

# Rome II in de rechtspraak: probleemloze toepassing of redenen tot zorg?

Joris den Hartog\*

## Abstract

*The Rome II Regulation has been criticized by several authors ever since its introduction. After eleven years of the Rome II Regulation being in force, it is appropriate to examine how this Regulation is applied in practice and whether courts experience problems in applying the Regulation's conflict rules. This article analyzes Dutch case law involving Rome II. The analysis shows that in more than half of the cases when courts resort to Rome II to determine the applicable law, they make use of the main rule of Article 4(1). It is observed that in most cases, Rome II does not seem to raise particular problems. Nevertheless, some inconsistencies are identified in the application of Rome II's conflict rules. Most notably, the arguments used to determine the applicable law are not always explicitly mentioned, which can make this determination less persuasive. Furthermore, Rome II's material scope can give rise to problems and there is room for improvement in applying the choice of law rule, the manifestly closer connection clause and Article 6. It is however concluded that serious changes do not have to be made, as long as courts apply the conflict rules explicitly and uniformly.*

## 1. Inleiding

Decennialang, zo ongeveer sinds de jaren zeventig, zijn er pogingen gedaan om in het Europese conflictenrecht een verwijzingsregeling te ontwerpen voor internationale niet-contractuele verbintenissen.<sup>1</sup> Deze verwijzingsregeling kreeg in 2007 gestalte in Verordening (EG) nr. 864/2007 van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).<sup>2</sup> Deze stap kwam tegemoet aan een grote praktijkbehoefte aan eenduidigheid in de vaststelling van het toepasselijke recht op grensoverschrijdende onrechtmatige daden.<sup>3</sup> De inhoud van de verordening is in de literatuur daarentegen niet door elke auteur enthousiast ontvangen.<sup>4</sup> In het bijzonder is de hoofdregel van artikel 4 lid 1, waarin voor het

---

\* Joris den Hartog rondde deze zomer (cum laude) de master Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht af en is momenteel masterstudent Onderneming en Recht aan de Universiteit Utrecht. Met dank aan Sonja Kruisinga voor nuttige feedback op een eerdere versie van deze bijdrage.

1 Zie Th.M. de Boer, 'De grondslagen van de Verordening Rome II', *WPNR* 2008/6780, p. 988.

2 *PbEU* 2007, L 199/40.

3 De Boer 2008, p. 988 (zie noot 1), noemde het een mijlpaal in de geschiedenis van het Europese IPR.

4 Zie in het bijzonder S.C. Symeonides, 'Rome II and tort conflicts: a missed opportunity', *American Journal of Comparative Law* (56/1) 2008, p. 173-222; A. Dickinson, *The Rome II Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 665; J.A. Pontier, 'Rome II: geen revolutionaire omwentelingen, wel tal van vraagpunten bij de inwerkingtreding ervan', in: T.H.M. van Wechem & J.A. Pontier, *Europese conflictregels voor de overeenkomst en de onrechtmatige daad: Rome I en II. Zicht op zekerheid nog ver weg* (Mededelingen NIVR nr. 136), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2008, p. 61-122. Vgl. X.E. Kramer, 'Rome II: introductory observations, scope, system, and general rules', *NIPR* 2008, afl. 4, p. 424, die ook enkele verbeterpunten in Rome II opmerkt, maar over het geheel gezien positiever is.

toepasselijk recht verwezen wordt naar de *lex loci damni* (het recht van het land waar de schade zich voordoet; ‘*Erfolgsort*’), onderwerp van kritiek (geweest).<sup>5</sup> Ook de (vele) uitzonderingen op deze hoofdregel zijn bepaald niet onbekritiseerd gebleven.<sup>6</sup>

