



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Hora ruit, tempus fluit. Boek 10 BW, WCOD, Rome II en het overgangsrecht

Rampersad, Y.A.; Weide, J.A. van der

Citation

Rampersad, Y. A., & Weide, J. A. van der. (2016). Hora ruit, tempus fluit. Boek 10 BW, WCOD, Rome II en het overgangsrecht. *Maandblad Voor Vermogensrecht*, 2016(2), 51-61. doi:10.5553/MvV/157457672016014002003

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/41989>

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

Hora ruit, tempus fluit. Boek 10 BW, WCOD, Rome II en het overgangsrecht

*Mr. Y.A. Rampersad en mr. J.A. van der Weide**

1 Inleiding

Hora ruit, tempus fluit. Het uur snelt heen, de tijd vloeit weg. Op 1 januari 2012 is Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek (BW) in werking getreden, waarin het commune Nederlandse internationaal privaatrecht (hierna: IPR) is geregeld.¹ Krachtens art. IV van de Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 BW² is een aantal van de aan Boek 10 BW ten grondslag liggende deelwetten, alsmede de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD)³ ingetrokken. In de bij Boek 10 BW behorende memorie van toelichting (hierna: MvT) wordt opgemerkt dat regels van overgangsrecht door de wetgever niet noodzakelijk werden geacht omdat er geen relevante verschillen zouden bestaan tussen het vóór 1 januari 2012 geldende recht en de regelingen in Boek 10 BW. Bovendien, zo valt in de MvT te lezen, bevatten de verdragen en Europese verordeningen waarnaar in Boek 10 BW wordt verwezen dikwijls hun eigen overgangsrechtelijke bepalingen.⁴

Indien zich thans een onrechtmatige daad voordoet waarbij verschillende rechtsstelsels voor toepassing in aanmerking

komen, wordt het toepasselijke recht bepaald door een bijzondere verdragsregeling⁵ dan wel, rechtstreeks of analoog⁶ door de verordening Rome II.⁷ Krachtens het temporele toepassingsgebied van de verordening Rome II, zoals geregeld in art. 31 jo. art. 32 Rome II, gelezen in samenhang met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU),⁸ is de verordening Rome II van toepassing op alle schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich vanaf 11 januari 2009 hebben voorgedaan.

Grensoverschrijdende onrechtmatige gedragingen die vóór 11 januari 2009 hebben plaatsvonden en die niet waren onderworpen aan een bijzondere verdragsregeling werden tot aan de inwerkingtreding van art. IV van de Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 BW beheerst door de op 1 januari 2012 ingetrokken WCOD. Ook internationale onrechtmatige daden die zich voordeden in de periode tussen 11 januari 2009 en 1 januari 2012 en die noch binnen het materiële toepassingsgebied van de verordening Rome II, noch onder een

* Mr. Y.A. Rampersad is als Professional Support Lawyer werkzaam bij de sectie Dispute Resolution van Houthoff Buruma te Rotterdam en heeft deze bijdrage op persoonlijke titel geschreven. Mr. J.A. van der Weide is universitair hoofddocent burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is afgesloten op 11 februari 2016.

1. Zie over Boek 10 BW in algemene zin o.a. P. Vlas, Rode draad: Boek 10 BW (IPR). Lang verwacht, toch gekomen: wetsvoorstel Boek 10 BW (IPR), WPNR (2009) 6819, p. 893 e.v., J.A. van der Weide, Boek 10 BW: consolidatie en codificatie van het Nederlandse IPR, MvV 2010, p. 173-177, themanummer 'Boek 10 BW', MvV 2010, afl. 7/8, M.V. Polak, *Though this be madness, yet there is method in 't*. De codificatie van het internationaal privaatrecht in Boek 10 Burgerlijk Wetboek, AA 2011, p. 274-282, P. Vlas e.a., Hoofdlijnen Boek 10 BW (Internationaal privaatrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, V. Van Den Eeckhout, Codificatie van het Nederlandse ipr of het vastleggen van een nationaal navigatiesysteem voor internationale vliegroutes. Invoering van Boek 10 BW manoeuvrerend langs en door de Europese aswolven heen, NtER 2011, p. 7-12 en P. Vlas, IPR en BW (Serie Monografieën BW, deel A27), Deventer: Wolters Kluwer 2015.
2. Wet van 19 mei 2011 tot vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek), Stb. 2011, 272.
3. Wet van 11 april 2001, houdende regeling van het conflictenrecht met betrekking tot verbintenissen uit onrechtmatige daad (Wet conflictenrecht onrechtmatige daad), Stb. 2001, 190. De WCOD trad in werking op 1 juni 2001.
4. Kamerstukken II 2009/10, 32137, 3, p. 5 en 95.

5. Het Haags Verkeersongevallenverdrag van 4 mei 1971 (Trb. 1971, 118), dat verwijzingsregels bevat voor buitencontractuele aansprakelijkheden voor ongevallen in het wegverkeer (Nederland partij sinds 30 december 1978), dan wel het Haags Productaansprakelijkheidsverdrag van 2 oktober 1973 (Trb. 1974, 84), waarin conflictregels zijn opgenomen voor aansprakelijkheden voor schade veroorzaakt door een product (Nederland partij sinds 1 september 1979). Krachtens art. 28 Rome II gaan deze verdragen voor boven de verordening Rome II. Zie tevens art. 10:158 BW, alsmede hierna par. 3.1. Beide Haagse verdragen hadden ook voorrang op de (ingetrokken) WCOD. Zie art. 2 WCOD en art. 93 en 94 Gw.
6. Zie het vanaf 1 januari 2012 geldende art. 10:159 BW: 'Op verbintenissen die buiten de werkingssfeer van de verordening Rome II en de terzake geldende verdragen vallen en die als onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt, zijn de bepalingen van de verordening Rome II van overeenkomstige toepassing (...).' Art. 10:159 BW heeft alleen betrekking op onrechtmatige gedragingen die zich hebben voorgedaan op of na 1 januari 2012. Zie hierna par. 3.3 en noot 70.
7. Verordening (EG) 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), PbEU 2007, L 199/40. De verordening Rome II is van toepassing voor alle EU-lidstaten met uitzondering van Denemarken. Zie art. 1 lid 4 Rome II.
8. HvJ EU 17 november 2011, zaak C-412/10, NJ 2012/109 (Homawoo/GMF).

bijzondere verdragsregeling vielen, werden bestreken door diezelfde WCOD.⁹

Aangezien Boek 10 BW geen bepalingen van overgangsrecht bevat en titel 14 van Boek 10 BW (Verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst) evenmin uitkomst biedt, worden de in de vorige alinea genoemde gevallen van onrechtmatige daad door de intrekking van de WCOD op 1 januari 2012 niet (meer) gedekt door een (geschreven) nationale of supranationale regeling. Hierdoor is in de rechtspraak de vraag gerezen aan de hand van welke verwijzingsregel(ing) deze gevallen van grensoverschrijdende onrechtmatige daad moeten worden afgewikkeld. Is dat door middel van de ingetrokken WCOD als de toen geldende wettelijke regeling of moet de verordening Rome II analoog worden toegepast, of wordt deze kwestie beheerst door (andere) regels van (ongeschreven) gemeen IPR?¹⁰ In de literatuur en de jurisprudentie worden voor dit overgangsrechtelijke probleem verschillende oplossingen aangedragen. Hierbij valt op dat een steekhoudende onderbouwing vrijwel altijd ontbreekt.¹¹

In paragraaf 2 van deze bijdrage wordt het privaatrechtelijke overgangsrecht in algemene zin besproken. Vervolgens zal in paragraaf 3 worden ingegaan op de verhouding, de overeenkomsten en de verschillen tussen het verdragsrecht, de verordening Rome II, Boek 10 BW en de (ingetrokken) WCOD. In paragraaf 4 trachten wij een oplossingsrichting aan te reiken voor de hiervoor gesignaleerde overgangsrechtelijke problematiek. Deze bijdrage wordt in paragraaf 5 afgesloten met een conclusie en een aanbeveling.

2 Het privaatrechtelijke overgangsrecht in algemene zin

Het privaatrechtelijke overgangsrecht omvat regels die de vraag beantwoorden of het nieuwe vermogensrecht ook geldt voor ten tijde van de inwerkingtreding van de nieuwe wet reeds bestaande rechtsverhoudingen en voor rechtsfeiten die

vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet hebben plaatsgevonden. Uitgangspunt van het privaatrechtelijke overgangsrecht is dat het nieuwe recht onmiddellijke werking heeft op het moment van zijn inwerkingtreding.¹² Het nieuwe recht werkt *ex nunc*. Aan het uitgangspunt van onmiddellijke werking liggen zowel praktische als systematische argumenten ten grondslag.¹³ Het uitgangspunt van de onmiddellijke werking is geformuleerd in art. 68a lid 1 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Ow):¹⁴

‘Van het tijdstip van haar in werking treden af is de wet van toepassing, indien op dat tijdstip is voldaan aan de door de wet voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten, tenzij uit de volgende artikelen iets anders voortvloeit.’

