



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Internationale milieuverontreiniging en enkele andere ipr-aspecten van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen. Een case-study naar de vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht anno 2010: ontwikkelingen aan het begin van een nieuw decennium (International Environment Pollution and some other PIL-Issues of Transnational Corporate Social Responsibility)

Eeckhout, V. van den

Citation

Eeckhout, V. van den. (2010). *Internationale milieuverontreiniging en enkele andere ipr-aspecten van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen. Een case-study naar de vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht anno 2010: ontwikkelingen aan het begin van een nieuw decennium (International Environment Pollution and some other PIL-Issues of Transnational Corporate Social Responsibility)*. Louvain: Europese Unie. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15189>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15189>

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

International Environment Pollution and some other PIL–Issues of Transnational Corporate Social Responsibility

A case-study of the instrumentalisation of Private International Law in the year 2010: developments at the beginning of a new decade

On the 30th of December 2009, the court of The Hague accepted international competence in the case “Shell/Shell Nigeria”. As the jurisdiction issues have been solved, legal proceedings can actually start.

During these legal proceedings it is possible that issues about applicable law will come forward. In this article, the author focuses on Private International Law Issues as related to cases *like* Shell, without focusing however on the PIL-issues of the specific Shell case itself.

The article focuses on the Rome II Regulation – the new European PIL-source including rules of applicable law on torts. The crucial question is the following: in how far does the Rome II regulation allow to declare applicable - if desired by the victims - Dutch tort law in cases of “Transnational Corporate Social Responsibility” as they might be brought in future against parent companies holding their seat in the Netherlands, either before the Dutch judge or before another European judge, especially if the claim of the victims concerns Parent Corporation liability for damages occurred in developing countries.

In her attempt to answer this question, the author gives some comments on the impact of national PIL-rules of EU-Member States – e.g. national rules about “surrogate law” – and the interaction of these rules with European interference in PIL, as well as on the impact of the way issues of “qualification” are solved by the EU-Member States – e.g. the complication of the delimitation between “tort law issues” and “corporate law issues” – and the interaction thereof with European interference.

In this analysis, issues about respect for Fundamental Rights as related to Transnational Corporate Social Responsibility come forward. Particularly, the case of Transnational Corporate Social Responsibility shows how national practices of EU-Member States could lead to more – or less - respect for Fundamental Rights *and*, more in general, more – or less - protection of “victims”, *interrelating* with European interference in PIL.

March 22th 2010

An *earlier*, shorter version (dated on February 10th) of this article can be consulted on http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1550760

Internationale milieuverontreiniging en enkele andere ipr-aspecten van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen.

Een case-study naar de vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht anno 2010: ontwikkelingen aan het begin van een nieuw decennium.

I. Inleiding: de lopende “Shell-zaak”

Op 30 december 2009 heeft de rechtbank 's Gravenhage zich bevoegd verklaard in een rechtszaak die door Milieudefensie en meerdere Nigeriaanse boeren was aangespannen tegen zowel Shell Nigeria als het Shell moederbedrijf in Nederland.¹ Het gaat om een zaak van olievervuiling in de Nigerdelta. Shell had op 3 december betoogd dat de Nederlandse rechter niet bevoegd zou zijn om te oordelen over de aansprakelijkheid van Shell Nigeria, maar op grond van regels van internationale bevoegdheid heeft de Haagse rechtbank toch rechtsmacht opgenomen. De zaak werd door de rechtbank verwezen naar de rol van 10 februari 2010 voor conclusie van repliek; inmiddels werd beslist de zaak aan te houden tot 24 maart 2010. Daarmee ligt alleszins wel de weg open naar een verdere inhoudelijke behandeling van de zaak.

Regels van internationaal privaatrecht (hierna “*ipr*”) bleken cruciaal in de uitspraak van de Haagse rechter van 30 december 2009: ipr-regels van internationale bevoegdheid zijn richtinggevend bij de beoordeling van de rechtsmacht van een rechter in een grensoverschrijdende zaak. Ook in de verdere behandeling van de zaak kunnen ipr-regels nog van betekenis zijn, meer bepaald ipr-regels van toepasselijk recht. Regels van toepasselijk recht bepalen immers welk recht op een grensoverschrijdende rechtsverhouding moet worden toegepast: ipr-regels zijn zodoende van cruciaal belang bij de beantwoording van de vraag in hoeverre Nederlands recht dan wel Nigeriaans recht van toepassing is op de beoordeling van de aansprakelijkheid van Shell en Shell Nigeria voor in Nigeria aangerichte milieuschade.

II. ... als opstap naar de behandeling van een bredere problematiek: ipr-aspecten van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen

De zaak Shell staat niet op zich. De zaak moet worden geplaatst in een ruimer debat over Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen in grensoverschrijdende situaties, in het bijzonder in situaties waarbij in ontwikkelingslanden internationaal erkende mensenrechten, arbeids- en milieunormen worden geschonden door de buitenlandse dochteronderneming van een in Nederland gevestigd moederbedrijf. Wordt buiten Europa milieuschade of andere schade aangericht of nog, worden buiten Europa fundamentele arbeidsnormen geschonden, dan kan (ook) de aansprakelijkheid in het geding zijn van een in Nederland gevestigd (moeder)bedrijf – en daarbij kunnen ipr-regels van belang zijn.

¹ Rb. 's Gravenhage 30 december 2009, www.rechtspraak.nl LJNBK8616. Voor meer informatie over deze zaak, inclusief toegang tot juridische documenten, zie www.milieudefensie.nl/shellrechtszaak. Op de site van Milieudefensie staat te lezen dat het een “unieke rechtszaak” betreft: het zou voor zover bekend de eerste keer in de geschiedenis zijn dat een Nederlands bedrijf zich voor een Nederlandse rechter moet verantwoorden voor milieuschade die een dochterbedrijf in het buitenland heeft aangericht.

De aandacht voor deze problematiek is dezer dagen groot. In december 2009 is een door het Nederlandse Ministerie van Economische Zaken uitgeschreven onderzoek afgerond over de juridische verantwoordelijkheid van Nederlandse moederbedrijven voor de betrokkenheid van dochters bij schendingen van fundamentele, internationale erkende rechten.² Nu onderkend wordt dat ipr-regels richtinggevend kunnen zijn bij de beoordeling van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter en de aansprakelijkheid van moeder- en dochterbedrijf, is in dit rapport ook ter dege aandacht besteed aan ipr. In het rapport wordt daarbij enkel ingegaan op *Nederlandse* ipr-regels: er wordt van uitgegaan dat de procedure in Nederland wordt gevoerd; er wordt zodoende niet ingegaan op het ipr-perspectief van andere landen waar mogelijk een procedure tegen een in Nederland gevestigd moederbedrijf wordt gestart. Bij de analyse van dat Nederlandse ipr-perspectief worden uiteraard wel zowel ipr-bronnen van supranationale origine als van nationale origine betrokken. Op het gebied van regels van toepasselijk recht inzake onrechtmatige daad gaat het dan om de Rome II verordening – een ipr-bron van Europese origine die voor alle EU-lidstaten behoudens Denemarken geldt – en de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad – een ipr-bron van Nederlandse origine die uiteraard alleen van toepassing kan zijn indien de procedure zich in Nederland afspeelt. Wat betreft regels van toepasselijk recht op onrechtmatige daad bestaat volgens de onderzoekers overigens geen werkelijk verschil in uitkomst bij vergelijking van de Rome II verordening – ipr-bron van Europese origine – enerzijds, de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad – ipr-bron van nationale origine – anderzijds.

III. Focus op ipr-regels inzake onrechtmatige daad van Europese origine

Aan de eigenheden van de lopende Shell-zaak wordt in het rapport – bewust – geen aandacht besteed. Ook ik ga in deze bijdrage niet verder in op de ipr-eigenheden van de Shell zaak.

Ik ga integendeel meer algemeen in op enkele ipr-aspecten van de beoordeling van de aansprakelijkheid van Nederlandse bedrijven en hun dochterondernemingen voor betrokkenheid bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten in ontwikkelingslanden. Ik focus wat betreft Nederlandse regels van toepasselijk recht inzake *onrechtmatige daad* – waaronder begrepen regels van toepasselijk recht inzake internationale milieuverontreiniging – bovendien op regels van toepasselijk recht die momenteel wel al in werking zijn maar een beperkt temporeel toepassingsgebied hebben en waarvan het, precies gezien de temporele beperking van het toepassingsgebied van de Rome II verordening, onwaarschijnlijk lijkt dat ze op de momenteel lopende Shell-casus zullen worden toegepast³ -, met name de regels van toepasselijk recht zoals vervat in de

² A.G. Castermans en J. Van der Weide, “De juridische verantwoordelijkheid van Nederlandse moederbedrijven voor de betrokkenheid van dochters bij schendingen van fundamentele, internationale erkende rechten”, te raadplegen op de website van het Ministerie van Economische zaken, zie http://www.ez.nl/Actueel/Kamerbrieven/Kamerbrieven_2009/December_2009/Aanbieding_onderzoek_aan_sprakelijkheid_MVO , zie ook Kamerstuk 139382, Dossier 26485, nr. 81. Op 14 januari 2010 vond in de Tweede Kamer een commissievergadering plaats over de aansprakelijkheid van Nederlandse moederbedrijven.

³ De momenteel lopende Shell casus lijkt nog onder het toepassingsgebied van de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad te vallen.

Rome II verordening.⁴ Vanuit Nederlands oogpunt bekeken, vervangt deze verordening – voor zover dus temporeel van toepassing - nagenoeg geheel de regels zoals vervat in de Nederlandse Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad. De Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad is een ipr-bron van nationale origine, de Rome II verordening is een ipr-bron van Europese origine. Voor wat betreft Nederlandse regels van toepasselijk recht inzake *arbeidsverhoudingen* – waar ik in deze bijdrage zijdelings melding van maak – is eveneens een ipr-bron van Europese origine beschikbaar, met name de Rome I verordening.⁵ Deze verordening vervangt sinds december 2009 het EVO-verdrag.⁶

Bij vermelding van deze ipr-bronnen blijkt hoe Nederlandse ipr steeds meer van Europese origine wordt, als uitvloeisel van het fenomeen van europeanisatie van het ipr. In dat proces van europeanisatie worden zowel reeds bestaande Europese ipr-verdragen omgezet in een verordening – zie het fenomeen van omzetting van het EVO-verdrag in een verordening, met name de Rome I verordening -, als geheel nieuwe verordeningen uitgevaardigd – zie de uitvaardiging van de Rome II verordening. Overigens blijkt de uitvaardiging van Europese ipr-regelgeving en de interpretatie van die regels door het Hof van Justitie soms ook nog anderszins effecten te hebben op Nederlands ipr; zo wordt in artikel 159 van titel 14 (“Verbintenissen uit andere bron dan overeenkomst”) van het wetsvoorstel tot codificatie van het Nederlandse ipr⁷ inzake het recht toepasselijk op verbintenissen uit andere bron dan overeenkomsten voorzien “Op verbintenissen die buiten de werkingssfeer van de Verordening “Rome II” en de terzake geldende verdragen vallen en die als onrechtmatige daad kunnen worden aangemeld, zijn de bepalingen van

⁴Verordening (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. L 199/40, 31.7.2007. Over het temporeel toepassingsgebied van de Rome II verordening, zie artikel 31 en 32 van de verordening (voor de interpretatieproblemen waartoe deze artikelen aanleiding geven – met name de vraag of de verordening slaat op schadeverwekkende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan na 11 januari 2009, of op gebeurtenissen die al veel eerder plaatsvonden, zie o.a. J. Meeusen, “Nieuw Europees conflictenrecht voor niet-contractuele verbintenissen”, Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht 2008, p. 474).

⁵ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (“Rome I”), Pb. L 177/6, 4.7.2008. De basisregels van het EVO-verdrag inzake toepasselijk recht op internationale arbeidsverhoudingen zijn daarbij nagenoeg ongewijzigd overgenomen. De werknemer wordt ook in de Rome I verordening beschouwd als een “zwakke partij” die op ipr-vlak bescherming behoeft.

⁶ Verdrag van Rome 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Over het onderscheid in deze problematiek tussen vorderingen *uit overeenkomst* en vorderingen uit onrechtmatige daad, zie A.A.H. van Hoek, “Transnational Corporate Social Responsibility: Some issues with regard to the liability of European corporations for labour law infringements in the countries of establishment of their suppliers”, in A. Veldman, F. Pennings en Y. Konijn (eds.), *Social responsibility in Labour relations: European and comparative perspectives 2008*, Kluwer Law International, p. 147-170, ook te raadplegen via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113843 - zie hierover ook nog kort infra, in de context van de bespreking van de “accessoire aanknopng”. Zie bovendien ook infra, in hoofdstuk V evenals voetnoot 14, over het onderscheid in deze problematiek tussen vorderingen uit onrechtmatige daad enerzijds, vorderingen die als vennootschapsrechtelijk zouden kunnen worden gekwalificeerd anderzijds.

⁷ Wetsvoorstel Boek 10 Burgerlijk Wetboek (Internationaal Privaatrecht), Tweede Kamer 2009-2010, 32137. Overigens vermeld ik hier dat in de pleidooien van partijen in de Shell-zaak door partijen ook ingegaan werd op de jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake het EEX-verdrag c.q. de EEX-verordening, dit ter adstruering van de door hen voorgestane interpretatie van regels van internationale bevoegdheid zoals vervat in het Nederlandse Wetboek van Rechtsvordering.

de Verordening “Rome II” van overeenkomstige toepassing.”⁸ Bij de invoering van Boek 10 zal de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad worden opgeheven Kortom, naar de toekomst toe zullen almaar meer wegen leiden naar Rome II, zowel omdat almaar meer situaties binnen het temporeel toepassingsgebied van de Rome II verordening zullen vallen, als omdat de Nederlandse ipr-codex – eens in werking – zelf terug verwijst naar Europese ipr-regels als die Europese ipr-regels zelf als zodanig niet toepasselijk zijn. Maar in hoeverre leidt de Rome II verordening nu zelf tot mogelijkheden tot veroordeling op grond van aansprakelijkheid, zo luidt de vraag die ik hierna op niet-exhaustieve wijze zal behandelen.