Het Hof van Justitie navigeert de rechtspraktijk voorlopig niet al te zeer uit het (gevreesde) doolhof van Rome II.<sup>7</sup> De vraag is evenwel of de rechtspraktijk daadwerkelijk een navigatiesysteem nodig heeft of dat rechters eigenlijk weinig problemen ondervinden met de conflictregels uit Rome II.<sup>8</sup> In deze bijdrage wordt stilgestaan bij de toepassing van deze conflictregels in de (Nederlandse) rechtspraak. Hiervoor zijn in totaal 324 uitspraken bestudeerd. Dit betreft de uitspraken uit de Nederlandse rechtspraktijk die op 20 juli 2020 via het zoekstelsel Legal Intelligence (en daarmee via rechtspraak.nl) raadpleegbaar waren.<sup>9</sup> Recentelijk werd door Van Bochove een vergelijkbaar onderzoek uitgevoerd ten aanzien van de toepassing van Rome I<sup>10</sup> in de Nederlandse rechtspraak.<sup>11</sup> Alhoewel onderhavige bijdrage verder los staat van het onderzoek van Van Bochove, is de opzet wel in hoge mate vergelijkbaar. Allereerst wordt stilgestaan bij de werkingssfeer van Rome II (§ 2). Vervolgens wordt de rechtspraak omtrent de rechtskeuzebevoegdheid besproken (§ 3) en daarna wordt aan de hoofdregel toegekomen (§ 4). De kennelijk nauwere band van artikel 4 lid 3 komt aan de orde in § 5 en de bijzondere conflictregels zullen in § 6 centraal staan. Afgesloten wordt met een conclusie.

## 2. De werkingssfeer van de Verordening

### 2.1 Het temporele toepassingsgebied

De vaststelling van de werkingssfeer van Rome II vindt in de rechtspraak niet altijd geheel zonder problemen plaats. Dit geldt ook voor het temporele toepassingsgebied.<sup>12</sup> Artikel 31 bepaalt

5 Zie bijvoorbeeld L. Strikwerda, ‘Van “lex loci delicti” naar “lex loci damni”’, *WPNR* 2008/6780, p. 997; Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/989.

6 Ik wijs bijvoorbeeld op, onder veel meer, Kramer 2008, p. 421-422 (zie noot 4), ten aanzien van art. 4, lid 3; T.C. Hartley, ‘Choice of law for non-contractual liability: selected problems under the Rome II Regulation’, *International and Comparative Law Quarterly* (57/4) 2008, p. 902-907, ten aanzien van art. 5; S.J. Schaafsma, ‘Rome II: intellectuele eigendom en oneerlijke concurrentie’, *WPNR* 2008/6780, p. 1002, ten aanzien van art. 6; L. Strikwerda, ‘Een zwakke steen in “Rome II”: de conflictregel voor aansprakelijkheid wegens milieuschade’, in: M.G. Faure & T. Hartlief (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 159, ten aanzien van art. 7.

7 Veel arresten over Rome II heeft het Hof voorlopig immers niet gewezen. Vgl. Th.M. de Boer, annotatie bij HvJ 10 december 2015, C-350/14, ECLI:EU:C:2015:802, *NJ* 2016/243 (*Lazar*), onder 4.

8 Zo concludeerden P. Vlas & M. Zilinsky, ‘Drie jaar Rome II in de rechtspraktijk’, *Ondernemingsrecht* 2012/60, afl. 8, par. 7, dat de rechtspraktijk tussen 2009 en 2012 goed uit de voeten kon met Rome II.

9 Gebruik is gemaakt van de zoektermen ‘Rome II’, ‘Rome-II’, ‘Rome II-Verordening’ en ‘864/2007’. De gehele lijst met rechtspraak kan bij de auteur worden opgevraagd via j.denhartog@students.uu.nl.

10 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, *PbEU* 2008, L 177/6.

11 L.M. van Bochove, ‘Het tinnen jubileum van Rome I: best practices en valkuilen’, *NIPR* 2020, afl. 2, p. 216-233.

12 Zie hierover ook J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2015, p. 178-182; Y.A. Rampersad & J.A. van der Weide, ‘*Hora ruit, tempus fluit*. Boek 10 BW, WCOD, Rome II en het overgangsrecht’, *MvV* 2016, afl. 2, p. 51-61.