De term ‘wet’ wordt nader gedefinieerd in art. 68 Ow. Krachtens deze bepaling moet onder dit begrip worden verstaan ‘de in werking getreden bepalingen van de Boeken 3-10’. Daarmee is het commune Nederlandse verwijzingsrecht zoals dat is geregeld in Boek 10 BW onder het toepassingsbereik van de overgangsbepalingen van de Overgangswet gebracht en heeft Boek 10 BW ingevolge art. 68a lid 1 Ow onmiddellijke werking. Overigens, ook al had een verwijzing naar Boek 10 BW in art. 68 Ow ontbroken, dan nog zou naar onze mening eenzelfde resultaat zijn bereikt door een analoge toepassing van het interne (Nederlandse) overgangsrecht.¹⁵

In aansluiting op de hoofdregel van art. 68a lid 1 Ow bepaalt het tweede lid van art. 68a Ow:

‘Voor zover en zolang op grond van de volgende artikelen de wet niet van toepassing is, blijft het vóór haar in werking treden geldende recht van toepassing.’

9. Grensoverschrijdende onrechtmatige gedragingen die zich hebben voorgedaan op of na 1 januari 2012 en die zowel buiten de werkingssfeer van de verordening Rome II als buiten een bijzondere verdragsregeling vallen, worden ingevolge art. 10:159 BW analoog beheerst door de verordening Rome II. Zie meer uitgebreid hierna par. 3.3.
10. Een vergelijkbaar overgangsrechtelijk probleem doet zich voor ten aanzien van art. 7 van de op 1 mei 1993 in werking getreden en aan de WCOD derogerende Wet IPR zee-, binnenvaart- en luchtvaart (Stb. 1993, 168), waarin aansprakelijkheden voor schade aan schepen door aanvaringen in binnenwateren, territoriale wateren en in volle zee zijn geregeld. Ook deze wettelijke regeling is krachtens art. IV Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 BW ingetrokken. Aanvaringen tussen schepen worden – behoudens verdragsrecht – tevens bestreken door de verordening Rome II, art. 10:159 en art. 10:164 BW. Zie nader J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen* (Praktijkreeks IPR, deel 16), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2015, nr. 167. Aan art. 7 Wet IPR zee-, binnenvaart- en luchtvaart zal in het kader van deze bijdrage geen aandacht worden besteed.
11. Zie meer uitgebreid over deze overgangsrechtelijke problematiek C.A.M. Roijackers, *Internationaal privaatrecht met betrekking tot onrechtmatige daad; een beknopt overzicht*, Letsel & Schade 2012, p. 9-18, Pontier 2015, nr. 167 en A.J. Kok & T. Thuijs, *Stappenplan: welke regeling wijst het toepasselijke recht aan?*, TOP 2015, p. 33-38.

12. Andere varianten naast de onmiddellijke werking zijn geen werking/eerbiedigende werking, uitgestelde werking en terugwerkende kracht.
13. Vgl. Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 21: ‘Anders gezegd: de normale werking is de onmiddellijke werking; de oude wet is ingetrokken, de nieuwe is haar opgevolgd.’ Zie meer uitgebreid over de onmiddellijke werking van het overgangsrecht C.L. de Vries Lentsch-Kostense, *Met onmiddellijke werking*, in: *Liber amicorum NBW*. Opstellen aangeboden aan mr. drs. B.C. de Die, Arnhem/Deventer/Zwolle: Gouda Quint/Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 167-173.
14. Wet van 3 april 1969, houdende vervanging van het eerste boek van het Burgerlijk Wetboek door Boek 1 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek en, in verband daarmee, wijziging van dit boek en de overige boeken van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en andere wetten, alsmede van overgangsbepalingen (Invoeringswet Boek 1 nieuw B.W.), Stb. 1969, 167, zoals laatstelijk gewijzigd op 13 december 2012, Stb. 2012, 647.
15. Volgens de heersende leer moet het verwijzingsrecht zich bij vragen van temporeel recht mede laten leiden door beginselen van intern overgangsrecht. Zie meer uitgebreid over de (temporele) problemen van overgangsrecht en conflictenrecht A.P.M.J. Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer & S. van Dongen), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR, Deventer: Kluwer 2013, nrs. 90-97. Voorts: I.S. Joppe, *Overgangsrecht in het internationaal privaatrecht en het fait accompli* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Blijft het nieuwe recht buiten toepassing, dan herneemt het oude recht zijn werking en wordt dit recht geëerbiedigd. Art. 68a lid 2 Ow is nodig, aangezien de oude wet bij de inwerking-treding van de nieuwe wet wordt ingetrokken. De oude wet (het oude recht) kan dus geen rechtskracht toekomen, indien dit niet als zodanig uitdrukkelijk wordt bepaald.¹⁶ Naast onmiddellijke werking en, zo nodig, eerbiediging van het oude recht zijn andere uitgangspunten van het overgangsrecht dat het nieuwe recht – ter bescherming van de rechtszekerheid – geen terugwerkende kracht heeft (art. 4 van de Wet algemene bepalingen (Wet AB)¹⁷) en dat eerbiediging plaatsvindt van verkregen rechten (art. 69 Ow¹⁸).¹⁹

Ook in het geval van lopende procedures geldt de hoofdregel dat het nieuwe recht vanaf zijn inwerkingtreding onmiddellijke werking heeft, voor zover het overgangsrecht niet anders bepaalt. Ingevolge art. 74 lid 2 Ow stelt de rechter dan ambtshalve of op verzoek van een van de partijen een termijn vast waarbinnen partijen hun stellingen en conclusies kunnen aanpassen aan de nieuwe wet of het overgangsrecht.²⁰ Het eerste lid van art. 74 Ow eerbiedigt evenwel het oude recht ten aanzien van de rechterlijke bevoegdheid, de aard van het geding

(dagvaardings- of verzoekschriftprocedure) en de rechtsmiddelen die tegen de uitspraak kunnen worden ingesteld.²¹ Ingevolge art. 74 lid 3 Ow blijft het tevoren geldende recht ook van toepassing, indien een geding in hoogste feitelijke instantie in staat van wijzen verkeert (partijen hebben vonnis c.q. arrest gevraagd) op het tijdstip dat de nieuwe wet van toepassing wordt, tenzij de rechter tot voortzetting van het geding beslist. Hetzelfde uitgangspunt geldt voor een beroep in cassatie (art. 74 lid 4 Ow).²² Toepasselijkheid van het nieuwe recht zou in dat geval immers veelal niet mogelijk zijn zonder behandeling van nieuwe feitelijke vragen die voor het nieuwe recht relevant zijn. Het in art. 74 lid 4 Ow geformuleerde uitgangspunt heeft wel tot gevolg dat het oude recht ook na cassatie in de verwijzingsprocedure moet worden toegepast indien een dergelijke procedure door een punt van materieel recht nodig is geworden (art. 74 lid 4 Ow *in fine*).²³

Een belangrijke plaats binnen het systeem van de Overgangswet wordt ingenomen door art. 75 Ow. Het betreft hier een zogenoemde ‘vangnetbepaling’, op grond waarvan een uitzondering kan worden gemaakt op het overgangsrechtelijke beginsel van de onmiddellijke werking als bedoeld in art. 68a lid 1 Ow (art. 75 lid 1 Ow), dan wel kan worden afgeweken van art. 69-73a Ow (art. 75 lid 2 Ow). Art. 75 Ow moet met enige terughoudendheid worden toegepast. De MvT spreekt immers over ‘een beperkte mogelijkheid tot afwijking’.²⁴ Het eerste lid van art. 75 Ow luidt als volgt:

‘De wet blijft, ook buiten de in deze en de volgende titels geregelde gevallen, buiten toepassing in zaken van overgangsrecht, indien de gelijkenis met zulke gevallen daartoe noopt of indien de toepassing onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’

In art. 75 lid 1 Ow worden twee gronden voor afwijking genoemd die van overeenkomstige toepassing zijn verklaard in het tweede lid van art. 75. De eerste grond betreft de gelijkenis met elders, niet in de Overgangswet, geregelde gevallen. Op deze grond zal vooral een beroep kunnen worden gedaan ‘indien een geval dat niet in het bijzonder is geregeld, sterk gelijk op een geval waarvoor een bijzondere regeling is getroffen, welke van de hoofdregel afwijkt’.²⁵ De overgangsbepaling

16. Zie C.L. de Vries Lentsch-Kostense, *Overgangsrecht* (Serie Monografieën Nieuw BW, deel A25), Deventer: Kluwer 1992, p. 38-39 en expliciet p. 24: ‘Onmiddellijke werking is derhalve de normale werking die geen regeling behoeft; eerbiediging van oud recht is de uitzondering die een bijzondere bepaling van overgangsrecht vereist’. Zie ook Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 20: ‘Tenslotte is het wellicht niet geheel overbodig erop te wijzen dat de oude wet met haar buiten werking treden haar gelding geheel verliest, voor zover die gelding niet, hetzij krachtens artikel 4 Wet A.B., hetzij krachtens de bepalingen van de Overgangswet Nieuw B.W. wordt geëerbiedigd.’ Vgl. tevens de toelichting op Aanwijzing 245 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992: ‘Is een regeling eenmaal vervallen, dan kan zij alleen door hernieuwde vaststelling, eventueel met terugwerkende kracht, weer herleven.’
17. Art. 4 Wet AB (1829) luidt als volgt: ‘De wet verbindt alleen voor het toekomende en heeft geene terugwerkende kracht.’
18. In art. 69 Ow is bepaald: ‘Wanneer de wet van toepassing wordt, heeft dat niet tot gevolg dat alsdan: a. iemand het vermogensrecht verliest dat hij onder het tevoren geldende recht had verkregen; b. een schuld op een ander overgaat; c. het bedrag van een vordering wordt gewijzigd; d. een vorderingsrecht ontstaat, indien alle feiten die de wet daarvoor vereist, reeds voordien waren voltooid; e. een goed met een beperkt recht wordt belast.’ Gelet op de context en de bewoordingen van art. 69 Ow mag art. 69 sub a Ow (verlies van vermogensrechten) naar onze mening niet zodanig ruim worden uitgelegd dat deze bepaling ook ziet op gevallen waarin een verlies van vermogensrechten zich voordoet ten gevolge van wijzigingen in het conflictenrechtelijke regime.
19. Zie uitgebreid over de aan de Overgangswet en het overgangsrecht ten grondslag liggende uitgangspunten Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 20-28. Vgl. tevens J.J.R. Polman & M. Reinsma, *Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek. Deel 1: Algemeen*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 7 e.v., C.J.H. Brunner, *Algemene beginselen van overgangsrecht nieuw vermogensrecht*, WPNR (1991) 6007, p. 342-347, De Vries Lentsch-Kostense 1992, hoofdstuk 3 en H.L. van der Beek, *Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek. Systematiek, uitgangspunten en toepassingen* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1992. Zie ook, maar dan in meer algemene zin J.J.R. Polman, *Temporele werkingen van wetten* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: VU Uitgeverij en O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001.
20. Art. 74 lid 2 Ow is ontleend aan HR 28 maart 1980, NJ 1980/489 m.nt. PAS (Van Geelen-Challa/Schols).