Vertrekpunt daarbij is dat in de Rome II verordening als basisregel ter aanduiding van het op een vordering uit onrechtmatige daad toepasselijke recht, het recht wordt toepasselijk verklaard van het land waar de schade zich voordoet.⁹ In ipr-jargon gaat het hier om de toepassing van de zogenaamde “lex loci damni” – een verbijzondering van de “lex loci delicti”. Opvallend is wel dat inzake vorderingen inzake internationale milieuverontreiniging overeenkomstig artikel 7 Rome II verordening een bijzondere regel geldt die als volgt luidt: “De niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit milieuschade dan wel uit letsel- of vermogensschade als gevolg van milieuschade, wordt door het overeenkomstig artikel 4, lid 1, bepaalde recht beheerst, tenzij de persoon die schadevergoeding vordert besluit zijn vordering te baseren op het recht van het land waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan.”¹⁰ In zoverre dus in zaken van internationale milieuverontreiniging mocht worden vastgesteld dat het land waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan – in ipr-jargon het zogenaamde Handlungsort - een ander land is dan het land waar de schade zich voordoet – in ipr-jargon het zogenaamde Erfolgsort - , wordt aan de eiser een eenzijdig keuzerecht toegekend tussen het recht van deze beide landen. Degene die schade lijdt kan zodoende uit de in aanmerking komende rechtsstelsels kiezen voor toepassing van het rechtsstelsel dat hem of haar het meest gunstige resultaat oplevert.

Overeenkomstig artikel 2 Rome II verordening heeft de verordening een universeel toepassingsgebied, in die zin dat het door deze verordening aangewezen recht van toepassing is, ongeacht of dit het recht van een lidstaat is.

Getransponeerd op de vraag naar het toepasselijke recht op een vordering uit onrechtmatige daad gebaseerd op schade die zich voordoet in een niet-Europees land in

⁸ Hier wordt gebruik gemaakt van een beproefd procédé, zie bv. ook de terugkoppeling in artikel 4 Rechtsvordering naar de bevoegdheidsregels van de Brussel II bis verordening. Over de vraag of het Hof van Justitie in een zodanig geval prejudiciële bevoegdheid heeft tot uitlegging van nationale ipr-bepalingen, zie M.V. Polak, “Inspiration from above: making and interpreting Dutch law on jurisdiction in Civil and Commercial Matters in Light of European Law” in H. Snijders en S. Vogenauer (eds.) *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Munich: Sellier European Law Publishers 2009, p. 113-131.

⁹ Dit “(...) ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen”, zie artikel 4 lid 1 Rome II verordening.

¹⁰ In de preambule bij de Rome II verordening wordt in overweging 24 gedefinieerd wat onder milieuschade in de zin van de Rome II verordening moet worden verstaan. Zie ook over de definitie van milieuschade COM(2003)427, p. 21.

situaties als hoger aangegeven, lijken zodoende, bekeken vanuit het ipr, in wezen de *lokale*, niet-Europese normen richtinggevend. In het onderzoeksrapport waarvan hoger sprake wordt ook van dit basisprincipe uitgegaan. De aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van Nederlandse moederbedrijven voor in het buitenland door hun dochterbedrijven begane schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten is volgens de onderzoekers in wezen te beoordelen naar buitenlands recht. Tot deze conclusie komen de onderzoekers na analyse van de bepalingen van de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad – de Nederlandse ipr-bron van nationale origine – evenals van de Rome II verordening – de ipr-bron van supranationale (en meer bepaald Europese) – origine. De onderzoekers tonen zich bovendien op ipr-vlak voorzichtig en soms zelfs terughoudend ten aanzien van de inzet van mogelijkheden of welbepaalde ipr-technieken om, hetzij in de bijzondere casus van internationale milieuvervuiling, hetzij in een casus van vordering uit onrechtmatige daad die niet als een vordering uit milieuschade valt te categoriseren, uitzonderingen toe te laten op dit principe.¹¹ Wel maken de onderzoekers gewag van de mogelijkheid de exceptie van internationale openbare orde zoals voorzien in artikel 26 Rome II verordening in te roepen; in die specifieke hypothese kan volgens hen kennelijk - na terzijde stelling van onderdelen van het normaal toepasselijke buitenlandse recht omdat het zou indruisen tegen de internationale openbare orde – zonder meer Nederlandse recht worden toegepast.

In een eerdere studie van de Rome II verordening door Enneking¹² lijkt *in gevallen van internationale milieuvervuiling* echter welhaast als vanzelfsprekend het Nederlandse recht van de in Nederland gevestigde moedermaatschappij aangeduid te kunnen worden als “het recht van het land waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan” – en wordt daarmee toepasselijkheid van Nederlands recht opengesteld aan slachtoffers van milieuschade -; wel wordt door Enneking de toepassing van Nederlands recht in situaties die niet onder artikel 7 Rome II kunnen worden gebracht – maar onder de basisregel van de Rome II verordening vallen - vanuit ipr-perspectief als bijzonder moeilijk voorgesteld: de uitzonderingen die de Rome II verordening biedt op de basisregel voor situaties die niet kunnen worden gecategoriseerd als milieuschade, zouden heel beperkt zijn; onderuit komen aan toepasselijkheid van het lokale recht zou in wezen slechts mogelijk zijn op een “case by case” basis.

¹¹ Zie met name het rapport (supra, voetnoot 2) betreffende de mogelijkheid tot inschakeling van de ontsnappingsclausule van artikel 4 lid 3 Rome II, de invulling van artikel 7 en artikel 17 Rome II. De methode van “voorrangsregels” wordt in het onderzoeksrapport maar op zeer korte wijze vermeld. Waar de rapporteurs melden “de opmerkingen over de bevoegdheid van de rechter en het toepasselijk recht zijn gebaseerd op internationale regelingen die relatief weinig ruimte voor eigen interpretatie laten”, wordt zodoende toch gekozen voor een vrij restrictieve interpretatie van de Rome II verordening – dit terwijl op dit punt nog geen jurisprudentie van het Hof van Justitie voorhanden is inzake de toepassing van de onderscheiden Rome II bepalingen in deze materie. Van Hoek (supra, voetnoot 6) laat in die zin meer “ruimte” waar zij eerst diverse “avenues” bespreekt en vervolgens pas stelt “*If the ECJ would decide to block these avenues, it would seem that only the recourse to the public policy exception remains*” (cursivering *vvde*).

¹² L. Enneking, “The Common Denominator of the Trafigura Case, Foreign Direct Liability Cases and The Rome II Regulation. An Essay on the Consequences of Private International Law for the Feasibility of Regulating Multinational Corporation through Tort Law”, *European Review of Private Law* 2008, p. 283-311.

Uitgaande van het voorgaande *en* in het besef dat het er Nederlandse (moeder)bedrijven veel aan gelegen kan zijn niet het Nederlandse maar het buitenlandse recht toepasselijk te laten verklaren op tegen henzelf en/of hun dochtermaatschappijen gerichte vorderingen - dit in de veronderstelling dat in Nederlands recht¹³ strengere normen zijn geïncorporeerd dan in buitenlands recht¹⁴ – evenals in het besef dat voorstellen tot aanpassing/”verstrenging” van Nederlands recht een maat voor niets zouden zijn als uiteindelijk Nederlands recht niet of nauwelijks van toepassing zou kunnen worden verklaard - spits ik mij hierna vooral toe op de mogelijkheden te komen tot toepasselijkheid van (aspecten van) Nederlands recht *indien slachtoffers menen dat beoordeling van hun vordering op grond van Nederlands recht in plaats van lokaal recht voor hen voordelen biedt*: hoever reikt enerzijds het uitzonderlijk karakter van de regeling inzake milieuschade en hoever precies kan dan de bijzondere bepaling van de Rome II verordening inzake internationale milieuverontreiniging “opgerecht” worden, en in hoeverre moeten anderzijds de in Rome II verordening opgenomen uitzonderingen op het basisbeginsel daadwerkelijk restrictief worden toegepast in een casus waarbij buiten Europa schade is ontstaan ten gevolge van schending van fundamentele normen? Ik ga daarbij uit van de huidige versie van de Rome II verordening.

IV. Een nadere verkenning van de algemene en bijzondere regels van de Rome II verordening.

IV.A. Beleidskeuzes. Instrumentalisering van het ipr voor Europese beleidsdoeleinden – instrumentalisering van het ipr voor de bestrijding van milieuverontreiniging

¹³ Voor een uiteenzetting van aspecten van *Nederlands materieel recht* die in deze materie relevant kunnen zijn, zie M.C.P. Jägers en M-J van der Heijden, Corporate Human Rights Violations: the feasibility of civil recourse in the Netherlands, Brooklyn Journal of International Law 2008, p. 833-870. Zie ook voor mogelijke verschillen op het vlak van materieel recht die terzake van belang kunnen zijn, evenals beginselen van *ius cogens*, mensenrechtelijke beginselen, EVRM-bepalingen etc., A.A.H. van Hoek, “Transnational Corporate Social Responsibility” (supra, voetnoot 6). Zie ook voor *voorstellen* tot aanpassing van Nederlands recht, de voorstellen van MVO Platform en Milieudefensie gepresenteerd ter gelegenheid van de hoorzitting van 14 januari 2010 (supra, voetnoot 2), te raadplegen via <http://www.mvoplatform.nl> (zie met name http://mvoplatform.nl/publications-nl/Publication_3318-nl) en <http://www.milieudefensie.nl> (met name http://www.milieudefensie.nl/globalisering/publicaties/infobladen/inlegvel_ketenverantwoordelijkheid_mv_o_commissieez_milieudefensie_140110FINAL.pdf) Worden naar de toekomst toe wijzigingen aangebracht aan Nederlands materieel recht, dan kunnen ipr-bepalingen een belangrijke rol spelen bij de beantwoording van de vraag of deze regels ook daadwerkelijk toepasselijk zijn in een welbepaalde internationale casus: ipr-regels kunnen hier een scharnierrol vervullen.

¹⁴ Zie in deze context ook, in de momenteel lopende Shell zaak, de poging tot oprekking door de advocaten van Shell van het volgens deze advocaten op de onrechtmatige daad toepasselijke Nigeriaans recht tot toepassing op de vraag of artikel 3:305a BW kan worden ingeroepen: volgens de advocaten van Shell moet ook deze vraag beantwoord worden volgens het op de onrechtmatige daad toepasselijke recht – in casu volgens hen (op basis van de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad) Nigeriaans recht: gepoogd wordt het geldingsbereik van het op de onrechtmatige daad toepasselijke recht op te rekken en artikel 3:305a BW zo weg te kwalificeren c.q. redeneren. Daarentegen zijn uit de behandeling van artikel 3:305 BW door Vlas (P. Vlas, Rechtspersonen, Deventer: Kluwer 2002, p. 77 e.v.) elementen te kunnen worden gehaald dat deze vraag niet (ook) moet worden ondergebracht onder het recht dat de onrechtmatige daad beheerst.

Al in de eerste overweging van de preambule bij de Rome II verordening wordt er aan herinnerd dat de Europese Unie zich ten doel heeft gesteld “een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid” te handhaven en te ontwikkelen. Vanuit dit motto wordt deze jaren in een stormachtig proces ipr-regelgeving op Europees niveau uitgevaardigd. Ipr wordt door de Europese instellingen als het ware *geïnstrumentaliseerd* voor het bewerkstelligen van Europese beleidsdoeleinden. Zo vindt een vermaatschappelijking plaats van het ipr.¹⁵

Unificatie op Europees niveau van regels van toepasselijk recht inzake niet-contractuele verbintenissen werd kennelijk nodig geacht om de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid te kunnen realiseren. In de zesde overweging van de preambule bij de Rome II verordening wordt gesteld dat “de goede werking van de interne markt vereist, ter bevordering van de voorspelbaarheid van de uitslag van rechtsgedingen, de rechtszekerheid en het vrije verkeer van vonnissen, dat de in de lidstaten geldende collisieregels hetzelfde nationale recht aanwijzen, ongeacht bij welke rechter het geding aanhangig wordt gemaakt.” Hier worden door de Europese wetgever de klassieke legitimeringen voor Europese unificatie van regels van toepasselijk recht naar voren geschoven.

Bij de beantwoording van de vraag *in welke zin* de regels van toepasselijk recht dan wel moeten worden geünificeerd, blijkt de Europese wetgever zich door een speciale bekommernis te hebben laten inspireren waar het ging om het opstellen van een eenvormige regel van toepasselijk recht inzake milieuverontreiniging. Met name toont de Europese wetgever zich in deze materie bezorgd om slachtoffers van internationale milieuvervuiling c.q. het bestrijden van internationale milieuverontreiniging.¹⁶ Een en

¹⁵ Overigens was het fenomeen van instrumentalisering van ipr voor beleidsdoeleinden de voorbije jaren zeker geen exclusief Europees fenomeen. Zo waren op nationaal niveau de voorbije jaren tekenen te zien van (pogingen tot) instrumentalisering van regels van internationaal familierecht – als onderdeel van internationaal privaatrecht – voor migratiedoeleinden. De meest recente uiting hiervan is te signaleren in de plannen tot aanpassing van de Wet Conflictenrecht Huwelijk op het punt van de mogelijkheid tot het aangaan van neef-nicht huwelijken, zie hierover het persbericht van de Ministerraad van 2 oktober 2009, te raadplegen op http://www.regering.nl/Actueel/Persberichten_ministerraad/2009/oktober/02/Kabinet_verhoogt_de_eisen_voor_huwelijksmigratie_en_inburgering

¹⁶ Zie ook de overwegingen in de toelichting bij het oorspronkelijk voorstel van verordening (COM(2003)427, p. 21 e.v.) waaruit het in het licht van wat volgt de moeite loont uitgebreid te citeren: “De principiële aanknopng met het recht van de plaats waar de schade is ontstaan, is in overeenstemming met recente doelstellingen van het wetgevingsbeleid op het gebied van milieubescherming, waarbij de voorkeur uitgaat naar een strikte risicoaansprakelijkheid. De oplossing bevordert ook een preventiebeleid doordat de exploitanten die zijn gevestigd in een land met een laag beschermingsniveau worden verplicht rekening te houden met het hoger beschermingsniveau in de buurlanden, waardoor zij er minder belang bij hebben om zich te vestigen in een land met een laag beschermingsniveau. De regel draagt aldus bij tot de algemene verhoging van het milieubeschermingsniveau. De exclusieve aanknopng met de plaats waar de schade is ontstaan, zou evenwel ook inhouden dat een slachtoffer dat is gevestigd in een land met een laag beschermingsniveau niet profiteert van een eventueel hoger beschermingsniveau in de buurlanden. Gelet op de meer algemene milieudoelstellingen van de Unie dienen niet alleen de rechtmatige verwachtingen van het slachtoffer in acht te worden genomen, maar dient ook een wetgevingsbeleid te worden ontwikkeld dat ertoe bijdraagt het algemene milieubeschermingsniveau te verhogen, te meer daar de veroorzaker van de milieuschade, anders dan bij andere strafbare feiten, in het algemeen economisch voordeel haalt uit zijn schadeveroorzakende activiteit. De uitsluitende toepassing van het recht van de plaats waar de schade is

ander komt tot uitdrukking in de openstelling van een eenzijdig keuzerecht voor de eiser – slachtoffer van een casus van internationale milieuverontreiniging – tussen het recht van het Handlungsort en het recht van het Erfolgsort indien deze plaatsen zich in verschillende landen blijken te bevinden. Bekeken vanuit Nederlands ipr-perspectief gaat het slachtoffer er in die zin op vooruit bij vergelijking tussen de regels van de Nederlandse Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad – waarin dergelijk eenzijdig keuzerecht niet is toegekend, hoewel daar eerder wel voor was gepleit - en de Rome II verordening.¹⁷ Deze regel inzake milieuverontreiniging van de Rome II verordening is, zoals reeds aangegeven, te vinden in artikel 7 Rome II verordening. Artikel 7 vertoont duidelijk een materieel geïnspireerde inslag waarbij de traditionele conflictenrechtelijke blindheid inzake het door de regel van toepasselijk recht aangewezen recht verlaten wordt.

