEX en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zou bestaan uit de aanvaarding – door de regelgever dan wel de rechter – van een bevoegdheidsregel die louter is gebaseerd op samenhang. De rechter die bevoegd is om kennis te nemen van een op contract gebaseerde actie – ingesteld door eiser/verzoeker X tegen gedaagde/verweerder Y – zou tevens bevoegd moeten zijn om zich te buigen over een op delict stoelende vordering – ingesteld door eiser/verzoeker X tegen gedaagde/verweerder Y dan wel tegen gedaagde/verweerder Z – op de enkele grond dat laatstgenoemde vordering nauw verbonden is met de contractuele actie. Uiteraard zou deze bevoegdheidsregel ook andersom moeten fungeren: bevoegdheid ten aanzien van een delictuele vordering zou voldoende moeten zijn voor bevoegdheid met betrekking tot een nauw daarmee verbonden contractuele actie.

Een tweede verbetering van ondergeschikte aard ziet op de rechterlijke vrijheid bij de toepassing van de regels inzake accessoire aanknoping. Gegeven de grote verscheidenheid van gevallen van samenloop zou ik de rechter een zo groot mogelijke vrijheid willen gunnen om een delictuele relatie te onderwerpen aan het recht dat van toepassing is op een nauw daarmee verbonden contractuele relatie. Ik zou geen andere vereisten willen stellen dan een nauwe verbondenheid van beide relaties.

Een laatste verbetering, die van ingrijpende aard is, betreft de ontwikkeling van afzonderlijke rechtscategorieën ten behoeve van typische samenloopgevallen. Een mooi voorbeeld is de afbakening tussen de verordeningen Rome I en Rome II, die ertoe leidt dat de materie van de precontractuele aansprakelijkheid in haar geheel wordt ondergebracht in de verordening Rome II en het toepasselijke recht ten aanzien van deze materie enkel aan de hand van dit

instrument behoeft te worden bepaald. Ook voor andere rechtsfiguren waarbij samenloop frequent aan de orde is, verdient deze wijze van rechtsverfijning aanbeveling, zowel in het formele als in het materiële IPR.

Kortom: samenloop vraagt om kleine stappen.