21. Vgl. Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 34. Zie voor een concrete toepassing van deze bepaling N.M. van der Horst, *Het nieuwe pacht-recht*, MvV 2007, p. 103.
22. Zie ter illustratie HR 23 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0943. Anders dan in het civiele recht kan in het strafrecht de verdachte zelfs in cassatie nog met succes een beroep doen op (voor hem gunstiger) wetgeving die is gewijzigd op een tijdstip nadat er in zijn zaak in laatste feitelijke instantie is geoordeeld. Het argument daarbij is dat de beslissing van de rechter op het moment dat deze wordt gegeven in overeenstemming dient te zijn met het dan geldende recht. Zie C.P.M. Cleiren, T&C Strafrecht, Deventer: Kluwer 2014, art. 1 Sr, aant. 17. Vgl. tevens HR 26 juni 1962, NJ 1963/12.
23. Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 35.
24. Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 35.
25. Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 35.

zal dan analoog mogen worden toegepast op het vergelijkbare (ongeregelde) geval.²⁶

Van wellicht grotere en meer praktische betekenis is de tweede afwijkingsgrond. Toepassing van de nieuwe wet blijft uit, indien de toepassing ervan onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De formulering van de tweede afwijkingsgrond is ontleend aan art. 6:2 lid 2 BW, waar in dezelfde bewoordingen de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in het verbintenissenrecht is geformuleerd.²⁷ Op eenzelfde wijze als dat bij art. 6:2 lid 2 BW het geval is, dient de rechter ook bij toepassing van de redelijkheids- en billijkheidstoets van art. 75 lid 1 Ow de nodige terughoudendheid te betrachten. Hierop duiden zowel de bewoordingen van art. 75 Ow als de MvT.²⁸ De toets van art. 75 lid 1 Ow lijkt slechts te zijn bestemd voor die (bijzondere) gevallen waarin het overgangsrecht tot onbillijke oplossingen leidt of een oplossing buiten handbereik ligt, omdat de wetgever een overgangsrechtelijke kwestie eenvoudigweg over het hoofd heeft gezien.²⁹

Welke gevolgen zijn verbonden aan de redelijkheids- en billijkheidstoets van art. 75 lid 1 Ow? Met de, weliswaar lichte, meerderheidsopvatting in de literatuur nemen wij aan dat toepassing van de redelijkheids- en billijkheidstoets ex art. 75 lid 1 Ow leidt tot eerbiediging van het (ingetrokken) oude recht.³⁰ Niet alleen past deze oplossing in het stelsel van de wet – zie art. 68a lid 2 Ow³¹ – maar deze oplossing is ook voorspelbaar naar de betrokkenen toe en dient daarmee de rechtszekerheid.³² Aldus heeft de wetgever langs deze weg een rechtsgrond gecreëerd om, in bijzondere gevallen, af te wijken van

het uitgangspunt van onmiddellijke werking en, in een voorkomend geval, een oude – ingetrokken – wettelijke regeling toe te passen, zoals bijvoorbeeld de (ingetrokken) WCOD.

3 Het Nederlandse internationale onrechtmatige daadsrecht

3.1 Bronnen: verdragsrecht – Rome II – Boek 10 BW – WCOD

Het Nederlandse internationale onrechtmatige daadsrecht wordt gekenmerkt door een grote bronnenverscheidenheid.³³ Vóór de invoering van Boek 10 BW op 1 januari 2012 werd het Nederlandse internationale delictuele verbintenissenrecht in belangrijke mate ingekleurd door het Haags Verkeersongevallenverdrag (1971), het Haags Productaansprakelijkheidsverdrag (1973), de op 11 januari 2009 van toepassing geworden verordening Rome II en de op 1 juni 2001 in werking getreden WCOD.³⁴ In hun onderlinge verhouding gaan bronnen van supranationaal recht – verdrags- en verordeningenrecht – voor boven bronnen van nationaal recht. Zie in algemene zin art. 93 en 94 van de Grondwet en thans art. 10:1 BW.³⁵ Sinds 30 december 1978 is Nederland partij bij het Haags Verkeersongevallenverdrag, dat verwijzingsregels bevat voor niet-contractuele aansprakelijkheden voor ongevallen in het wegverkeer. Aansprakelijkheden voor schade veroorzaakt door producten zijn afgedekt door het Haags Productaansprakelijkheidsverdrag, dat voor Nederland op 1 september 1979 in werking is getreden. Krachtens art. 28 Rome II laat de verordening de toepassing van deze (bijzondere) verdragen onverlet.³⁶ Aangezien beide bijzondere verwijzingsregimes buiten het bestek van deze bijdrage vallen, zal aan de Haagse verdragen geen nadere aandacht worden besteed.³⁷

Krachtens art. 31 jo. art. 32 Rome II is de verordening Rome II (temporeel) van toepassing op alle schadeveroorza-

26. Aldus Brunner 1991, p. 346. In gelijke zin H. Stein, Het ongrijpbare overgangsrecht, in: *Liber amicorum NBW. Opstellen aangeboden aan mr. drs. B.C. de Die, Arnhem/Deventer/Zwolle: Gouda Quint/Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink* 1991, p. 164. Meer genuanceerd De Vries Lentsch-Kostense 1992, p. 62.
27. Art. 6:2 lid 2 BW luidt als volgt: 'Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.'
28. Vgl. art. 75 lid 1 Ow: 'onaanvaardbaar'. Zie ook Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 35: 'De tweede grond is die van artikel 6.1.1.2 lid 2. Hij behelst een marginaal criterium om te voorkomen dat al te gemakkelijk op grond van redelijkheid en billijkheid wordt gecedeerd.'
29. Vgl. Brunner 1991, p. 346, Stein 1991, p. 164 en De Vries Lentsch-Kostense 1992, p. 63-64. Anders: Hartkamp, die – buiten art. 75 lid 1 Ow om – het beginsel van redelijkheid en billijkheid ex art. 6:2 en 6:248 BW ziet als algemeen toetsingskader, óók voor het overgangsrecht: '(...) ook de overgangsregel, en zeker de daardoor aangewezen toepasselijke regels, zijn immers regels die in de zin van die bepalingen tussen partijen gelden'. Zie A.S. Hartkamp, De redelijkheid en billijkheid in het overgangsrecht (art. 75 Ow.), in: *Liber amicorum NBW. Opstellen aangeboden aan mr. drs. B.C. de Die, Arnhem/Deventer/Zwolle: Gouda Quint/Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink* 1991, p. 153.
30. Zie o.a. Brunner 1991, p. 346-347 en De Vries Lentsch-Kostense 1992, p. 64.
31. Art. 68a lid 2 Ow luidt als volgt: 'Voor zover en zolang op grond van de volgende artikelen de wet niet van toepassing is, blijft het vóór haar in werking treden geldende recht van toepassing.'
32. Afwijkend Hartkamp 1991, p. 153-154, die een ruimer arsenaal aan mogelijkheden bepleit dan uitsluitend de eerbiedigende werking. In gelijke zin Polman & Reinsma 1991, p. 87-88.