Overigens, waar het gaat om de algemene regels van de Rome II verordening zoals opgenomen in artikel 4, lid 1 tot en met 3, werd de Rome II verordening reeds meermaals verweten al te zeer het traditionele, Savigniaanse en regelblinde ipr-model te volgen en al te weinig aan te sluiten bij moderne, meer materieelrechtelijk geïnspireerde, tendensen in het ipr¹⁸; tegelijk zijn ook kritische geluiden te horen op het vermeende gebrek aan (voldoende) mogelijkheden om via hantering van de regels van de Rome II verordening *gedragsregulering* te bewerkstelligen.¹⁹ De regeling inzake milieuverontreiniging en het

ontstaan, zou een exploitant er immers toe kunnen aanzetten om zich aan de grens te vestigen en aldaar schadelijke stoffen in een rivier te lozen, waarbij hij speculeert op de minder strenge regelgeving in een buurland. Een dergelijke oplossing zou in strijd zijn met de achterliggende filosofie van het Europese materiële milieurecht en met het beginsel “de vervuiler betaalt.” Zie ook overwegingen 24 en 25 van de preambule van de Rome II verordening, waarin ook wordt herinnerd aan het streefdoel “milieuaantasting bij voorrang aan de bron te bestrijden.”

¹⁷ Zie ook V. Van Den Eeckhout, “Competing norms and European Private International Law. Sequel to “Promoting Human Rights within the Union. The Role of European Private International Law””, onder andere te raadplegen via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1259334). Overigens was in de Nederlandse literatuur destijds melding gemaakt van nog veel verdergaande mogelijkheden om uitdrukking te geven aan het begunstigingsbeginsel dan de mogelijkheden waarvoor in de Rome II verordening is gekozen. Zie de Boer (Th. M. De Boer, “Internationale milieuverontreiniging”, AA 1992, p. 526 waar hij stelt: “De tweede variant op het beschermingsprincipe strekt verder dan gelijke behandeling van structureel zwakkeren in internationale en interne gevallen. Hier is sprake van een conflictenrechtelijke begunstiging, ook wel aangeduid met de Latijnse term *favor*: van alle aanknopingsalternatieven komt dat recht in aanmerking dat hetzij een van tevoren bepaald materieel resultaat oplevert (bijvoorbeeld: geldigheid van een rechtshandeling, toekenning van alimentatie), hetzij de te beschermen partij de gunstigste behandeling geeft. Laatstgenoemde vorm van begunstiging is met name voor het internationaal milieurecht verdedigd, in ons land door Jessurun d’Oliveira en Weiffenbach. Zij pleiten voor een keuzerecht van de gelaedeerde voor het recht dat hem de beste bescherming verleent, maar vreemd genoeg lijken zij die optie te beperken tot een keuze tussen het recht van het Handlungsort en dat van het Erfolgsort. *Als ik een voorstander was van het begunstigingsbeginsel op dit tgeberrein, zou ik een ruimere keuze voorstaan: in ieder geval zou het recht van de respectievelijke woonplaatsen van partijen (indien dat niet samenvalt met het recht van Handlungsort-, respectievelijk het Erfolgsort) gekozen moeten kunnen worden*” (cursivering *vvde*).

¹⁸ Zie wel in meer nuancerende zin J. Meeusen, “Rome II: A True Piece of Community Law”, in J. Ahern en W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, Leiden Boston Martinus Nijhoff Publishers 2009, p. 13-14.

¹⁹ S. Symeonides, “Rome II and tort conflicts: a missed opportunity”, *American Journal of Comparative Law* 2008, p. 173-, ook te raadplegen via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1031803 ; Th. M. de Boer, “De grondslagen van de Verordening Rome II”, *WPNR* 2008, p. 988-993; de “Guest editorial” “Reshaping Private International Law in a Changing World” van H. Muir-Watt d.d. 2 april 2008 op

daarin opgenomen “begunstigingsbeginsel” wordt in die discussies vaak als een uitzondering op de regel voorgesteld en lijkt vaak als het ware als een soort van lichtend voorbeeld van hoe het anders – en beter – had gekund te worden beschouwd. Omtrent het gehalte aan “ipr-moderniteit” van de Rome II verordening blijkt al bij al wel enige controverse te bestaan.

IV.B. De invulling van begrippen van de Rome II verordening

De invulling van artikel 7 Rome II Verordening: de localisatie van het Handlungsort

De vraag kan nu rijzen in hoeverre bij milieuschade die is geleden in het buitenland – in het bijzonder in een ontwikkelingsland -, op basis van artikel 7 Rome II kan worden gekomen tot toepasselijkheid van Nederlands recht als recht van het Handlungsort: denkbaar is dat wordt betoogd dat de schade in wezen wordt veroorzaakt door falend toezicht van de moedermaatschappij die in Nederland is gevestigd en in Nederland bestuurshandelingen uitvoert c.q. anders had moeten handelen.²⁰ In het aan het Ministerie van Economische Zaken aangeboden onderzoeksrapport²¹ toont men zich terughoudend inzake het op deze manier bepleiten van toepasselijkheid van Nederlands recht op de aansprakelijkheid voor milieuschade die in een niet-Europees land is geleden; wel wordt er melding van gemaakt dat in de literatuur het standpunt wordt verdedigd dat artikel 7 in voornoemde zin zou kunnen worden begrepen, maar vervolgens wordt vrij expliciet afstand genomen van deze visie door te stellen dat artikel 7 “primair gericht lijkt te zijn op de klassieke milieuschadegevallen waarbij de feitelijke handeling (de lozing van afvalzouten, de ontploffing van een kerncentrale) in het ene land plaatsvinden, terwijl de schadelijke gevolgen (verziltning van het sproeiwater, de radioactieve neerslag) zich voordoen in het andere land.”

Enneking²² daarentegen interpreteerde, zoals hoger reeds aangegeven, artikel 7 eerder welhaast als vanzelfsprekend in die zin dat Nederlands recht op deze manier toepasselijk zou kunnen worden verklaard. Van Hoek²³ lijkt onder verwijzing naar bepaalde passages in het proefschrift van Vandekerckhove over doorbraak van aansprakelijkheid – en weliswaar niet specifiek in een bespreking van artikel 7 Rome II verordening maar in een meer algemene bespreking van het begrip “Handlungsort” ingeval van schending van mensenrechten waar Nederlandse bedrijven bij betrokken zijn - alleszins een opening in

www.Conflictoflaws.net. Zie ook de interventie Van Hoek op de Algemene Ledenvergadering 2008, na te lezen in het verslag van de bespreking van de preadviezen van de Algemene Ledenvergadering 2008, te raadplegen via www.nvir.org.

²⁰ Over de problematiek van het « omissiedelict », zie S. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford Hart 2004, p. 136 e.v., evenals infra, voetnoot 28. Zie ook, over omissiedelicten en “medeplichtigheid”, enkele opmerkingen van Van Hoek (supra, voetnoot 6).

²¹ Supra, voetnoot 2.

²² L. Enneking, “The Common Denominator of the Trafigura Case, Foreign Direct Liability Cases and The Rome II Regulation” (supra voetnoot 12). Zie ook - in navolging van de interpretatie van Enneking - M.C.P. Jägers en M.-J. van der Heijden, “Corporate Human Rights Violations: the feasibility of civil recourse in the Netherlands” (supra voetnoot 13), p. 853, in een bespreking van de toepassing van artikel 7 Rome II verordening op de Trafigura-zaak, evenals p. 869.

²³ A.A.H. Van Hoek, “Transnational Corporate Social Responsibility” (supra voetnoot 5). Zie ook de beslissing van de Engelse rechter in eerste aanleg in de zaak *Cape* d.d. 30 juli 1998 (aangehaald door K. Vandekerckhove, *Piercing the corporate veil: a transnational approach*, Deventer: Kluwer Law International, p. 659) en waarnaar Van Hoek zelf ook verwijst.

die zin te laten. Enige ondersteuning lijkt ook uit andere literatuur – zij het soms daterend van voor de uitvaardiging van de Rome II verordening te halen: zie met name een analyse van De Schutter²⁴ in een algemene bespreking – nog voor vaststelling van de Rome II verordening en zodoende los van de Rome II verordening – van het *lex loci delicti* principe en het daarbij te maken onderscheid tussen Handlungsort en Erfolgsort, daarbij verwijzend naar mogelijke toepassing van het recht van het land van vestiging van de moedermaatschappij; zie ook – eveneens in een bespreking los van de Rome II verordening (want eveneens daterend van de tijd voor vaststelling van de Rome II verordening), maar wel specifiek in een bespreking van internationale milieuverontreiniging een analyse van Anderson;²⁵ in haar boek “Corporations and Transnational Human Rights Litigation”²⁶ schreef Joseph in 2004, in een analyse van “*direct parent liability*”: “An increasingly common argument in the salient cases is to directly target the actions or omissions that arise in boardrooms at corporate headquarters as causus of a plaintiff’s harm, rather than the harmful behavior of a subsidiary corporation in another State. This argument has a number of possible advantages. *First, the site of the tortious act will be the corporation’s home State, often the place where the plaintiff wishes to commence litigation. ...*” (cursivering *vvde*). Interessant in deze context is ten slotte nog dat in haar in 1999 gepubliceerde proefschrift Lennarts²⁷ voor elk van de belangrijkste gevallen van *quasi-doorbraak in concernverhoudingen* aangaf, op welke wijze naar haar mening volgens de destijds geldende ipr-regels het op dat specifieke geval toepasselijke recht diende te worden bepaald; daarbij had zij telkens ook aandacht voor de mogelijkheid dat Handlungsort en Erfolgsort zouden uiteenlopen, en in die hypothese probeerde ze het Handlungsort ook in te vullen; vraag daarbij was ook telkens of het aangewezen was een vordering tegen de moeder te laten beheersen door een ander recht dan het recht toepasselijk op de vordering tegen de dochter; zo kwam de vraag naar opsplitsing van de vorderingen aan de orde. Duidelijk is dat dergelijke analyse zeker ook in deze context, onder gelding van de Rome II verordening, van belang kan zijn.

De vraag rijst ook in hoeverre Nederlandse rechtspraak gewezen onder toepassing van de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad of zelfs gewezen nog voor de inwerkingtreding van de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad – bijvoorbeeld inzake de localisatie van een “omissiedelict”²⁸ – relevant kan zijn bij toepassing van bepalingen van de Rome II verordening.

²⁴ O. De Schutter, “The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law” Working Paper 2004 (1), te raadplegen op <http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/s04deschutter.pdf>, p. 42.

²⁵ M. Anderson, “Transnational Corporations and Environmental Damage: Is Tort Law the Answer?”, Washburn Law Journal 2002, vol. 41, p. 416 (te raadplegen op <http://www.washburnlaw.edu/wlj/41-3/articles/anderson-michael.pdf>).

²⁶ S. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford Hart 2004, p. 134-138.

²⁷ M.L. Lennarts, *concernaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999. Zie bv. ook over problemen van localisatie van het Handlungsort A.J. Berends, *Insolventie in het internationaal privaatrecht*, Deventer Kluwer 2005, p. 421-424.

²⁸ Inzake de localisatie van een “omissiedelict”, zie HR 12 oktober 2001, NJ 2002, 255, noot Th. M. de Boer. Zie ook inzake het probleem van localisatie van het Handlungsort ook H.R. 14 april 1989, NJ 1990, 721, noot JCS (Benckiser), gewezen voor de inwerkingtreding van de WCOD.

Wat er ook van zij, mede vanuit onderkenning van de ratio van artikel 7²⁹ van de Rome II verordening lijkt we degelijk iets te zeggen voor een ruime interpretatie en invulling van het Handlungsort van artikel 7 Rome II verordening die zou kunnen leiden tot toepasselijk verklaring van Nederlands recht in geval de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ter discussie staat; in een nog verder doorgedreven invulling van artikel 7 zou overigens sprake kunnen zijn van niet twee maar nog meer rechtsstelsels waartussen door de eiser zou kunnen worden gekozen.³⁰ Artikel 7 zou bij navolging van dergelijke handelwijze zeer zeker worden opgerekt, maar een en ander zou zodoende precies ook aansluiten bij de ratio van het artikel zoals verwoord in het toelichtend verslag bij het oorspronkelijk voorstel van Rome II.³¹ Ik stip hierbij aan dat het Hof van

²⁹ Zie ook hierover de toelichting bij het voorstel Rome II.

³⁰ Zie ook de opmerkingen van A.A.H. van Hoek, “Transnational Corporate Social Responsibility” (supra voetnoot 6). “Handlungsort” zou dan zo mogelijk zowel een *feitelijke* invulling kunnen krijgen, als een invulling in ruimere zin. Overigens, stel dat invulling in soepele zin van artikel 7 Rome II verordening en het besef daarvan er toe zou leiden dat ondernemingen precies het Handlungsort proberen te situeren in landen waar een voor hen soepele regelgeving geldt, dan kan hier een analogie gemaakt worden met discussies zoals gevoerd inzake het toepasselijk te verklaren recht op onrechtmatige online publicaties, waar het argument speelt dat als het recht toepasselijk wordt verklaard van het land waar de servers zijn gelegen, servers zullen worden geplaatst in landen waar men het niet zo nauw neemt met aansprakelijkheid op grond van smaad. Zie hierover o.a. – vanuit Nederland - F. Ibili, “Ipr-aspecten van onrechtmatige online publicaties. Arrest High Court of Australia inzake online belediging zet internationale internetuitgevers op scherp,” JAVI, 2003, april evenals – vanuit België - B. De Groot, “Hoe diep is het water tussen het internet en het IPR ? De nationale regelgever en het wereldwijde internet”, zie

http://webs.hogent.be/~bgro479/Documentatie_Bestanden/Teksten/Documentatie_teksten_index.htm . Er moet dan ook voor worden gewaakt dat – in het geval het recht van het Erfolgsort het slachtoffer geen goede kansen biedt en het slachtoffer vandaar wil toepassing geven aan het recht van het Handlungsort – men bij de invulling van het Handlungsort ook hiervoor oog heeft. Overigens, in die situaties waar toepassing van het recht van een ontwikkelingsland waar de schade zich heeft voorgedaan voor het slachtoffer minder perspectief biedt dan toepassing van het recht van het land van vestiging van de moedermaatschappij, komt hier naar voren dat toepassing van het recht van het “oorsprongsland” van de onderneming c.q. van het recht van het land waar de handeling heeft plaatsgevonden in deze thematiek - in wat op het eerste zicht lijkt een “extracommunautaire context” - in het *voordeel* kan spelen van het slachtoffer van de onrechtmatige daad. De constellatie is in die zin anders dan bij discussies zoals die gevoerd werden omtrent bij laster en eeroof bij totstandkoming van de Rome II verordening: daar leek van de zijde van potentiële slachtoffers toch vooral gedacht te worden in de richting van toepassing van het recht van de verblijfplaats van het slachtoffer/van het recht waar de schade is geleden (samenvallend met welbepaalde moderne tendenzen in het internationale onrechtmatige daadsrecht), terwijl van de zijde van potentiële daders toch vooral gedacht leek te worden aan toepassing van het recht van het land handeling/van het recht van het land van vestiging van de dader (samenvallend met de traditionele ipr-visie inzake onrechtmatige daad, samenvallend ook met de tendens tot toepassing van een oorsprongslandbeginsel). De constellatie is ook anders dan in discussies die actueel worden gevoerd omtrent internationale detachering binnen Europa, en waar oosteuropese ondernemingen pogen vast te houden aan het recht van het land van herkomst van de onderneming voor wat betreft het op arbeidsverhoudingen van de gedetacheerde werknemers toepasselijke recht (toepassing van het “oorsprongslandbeginsel” valt in die context samen met toepassing van het verondersteld meest vertrouwde recht op de werknemer, maar gaat in tegen onder meer de ipr-tendens tot begunstiging van de werknemer). Bij internationale detachering poogt een onderneming op die manier te komen tot toepassing van het recht dat het minste verplichtingen inhoudt, in casu op het vlak van arbeidsvoorwaarden die dienen gerespecteerd te worden. In de casus van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen zal de onderneming in vele gevallen proberen precies onderuit te komen aan het “eigen” recht – om zo te komen tot toepassing van het recht dat hete minste verplichtingen inhoudt.

³¹ Cfr. supra, voetnoot 16. Wel is het zo dat in deze toelichting gesproken wordt van “buurlanden”, maar toch lijkt de toelichting een invulling van het Handlungsort waarbij de uitkomst er van is dat het niet per se

Justitie er in de recente zaak Hadadi niet voor terugschrok het in artikel 3 van de Brussel II bis opgenomen begrip “gemeenschappelijke nationaliteit” op te rekken en bijzonder soepel in te vullen in de hypothese van dubbele gemeenschappelijke nationaliteit, daarbij onder meer steunend op de ratio van artikel 3 Brussel II bis waarin alternatieve bevoegdheidscriteria zijn opgenomen – waaronder bevoegdheid op grond van de gemeenschappelijke nationaliteit van de betrokkenen.³² Het benieuwt mij nu in hoeverre het Hof van Justitie, gevraagd naar de interpretatie van artikel 7 Rome II verordening, bereid zou zijn ook de in dit artikel opgenomen concepten soepel in te vullen en zo mogelijk op te rekken.

Er moge in deze context, bij aanstipping van discussies over invulling van het Handlungsort en het op basis daarvan toepasselijk verklaarde recht, nog op worden gewezen dat Van Hoek³³ eerder aangaf dat de localisatie van verwijtbaar gedrag in Nederland mogelijk consequenties heeft op het vlak van de *werking van het EVRM*. Voorzover dergelijke consequenties daadwerkelijk zouden spelen, moet er mijns inziens op gewezen worden dat de aanduiding van het verwijtbaar gedrag ook los kan staan van de aanduiding van het toepasselijke recht: uiteraard, indien Nederland als Handlungsort wordt aangeduid bij toepassing van artikel 7 Rome II verordening³⁴, is zodoende meteen ook onderkend dat het verwijtbare gedrag zich in Nederland situeert; maar ook als bijvoorbeeld buitenlands recht wordt toepasselijk verklaard als Erfolgsort, zou nog steeds kunnen worden betoogd dat het verwijtbare gedrag zelf zich wel in Nederland heeft gesitueerd – met de overeenkomstige consequenties voor de werking van het EVRM.

De inschakeling en invulling van de ontsnappingsclausule van artikel 4 lid 3 Rome II verordening

Zijn er in de hypothese van een vordering op grond van milieuschade alternatieve wegen om te komen tot toepasselijkheid van Nederlands recht in een casus als voormeld? Er zou nog kunnen worden gedacht aan inschakeling van een “ontsnappingsclausule.” Artikel 4

om een buurland van het land van het Erfolgsort, niet uit te sluiten. Overigens moge hier nog gewezen worden op de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake artikel 5 sub 3 EEX (zie hierover bv. nog recent HvJ C-189/09, 16 juli 2009): het Hof toont in die zaken becommernis het “Erfolgsort” zo te begrijpen dat dit Erfolgsort in de zin van artikel 5 sub 3 EEX niet als vanzelf samenvalt met het forum dat reeds beschikbaar is op basis van artikel 2 EEX c.q. het Handlungsort van artikel 5 sub 3 EEX. Uiteindelijk gaat het hier dan om eenzelfde becommernis, zij het uitgevoerd in omgekeerde zin: het gaat er dan om toe te laten dat het Handlungsort zich elders kan situeren dan het Erfolgsort en niet welhaast automatisch zal samenvallen met het Erfolgsort. .

³² HvJ 16 juli 2009, C-168/08 (Hadadi). Zie hierover V. Van Den Eeckhout, “Het beroep op het bezit van een nationaliteit in geval van dubbele nationaliteit. Enkele aantekeningen naar aanleiding van de uitspraak Hadadi (C-168/08) van het Hof van Justitie”, NTER 2009, p. 307-316. Weliswaar betrof het in de zaak Hadadi de interpretatie van regels van rechtsmacht in een familierechtelijke casus, terwijl het in casu de interpretatie van regels van toepasselijk recht inzake onrechtmatige daad betreft; maar wel is bv. opmerkelijk dat in de zaak Hadadi mede gesteund werd op het principe van “access to justice”, terwijl ook in deze materie “access to justice” zeer belangrijk wordt geacht, zie bv. ook hierover het “rapport-Ruggie”, N. Human Rights Council, Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, U.N. Doc. A/HRC/8/5 (Apr. 7, 2008) (*prepared by John Ruggie*), te raadplegen via <http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf> .

³³ A.A.H. van Hoek, “Transnational Corporate Social Responsibility” (supra voetnoot 6).

³⁴ Of bv. in het kader van de invulling van de “ontsnappingsclausule” van artikel 4 lid 3 Rome II verordening, waarover meer infra.

lid 3³⁵ van de Rome II verordening omvat een “ontsnappingsclausule”, op grond waarvan kan worden afgestapt van de regel vervat in artikel 4 lid 1 van de Rome II verordening “indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het in lid 1 bedoelde land³⁶; in artikel 7 van de Rome II verordening wordt echter wel verwezen naar artikel 4 lid 1, maar niet naar artikel 4 lid 3 en al evenmin naar artikel 4 lid 2 waarin een uitzondering is opgenomen voor het geval zowel dader als slachtoffer in eenzelfde land zijn gevestigd. Symeonidis³⁷ gaf eerder als verklaring dat “One can infer that the reason for this exclusion is an implicit recognition that cases involving the latter categories of cases implicate broader societal interests that go beyond the interests of litigation.” Welnu, hantering van de ontsnappingsclausule van artikel 4 lid 3 Rome II verordening in een casus die valt onder het toepassingsgebied van artikel 7 Rome II verordening zou neerkomen op een interpretatie *contra legem*, maar zou wel aansluiten bij de ratio in geval van milieuschade (mede) te redeneren vanuit partijen-overstijgende belangen als milieubescherming, dit alleszins voor zover de ontsnappingsclausule zou worden opengesteld aan het *slachtoffer* van milieuschade *op een manier* die toelaat toe te sturen naar het voor het slachtoffer materieel gunstige recht.

Sowieso, in de gevallen waarin de ontsnappingsclausule van artikel 4 lid 3 *kan* worden ingeschakeld – alleszins dus in situaties waarbij artikel 4 lid 1 Rome II verordening van toepassing is –, fascineert en intrigeert de mogelijkheid tot daadwerkelijke hantering en invulling van die clausule, meer bepaald zowel de mate van “uitzonderlijkheid” die moet voorhanden zijn opdat de ontsnappingsclausule kan worden ingeschakeld, als de inhoudelijke overwegingen die mogen meespelen bij de invulling ervan, te weten een puur op aanknopingsoverwicht gerichte invulling dan wel een veeleer “gestuurde” invulling.³⁸

Welnu, in deze context moge worden aangestipt dat het Hof van Justitie in oktober 2009 uitspraak heeft gedaan over de interpretatie van een aan artikel 4 lid 3 Rome II verordening *analoge* bepaling in artikel 4 lid 5 van het EVO-verdrag.³⁹ Een *al* te rigide

³⁵ Wat betreft de “rechtsgevolgenuitzondering” zoals te vinden in artikel 4 lid 2 Rome II verordening: deze bepaling is analoog aan artikel 3 lid 3 WCOD; over de (on)mogelijkheid van toepassing daarvan in een casus als Shell – waarbij door de advocaten van Shell kennelijk is aangenomen dat de gewone verblijfplaats van het moederbedrijf zich in Nederland bevindt – zie het betoog van de advocaten van Shell (het betoog hieromtrent wordt gekoppeld aan hun betoog omtrent de toepassing van artikel 3:305 BW, waarover reeds supra, voetnoot 14).

³⁶ Aldus de eerste zin van artikel 4 lid 3 Rome II verordening. Voor een korte alludering hierop in een bespreking van een recente uitspraak van de Hoge Raad inzake indirecte doorbraak, zie S. Bartman, HR 11 september 2009, *Ars Aequi* 2010, afl. 2.

³⁷ S. Symeonidis, “Rome II and torts conflicts: a missed opportunity” (supra voetnoot 19).

³⁸ Opmerkelijk is dat in een amendement van het Europees Parlement bij het voorstel tot Rome II verordening was voorgesteld een ruime(re) marge toe te laten bij invulling van de ontsnappingsclausule en ook rekening te laten houden met welbepaalde belangen en verwachtingen; de omstandigheid dat dit amendement naderhand werd verworpen, bracht Enneking (L. Enneking, “The Common Denominator of the Trafigura Case, Foreign Direct Liability Cases and The Rome II Regulation”, p. 302 (supra voetnoot 12)) reeds tot een interpretatie “a contrario” in de zin dat dergelijke marges en invulling bijgevolg *niet* mogelijk zouden zijn. Zie het Standpunt van het Europees Parlement in eerste zitting vastgesteld op 6 juli 2005, Pb 6.7.2006, C157E/371.

³⁹ HvJ 6 oktober 2009, C-133/08 (Intercontainer Interfrigo).

interpretatie van de in artikel 4 lid 5 van het EVO-verdrag opgenomen ontsnappingsclausule – in de zin die in Nederland gangbaar was – wordt in deze uitspraak door het Hof alleszins duidelijk afgewezen; enige *flexibiliteit* lijkt dus alleszins wel denkbaar en wellicht is die flexibiliteit ook door te trekken naar de manier waarop artikel 4 lid 3 Rome II verordening dient te worden toegepast.⁴⁰ Wat betreft de *inhoudelijke* invulling van ontsnappingsclausules, stip ik aan dat artikel 6 van het EVO-verdrag eveneens een ontsnappingsclausule bevat en er tendensen zijn om deze ontsnappingsclausule meer “inhoudelijk” – gericht op de bescherming van de werknemer die als zwakke partij wordt beschouwd - in te vullen.⁴¹ Wel is het zo dat de redactie van artikel 6 EVO-verdrag zelf een manifestatie is van de moderne ipr-tendens tot bescherming c.q. begunstiging van een zwakke partij – in casu de werknemer – en de invulling van de in dit artikel 6 opgenomen ontsnappingsclausule dienovereenkomstig moet gebeuren. Men kan zich vandaar de vraag stellen in hoeverre artikel 4 Rome II verordening eveneens een manifestatie is van de moderne ipr-tendens⁴² tot bescherming c.q. begunstiging van een zwakke partij – in casu het slachtoffer van een onrechtmatige daad; alleszins, *in zoverre* men in de redactie van artikel 4 Rome II verordening een omarming van deze moderne ipr-tendens zou willen lezen, zou kunnen worden betoogd dat de invulling van de in artikel 4 lid 3 Rome II verordening opgenomen ontsnappingsclausule eveneens vanuit eenzelfde geest zou kunnen c.q. mogen gebeuren – gericht op de bescherming van het slachtoffer. Ook nog denkbaar is bovendien dat betoogd wordt dat specifiek in het geval van schending van fundamentele rechten de ontsnappingsclausule door het slachtoffer vrij soepel moet kunnen worden gehanteerd. *In zoverre* nu de ontsnappingsclausule op zodanige wijze zou kunnen worden gehanteerd, dit enkel zou gelden voor gevallen buiten milieuvervuiling om, en het in artikel 7 Rome II opgenomen rechtskeuzebeginsel te beperkte mogelijkheden biedt, lijkt het strategisch belangrijk zoveel als mogelijk vorderingen te (kunnen) weghalen⁴³ uit het

⁴⁰ Zie ook over de band tussen beide ontsnappingsclausules (in een bijdrage geschreven nog voor de uitspraak Intercontainer), R. Fentiman, “The significance of close connection”, in J. Ahern en W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, Leiden Boston Martinus Nijhoff Publishers 2009, p. 85-112.

⁴¹ Zie hierover V. Van Den Eeckhout, “Navigeren doorheen artikel 6 EVO-verdrag c.q. artikel 8 Rome I: mogelijkheden tot sturing van toepasselijk arbeidsrecht. Een analyse vanuit de vraag naar de betekenis voor het internationaal arbeidsrecht van de zaak Intercontainer Interfrigo (C-133/08)”, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010, afl. 1.

⁴² Het zou dan moeten gaan om de moderne tendens tot *begunstiging*, veeleer dan om de moderne tendens tot bescherming – bij deze laatste kan het louter gaan om een aanknoping bij het “meest vertrouwde recht van de zwakke partij, c.q. aanknoping aan het recht waar de schade zich heeft voorgedaan dan wel aan het recht van de verblijfplaats van het slachtoffer.