33. Zie ook o.a. Pontier 2015, hoofdstuk 7, par. 2.
34. Wij noemen in dit verband ook het inmiddels ingetrokken art. 7 Wet IPR zee-, binnenvaart- en luchtrecht (aanvaringen), dat is geïncorporeerd in art. 10:164 BW. Aan deze bepaling gaan wij verder voorbij. Zie hiervoor noot 10.
35. Art. 10:1 BW luidt als volgt: 'De in dit Boek en andere wettelijke regelingen vervatte regels van internationaal privaatrecht laten de werking van voor Nederland bindende internationale en communautaire regelingen onverlet.' Zie meer specifiek over de verhouding tussen het nationale recht van de EU-lidstaten en het Unierecht reeds HvJ EG 15 juli 1964, zaak C-6/64, Jur. 1964, p. 1203 (Costa-ENEL).
36. In gelijke zin art. 10:158 BW. Aangezien Nederland partij is bij het Haags Productaansprakelijkheidsverdrag derogert dit verdrag aan art. 5 Rome II (Productaansprakelijkheid).
37. Zie meer uitgebreid over het Haags Verkeersongevallenverdrag en het Haags Productaansprakelijkheidsverdrag o.a. F. Ibili, *GS Onrechtmatige daad* (losbl.), Deventer: Wolters Kluwer, IX.3 en IX.4, X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. S. van Dongen & A.P.M.J. Vonken), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht, Deventer: Kluwer 2015, par. 9.6, A.P.M.J. Vonken, Verkeersongevallen (Praktijkreeks IPR, deel 17), Deventer: Kluwer 1996, A.P.M.J. Vonken, T&C Vermogensrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 2159 e.v. en H. Duintjer Tebbens & M. Zilinsky, *Productaansprakelijkheid* (Praktijkreeks IPR, deel 18), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2009.

kende gebeurtenissen die zich vanaf 11 januari 2009 hebben voorgedaan.³⁸ De datum van inleiden van de procedure tot schadevergoeding of de datum waarop de rechter het toepasselijke recht heeft vastgesteld, is niet van belang.³⁹ Evenmin is het moment van intreden van de schade relevant. De verordening Rome II is derhalve niet van toepassing in gevallen waarbij de schade is ingetreden na 11 januari 2009, maar de schadeveroorzakende gebeurtenis vóór deze datum plaatsvond.⁴⁰ Het formele en materiële toepassingsgebied van de verordening Rome II zijn omschreven in hoofdstuk I (art. 1-3). De verordening heeft ingevolge art. 3 universele werking en is op grond van art. 1 lid 1 van toepassing op niet-contractuele verbintenissen in burgerlijke en handelszaken waarbij tussen de rechtstelsels van verschillende landen moet worden gekozen. Het begrip 'niet-contractuele verbintenis' moet verordeningsoon worden uitgelegd en mag dus niet aan de hand van de *lex fori* worden gekwalificeerd.⁴¹ Art. 2 lid 2 Rome II laat er in elk geval geen twijfel over bestaan dat de verordening Rome II tevens ziet op niet-contractuele verbintenissen die dreigen te ontstaan, zodat ook preventieve verboden in het kader van dreigende onrechtmatige daden door de verordening Rome II worden bestreken.

Uit art. 1 lid 1 Rome II volgt expliciet dat de verordening niet van toepassing is op fiscale zaken, douanezaken, administratiefrechtelijke zaken en aansprakelijkheid van de staat wegens een handeling of nalaten in de uitoefening van het openbaar gezag (de zogenoemde *acta jure imperii*).⁴² Andere onderwerpen die op grond van het tweede lid van art. 1 Rome II van het materiële toepassingsgebied van de verordening zijn uitgesloten, zijn onder meer niet-contractuele verbintenissen die

voortvloeien uit familierechtelijke betrekkingen (sub a), persoonlijke aansprakelijkheden van bestuurders van rechtspersonen jegens de rechtspersoon (sub d), schade die voortvloeit uit kernongevallen (sub f) en niet-contractuele verbintenissen die ontstaan door een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer (privacy) of op de persoonlijkheidsrechten, waaronder begrepen smaad (sub g).⁴³ Ten aanzien van deze verbintenissen die buiten de werkingssfeer van de verordening Rome II en de ter zake geldende verdragen vallen en die als onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt, verklaart de slechts uit drie artikelen bestaande titel 14 van Boek 10 BW in art. 10:159 BW – met uitzondering van de *acta jure imperii*⁴⁴ – de verordening Rome II van overeenkomstige toepassing om redenen van 'een zo groot mogelijke coherentie'.⁴⁵ Aangezien het internationale onrechtmatige daadsrecht grotendeels supranationaal is afgedekt, is de betekenis van Boek 10 BW derhalve betrekkelijk gering.

In vergelijking met de (ingetrokken) WCOD heeft de verordening Rome II een veel ruimer toepassingsgebied. Naast kwesties van onrechtmatige daad, waaronder ongeoorloofde mededinging (art. 6), milieuschade (art. 7) en inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten (art. 8), beslaat het toepassingsgebied van de verordening Rome II ook niet-delictuele verbintenissen die ontstaan uit ongerechtvaardigde verrijking (art. 10), waaronder mede begrepen onverschuldigde betaling, en zaakwaarneming (art. 11).

Afgezet tegen de verordening Rome II is de op 1 juni 2001 in werking getreden en op 1 januari 2012 ingetrokken WCOD aanzienlijk beperkter in omvang en toepassingsbereik.⁴⁶ De WCOD telde slechts tien bepalingen en zag uitsluitend op internationale onrechtmatige gedragingen. Het niet-delictuele buitencontractuele verwijzingsrecht was ongeschreven.⁴⁷ Naast de algemene *lex loci delicti*-regel (art. 3) bevatte de WCOD bijzondere bepalingen inzake ongeoorloofde mededinging (art. 4), nauwe verbondenheid en accessoire aanknopings (art. 5), rechtskeuze (art. 6) en verkeers- en veiligheidsvoorschriften (art. 8). Wat het temporele toepassingsbereik

38. Zie nader over de verordening Rome II o.m. Ibili (losbl.), IX. 2, X.E. Kramer, T&C Vermogensrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 2521 e.v., Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015, hoofdstuk 9, J.A. van der Weide, Het verwijzingsrecht voor niet-contractuele verbintenissen Europees geregeld. Een analyse van de Verordening Rome II, NtER 2008, p. 214-225, P. Vlas & M. Zilinsky, Drie jaar Rome II in de rechtspraktijk, Ondernemingsrecht 2012, p. 318-325, Pontier 2015, hoofdstuk 7-15, met literatuurverwijzingen en L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 186 e.v., met literatuurverwijzingen.

39. HvJ EU 17 november 2011, zaak C-412/10, NJ 2012/109 (Homawoo/GMF), r.o. 36. Vgl. tevens Rb. Middelburg (thans: Zeeland-West-Brabant) 11 januari 2012, ECLI:NL:RBMD:2012:BV1428, r.o. 4.1, die ten onrechte de datum van uitbrengen van de dagvaarding bepalend achtte.

40. In dit verband kan bijv. worden gedacht aan situaties waarbij daad (*Handlungsort*) en schade (*Erfolgsort*) in verschillende landen hebben plaatsgevonden, zoals in het geval van internationale milieudelicten, onrechtelijke mededinging of onrechtmatige handelingen via de media (radio, krant, televisie, internet).

41. Analoog aan de jurisprudentie van het HvJ EU inzake uitleg van het (oude) EEX-Verdrag en de (herschikte) EEX-Verordening moet onder een verordeningsoon uitleg worden verstaan een uitleg aan de hand van enerzijds de doelen en het stelsel van de verordening en anderzijds de algemene beginselen die in alle nationale rechtstelsels tezamen worden gevonden. Vgl. reeds HvJ EG 14 oktober 1976, zaak 29/76, NJ 1982/95 (LTU/Eurocontrol).

42. Krachtens art. 10:159 BW *in fine* is op verbintenissen voortvloeiend uit de uitoefening van Nederlands openbaar gezag Nederlands recht van toepassing teneinde te voorkomen dat een Nederlandse overheidsinstantie in de uitoefening van haar soevereine macht met vreemd recht wordt geconfronteerd. Zie Kamerstukken II 2009/10, 32137, 7, p. 2.

43. Zie in verband met privacyschendingen de herzieningsclausule van art. 30 lid 2 Rome II, alsmede de in november 2008 verschenen Comparative Study on the Situation in the 27 Member States As Regards the Law Applicable to Non-contractual Obligations Arising out of Violations of Privacy and Rights Relating to Personality, <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/study_privacy_annexe_3_en.pdf> en de Resolutie van het Europees Parlement van 10 mei 2012 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende wijziging van de verordening Rome II, <www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0200+0+DOC+XML+V0//NL>.

44. In art. 10:159 BW *in fine* is voor de *acta jure imperii* een afzonderlijke (eenzijdige) verwijzingsregel opgenomen. Zie hiervoor noot 42.

45. Kamerstukken II 2009/10, 32137, 3, p. 91. Zie tevens hierna par. 3.3 over de reikwijdte van art. 10:159 BW.

46. Zie nader over de WCOD o.m. L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, Deventer: Kluwer 2008, nr. 178 e.v. (hierna: 2008a), Ibili (losbl.), IX.6 en Pontier 2015, hoofdstuk 16, par. 4.

47. Zie meer uitgebreid over de conflictregels inzake niet-delictuele buitencontractuele verbintenissen in de verordening Rome II en het commune IPR o.a. Van der Weide 2008, p. 219 e.v. en Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015, hoofdstuk 10.

van de WCOD betreft werd en wordt in de literatuur en de jurisprudentie aangenomen dat de WCOD anticiperend mag worden toegepast op grensoverschrijdende onrechtmatige gedragingen die hebben plaatsvonden vóór het tijdstip waarop de WCOD in werking trad (1 juni 2001). Zo zocht de Rechtbank Den Haag in zijn vonnis van 14 september 2011 met betrekking tot in 1947 door Nederlandse militairen uitgevoerde executies in het Indonesische dorp Rawagedeh, ter vaststelling van het toepasselijke recht, aansluiting bij de WCOD, omdat 'in de WCOD het toen al geruime tijd van kracht zijnde Nederlandse internationale privaatrecht op dit punt [was] gecodificeerd'.⁴⁸

3.2 Het toepasselijke recht op grond van WCOD en Rome II

Hoewel de WCOD en de verordening Rome II op hoofdlijnen met elkaar overeenstemmen, divergeren beide regelingen op detailniveau. Voor de uitkomst van een geding kan het dus verschil uitmaken of men voor het anker gaat liggen van de WCOD dan wel voor dat van de verordening Rome II.