⁴³ Ik herinner in deze context aan de definitie van milieuschade in de zin van de Rome II verordening, cfr. supra voetnoot 10. Zou bij de “karakterisatie” van een vordering – met als consequentie dat artikel 7 dan wel artikel 4 Rome II verordening toepassing vergt – discussie kunnen bestaan over de vraag of een vordering tegen een moederbedrijf waarbij milieuschade werd geleden in het buitenland sowieso wel onder artikel 7 Rome II verordening valt, zo werp ik op? Is het type geleden schade – milieuschade – doorslaggevend, ongeacht welk soort daad c.q. nalaten dan ook, afkomstig van welke persoon dan ook, er aan ten grondslag ligt? Inzake de problematiek van milieuschade veroorzaakt door falend toezicht, citeer ik volgende passage uit S. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford Hart 2004, p. 135 waar zij schrijft: “The District Court of Illinois in *The Amoco Cadiz* reached a similar decision, though the Court did not engage in a comprehensive evaluation of the parent company’s duty of care. Standard, the parent corporation in a multinational conglomerate, was held liable for environmental

toepassingsgebied van artikel 7 Rome II verordening en te brengen onder artikel 4 Rome II verordening, precies met als doel gebruik te kunnen maken van de in artikel 4 lid 3 Rome II verordening opgenomen ontsnappingsclausule.⁴⁴ Paradoxaal is dan dat daar waar artikel 7 Rome II verordening beschouwd wordt als uitzonderlijk gunstig voor het slachtoffer, het vanuit dit oogpunt beschouwd gunstiger zou kunnen zijn voor het slachtoffer terug te kunnen vallen op de algemene regels van de Rome II verordening.

Wat betreft de mogelijkheid tot inschakeling van een ontsnappingsclausule, rond ik af met een opmerking betreffende de tweede zin van artikel 4 lid 3 Rome II verordening: in de tweede zin van artikel 4 lid 3 Rome II verordening wordt gesteld “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.” Daarmee is een mogelijkheid voorzien tot koppeling van het op de onrechtmatige daad toepasselijke recht aan het op een arbeidsverhouding tussen partijen toepasselijke recht.⁴⁵ Te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan situaties van internationale detachering binnen concernverhoudingen.

In de toelichting bij het oorspronkelijk voorstel van Rome II verordening⁴⁶ worden omtrent deze vorm van accessoire aanknopng onder verwijzing naar bepalingen van het EVO-verdrag inzake arbeidsverhoudingen opmerkingen geformuleerd die duidelijk maken dat de Europese wetgever bij toepassing van deze bepaling de bescherming van

damage caused by an oil spill by a tanker off the coast of France, despite its legal insulation from the vessel via a number of subsidiary companies. The evidence demonstrated that Standard exercised such dominant control over those subsidiaries, including the maintenance of the relevant vessel, that it was liable for its own negligence in failing to adequately maintain the vessel.”

⁴⁴ Ik stip hierbij nog aan dat in het hoger reeds vermelde (supra, voetnoot 7) wetsvoorstel tot codificatie van het Nederlandse ipr in artikel 8 een “ontsnappingsclausule” is opgenomen. Zou het denkbaar zijn een dergelijke exceptie toe te passen bij hantering van de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad? In het arrest Schulte Deutag beantwoordde de Hoge Raad (HR 12 november 2004, RvdW 2004, 127) deze vraag ontkennend. Maar zou een en ander momenteel, anno 2010, mogelijk anders kunnen worden beoordeeld, in het bijzonder wanneer de schending van fundamentele normen in het geding is? Ook vanuit dit oogpunt beschouwd kan het zodoende belangrijk zijn een casus te klasseren onder hetzij artikel 7 Rome II verordening, hetzij onder artikel 4 Rome II verordening, hetzij onder de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige daad. Een andere vraag die kan (gaan) rijzen is in hoeverre artikel 8 later zal kunnen “omhoogstoten” en in het bijzonder in hoeverre het mogelijk zal zijn deze in het nationale ipr opgenomen exceptie toe te passen indien een supranationale ipr-bron gelding claimt; volgens de huidige bewoordingen van artikel 8 lijkt dit niet in de bedoeling van de Nederlandse wetgever te liggen.

⁴⁵ Over de vraag of onder de Rome II verordening accessoire aanknopng aan een nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking ook mogelijk is, indien die betrekking tussen gedeeltelijk andere partijen bestaat of heeft bestaan, zie, kort, J. A. Pontier, “Rome II: geen revolutionaire omwentelingen, wel tal van vraagpunten bij de inwerkingtreding ervan”, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 2008, nr. 136, p. 83 voetnoot 71, in een vergelijking tussen artikel 5 WCOD (met de daarbij horende uitspraak van de Hoge Raad Schulte/Deutag) en artikel 4 lid 3 WCOD. Zo duikt ook hier de vraag op in hoeverre Nederlandse rechtspraak over de WCOD relevant is bij toepassing van de Rome II verordening. Zie overigens ook, omtrent de accessoire aanknopng onder het voorgestelde Boek 10 Nederlands BW, het advies van de Staatscommissie voor Internationaal privaatrecht over Boek 10 d.d. juli 2008, nr. 13, te raadplegen via

http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/over_wetgeving/privaatrecht/commissies-privaatrecht/staatscommissie-ipr.aspx#paragraaf5

⁴⁶ Toelichting bij het oorspronkelijk voorstel, COM(2003)427, p. 14.

zowel de werknemer als van het slachtoffer van een onrechtmatige daad voor ogen wil (blijven) houden. Inzake het op een arbeidsverhouding toepasselijke recht geldt, zoals ik hoger al aangaf, de regeling zoals opgenomen in het EVO-verdrag c.q. de Rome I verordening. Het is daarbij belangrijk in herinnering te brengen⁴⁷ dat ook in de Rome I verordening de werknemer als zwakke partij wordt beschouwd die conflictenrechtelijke bescherming behoeft en artikel 7 EVO-verdrag c.q. artikel 9 Rome I verordening bovendien opening biedt naar toepassing van “voorrangsregels” – regels die van toepassing kunnen worden geacht ongeacht het normaal toepasselijke recht.⁴⁸ In de hypothese van bepaling van het op een arbeidsovereenkomst toepasselijke recht in de situatie van internationale detachering vanuit Nederland *naar een niet-Europees land* moge hierbij overigens worden opgemerkt dat, nu dergelijke detachering niet in intracommunautaire context geschiedt, bij de bepaling van het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht wellicht ook op generlei wijze complicaties te verwachten zijn vanuit argumenten inzake vrijheid van dienstenverkeer – zie hierover met name de ophef veroorzaakt door de recente uitspraken Laval, Rüffert en C./Luxemburg van het Hof van Justitie inzake internationale detachering. Tendenzen tot begunstiging van de werknemer bij de bepaling van het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht zouden hier dan ook voluit kunnen spelen.⁴⁹

Ik wijs in deze context ten slotte ook nog op een recente boeiende studie van de hand van Susanti⁵⁰, waarin onder meer de verhouding tussen regels inzake internationaal arbeidsrecht en internationale normen wordt bestudeerd. Overigens bestaat een uitgebreide doctrine over de verhouding tussen mensenrechten en ipr, daarin begrepen de mogelijkheid via de inschakeling van ipr-leerstukken als “voorrangsregels” en “exceptie van openbare orde” respect voor mensenrechten af te dwingen.⁵¹

⁴⁷ Cfr. supra, voetnoot 5.

⁴⁸ Over de werking van het *gelijkheidsbeginsel* en *discriminatiebestrijding* in het internationaal arbeidsrecht, zie ook M. Traest, “Enkele overwegingen over de toepasselijkheid van de wet ter bestrijding van discriminatie in internationale (arbeids)verhoudingen” in D. Cuypers (ed.) *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?* Antwerpen Intersentia 2003, p. 67-95.

⁴⁹ Zie hierover V. Van Den Eeckhout, “Navigeren doorheen artikel 6 EVO-verdrag c.q. artikel 8 Rome I: mogelijkheden tot sturing van toepasselijk arbeidsrecht. Een analyse vanuit de vraag naar de betekenis voor het internationaal arbeidsrecht van de zaak *Intercontainer Interfrigo* (C-133/08)”, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010, afl. 1. Daarbij moet bovendien worden onderkend dat sowieso in de hypothese van detachering vanuit Nederland naar een ontwikkelingsland het veelal reeds zo zal zijn dat toepassing van het recht van gewoontelijke tewerkstelling van de werknemer c.q. van de vestiging van de onderneming die de werknemer heeft uitgestuurd in dit type feitenconstellatie – anders dan in de feitenconstellaties die aan de grondslag lagen van de zaken waarover het Hof van Justitie zich diende uit te spreken – gunstig uitwerkt voor de mobiele werknemer.

⁵⁰ I. Susanti, *The conflict rules on the protection of the rights of migrant workers: a proposition for Indonesia and Asean*, Groningen Ulrik Huber Institute for Private International Law 2008. Zie in deze context ook het persbericht “Werkgevers willen internationale arbeidsrechten kunnen negeren”, Trouw, 3 februari 2010.

⁵¹ Zie bv. over de verhouding mensenrechten en grondwettelijke beginselen – ipr, reeds in de jaren zeventig naar aanleiding van een uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht d.d. 4 mei 1971, E. Labrusse, “Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel en Allemagne fédérale) RCDIP 1974, p. 1-46; zie ook de noot van H. Storme (en de in die noot opgenomen verwijzingen) bij Arbitragehof 4 mei 2005, *Rechtskundig Weekblad* 2005-2006, p. 735 evenals H.G.E. van Hedel, “Het recht op eerbiediging van het familieleven ex artikel 8 EVRM en het conflictenrecht”, *NIPR* 2008, afl. 2, p. 125-133 en de in deze bijdrage opgenomen verwijzingen. Men

De voorrangsregels van artikel 16 Rome II verordening

Evenals in het EVO-verdrag en in de Rome I verordening is ook in de Rome II verordening in artikel 16 de mogelijkheid voorzien tot inschakeling van voorrangsregels. Inzet van het leerstuk van de voorrangsregels bezit een niet te onderschatten potentieel. Regels die als voorrangsregels kunnen worden toegepast, kunnen immers worden toegepast ongeacht het normaal toepasselijke recht – zie ook de toelichting bij het voorstel Rome II⁵², waar wordt gewezen op het verschil met de methode van de exceptie van internationale openbare orde: “Het bijzondere aan de bepalingen van bijzonder dwingend recht is dat de rechter zelfs de eigen collisieregels niet toepast om na te gaan welk recht van toepassing zou zijn en om in concreto te beoordelen of de inhoud ervan eventueel niet onverenigbaar is met de waarde van de *lex fori*, maar ambtshalve de eigen rechtsregels toepast.”

In die toelichting wordt overigens ook verwezen naar de bepaling inzake voorrangsregels zoals opgenomen in het EVO-verdrag, evenals naar het in die context uitgevaardigde arrest *Arblade*⁵³ van het Hof van Justitie, gewezen in een situatie van internationale detachering – in artikel 9 Rome I verordening zijn de bewoordingen van deze uitspraak als volgt opgenomen: “Bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst.” Een en ander lijkt in casu ruime mogelijkheden te kunnen bieden.

Aandacht verdient nog de vermelding, in de toelichting bij Rome II, over de omstandigheid dat inzet van voorrangsregels in intracommunautaire context wel eens in gespannen verhouding kan komen te staan met respect voor Europese fundamentele vrijheden.⁵⁴ In de zaak *Arblade* diende zich die spanning aan in de context van het vrij dienstenverkeer binnen Europa. Recent hebben diverse uitspraken van het Hof van

leze in deze context overigens ook enkele uitspraken van de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling, met name CGB 96-97, 4 september 1996, NIPR 1997, 234; CGB 97-13, 4 februari 1997, NIPR 1997, 235 en CGB 9-81, 8 juli 1998 (alle ook te raadplegen via www.cgb.nl), waarnaar reeds verwezen in V. Van Den Eeckhout, “The Promotion of Fundamental Rights by the Union as a contribution to the European Legal Space: the Role of European Private International Law, voetnoot 42, te raadplegen via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1259363 Zie ook de bemerkingen van A.A.H. van Hoek, “Transnational Corporate Social Responsibility” (supra, voetnoot 6) en supra, de door haar geformuleerde opmerkingen inzake de verhouding tussen werking van het EVRM – localisatie van het verwijtbaar gedrag.

⁵² COM2003(427), p. 8.

⁵³ HvJ 23 november 1999, gevoegde zaken C-369/96 en C-376/96, waaruit in de toelichting als volgt wordt geciteerd: “nationale bepalingen aan de inachtneming waarvan zoveel belang wordt gehecht voor de handhaving van de politieke, sociale of economische organisatie van de betrokken lidstaat, dat zij moeten worden nageleefd door eenieder die zich op het grondgebied van deze lidstaat bevindt, en voor elke daarin gesitueerde rechtsbetrekking.”

⁵⁴ Zie de toelichting bij het voorstel, p. 8: “Zoals ook in het arrest *Arblade*, reeds aangehaald, in herinnering is gebracht, moet de toepassing in de intracommunautaire betrekkingen van de bepalingen van het bijzonder dwingend recht verenigbaar zijn met fundamentele vrijheden van de interne markt.”

Justitie deze problematiek scherp in de schijnwerpers gezet – onder andere op het punt van de mogelijkheid tot uitoefening van collectieve acties in de ene EU-lidstaat, waarbij een in een andere EU-lidstaat gevestigde onderneming opwerpt dat zodoende een ongerechtvaardigde belemmering ontstaat van haar vrijheid van dienstenverkeer c.q. vrijheid van vestiging.⁵⁵ Zou in deze context bij inzet van voorrangregels het argument naar voren kunnen worden geschoven dat zodoende een (ongerechtvaardigde) blokkering van de vrijheid van vestiging van ondernemingen wordt opgeworpen, zo rijst de vraag. Welnu, enerzijds is het zeker zo dat ondernemingen er mogelijk zullen van terugschrikken zich in een welbepaald Europees land te vestigen als zij weten dat zich er alleszins door de autoriteiten van dat land⁵⁶ zullen toe gehouden worden welbepaalde voorrangregels te respecteren. Anderzijds kan in een casus waarbij aan een Nederlandse onderneming respect voor bepaalde regels wordt opgelegd in de verhouding tot niet-Europese landen de vraag worden gesteld in hoeverre men in zo'n situatie wel kan spreken van een “intracommunautaire verhouding”; er zijn dan, zo lijkt het, op het eerste zicht niet twee Europese landen bij betrokken. Indien nu verdedigd wordt dat dergelijke situatie niet binnen het werkingsgebied van de vrijheid van vestiging valt, zou kunnen worden geconcludeerd dat in deze situatie precies meer ruimte kan bestaan tot inzet van Nederlandse voorrangregels dan in intracommunautaire context. Wel moet hier nog worden gemeld dat mogelijk nog wel een punt speelt indien de statutaire zetel van een onderneming zich in het ene Europese land bevindt, terwijl de werkelijke zetel van de onderneming zich in een ander Europees land bevindt. In zo'n hypothese komt de problematiek mogelijk toch terecht in discussies zoals gebleken in uitspraken van het Hof van Justitie als *Centros*, *Uberseering* en *Inspire Art* inzake vrijheid van vestiging van Europese ondernemingen.

Interessant bij inzet van artikel 16 Rome II verordening is alleszins dat via toepassing van het leerstuk van de voorrangregels hier – ook buiten situaties van internationale milieuverontreiniging om - een mogelijkheid opduikt tot aansluiting bij de “Amerikaanse” government interest analysis⁵⁷; het gaat er dan om dat Nederland duidelijk maakt er zelf ook belang aan te hechten dat toepassing van welbepaalde Nederlandse regels – daarin begrepen fundamentele regels – wordt verzekerd en dat respect daarvoor ook geldt indien de schade zich situeert in het buitenland. Als de Nederlandse wetgever wil ingaan op het verzoek van de Staatscommissie, in haar advies

⁵⁵ Zie hierover o.a. V. Van Den Eeckhout, “Internationaal arbeidsrecht gemangeld tussen vrij verkeer van personen, vrij verkeer van diensten, vrijheid van vestiging en non-discriminatie. Enkele aantekeningen vanuit ipr-perspectief bij de uitspraken *Viking*, *Laval*, *Rüffert* en *C./Luxemburg*, o.a. te raadplegen via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1534024

⁵⁶ Zie hierover meer infra, betreffende de mogelijkheden tot toepassing van forale en andere voorrangregels bij toepassing van de Rome II verordening.

⁵⁷ Cfr. H. Muir-Watt (supra, voetnoot 19), waar zij aangeeft, onder verwijzing naar de analyse van Symeonides (eveneens reeds aangehaald supra, voetnoot 19): “Scrutinizing Rome II through the lenses governmental interest analysis, Symeon Symeonides has shown that in many cases, it would be desirable, as in the field of environmental pollution, to take account of true conduct-regulating conflicts, and to give effect if necessary to the prohibitive rules of the state of the place of conduct if its interest in regulating a given conduct is greater than that of the state where the harm occurs, when it provides for a laxer standard of care. For the moment, this result is only possible through article 16.”

van 2 juli 2008 bij Boek 10 BW,⁵⁸ een uitwerking te geven van de betekenis van de voorrangregels in de context van het voorgestelde artikel 7 van Boek 10, dan ligt hier een kans tot nadere verheldering.

Wel gaat het volgens artikel 16 Rome II kennelijk enkel om “forale” voorrangregels – “rechtsregels van het land van de rechter die, ongeacht het recht dat op de niet-contractuele verbintenis van toepassing is, ter zake een dwingend karakter hebben.” Indien een casus voor de Nederlandse rechter wordt gebracht, kunnen dus “Nederlandse” voorrangregels – daarin begrepen supranationaal geldende beginselen - ingeschakeld worden. Wordt de zaak voor een andere Europese rechter gebracht, dan zouden overeenkomstig artikel 16 Rome II verordening niet de specifieke Nederlandse voorrangregels, maar wel de *aldaar* geldende voorrangregels kunnen worden ingeschakeld.⁵⁹ Behoudens indien de Rome II verordening zo wordt begrepen dat het sowieso wel mogelijk is voorrangregels van de *lex causae* toe te passen – en door de buitenlandse rechter Nederlands recht als normaal toepasselijk recht wordt aangewezen. Als de betrachting zou zijn te bewerkstelligen dat het niet uitmaakt in welk Rome II-lidstaat de procedure wordt gemaakt voor wat betreft de voorrangregels die kunnen worden ingeroepen en enkel en alleen forale voorrangregels kunnen worden toegepast, dan blijkt hier het belang van het kunnen aanduiden van voorrangregels die *supranationaal* gelden – eventueel voorrangregels van Europese origine.

De veiligheidsvoorschriften en gedragsregels van artikel 17 Rome II verordening

Benevens artikel 16 verdient ook artikel 17 Rome II verordening heel zeker vermelding in deze context. In artikel 17 Rome II verordening wordt gewag gemaakt van “veiligheidsvoorschriften en gedragsregels die van kracht zijn op het tijdstip en de plaats van de gebeurtenis welke de aansprakelijkheid veroorzaakt.” Welnu, in analogie met de manier waarop Enneking het begrip “Handlungsort” van artikel 7 Rome II verordening invult, heeft zij het ook bij invulling van artikel 17 Rome II verordening over de mogelijkheid dat op deze manier regels van Nederlands recht aan de orde komen.⁶⁰

⁵⁸ Te raadplegen via

http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/over_wetgeving/privatrecht/commissies-privatrecht/staatscommissie-ivr.aspx#paragraph5. Over de mogelijke uitwerking van voorrangregels in

Nederland, zie ook de uitspraak van de Hoge Raad in het Alnati-arrest (HR 13 mei 1966, NJ 1067, 3) in een casus inzake overeenkomstenrecht – maar nog voor het EVO-verdrag (met het daarin opgenomen artikel 7) van toepassing was – bij de redactie van artikel 7 EVO-verdrag blijkt men overigens inspiratie te hebben gevonden bij deze Nederlandse uitspraak). Zie ook, specifiek voor wat betreft de WCOD, artikel 8, waarin sprake is van “op de plaats van de onrechtmatige daad geldende verkeers- en veiligheidsvoorschriften of andere daarmee vergelijkbare voorschriften strekkend tot bescherming van personen of zaken.” Bij toepassing van de WCOD kan de vraag rijzen naar de invulling in deze specifieke bepaling van de termen “plaats van de onrechtmatige daad”, evenals naar de mogelijkheid ook buiten artikel 8 WCOD om voorrangregels toe te passen.

⁵⁹ Over de vraag of door een rechter mogelijk toch buitenlandse voorrangregels – met name voorrangregels van het normaal toepasselijke recht - kunnen worden toegepast, zie kort J. Pontier (supra, voetnoot 45) p. 113-114.

⁶⁰ Over de exonerende en/of belastende werking voor de vermeende dader van milieuvuiling/van een ander type onrechtmatige daad van deze veiligheidsvoorschriften en gedragsregels, zie o.a. de toelichting bij het oorspronkelijk voorstel van Rome II verordening (COM(2003)427, p. 22 evenals de interventie van Van Hoek (en het antwoord van Pontier) op de reeds hoger vermelde vergadering van de NVIR. Zie ook over de betekenis van artikel 17 in de casus van internationale milieuverontreiniging M. Bogdan, “The

Interessant is dat, in deze invulling van artikel 17, via inzet van artikel 17 Rome II verordening mogelijk ook in andere landen rekening zou kunnen worden gehouden met Nederlandse “veiligheidsvoorschriften en gedragsregels:” op dat punt zou het dan mogelijk geen verschil meer maken of de procedure in Nederland dan wel in een ander Rome II-land wordt gehouden.

De openbare orde van artikel 26 Rome II verordening

Behoudens artikel 16 en 17 Rome II verordening verdient ook zeker artikel 26 Rome II verordening nog vermelding. In artikel 26 Rome II verordening wordt immers de mogelijkheid geboden een openbare orde exceptie in te roepen tegen toepassing van vreemd recht. In een inschakeling van de exceptie van openbare orde in de hier behandelde materie wordt in de literatuur – ook in die literatuur waar men vrij sceptisch is over de mogelijkheid tot toepassing van Nederlands recht op basis van de Rome II verordening - soms nog wel heil en toekomstperspectief gezien.⁶¹ De onderzoekers van het hogervermelde onderzoeksrapport⁶² zien overigens, zoals reeds aangegeven, in de exceptie van internationale openbare orde nagenoeg de enige manier om te komen tot toepasselijkheid van (aspecten van) Nederlands recht.

Bij artikel 26 Rome II verordening past het een aantal opmerkingen te formuleren. Een eerste opmerking is dat steeds in het achterhoofd moet worden gehouden dat de inschakeling van de exceptie van internationale openbare orde kan worden getoetst door hete Hof van Justitie. Een tweede opmerking is dat de techniek van inschakeling van een “positieve” openbare orde soms vrij dicht blijkt aan te leunen bij de techniek van inschakeling van voorrangregels.⁶³ Een derde opmerking is dat moet worden aangestipt dat bij hantering van de *negatieve* exceptie van openbare orde, - waarbij de toepassing van bepaalde regels van vreemd recht terzijde wordt geschoven⁶⁴ – alsnog de vraag kan opduiken naar het vervolgens toe te passen recht, het zogenaamde “surrogaatrecht”. Momenteel is in Nederland op dit punt geen algemene wettelijke regel van kracht; in het

treatment of environmental damage in Regulation Rome II”, in J. Ahern en W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation of the law applicable to non-contractual obligations*, Leiden Boston Martinus Nijhoff Publishers 2009, p. 227-228.

⁶¹ Zie de studie van van Hoek (supra, voetnoot 6). Over de inschakeling van de openbare orde, zie ook de opmerkingen van A. Nollkaemper, “Public International Law in Transnational Litigation Against Multinational Corporations: Prospects and Problems in the Courts of the Netherlands” in M.T.Kamminga en S. Zia-Zarifi (red.), *Liability of Multinational Corporations in International Law*, Den Haag: Kluwer Law International 2000, p. 280 (met daarin ook een korte bespreking van HR 17 oktober 1969 in een casus betreffende stakingsrecht).

⁶² Supra voetnoot 2.

⁶³ Zie ook de classificatie, jaren geleden – bij navolging destijds van de uitspraak van de Hoge Raad in het Boon-Schmidt-arrest d.d. 13 december 1907 - van inschakeling van Nederlands echtscheidingsrecht omwille van de “openbare orde”, als een “regel van onmiddellijke toepassing” door E. Cohen-Henriquez, *IPR Trends*, Deventer Kluwer 1980, p. 40, nu toepasselijkheid van Nederlands echtscheidingsrecht door de Nederlandse rechter als onontkoombaar werd beschouwd.

⁶⁴ Met de vaststelling dat zich in het vreemde recht zelf een *lacune* bevindt waarvan men meent dat die tegen de internationale openbare orde indruist, heeft men vooral in het internationaal familierecht ervaring opgebouwd. Zie bv. artikel 55 paragraaf 3 van de Belgische ipr-codex, betreffende de situatie dat het normaal toepasselijk recht de instelling van de echtscheiding niet kent - in dat geval verklaart de Belgische ipr-codex overigens het recht van toepassing dat is aangewezen op grond van het criterium dat op subsidiaire wijze in paragraaf 1 is vastgesteld.

momenteel aanhangige wetsvoorstel tot codificatie van het Nederlandse ipr⁶⁵ is afgezien van een nationale wettelijke regeling van de problematiek van het “surrogaatrecht”.

Wat wel, indachtig de allusie in de Memorie van Toelichting op de uitspraak van de Hoge Raad van 9 november 2001, in de rede der verwachting ligt, is dat als mocht blijken dat het normaal toepasselijke buitenlandse recht tegen de openbare orde indruist sowieso wel *een* surrogaatrecht zal moeten worden ingeschakeld – ook ligt bovendien helemaal in de verwachting dat indien buitenlands recht niet kan worden vastgesteld, de vordering sowieso wel ontvankelijk blijkt.⁶⁶

Maar overigens blijkt dat de Nederlandse wetgever de handelwijze inzake het in te schakelen surrogaatrecht wil overlaten aan de praktijk – een voortzetting van de huidige gang van zaken. Vandaar moet worden onderkend dat er al met al een gerede kans bestaat maar geen garantie dat Nederlands recht als surrogaatrecht zal worden toegepast bij een in Nederland gevoerde procedure. Bovendien moet worden onderkend dat voor zover de procedure niet in Nederland maar in een ander Europees land wordt gevoerd en voor zover daar de “lex fori” als surrogaatrecht wordt naar voren geschoven – een gangbare praktijk in vele Europese landen – Nederlands recht hoegenaamd geen kans maakt om daar als surrogaatrecht te worden toepasselijk verklaard. Zo komt hier al meteen een punt van kwetsbaarheid naar voren van pogingen de aansprakelijkheid van Nederlandse moederbedrijven te verzwaren door aanpassing van Nederlands materieel recht *waarbij enkel ingezet wordt op de exceptie van internationale openbare orde en de daaropvolgende toepasselijk verklaring van Nederlands materieel recht*: nadat men er, vooreerst, moet in geslaagd zijn aspecten van het normaal toepasselijke recht als strijdig met de exceptie van internationale openbare orde te laten verklaren, is het strikt bekeken nog niet verzekerd dat de Nederlandse rechter sowieso Nederlands materieel recht als surrogaatrecht zal toepasselijk verklaren – in een in het buitenland lopende procedure is het zelfs nog veel minder waarschijnlijk dat Nederlands materieel recht als surrogaatrecht zal worden ingeschakeld. Kortom, men moet er zich bewust van zijn dat voorzover in Europese landen de lex fori als surrogaatrecht wordt gehanteerd, enkel indien de procedure in Nederland wordt gevoerd Nederlands recht als surrogaatrecht kan worden toegepast: verklaart een rechter van een andere Europese lidstaat buitenlands onrechtmatige daadsrecht tegen de openbare orde, dan is denkbaar dat als surrogaatrecht de aldaar geldende lex fori wordt toegepast – en dus niet het Nederlandse recht. Voor het verzekeren dat Nederlands recht desgewenst als surrogaatrecht wordt ingeschakeld *ook* als een procedure buiten Nederland wordt gevoerd, is meer nodig dan de Nederlandse autoriteiten zelf onder controle hebben.

Mede vanuit deze optiek formuleer ik een laatste opmerking betreffende de exceptie van internationale openbare orde en het vervolgens in te schakelen surrogaatrecht: opmerkelijk is dat door Boele-Woelki⁶⁷, bij een bestudering van de problematiek van het

⁶⁵ Cfr. supra, voetnoot 7.

⁶⁶ Zie hierover uitgebreider V. Van Den Eeckhout, “Het ontbreken van een nationale wettelijke regeling omtrent de inschakeling van surrogaatrecht in een context van codificatie en europeanisatie van het ipr”, NIPR 2010, afl. 3, te verschijnen.

⁶⁷ K. Boele-woelki, “De toepassing van een surrogaatrecht” in G.E. Schmidt en J.A. Freedberg (eds.) Het NIPR geannoteerd, Annotaties opgedragen aan M. Sumampouw, Den Haag TMC Asser Instituut 1996, p.

surrogaatrecht, reeds melding werd gemaakt⁶⁸ van de mogelijkheid als surrogaatrecht “eenvormig recht zoals vastgelegd in internationale conventies en supranationale regelingen” evenals “algemene rechtsbeginselen voor zover deze eenvoudig te achterhalen zijn” toe te passen. Boeiend is bovendien dat aan de Rome II verordening een Verklaring van de Commissie is toegevoegd “betreffende de behandeling van vreemd recht”, aansluitend bij de herzieningsclausule van artikel 30 Rome II Verordening: “De Commissie is zich bewust van de verschillende praktijken die in de lidstaten met betrekking tot de behandeling van vreemd recht worden gevolgd, en zal uiterlijk vier jaar na de inwerkingtreding van de verordening “Rome II” en hoe dan ook zodra deze beschikbaar is een horizontale studie bekendmaken over de toepassing van vreemd recht in burgerlijke en handelszaken door de rechters van de lidstaten, met inachtneming van de doelstelling van het Haagse Programma. *Zij is tevens bereid om zo nodig passende maatregelen te treffen*” (cursivering *vvde*), aldus de Verklaring. Ligt hier mogelijk – eventueel op termijn - enige mogelijkheid tot afdwinging door de Europese instanties van een eenvormige regeling die van gelding moet zijn indien het normaal toepasselijke recht de toets van de openbare orde niet kan doorstaan, met name in de zin van oplegging en afdwinging van respect voor fundamentele beginselen in deze problematiek? Zoals sinds meerdere jaren discussie bestaat over het construeren van een “Europese openbare orde” – evenals, recenter, over het op Europees niveau reguleren van diverse procedurele aspecten⁶⁹ -, kan ook de omgang in elk der lidstaten met de problematiek van surrogaatrecht op Europees vlak ter discussie komen te staan, en uiteindelijk op de Europese agenda komen te staan.