De hoofdregels voor de vaststelling van het toepasselijke recht volgen uit art. 3 lid 1 WCOD en uit art. 4 lid 1 Rome II. Behoudens rechtskeuze (art. 6 WCOD) worden krachtens art. 3 lid 1 WCOD verbintenissen uit onrechtmatige daad beheerst door de klassieke *lex loci delicti*-regel: van toepassing is het recht van de Staat op welks grondgebied de onrechtmatige daad plaatsvindt.⁴⁹ In de verordening Rome II is een andere aanknopingsfactor gekozen en wordt, behoudens rechtskeuze (art. 14 Rome II), aangeknoopt bij de *lex loci damni*. Van toepassing is het recht van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welk landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen.⁵⁰ Deze koerswijziging wordt in de considerans van de verordening Rome II (nr. 15) gerechtvaardigd met het argument dat in gevallen van een meervoudige *locus* (bijvoorbeeld bij grensoverschrijdende milieuverontreiniging) toepassing van de *lex loci delicti*-regel tot verschillende oplossingen zou leiden, het-

geen uit het oogpunt van rechtszekerheid ongewenst is.⁵¹ In de praktijk zullen daad en schade echter dikwijls samenvallen en zal een toepassing van de WCOD dan wel de verordening Rome II tot dezelfde uitkomst leiden, maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn.

Van een meervoudige *locus* is onder de WCOD slechts sprake, indien daad (*Handlungsort*) en schade (*Erfolgsort*) fysiek uiteenlopen. In een dergelijk geval moet krachtens art. 3 lid 2 WCOD worden toegepast het recht van het land waar de schadelijke gevolgen intreden (*Erfolgort*).⁵² Art. 3 lid 2 WCOD ziet slechts op de directe of initiële (fysieke) schade, zoals letsel-, personen- en zaakschade. De bepaling mag dus niet worden toegepast indien de afgeleide, indirecte of gevolgschade, zoals vermogensschade of morele schade, zich in een ander land voordoet.⁵³ In dat geval komt het recht van het land waar de indirecte schade zich voordoet niet als aanknopingselement in aanmerking en moet voor de vaststelling van het toepasselijke recht worden 'teruggevallen' op de *lex loci delicti*-regel van art. 3 lid 1 WCOD.⁵⁴

In art. 4 lid 1 Rome II wordt niet aangeknoopt bij de *locus delicti*, maar bij de *locus damni*, het land waar de schade zich voordoet. Hierbij gaat het om de plaats waar de directe schade is ingetreden en niet om de plaats waar de indirecte gevolgen zich voordoen.⁵⁵ Ter discussie staat de vraag hoe ruim het begrip 'schade' in de zin van art. 4 lid 1 Rome II moet worden uitgelegd. Gaat het hierbij, zoals onder art. 3 lid 2 WCOD het geval is, uitsluitend om directe fysieke schade of heeft het schadebegrip van art. 4 lid 1 Rome II ook betrekking op non-fysieke, directe, zuivere vermogensschade (geleden verlies, gederfde winst)? Is dit laatste het geval, dan kan toepassing van de verordening Rome II tot andere uitkomsten leiden dan toepas-

48. Vermoedelijk doelde de rechtbank daarbij op het COVA-arrest (HR 19 november 1993, NJ 1994/622 m.nt. JCS en PvS), dat model heeft gestaan voor de WCOD. Zie Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793, NJ 2012/578, r.o. 4.4 (Rawagedeh). In vergelijkbare zin Rb. Den Haag 16 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8562, r.o. 4.168-4.169 (moeders van Srebrenica) en Hof Den Haag 6 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV8213 (appellanten/Syria Shell). Zie ook Pontier 2015, nr. 167, p. 180, met verwijzingen naar andere rechtspraak. Een bekend voorbeeld van anticiperende toepassing is het zogenoemde Balenpers-arrest (HR 25 september 1992, NJ 1992/750), waarin de Hoge Raad anticepeerde op het EEG-Overeenkomstenverdrag (EVO) van 19 juni 1980.

49. Zie reeds HR 18 maart 1938, NJ 1939/69 (Ooievaar).

50. Art. 7 WCOD respectievelijk art. 15 Rome II geven de werkingssfeer van beide regelingen aan. Zo bepaalt het toepasselijke recht onder meer de grond en omvang van de aansprakelijkheid, alsmede de aard van de schade.

51. Voor milieuschade is in de verordening Rome II een afzonderlijke bepaling opgenomen. Art. 7 Rome II volgt de hoofdregel, tenzij de gelaedeerde zijn vordering wil baseren op het recht van het land waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan (*Handlungsort*). Onder de WCOD heeft de gelaedeerde een dergelijk keuzerecht niet.

52. Een mooi voorbeeld is de zaak van de Franse kalimijnen die in de tweede helft van de vorige eeuw grote hoeveelheden afvalzouten in de Rijn loosden (*Handlungsort*), waardoor Nederlandse tuinders ernstige schade leden als gevolg van verzilting van het spoorwater voor hun gewassen (*Erfolgort*). Zie HvJ EG 30 november 1976, zaak 21/76, NJ 1977/494 m.nt. JCS (Bier/Mines de potasse d'Alcace).

53. Zie ook Kamerstukken II 1998/99, 26608, 3, p. 7 onder nadrukkelijke verwijzing naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot art. 5 sub 3 EEX-Verdrag (thans: art. 7 sub 2 EEX-Vo II) als procesrechtelijke 'spiegelbepaling' van art. 3 lid 2 WCOD, in het bijzonder HvJ EU 19 september 1995, zaak C-364/93, NJ 1997/52 m.nt. ThMdB (Marinari/Lloyd's Bank) inzake 'promissory notes' van twijfelachtige herkomst. Vgl. voorts HvJ EG 10 juni 2004, zaak C-168/02, NJ 2006/335 m.nt. PV (Kronhofer/Maier).

54. Vgl. L. Strikwerda, Van 'lex loci delicti' naar 'lex loci damni', WPNR (2008) 6780, p. 995 (hierna: 2008b).

55. Zie de considerans van de verordening Rome II, nr. 16: 'de plaats waar de directe schade zich heeft voorgedaan', en art. 4 lid 1 Rome II, laatste zinsnede: 'ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen'.

sing van de WCOD.⁵⁶ Op 9 januari 2015 heeft de Hoge Raad conform art. 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)⁵⁷ een drietal prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU waarin het hiervoor genoemde discussiepunt aan de orde wordt gesteld, maar dan binnen het raamwerk van art. 5 sub 3 EEX-Vo (thans: art. 7 sub 2 EEX-Vo II).^{58,59} Het wachten is nu op het antwoord van het Hof.⁶⁰

Een tweede verschil tussen de WCOD en de verordening Rome II betreft de bevoegdheid tot rechtskeuze die zowel ten grondslag ligt aan de WCOD (art. 6) als aan de verordening Rome II (art. 14). Onder beide regelingen zijn partijen vrij ieder willekeurig rechtsstelsel te kiezen. Door de rechtskeuze wordt de toepasselijkheid van het objectief toepasselijke recht doorbroken. Bij een vergelijking tussen art. 6 WCOD en art. 14 Rome II blijkt de keuzemogelijkheid onder de verordening Rome II minder ruim te zijn bemeten dan onder de WCOD het geval is. Krachtens art. 14 lid 1 Rome II kan een rechtskeuze immers slechts worden uitgebracht nadat de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan, tenzij elk van de partijen handelsactiviteiten verricht, in welk geval een rechtskeuze vooraf mogelijk is. Onder de WCOD kan een rechtskeuze zowel vooraf als achteraf plaatsvinden en is deze niet aan beperkingen gebonden.

Hoewel de verordening Rome II over een groter arsenaal aan bijzondere verwijzingsregels beschikt dan de WCOD,⁶¹ bevat

ten beide regelingen een specifieke bepaling over oneerlijke concurrentie en ongeoorloofde mededinging. In gevallen van grensoverschrijdende oneerlijke concurrentie of inbreuken op het mededingingsrecht is het vaak moeilijk vast te stellen waar de schade is ontstaan. Is dat daar waar het ongeoorloofde middel is vervaardigd⁶² of de oneerlijke strategie wordt uitgezet, daar waar de concurrentiestrijd wordt gevoerd of daar waar de concurrent daadwerkelijk schade heeft geleden? Art. 4 WCOD en art. 6 Rome II passen in dergelijke gevallen de zogenoemde ‘marktregel’ toe: aangeknoopt wordt bij (het recht van) de plaats van de markt waar de concurrentiestrijd wordt gevoerd. Aangezien toepassing van de marktregel kan leiden tot een versnippering van het toepasselijke recht wordt in art. 6 lid 3 sub b Rome II aan de gelaedeerde een eenzijdige rechtskeuzemogelijkheid geboden ten gunste van de *lex fori*, resulterend in een *Gleichlauf* van bevoegde rechter en toepasselijk recht, mits die markt door de ongeoorloofde mededinging rechtstreeks en aanzienlijk wordt beïnvloed. Andere rechtskeuzemogelijkheden zijn krachtens art. 6 lid 4 Rome II uitgesloten. De verordening Rome II wijkt hier af van de WCOD, waar partijautonomie zonder enige beperking is toegestaan.⁶³

Naast verschillen zijn er ook duidelijke overeenkomsten tussen de WCOD en de verordening Rome II. Zo volgt uit zowel de WCOD (art. 3 lid 3) als uit de verordening Rome II (art. 4 lid 2) dat – kort gezegd – indien dader en benadeelde in hetzelfde land hun gewone verblijfplaats hebben, het recht van dat land van toepassing is (de zogenoemde ‘gevolgenuitzondering’). Zou een in Nederland gevestigde makelaar in Spanje een onrechtmatige daad plegen jegens een in Nederland wonende koper van onroerend goed, dan is Nederlands recht van toepassing op de aansprakelijkheidsvraag.⁶⁴ Zo ook indien in Oostenrijk een skiongeval plaatsvindt tussen twee in Nederland wonende natuurlijke personen: in dat geval wordt de vordering tot schadevergoeding niet beheerst door Oostenrijks recht, maar is het Nederlandse recht van toepassing.⁶⁵

Art. 4 lid 3 Rome II biedt de mogelijkheid af te wijken van de eerste twee leden van art. 4 indien ‘uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander (...) land’. Van een kennelijk nauwere band is krachtens de slotzinsnede van art. 4 lid 3 Rome II in het bijzonder sprake, indien tussen partijen reeds een betrekking bestaat die nauw samenhangt met de onrechtmatige daad, zoals een overeenkomst. In dat geval wordt de

56. Zie over deze discussie Strikwerda 2008b, p. 996-997, Strikwerda 2015, nr. 181, Pontier 2015, nr. 245 e.v. en Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/992 e.v.

57. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (geconsolideerde versie), PbEU 2012, C 326/47.

58. Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PbEU 2001, L 12/1. Art. 5 sub 3 EEX-Vo bevat een alternatieve bevoegdheidsbepaling voor verbintenissen uit onrechtmatige daad. Leidend bij de uitleg van het IPR-verordeningsrecht (verordeningen Rome I en II, de EEX-Vo en de EEX-Vo II) is het beginsel van de *Gleichlauf*: bevoegdheid en toepasselijk recht zijn gekoppeld.

59. HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:36, NJ 2015/44 (Universal Music International Holding/verweerders). In deze zaak ging het om een fout in een contract die ertoe leidde dat er in een ander land directe vermogensschade werd geleden. In hetzelfde stramien passen gevallen van grensoverschrijdend falend toezicht waarbij de directe vermogensschade zich voordoet in een ander land dan dat waar de toezichthouder is gevestigd. Vgl. M. Zilinsky, Boek 10 BW: Vertegenwoordiging, verbintenissen uit overeenkomst en verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst (art. 10:125, 10:153-10:156 en 10:157-10:159 BW), WPNR (2010) 6851, p. 580-581.

60. Uit zijn arresten van 28 januari 2015, zaak C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, NJ 2015/332 m.nt. L. Strikwerda (Kolassa) en 21 mei 2015, zaak C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (CDC HP) lijkt te volgen dat het HvJ EU binnen de context van art. 5 sub 3 EEX-Vo kiest voor een ruime opvatting, inhoudende dat de plaats waar de initiële, directe vermogensschade is geleden als *Erfolgsort* bevoegdheid creëert op grond van art. 5 sub 3 EEX-Vo. Zie ook M.A. Meijssen, JBPR 2015/44.

61. De bijzondere aan de onrechtmatige daad gerelateerde verwijzingsregels in de verordening Rome II zijn: (1) productaansprakelijkheid (art. 5), (2) oneerlijke concurrentie en ongeoorloofde mededinging (art. 6), (3) milieuschade (art. 7), (4) inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten (art. 8) en (5) collectieve actie bij arbeidsconflicten (art. 9).

62. Bijv. de niet voor concurrenten beschikbare softwareapplicatie. Vgl. de beslissing van het Gerecht van Eerste Aanleg (Grote Kamer) van 17 september 2007, zaak T-201/04, alsmede HvJ EU 27 juni 2012, zaak T-167/08, ECLI:EU:T:2012:323, beide uitspraken inzake Microsoft.

63. Zie Kamerstukken II 1998/99, 26608, 3, p. 8. In gelijke zin: J.A. Pontier, Onrechtmatige daad (Praktijkreeks IPR, deel 16), Deventer: Kluwer 2001, nr. 170 en Strikwerda 2008a, nr. 185. Anders: A.P.M.J. Vonken, T&C Vermogensrecht, Deventer: Kluwer 2007, p. 1747.

64. Zie Hof Den Bosch 12 april 2011, ECLI:GHSHE:2011:BY8749, r.o. 4.1.

65. Vgl. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3972, NJ 2002/281 m.nt. ThMdB (Kusters e.a./ABP e.a.).

onrechtmatige daad accessoir aangeknoopt bij de contractuele verhouding.⁶⁶ Ook op dit punt bestaat een duidelijk raakvlak met de WCOD, die in art. 5 een vergelijkbare bepaling van 'conflictenrechtelijke natrekking' kent. Een groot verschil tussen de verordening Rome II en de WCOD is evenwel dat de WCOD geen algemene exceptieclausule bevat. Aldus biedt de verordening een ruimere mogelijkheid om van het verwijzingsresultaat af te wijken.

3.3 Verwijzingsregeling na inwerkingtreding Boek 10 BW

Krachtens art. IV sub o van de Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 BW is per 1 januari 2012 de WCOD ingetrokken. Verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst, waaronder het grensoverschrijdende onrechtmatige daadsrecht, zijn thans geregeld in titel 14 van Boek 10 BW. Titel 14 bestaat slechts uit een drietal bepalingen (art. 10:157-159 BW). Art. 10:157 BW bevat een verwijzing naar de verordening Rome II, terwijl art. 10:158 BW – op een vergelijkbare wijze als art. 2 WCOD – de onderlinge rangorde tussen de verschillende supranationale regelingen vaststelt. Over de samenloop van de verordening Rome II en de WCOD merkt de MvT op de Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 BW het volgende op:

'Het materiële toepassingsgebied valt voor een groot deel samen met dat van de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad. De conflictenregels van Rome II vervangen de conflictenregels van deze wet voorzover de materie binnen het werkingsgebied van Rome II valt. Omdat het onwenselijk is dat op het gebied van onrechtmatige daad na het van toepassing worden van Rome II verschillende regimes naast elkaar bestaan, is ervoor gekozen Rome II van overeenkomstige toepassing te verklaren op onrechtmatige daden die buiten het materiële toepassingsgebied van Rome II vallen (...). De Wet conflictenrecht onrechtmatige daad kan dan vervallen.'⁶⁷

De analoge bepaling waarop in het citaat wordt gedoeld, is art. 10:159 BW. Krachtens dit artikel zijn, om redenen van coherentie, de bepalingen van de verordening Rome II van overeenkomstige toepassing verklaard op verbintenissen die buiten de werkingssfeer van de verordening Rome II en de ter zake geldende verdragen vallen en die als onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt.⁶⁸

Naar onze mening ziet art. 10:159 BW uitsluitend op gevallen die buiten het materiële – en dus niet het temporele – toepassingsgebied van de verordening Rome II vallen. Steun voor deze opvatting ontlenen wij onder meer aan de MvT, waar

nadrukkelijk wordt gesproken over het 'materiële toepassingsgebied van Rome II' en waar wordt verwezen naar de in art. 1 Rome II opgenomen lijst van uitgezonderde onderwerpen.⁶⁹ Zo is de verordening Rome II – op grond van art. 10:159 BW – van overeenkomstige toepassing op inbreuken op de persoonlijke levenssfeer of op de persoonlijkheidsrechten als bedoeld in art. 1 lid 2 sub g Rome II, mits de onrechtmatige inbreuk heeft plaatsgevonden op of na 1 januari 2012.⁷⁰ Toepassing van art. 10:159 BW, zoals in de literatuur is gesuggereerd,⁷¹ op buitentemporele gevallen, dat wil zeggen onrechtmatige gedragingen die zich hebben voorgedaan vóór 11 januari 2009, zou ertoe leiden dat art. 10:159 BW buiten zijn eigen temporele kaders treedt, waardoor de bepaling terugwerkt in de tijd. Staat een dergelijk effect niet op gespannen voet met het overgangsrechtelijke uitgangspunt dat aan het nieuwe recht geen retroactieve werking toekomt?⁷² Bovendien zou een analoge toepassing van de verordening Rome II op buitentemporele gevallen in strijd zijn met het temporele toepassingsgebied van de verordening zelf (art. 31 jo. art. 32 Rome II) en staat het effect van terugwerkende kracht haaks op de rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel (zie tevens hierna par. 4).

Ondanks dat de WCOD met de inwerkingtreding van Boek 10 BW per 1 januari 2012 is ingetrokken, wordt in de jurisprudentie aan de hand van deze wettelijke regeling nog steeds het toepasselijke recht bepaald voor grensoverschrijdende onrechtmatige daden die zich hebben voorgedaan vóór 11 januari 2009 dan wel tussen 11 januari 2009 en 1 januari 2012 en waarvoor geen supranationale regeling geldt. Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam begin 2013 in een procedure over de verstrekking van ondeugdelijke en mogelijk onrechtmatige beleggingsadviezen die werden gegeven in de periode 2006 tot en met 2008 dat de verordening Rome II temporeel niet toepasselijk is en dat bij gebreke van andere toepasselijke, voor Nederland bindende, internationale en communautaire regelingen inzake het toepasselijke recht op een internationale onrechtmatige daad, het toepasselijke recht dient te worden aangewezen door de verwijzingsregels van het commune Nederlandse IPR, hetgeen de WCOD als uitkomst heeft. Een

69. Kamerstukken II 2009/10, 32137, 3, p. 90. Zie ook Rb. Amsterdam 25 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW3790 (KPNQwest), r.o. 4.1.3.6.