V. Redeneren binnen c.q. met de Rome II verordening: hobbels en mogelijkheden

V.A. Redeneren binnen de Rome II verordening

Denkbaar is uiteraard ook nog dat de Europese wetgever op termijn de Rome II verordening zelf *herziet en aanpast* op een manier die slachtoffers meer mogelijkheden biedt tot veroordeling van de daders en vergoeding van de geleden schade. Hier ligt een mogelijkheid tot ingreep in handen van de Europese wetgever.

Maar al bij al, als het slachtoffer bij toepassing van de huidige versie van de Rome II verordening wil toesturen naar toepasselijkheid van (aspecten van-) een rechtsstelsel

3-12. Zie ook de verwijzing naar deze mogelijkheid in de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel Boek 10 Burgerlijk Wetboek (Internationaal Privaatrecht) (*supra*, voetnoot 7), p. 9. Zie hierover ook V. Van Den Eeckhout, “Het ontbreken van een nationale wettelijke regeling omtrent de inschakeling van surrogaatrecht in een context van codificatie en europeanisatie van het ipr”, NIPR 2010, afl. 3, te verschijnen.

⁶⁸ Zij het in de context van de bespreking van de problematiek dat een surrogaatrecht moet worden toegepast omdat het normaal toepasselijke recht niet kan worden gevonden. Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 137, nr. 3 (Memorie van Toelichting), bij artikel 2 Algemene Bepalingen (p. 8-10), de bepaling dat ipr-regels evenals vreemd recht ambtshalve moet worden toegepast; in dat kader wordt gewag gemaakt van de problematiek van het surrogaatrecht: nadat gewezen wordt op diverse mogelijkheden om toegang te krijgen tot het buitenlandse recht, wordt onder verwijzing naar het rapport van de Staatscommissie internationaal privaatrecht gesteld: “ (...) Mogelijke benaderingen zouden bijvoorbeeld kunnen zijn toepassing van eenvormig recht en algemene rechtsbeginselen (...)”

⁶⁹ Zie hierover ook het weldra te verschijnen rapport *The application of foreign law by judicial and non-judicial authorities in Europe*, J. Luis Iglesias, E Esplugues en G. Palao (eds.), Munich: Sellier European Law Publishers, 2010.

waarvan de regels voordelig lijken – zo mogelijk Nederlands recht -, vertrekken nu al diverse wegen die dit resultaat kunnen bewerkstelligen vanuit de Rome II verordening. De aanknopingspunten zijn er, zo bleek doorheen voorgaande analyse. Elk van die wegen heeft zijn eigen merites *en* kent ook zijn eigen moeilijkheden en hobbels, her en der zijn voetangels en klemmen, zo bleek eveneens reeds doorheen voorgaande analyse, maar diverse wegen lijken het waard verkend te worden.

In die analyse ging mijn aandacht niet alleen naar de situatie dat een procedure in Nederland wordt gevoerd; tevens werd ingegaan op de hypothese dat een procedure in een ander Europees land wordt gevoerd. De mogelijkheid dat een procedure tegen een “Nederlands” bedrijf daadwerkelijk in het buitenland wordt gevoerd mag niet veronachtzaamd worden, nu er factoren zijn die het voor een slachtoffer aantrekkelijk(er) kunnen maken een procedure aan te spannen bij een ander Europese rechter dan de Nederlandse rechter⁷⁰; zeker als de statutaire zetel van een bedrijf zich in het ene Europese land bevindt, maar de werkelijke zetel in een ander Europees land, kunnen mogelijkheden ontstaan tot “forumshoppen” omdat meerdere rechters bevoegd blijken te zijn. Dan loont het voor een eiser de moeite vooraf te proberen inschatten in hoeverre in de diverse betrokken landen tot verschillende uitkomsten zou kunnen worden gekomen – bijvoorbeeld op het vlak van de voorrangregels die zullen kunnen worden ingeschakeld, of nog, op het vlak van het surrogaatrecht dat zal kunnen worden ingeschakeld bij inzet van de exceptie van internationale openbare orde. Voor pleitbezorgers van aanpassingen van Nederlands materieel recht is het eveneens zinvol na te gaan of en zo ja welke ipr-technieken beschikbaar zijn die kunnen verzekeren dat aanpassing van Nederlands recht, eens verwezenlijkt, uiteindelijk geen maat voor niets blijkt te zijn; idealiter dienen ook zij eveneens de situatie voor ogen te houden dat de procedure tegen een “Nederlands” bedrijf niet in Nederland maar in een ander Europees land wordt gevoerd: dan moet men zich bevragen in hoeverre het voeren van een procedure buiten Nederland verschil zou kunnen maken voor de uitkomst van de procedure, en in het bijzonder in hoeverre de aanpassing van Nederlands recht is doorgevoerd op een manier dat de grootste kansen benut zijn dat ook in een buitenlandse procedure Nederlands materieel recht toegepast zou kunnen worden – zij het als recht aangewezen door de verwijzingsregel, zij het als voorrangregel, surrogaatrecht of als veiligheidsvoorschrift. Dergelijke inschatting van kansen door eisers-slachtoffers en pleitbezorgers van aanpassing van Nederlands materieel recht vereist een analyse van ipr-regels van zowel Europese origine als van nationale origine – en de controle door het Hof van Justitie op zowel de toepassing van ipr-regels van Europese origine als de verenigbaarheid met Europees recht van ipr-regels van nationale origine. Bij de analyse van ipr-technieken van nationale origine en van Europese origine moet telkens worden ingecalculleerd waar EU-lidstaten mogelijkheid hebben tot eigenhandig optreden en eigen invulling van Europese ipr-regels dan wel onder controle staan “van bovenaf” – van Europese zijde. In strategische betogen moet

⁷⁰ Zie over factoren die het aantrekkelijk kunnen maken niet in Nederland maar in een ander Europees land te procederen M.C.P. Jägers en M-J van der Heijden, Corporate Human Rights Violations: the feasibility of civil recourse in the Netherlands, Brooklyn Journal of International Law 2008, p. 833-870, met verwijzing ook naar de Trafigura-zaak waarin zowel de Engelse rechter als de Nederlandse rechter bevoegd ware geweest. Vermeldenswaard in deze context is dat recent in Nederland het idee naar voren is geschoven voor slachtoffers een bijzonder fonds op te richten.

men er zich op Nederlands niveau rekenschap van geven dat vaak binnen Europese ipr-kaders moet worden gehandeld en alleen daarbuiten geheel naar eigen inzicht kan worden gehandeld – in andere landen kan binnen die marges eveneens naar eigen inzicht worden gehandeld: waar (nog) vrijheid bestaat voor de nationale autoriteiten, moet in Nederland worden beseft dat in andere landen naar eigen inzicht zal worden gehandeld. Op *Europees* niveau bestaat – *binnen* de bevoegdheden die daartoe voorhanden zijn – de mogelijkheid bij de Europese lidstaten een uniforme en zo mogelijk op toerekening van aansprakelijkheid gerichte handelwijze af te dwingen. Zo duikt hier al met al een aanduiding op van de wisselwerking en interactie op ipr-niveau tussen “het nationale” en “het Europese.” Het voorgaande illustreert hoezeer Nederlandse handelwijzen en initiatieven op het vlak van ipr – en initiatieven tot aanpassing van Nederlands materieel recht in de overtuiging dat Nederlands recht in een welbepaalde internationale casus toepassing zal kunnen krijgen – gesitueerd kunnen c.q. moeten worden binnen een ruimere context van europeanisatie van het ipr. Een en ander kan niet los worden gezien van het momenteel aan de gang zijnde proces van europeanisatie van het ipr, evenmin als van ipr-ontwikkelingen die zich in andere landen afspelen.

Zo bekeken is het, beschouwd vanuit ipr-perspectief, aangewezen zeker ook andere manieren om te komen tot (ruimere) aansprakelijkheid van Nederlandse moederbedrijven in overweging te nemen dan het enkele spoor van de exceptie van internationale openbare orde. Pleidooien voor een anderssoortige c.q. soepeler interpretatie van welbepaalde verwijzingsregels van de Rome II verordening bijvoorbeeld – anders en soepeler dan in het Nederlandse onderzoeksrapport wordt gegeven – evenals inroeping c.q. constructie van supranationale beginselen zouden in die zin wel eens tot (nog) meer resultaten kunnen leiden. In het bijzonder pleidooien voor een soepele interpretatie van verwijzingsregels van de Rome II verordening – langsheen de inschakeling van de ontsnappingsclausule van artikel 4 lid 3 Rome II verordening, of nog, langsheen een welbepaalde interpretatie van het “Handlungsort” van artikel 7 Rome II verordening, desgevallend met mogelijkheden te besluiten tot toepasselijk verklaring van Nederlands recht – blijken vanuit deze optiek beschouwd zeer vruchtbare resultaten te kunnen opleveren, in het bijzonder indien deze interpretatie en invulling ook navolging krijgt in een in het buitenland gevoerde procedure

V.B. Redeneren *met* de Rome II verordening: nieuwe hobbels en nieuwe mogelijkheden?

Belangrijk is te onderkennen dat EU-landen niet alleen kunnen verschil kan bestaan over de beantwoording van een vraag onder welke bepaling van de Rome II verordening een welbepaalde rechtsverhouding valt c.q. de invulling van die bepaling, maar ook over de oplossing van het daaraan voorafgaande *kwalificatieprobleem*. In voorgaande analyse werd als vanzelf aangenomen dat de Rome II verordening materieel toepasselijk was; de analyse situeerde zich in wezen binnen de Rome II verordening. Maar denkbaar is dat discussie en gebrek aan eenduidigheid bestaat over de oplossing van kwalificatieproblemen aan de hand waarvan een rechtsverhouding materieel wel of niet onder de Rome II verordening wordt gebracht. In zo’n discussie zou de vraag kunnen

rijzen of de ipr-regels überhaupt wel (louter) in de regimes die het onrechtmatige daadsrecht beheersen moeten worden gezocht.⁷¹

Welnu, bij de inschatting van de handelwijze in Nederland en andere Europese landen kan ook deze “kwalificatie” – en het vervolgens naar voren geschoven ipr-regime – worden betrokken in de door het slachtoffer te maken keuzen en van belang zijn bij de bepaling van het pleidooi dat voor een welbepaalde rechter wordt gehouden: daarbij zou rekening kunnen worden gehouden met verschillen in kwalificatie in deze thematiek.⁷² Zo zou een kwalificatie die niet c.q. niet zuiver gericht is op een ipr-kwalificatie volgens regels van onrechtmatige daad, mogelijk alternatieve wegen kunnen bieden om te komen tot toepasselijkheid van een recht op basis waarvan aansprakelijkheid kan worden aangenomen; maar ook is denkbaar dat welbepaalde wegen die kunnen leiden tot aansprakelijkheid middels kwalificatie kunnen worden afgesneden. Kortom, nieuwe hobbels *en* kansen kunnen naar voren treden als men zich bevraagt over de toepasselijkheid an sich van de Rome II verordening. Ook weer voor pleitbezorgers van aanpassing van Nederlands materieel recht is het belangrijk in te schatten in hoeverre het, beschouwd vanuit het oogpunt van regels inzake internationaal vennootschapsrecht, vruchtbaar kan zijn regels van Nederlands vennootschapsrecht te wijzigen - en mogelijk dienovereenkomstig te pleiten voor wijzigingen aan de Nederlandse Wet Conflictenrecht Corporaties.⁷³ Daarbij moet dan overigens in het achterhoofd worden gehouden dat naar Nederlands ipr vennootschapsrechtelijk principieel wordt aanknoopt bij het recht van de statutaire zetel; bovendien mag ook niet veronachtzaamd worden dat momenteel binnen Europa een discussie speelt over mogelijkheden voor EU-lidstaten tot aanknoping aan de werkelijke zetel dan wel aan de statutaire zetel, in interactie met het beginsel van de vrijheid van vestiging binnen Europa, getuige hiervan diverse uitspraken van het Hof van Justitie.

De vraag of niet veeleer een *vennootschapsrechtelijke* kwalificatie dan een onrechtmatige daadskwalificatie is aangewezen, lijkt vooral te kunnen rijzen als men een vordering tegen een moederbedrijf bekijkt doorheen de bril van de “indirecte doorbraak”⁷⁴ – dit in tegenstelling tot het presenteren van een vordering tegen de moeder als een “rechtstreekse onrechtmatige daadsvordering” specifiek gericht tegen de moedermaatschappij. In Nederland zijn op dit punt zeker de studies van Vlas, Lennarts en Van Dongen het bestuderen waard.⁷⁵ Daarbij blijkt wel vooral gedacht te worden in de richting van een

⁷¹ Zie ook al supra, voetnoot 14, de discussie over het bereik van het onrechtmatige daadsrecht voor wat betreft de mogelijkheid artikel 3:305a BW in te roepen.

⁷² Zie hierover, in een rechtsvergelijkend onderzoek, K. Vandekerckhove, *Piercing the corporate veil: a transnational approach*, Deventer: Kluwer Law International 2007.

⁷³ Cfr. ook de hogervermelde voorstellen (supra, voetnoot 13) waarin her en der ook gewag wordt gemaakt van wijzigingen op het vlak van het (internationaal) vennootschapsrecht.

⁷⁴ Bij directe doorbraak (“vereenzelviging”) zal mogelijk veel minder discussie bestaan dan bij “indirecte doorbraak” en van meetaf aan vennootschapsrechtelijk aangeknoopt worden – veelal aan het recht van de te doorbreken vennootschap.