70. Ook voor de toepassing van art. 10:159 BW (titel 14 van Boek 10 BW) is het moment waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan bepalend. Zie o.a. Pontier 2015, nr. 167, Ibili (losbl.), IX.5, aant. 9, IX.6.B, IX.6.C.3, alsmede F. Ibili, Kroniek internationaal privaatrecht, NJB 2013, p. 2479. Voorts: Hof Den Bosch 8 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:109, NIPR 2013/233, r.o. 7.14 en Hof Den Bosch 23 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3348, r.o. 4.11.1. Vgl. tevens Kamerstukken I 2010/11, 32137, C, p. 14-15 (n.a.v. titel 13 van Boek 10 BW).

71. Zie Roijackers 2012, p. 17-18. Mogelijk in vergelijkbare zin ten aanzien van art. 10:154 BW en Rome I: M.E. Koppenol-Laforce, T&C Verkeersrecht, Deventer: Kluwer 2014, p. 330. Kritisch: Ibili 2013, p. 2479. Vgl. in dit verband tevens Kamerstukken I 2010/11, 32137, C, p. 14 (n.a.v. titel 13 van Boek 10 BW).

72. Zie hiervoor par. 2 en nadrukkelijk art. 4 Wet AB.

66. Zie ter illustratie Rb. Amsterdam 6 december 2000, NIPR 2002/108 (Gomes Moreira/Koningsgracht), waarbij de Rechtbank Amsterdam op een in Spanje door een Nederlandse scheepvaartonderneming jegens haar Portugese matroos gepleegde onrechtmatige daad Nederlands recht toe-paste als het recht dat de arbeidsovereenkomst beheerste.

67. Kamerstukken II 2009/10, 32137, 3, p. 87. Zie ook p. 91.

68. Met uitzondering van de *acta jure imperii* (overheidshandelingen). Zie tevens hiervoor par. 3.1.

onderbouwing voor deze uitkomst geeft de Rechtbank Rotterdam niet.⁷³

Ook andere rechtbanken en hoven bepaalden, na de invoering van Boek 10 BW, aan de hand van de – ingetrokken – WCOD het toepasselijke recht.⁷⁴ Zo ook de Rechtbank Amsterdam in een (geruchtmakende) aansprakelijkheidsprocedure wegens vermeend financieel wanbeleid tegen voormalige bestuurders, leden van het managementteam en commissarissen van de failliete voormalige ‘beurslieveling’ KPNQwest. Ten aanzien van de vraag welk recht de veronderstelde onrechtmatige gedragingen van de betrokkenen (in de periode 2001-2002) beheerste, overwoog de rechtbank in zijn vonnis van 25 april 2012:

‘dat de inwerkingtreding van Boek 10 BW per 1 januari 2012 en de gelijktijdige intrekking van de WCOD in het onderhavige geval niet aan de toepassing van de WCOD in de weg staan. Weliswaar bepaalt artikel 10:159 BW thans dat ook op verbintenissen uit onrechtmatige daad die buiten de werkingssfeer van de verordening “Rome II” vallen, de bepalingen van die verordening van overeenkomstige toepassing zijn, doch daarbij gaat het uitsluitend om verbintenissen uit onrechtmatige daad die buiten de materiële reikwijdte van de verordening Rome II vallen en niet om verbintenissen uit onrechtmatige daad waarop de verordening Rome II ingevolge art. 31 van de verordening niet van toepassing is omdat de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan vóór inwerkingtreding

van de verordening per 11 januari 2009. Dat laatste is hier het geval.’⁷⁵

Hoewel we ons in de redenering van de rechtbank kunnen vinden, ontbreken ook in dit vonnis argumenten die de toepassing van de (ingetrokken) WCOD staven.

Bij het bepalen van het toepasselijke recht op een grensoverschrijdende onrechtmatige gedraging moet worden gekeken naar het moment waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan.⁷⁶ Desalniettemin zijn er in de jurisprudentie voorbeelden te vinden van gevallen waarin – ten onrechte – de datum van het uitbrengen van de dagvaarding bepalend werd geacht voor de toe te passen regeling (en daarmee voor het toepasselijke recht). Zo oordeelde de Rechtbank Middelburg (thans: Zeeland-West-Brabant) abusievelijk dat de WCOD van toepassing was, omdat de dagvaarding vóór 1 juli 2011 was uitgebracht,⁷⁷ terwijl de Rechtbanken Oost-Nederland en Oost-Brabant (thans: Gelderland resp. Overijssel) in hun vonnissen van 16 januari 2013⁷⁸ bepaalden dat de WCOD moest worden toegepast, omdat er vóór 1 januari 2012 was gedagvaard. Het Gerechtshof Den Bosch greep in zijn arrest van 2 december 2014 de datum van 1 januari 2012 aan om de WCOD toe te passen met de redenering dat het ongeval van vóór die datum dateerde. Een onderzoek naar de toepasselijkheid van de verordening Rome II liet het hof daarbij achterwege.⁷⁹ Ook bij de Rechtbank Midden-Nederland ging het mis toen de rechtbank het toepasselijke recht bepaalde aan de hand van de verordening Rome II, terwijl de onrechtmatige gedragingen hadden plaatsgevonden voordat de verordening Rome II van kracht was geworden.⁸⁰ Helemaal bont maakte de Rechtbank Rotterdam het in zijn vonnis van 23 januari 2013, waar de rechtbank in een geval van medische aansprakelijkheid, ontstaan in de periode tussen 2007 en

73. Rb. Rotterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2700, r.o. 5.13. Samenhangend hiermee: Rb. Rotterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2703. Zie in het bijzonder r.o. 5.18.

74. Zie o.m. Rb. Den Haag 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV6900, r.o. 4.1, Hof Amsterdam 13 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0096, r.o. 4.6, Rb. Utrecht 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY2102, r.o. 2.16-2.17, Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2617, r.o. 18, Hof Den Bosch 20 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY4021, r.o. 4.7.2, Rb. Amsterdam 5 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY9077, r.o. 4.2, Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 (Akpan; Vereniging Milieudefensie/Shell), r.o. 4.8, Rb. Noord-Nederland 27 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6207, r.o. 4.4, Rb. Zeeland-West-Brabant 1 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ8906, r.o. 3.16, Hof Den Bosch 23 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3348, r.o. 4.10-4.12, Rb. Noord-Holland 18 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:12579, r.o. 4.2, Rb. Rotterdam 9 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2720, r.o. 4.7, Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6019, r.o. 2.6-2.7, met een onbegrijpelijke en ons inziens foutieve verwijzing naar art. 10:159 BW, Rb. Amsterdam 16 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4763, r.o. 4.5, Hof Den Bosch 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2765, r.o. 3.5, Rb. Limburg 10 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7819, r.o. 3.6, Hof Den Bosch 2 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5073, r.o. 3.6, Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4859, r.o. 7.11, Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6125, r.o. 4.3-4.4, met een onbegrijpelijke en ons inziens foutieve verwijzing naar art. 10:159 BW, Hof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6649, r.o. 5 en Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8309, r.o. 5.5.

75. Rb. Amsterdam 25 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW3790 (KPNQwest), r.o. 4.1.3.6.

76. Zie HvJ EU 17 november 2011, zaak C-412/10, NJ 2012/109 (Homa-woo/GMF), r.o. 36, waarin het Hof oordeelde dat voor de bepaling van de temporele werkingssfeer van de verordening Rome II de datum van inleiden van de procedure tot schadevergoeding of de datum waarop de rechter het toepasselijke recht heeft vastgesteld niet van belang is. Zie tevens hiervoor par. 3.1.

77. Rb. Middelburg (thans: Zeeland-West-Brabant) 11 januari 2012, ECLI:NL:RBMD:2012:BV1428, r.o. 4.1. Waarom voor de rechtbank de datum van 1 juli 2011 bepalend was, is onduidelijk. Mogelijk heeft de rechtbank zich laten leiden door T&C Vermogensrecht of T&C Burgerlijk Wetboek, waar in de inleidende opmerkingen inzake titel 14 van Boek 10 BW als tijdstip van inwerkingtreding van Boek 10 BW de datum van 1 juli 2011 wordt genoemd (juiste datum: 1 januari 2012). Zie thans A.P.M.J. Vonken, T&C Vermogensrecht 2015, p. 1851 en T&C Burgerlijk Wetboek, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 6259. Hier lijkt ons sprake te zijn van een kennelijke verschrijving.

78. Zie Rb. Oost-Nederland (thans: Gelderland) 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0415, r.o. 4.3 en Rb. Oost-Brabant (thans: Overijssel) 16 januari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BY9062, r.o. 7.2.

79. Hof Den Bosch 2 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5073, r.o. 3.6.

80. Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7229, r.o. 4.1 en 4.2. De onrechtmatige gedragingen vonden plaats in de periode 2001-2007.

2008, simultaan de WCOD en de verordening Rome II toe- paste.⁸¹

4 Grondslag voor toepassing WCOD op overgangsrechtelijke gevallen

Met het intrekken van de WCOD per 1 januari 2012 heeft de wetgever – vermoedelijk onbedoeld – een overgangsrechtelijk schemergebied gecreëerd voor grensoverschrijdende onrechtmatige gedragingen die vóór 1 januari 2012 hebben plaatsgevonden en die noch worden beheerst door een bijzondere verdragsregeling, noch door de verordening Rome II. Door de grote bronnenverscheidenheid die het Nederlandse internationale onrechtmatige daadsrecht kenmerkt en de verschillen in temporele werking van deze bronnen is een diffuus overgangsrechtelijk beeld ontstaan waarbij de intrekking van de WCOD op grond van art. IV van de Vaststellers- en Invoeringswet Boek 10 BW, in retrospectief, een minder gelukkige keuze was. Naar onze mening had de wetgever er verstandiger aan gedaan de WCOD te handhaven en het temporele toepassingsgebied van deze wettelijke regeling specifiek toe te snijden op die gevallen van grensoverschrijdende onrechtmatige daad die niet door Boek 10 BW (titel 14) of een supranationale regeling worden bestreken.⁸²

Hoe de overgangsrechtelijke *twilight zone*, die door de intrekking van de WCOD is ontstaan, heldere contouren te geven? De praktijk wijst duidelijk in één richting. Rechtbanken en hoven bepaalden, ook na de inwerkingtreding van Boek 10 BW, aan de hand van de ingetrokken WCOD het toepasselijke recht (zie hiervoor par. 3.3). Het is ook de lijn die in de literatuur door de meerderheid van de auteurs lijkt te worden gevolgd.⁸³ Een antwoord op de vraag *waarom* aan de hand van een ingetrokken (lees: niet bestaande) wettelijke regeling het toepasselijke recht mag worden bepaald, blijft daarbij echter achterwege.

De oplossing van de hiervoor gesignaleerde overgangsrechtelijke problematiek ligt naar onze mening besloten in het overgangsrecht zelf.⁸⁴ Krachtens de hoofdregel van art. 68a lid 1 Ow heeft het nieuwe recht – Boek 10 BW, onder gelijktijdige intrekking van het oude recht inclusief de WCOD – onmiddellijke werking. In voorkomende gevallen kan echter ingevolge het tweede lid van art. 68a Ow van dit beginsel worden afgeweken en herneemt het oude recht – in ons geval de

WCOD – zijn werking.⁸⁵ Zoals eerder door ons is betoogd (zie par. 2), biedt de redelijkheids- en billijkheidstoets van art. 75 lid 1 Ow een rechtsgrond om, in bijzondere gevallen, af te wijken van het uitgangspunt van de onmiddellijke werking en het oude recht te laten ‘herleven’.

Is reeds het enkele gegeven dat casus die vóór de inwerkingtreding van Boek 10 BW werden gedekt door een geschreven verwijzingsregel (de WCOD), maar daarna klaarblijkelijk (en abusievelijk?) worden beheerst door ongeschreven regels van gemeen IPR, afdoende om ‘onaanvaardbaar’ te zijn in de zin van art. 75 lid 1 Ow? Wij menen van wel. De onvoorwaardelijke intrekking van de WCOD lijkt immers te berusten op een kennelijke omissie, waarbij het er alle schijn van heeft dat de wetgever het overgangsrechtelijke probleem dat daardoor is ontstaan eenvoudigweg over het hoofd heeft gezien.⁸⁶

Bij de toepassing en inkleuring van art. 75 lid 1 Ow zou – hoewel hiervan in de onderhavige situatie strikt genomen geen sprake is – bovendien een parallel kunnen worden getrokken met het verschijnsel van de verandering van verwijzingsregels in de tijd.⁸⁷ Beginselen en belangen die bij een opeenvolging van conflictregels een rol kunnen spelen, zijn het belang van de rechtszekerheid en dat van de voorzienbaarheid: partijen kunnen er soms belang bij hebben dat de (oude) verwijzingsregel(ing) wordt toegepast die gold op het tijdstip waarop de desbetreffende rechtsverhouding of het rechtsfeit, zoals een onrechtmatige daad, tot stand kwam. Zo is het denkbaar dat partijen, eenmaal verwikkeld in een juridisch debat, hun processtrategie op de oude verwijzingsregel, bijvoorbeeld afkomstig uit de WCOD, hebben afgestemd. In het verlengde van het belang van de rechtszekerheid en de voorzienbaarheid ligt het belang van de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen. Dit beginsel verlangt dat een verwijzingsregel(ing) wordt toegepast waarop partijen in goed vertrouwen mochten aangaan. Illustratief in dit verband is de opeenvolging van verwijzingsregimes die zich heeft voorgedaan op het terrein van het internationale huwelijksvermogensrecht en waarbij, onder

81. Rb. Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBOT:2013:BZ2397, r.o. 4.3.1-4.3.4. De verordening Rome II had in dit geval hoe dan ook niet mogen worden toegepast, omdat deze casus buiten het temporele toepassingsgebied van de verordening viel. De schadeveroorzakende gebeurtenissen hadden zich immers voorgedaan vóór 11 januari 2009.

82. Vgl. bijv. art. 12 lid 2 van de ingetrokken Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime, waarin de wet zijn eigen temporele toepassingsbereik aangeeft. Zo ook art. 7 van de ingetrokken Wet conflictenrecht erfopvolging.

83. Zie o.a. Zilinsky 2010, p. 579-580, Pontier 2015, nr. 167, Kok & Thuijs 2015, p. 36 en Ibili (losbl.), IX.1, IX.5, IX.6.A, IX.6.B en IX.6.C.3.

84. In deze richting lijkt ook te wijzen Koppenol-Laforce 2014, p. 355.

85. Zie Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 29, waaruit duidelijk naar voren komt dat de term ‘recht’ in de zin van art. 68a lid 2 Ow een bredere strekking heeft dan uitsluitend de bepalingen van het (oud) BW. Expliciet worden genoemd het Wetboek van Koophandel en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

86. In de MvT op de Vaststellers- en Invoeringswet Boek 10 BW wordt als enige reden voor de intrekking van de WCOD aangevoerd dat het onwenselijk is dat verschillende regimes (WCOD en Rome II) naast elkaar bestaan. De hier gesignaleerde overgangsrechtelijke problematiek wordt in elk geval niet onderkend. Zie Kamerstukken II 2009/10, 32137, 3, p. 87 en 91.

87. Zie meer uitgebreid Asser/Vonken 10-I 2013/90 e.v. In de in deze bijdrage aan de orde gestelde overgangsrechtelijke problematiek is geen sprake van een opeenvolging van verwijzingsregels, maar is een bestaande verwijzingsregel(ing) ingetrokken zonder dat daar een gelegitimeerde en kenbare (geschreven of ongeschreven) verwijzingsregel voor in de plaats is gekomen.

omstandigheden, de werking van de oude verwijzingsregel wordt geëerbiedigd.⁸⁸

5 Conclusie en aanbeveling

Met de inwerkingtreding op 1 januari 2012 van Boek 10 BW is krachtens art. IV sub o van de Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 BW de WCOD ingetrokken. Desalniettemin wordt in de praktijk nog steeds in voorkomende gevallen, zonder nadere onderbouwing, aan de hand van de WCOD het toepasselijke recht bepaald. De rechtsgrond voor deze toepassing kan naar onze mening worden gevonden in art. 68a lid 2 jo. art. 75 lid 1 Ow. De redelijkheid- en billijkheidstoets van art. 75 lid 1 Ow in combinatie met de eerbiedigende werking van art. 68a lid 2 Ow biedt naar onze mening een valide grondslag om, in bijzondere gevallen, af te wijken van het overgangsrechtelijke uitgangspunt van de onmiddellijke werking (art. 68a lid 1 Ow) en het oude recht – de WCOD – te laten ‘herleven’.

De volgende vier situaties zijn dan denkbaar: (1) Schadeveroorzakende gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden vóór 11 januari 2009 worden – behoudens een bijzondere verdragsregeling – krachtens art. 68a lid 2 jo. art. 75 lid 1 Ow beheerst door de WCOD. (2) Schadeveroorzakende gebeurtenissen die binnen het materiële toepassingsgebied van de verordening Rome II vallen en die zich hebben voorgedaan op of na 11 januari 2009 worden, met uitzondering van verdragsgevalen, beheerst door de verordening Rome II. (3) Grensoverschrijdende onrechtmatige daden gepleegd op of na 1 januari 2012 en die niet binnen het materiële toepassingsgebied van de verordening Rome II en evenmin onder een bijzondere verdragsregeling vallen, worden beheerst door titel 14 van Boek 10 BW. Art. 10:159 BW verklaart op deze gevallen de verordening Rome II van overeenkomstige toepassing. (4) Ten slotte worden onrechtmatige gedragingen die zich voordeden in de periode tussen 11 januari 2009 en 1 januari 2012 en die zowel buiten het materiële toepassingsgebied van de verordening Rome II als buiten een bijzondere verdragsregeling vallen als restcategorie op grond van art. 68a lid 2 jo. art. 75 lid 1 Ow eveneens beheerst door de WCOD. *Never a dull moment* in het grensoverschrijdende privaatrecht.

88. Zie de onbeperkte terugwerkende kracht van de verwijzingsregel uit het Chelouche/Van Leer-arrest (HR 10 december 1976, NJ 1977/275 m.nt. JCS) op basis van het Sabah-arrest (HR 7 april 1989, NJ 1990/347 m.nt. JCS) en de doorbreking daarvan ten gunste van de nationale wet van de man op grond van de Sabah-exceptie dan wel het Haagse Italianen-arrest (HR 27 maart 1981, NJ 1981/335 m.nt. JCS) onder toepassing van art. 2 van het opgezegde Haags Huwelijksevolgenverdrag 1905. Nader hierover o.a. I.S. Joppe, *Huwelijksvermogensrecht* (Praktijkreeks IPR, deel 7), Deventer: Kluwer 2003, nr. 7 e.v. en A.P.M.J. Vonken, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel II. Internationaal personen-, familie- en erfrecht, Deventer: Kluwer 2012, nr. 216 e.v.