⁷⁵ P. Vlas, *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 149 e.v., met o.a. verwijzing naar de “aansprakelijkheidsrechtelijke identificatie” en de conclusie van Strikwerda bij HR 9 december 1988, NJ 1989, 203; M.L. Lennarts, *concernaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999; R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht*, Deventer: Kluwer 1995. Over doorbraak van aansprakelijkheid in Nederland, zie nog recent HR 11 september 2009, *Ars Aequi* 2010, afl. 2, met noot S. Bartman.

onrechtmatige daadskwalificatie, maar bijzonder boeiend is dat in deze literatuur al melding werd gemaakt van een *begunstigingsbeginsel* op dit terrein. Ook rechtsvergelijkend werd door Vandekerckhove⁷⁶ van zo'n beginsel reeds melding gemaakt, met name waar zij in een bespreking van diverse kwalificatiemethodes aangeeft "The result of the application of a conflict rule that points to a system where no liability would arise is frequently perceived as highly unsatisfactory. Under such circumstances one can notice a tendency to search for alternative methods of conflict of laws that do more easily permit to engage liability."

In aansluiting bij de hoger reeds vermelde weergave van analyse van Lennarts⁷⁷, verdient een bijzonder punt van aandacht nog speciale vermelding: *indien* gekeken wordt door de bril van de "indirecte doorbraak" en vervolgens hiervoor gekeken wordt naar het op de "onderliggende vordering" toepasselijke recht, kan de vraag rijzen in hoeverre vorderingen tegen moeder- en dochtermaatschappij van elkaar dienen te worden afgesplitst op het vlak van het op die vorderingen toepasselijke recht; welnu, *voorzover* aangeknoopt wordt bij het recht toepasselijk op de "onderliggende" vordering, gesteld wordt dat de onderliggende vorderingen onderworpen zijn aan ipr-regimes inzake onrechtmatige daad, en vandaar wordt toegekomen tot hantering van de Rome II verordening, lijkt binnen de Rome II verordening de kans te komen tot toepassing van Nederlands recht in een tegen de moeder gerichte vordering het grootst als specifiek wordt gekeken naar de onderliggende vordering tegen de moeder en de onrechtmatige daad van de moeder hierbij in rekening wordt gebracht: dan lijken de meeste mogelijkheden voorhanden hetzij via een invulling van artikel 7 Rome II verordening, hetzij via een invulling van artikel 4 lid 3 Rome II verordening – daarin begrepen de mogelijkheid tot accessoire aanknopng – te besluiten tot mogelijkheid van toepassing van Nederlands recht op die onrechtmatige daadsvordering.

Indien gekeken wordt door de bril van de "indirecte doorbraak", zou overigens mogelijk ook – zo bleek hierboven – kunnen worden gepleit voor inschakeling van een ander ipr-regime dan voorhanden inzake onrechtmatige daad c.q. een ipr-regime bovenop – à la limite als alternatief – een ipr-regime inzake onrechtmatige daad.

Wordt een vordering tegen het moederbedrijf ingebracht als een rechtstreekse onrechtmatige daadsvordering tegen de moeder, dan situeert de discussie zich wellicht wellicht automatisch zuiver binnen de ipr-regimes die gelden op het vlak van onrechtmatige daad. Hoger citeerde ik al Joseph⁷⁸ waar zij aangaf voordelen te zien in dit type vordering voor wat betreft de mogelijkheid tot localisatie van de onrechtmatige daad in het land van het moederbedrijf zelf. Ik herneem hier dat citaat en geef tegelijk het vervolg aan⁷⁹, waar zij het heeft over de mogelijkheid op deze manier complicaties te vermijden die zich wel voordoen bij redeneringen binnen "(indirecte) doorbraak", met name op het punt van analyse van de moeder-dochterverhouding: "An increasingly

⁷⁶ K. Vandekerckhove, *Peircing the corporate veil: a transnational approach*, Deventer: Kluwer Law International 2007.

⁷⁷ *Supra*, voetnoot 27.

⁷⁸ *Supra*, voetnoot 26.

⁷⁹ S. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford Hart 2004, p. 134 *en* p. 136.

common argument in the salient cases is to directly target the actions or omissions that arise in boardrooms at corporate headquarters as causes of a plaintiff's harm, rather than the harmful behavior of a subsidiary corporation in another State. This argument has a number of possible advantages. First, the site of the tortious act will be the corporation's home State, often the place where the plaintiff wishes to commence litigation.(...)
Second, in focusing on a parent's own actions, the plaintiff can avoid arguments regarding the corporate veil (...) The courts in *CSR*, *The Amoco Cadiz*, and *Connelly* all identified the degree of actual control assumed by parents over the subsidiaries' relevant actions as an important factor in establishing that the parent owed a duty of care to the plaintiffs. This emphasis on control seems to echo the criteria for piercing the veil. However, the control test is quite different in the "direct liability" context. The issue is *not* control by the parent over the subsidiary. Rather, the relevant control is that exercised by the parent over the conduct which gave rise to the tort at issue. Thus, the relevant "control test" focuses on the extent to which a parent is somehow in control of the causes of the tort, which will be linked to, but will not be the same as, the issue of a parent's control over its subsidiary."

Wat ook zij van voorgaande overwegingen, op de achtergrond van discussies in deze thematiek blijken alleszins kwalificatieproblemen te kunnen spelen, waarvan de uitkomst zich in het verdere verloop van een procedure in deze of gene zin kan laten voelen op het punt van de mogelijkheden die een slachtoffer ter beschikking heeft. Omtrent de oplossing van het kwalificatieprobleem is in de Rome II verordening wel een instructie gegeven in artikel 1 lid 2 onder d Rome II verordening, waarin welbepaalde vennootschapsrechtelijke zaken zijn uitgesloten uit het materieel toepassingsgebied van de Rome II verordening. Overigens lijkt het probleem van de afscheiding van onrechtmatige daadsvorderingen van andere types rechtsverhoudingen – in het bijzonder vennootschapsrechtelijke rechtsverhoudingen – in het midden te zijn gelaten.⁸⁰

⁸⁰ Wel is in de literatuur in deze thematiek reeds melding gemaakt van de betekenis van artikel 15(g) Rome II verordening. Zie met name Bogdan (M. Bogdan, "The treatment of environmental damage in Regulation Rome II", in J. Ahern en W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation of the law applicable to non-contractual obligations*, Leiden Boston Martinus Nijhoff Publishers 2009) waar hij stelt; "Environmental damage is sometimes caused by the operations of a local company belonging to an international concern, which may give rise to questions regarding the liability of the foreign parent company. Pursuant to Article 15(g), "liability for the acts of another person", is governed by the law applicable to the non-contractual obligation in question, i.e., the law designated by Article 7. Nevertheless, it appears that if the parent company is claimed to be liable solely in its capacity of shareholder, the question of its liability is excluded from the scope of the Regulation by Article 1(2)(d) as being of company-law nature (liability of "of members as such for the obligations of the company." In ditzelfde verzamelwerk over de Rome II verordening stelt Carruthers (J. Carruthers, "Has the Forum lost its grip", in ...) "Article 15(g) would appear to extend to natural and legal persons (e.g. within a corporate group, as regards the liability of a parent company for the acts or omissions of its subsidiaries", waarbij in voetnoot wordt aangevuld: "Though arguably the law governing the company/ies has a stronger interest in, and so ought, to regulate this matter." Interessant in deze context is ook het in het verzamelwerk aangegeven punt dat volgens Engels ipr-perspectief bepaalde vragen normalerwijze als procedureel zouden worden beschouwd, terwijl deze nu toch – via gelding van onderdelen van artikel 15 Rome II verordening, onder het toepassingsgebied van de Rome II verordening lijken te vallen. Kan artikel 15(g) Rome II verordening beschouwd worden als zou hierin een instructie zijn gegeven omtrent de beoordeling van aansprakelijkheid van moederbedrijven? Toepassing van artikel 15(g) in deze context kan "wringen", nu in artikel 15(g) sprake is van "de aansprakelijkheid voor handelingen van anderen." In Nederlandse ipr-literatuur wordt soms wel gesproken

VI. Het streefdoel van het bewerkstelligen van “een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid” en bekommernis om (slachtoffers van) milieu: Europees/mondiaal?

Uit voorgaande analyse blijkt dat het, eventueel buiten de Rome II verordening om, maar zeker ook binnen de Rome II verordening wel eens gemakkelijker zou kunnen zijn om desgewenst (aspecten van) Nederlands recht toepasselijk te laten verklaren dan het recent uitgebrachte Nederlandse onderzoeksrapport laat uitschijnen. Doorheen voorgaande analyse is zeker ook wel gebleken dat er en der enige oprekking van beginselen c.q. bijzondere invulling nodig is en en het vereist is veeleer op een uitzonderingsbepaling dan op een basisregel te steunen om, - indien dat gunstig is voor het slachtoffer - tot toepasselijkheid van Nederlands recht te komen in geval van betrokkenheid van een Nederlands bedrijf bij schade die in een ontwikkelingsland is veroorzaakt.

Maar misschien is het sowieso ook zo dat in deze problematiek eerder de uitzonderingen dan de regels van belang zijn en een uitzonderlijke handelwijze vereist is. Dit is wellicht in het bijzonder het geval indien het gaat om de schending van fundamentele, internationaal erkende normen.

Dergelijke interpretatie van de Rome II verordening zou dan alleszins wel aansluiten bij de geest die de Rome II verordening ademt, alleszins voor wat betreft de bestrijding van internationale milieuvervuiling - en zou zo men wil ook aansluiten bij de algehele geest van “modern conflictenrecht” die Rome II volgens sommigen wel of alleszins toch deels ademt;⁸¹ dergelijke interpretatie van de Rome II verordening zou dan bovendien ook gedragsregulerend kunnen werken. De handelwijze inzake beoordeling van aansprakelijkheid bij internationale milieuvervuiling zou vervolgens als katalysator kunnen gaan functioneren voor de handelwijze bij beoordeling van aansprakelijkheid bij niet-milieu-gerelateerde schendingen van fundamentele rechten - en zo mogelijk nog verder. Bedrijven die in derdewereldlanden opereren zouden dan mede op basis van de Rome II verordening uiteindelijk zonder meer gehouden worden aan respect voor

over aansprakelijkheid van de moeder voor de dochter (in de bijdrage van M.C.P. Jägers en M-J van der Heijden, *Corporate Human Rights Violations: the feasibility of civil recourse in the Netherlands*, *Brooklyn Journal of International Law* 2008, wordt melding gemaakt van een mogelijkheid van “parent company liable for acts of the subsidiary because (...) The legal separation is not in accordance with reality (...) Because the corporate form has been abused by the parent company”, maar de vraag is in hoeverre het in zulke gevallen juridisch effectief gaat om “aansprakelijkheid voor handelingen van anderen”: gaat het in zulke gevallen niet veeleer gaan om situaties van vereenzelviging waarbij niet kan gesproken worden van aansprakelijkheid voor handelen van “anderen”? In zulke omstandigheden is het wellicht eigenaardig een zaak van vereenzelviging op deze manier onder het toepassingsgebied van de Rome II verordening te brengen. En gaat het om zaken buiten vereenzelviging om, dan is het eveneens – althans vanuit Nederlands perspectief bekeken – de vordering te beschouwen als een vordering voor aansprakelijkheid voor handelingen van anderen: in situaties van indirecte doorbraak evenals in rechtstreekse onrechtmatige daadsvorderingen tegen een moederbedrijf lijkt toch vooral het eigen handelen c.q. nalaten van de moedermaatschappij centraal te staan. Kortom, de vraag rijst in hoeverre – althans vanuit Nederlands perspectief beschouwd - aan artikel 15 Rome II verordening in deze context betekenis kan worden toegekend omtrent het toepassingsgebied van de Rome II verordening.

⁸¹ Volgens sommigen ook ademt de Rome II verordening deze geest vooralsnog in onvoldoende mate, cfr. supra voetnoten 18 en 19 – op deze manier kan dan wel worden tegemoetgekomen aan pleitbezorgers van meer “moderne” ipr-regels.

welbepaalde fundamentele beginselen en zo mogelijk – eventueel zelfs als minimum - zelfs nagenoeg helemaal aan de normen waarin ze zich ook in Nederland bij toepassing van Nederlands recht dienen te houden. Is duidelijk dat de Rome II verordening in die zin moet worden c.q. wordt gehanteerd, dan wordt zodoende ook tegemoet gekomen aan streefdoelen inzake voorspelbaarheid en rechtszekerheid; bedrijven weten dan dat zij niet kunnen ontsnappen aan een welbepaalde mate van aansprakelijkheid en weten – in zoverre het voeren van een procedure buiten Nederland geen andere resultaten oplevert - dat waar ook in Europa een zaak tegen hen voor de rechter wordt gebracht, zij op een zelfde manier op hun verantwoordelijkheid kunnen worden aangesproken. Dan zou ook kunnen worden gesteld dat de “ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid” die de EU wil realiseren in die zin moet worden begrepen dat die beginselen van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid *ook* gelden voor slachtoffers die voor een Europese rechter bedrijven aanspreken die in Europa zijn gevestigd maar mede verantwoordelijk zijn voor schendingen in derdewereldlanden van fundamentele rechten, inclusief het veroorzaken van milieuschade – mogelijk door het stellen van handelingen in Europa of nog, het nalaten welbepaalde handelingen te stellen en het op die manier (mee) bijdragen aan hetgeen buiten Europa plaatsvindt. Een en ander zou het streefdoel van het bevorderen van “access to justice” ten goede komen, specifiek door een welbepaalde toepassing van regels van toepasselijk recht: ipr-regels zijn er mede verantwoordelijk voor of slachtoffers wel of niet een beroep kunnen doen op een recht dat de dader aansprakelijk stelt c.q. hen schadevergoeding toekent.⁸² Het nobele streefdoel dat de Europese wetgever zichzelf ten doel heeft gesteld bij de uitvaardiging van artikel 7 Rome II verordening – te weten het bestrijden van internationale milieuvervuiling - zou overigens wel een bijzonder nare bijmaak krijgen indien mocht worden vastgesteld dat bekommernis om (slachtoffers van) milieu enkel van tel is als het het Europese milieu betreft en niet of veel minder van tel is als het gaat om milieuschade die (mede) door Europese vervuilers is veroorzaakt in niet-Europese ontwikkelingslanden.

Veerle Van Den Eeckhout, verbonden aan de Universiteit Leiden en de Universiteit Antwerpen.

(Prof. Dr. Veerle Van Den Eeckhout is professor “Vergelijkend en Europees internationaal privaatrecht” aan de Universiteit Antwerpen en universitair hoofddocent internationaal privaatrecht aan de Universiteit Leiden)

⁸² Over het streefdoel van access to justice, zie o.a. het rapport Ruggie waarnaar hoger (supra, voetnoot 32) reeds werd verwezen. De discussie inzake access to justice speelt in deze materie zeker ook in regels van internationale bevoegdheid, zie ook <http://www.leighday.co.uk/documents/EU%20Commission%20submission%20on%20Owusu.pdf/view?searchterm=owusu> Zie ook de bemerkingen van van Hoek (supra, voetnoot 6), omtrent regels van internationale bevoegdheid in verhouding tot “access to justice” in deze materie.