dat Rome II van toepassing is op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich vanaf 11 januari 2009 hebben voorgedaan.<sup>13</sup> Dit wordt soms echter uit het oog verloren.<sup>14</sup> In sommige gevallen zal het inderdaad lastig zijn om vast te stellen wanneer een schadeveroorzakende gebeurtenis precies heeft plaatsgevonden, en daarmee of Rome II van toepassing is, maar de rechtspraak heeft daarvoor wel oplossingen gevonden. Het Hof Arnhem-Leeuwarden koos er bijvoorbeeld voor om, in een geval waarin Rome II temporeel niet van toepassing was, ten overvloede te overwegen dat ook Rome II tot de toepassing van het, op grond van de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD) reeds toepasselijke, Braziliaanse recht leidde. Dit, voor zover de vordering uit onrechtmatige daad gegrond zou zijn op de weigering om in te gaan op een sommatiebrief, welke weigering wel na 11 januari 2009 plaats had gevonden.<sup>15</sup> Ook het Hof 's-Hertogenbosch loste de discussie omtrent de temporele werkingsfeer op door te overwegen dat toepassing van zowel de WCOD als Rome II leidde tot toepasselijkheid van Nederlands recht.<sup>16</sup>

## 2.2 *Het formele toepassingsgebied*

Artikel 3 van Rome II bepaalt dat de rechter Rome II en het daardoor aangewezen toepasselijke recht moet toepassen, ongeacht of dit het recht van een lidstaat is. Dat het recht van een niet-lidstaat moet worden toegepast komt niet zo vaak voor; dit gebeurde 17 keer.<sup>17</sup> Zes van deze uitspraken zagen op een vordering die was ingesteld wegens een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of smaad.<sup>18</sup> Dit relatief grote aantal kan worden verklaard doordat smaad vaak een online component heeft en daardoor in beginsel schade kan berokkenen in een groot aantal landen.<sup>19</sup> In vijf uit zes gevallen werd het Nederlandse recht toegepast. Evenals voor Rome I het

---

13 In HvJ 17 november 2011, C-412/10, ECLI:EU:C:2011:747, r.o. 36, *NIPR* 2012, 51, *NJ* 2012/109 (*Homarwoo/GMF Assurances*), verduidelijkte het Hof dat noch de datum waarop de zaak wordt ingeleid, noch de datum waarop het toepasselijke recht wordt vastgesteld, voor dit temporele toepassingsgebied van belang zijn.

14 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7229, r.o. 4.2.

15 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4859, r.o. 4.3, *NIPR* 2015, 383. Vgl. Rb. Amsterdam 20 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8741, r.o. 7.14, *NIPR* 2020, 49.

16 Hof 's-Hertogenbosch 12 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4155, r.o. 3.5.2.

17 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 21 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7258, r.o. 4.3, *NIPR* 2017, 86 (Maleisisch recht); Hof Amsterdam 20 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2416, r.o. 3.5, *NIPR* 2017, 437 (Surinaams recht); Hof Amsterdam 19 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:484, r.o. 3.13, *NIPR* 2020, 44 (Somalisch recht).

18 En waarop Rome II via art. 10:159 BW van toepassing was (zie § 2.3.3). Bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 15 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW9838, r.o. 4.2, *NIPR* 2012, 337 (Amerikaans recht); Rb. Zeeland-West-Brabant 31 augustus 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:5109, r.o. 4.2, *NIPR* 2018, 419 (Georgisch recht).

19 Vgl. MainStrat, *Comparative study on the situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality*, JLS/2007/C4/028. Final Report, p. 77. Online raadpleegbaar via [https://inform.files.wordpress.com/2010/07/study\\_privacy\\_en.pdf](https://inform.files.wordpress.com/2010/07/study_privacy_en.pdf).

geval is, zijn de enige andere rechtsstelsels die met een bepaalde regelmaat de revue passeren het Engelse, Belgische en Duitse.<sup>20</sup>

Het formele toepassingsgebied lijkt in de praktijk zelden tot problemen te leiden. Een schaars voorbeeld waarin het universele toepassingsgebied uit het oog leek te zijn verloren, is te vinden in een uitspraak van het Hof Amsterdam, waarin het hof overwoog dat het commune Nederlandse internationaal privaatrecht zou worden toegepast indien eiser in Zwitserland woonde.<sup>21</sup> Dit was echter in een overweging ten overvloede, die uiteindelijk geen gevolgen had voor de verdere uitkomst van het geschil.<sup>22</sup> Soms wordt er zelfs een expliciete referentie aan het universele toepassingsgebied gemaakt, waardoor elke mogelijke verwarring bij partijen wordt voorkomen.<sup>23</sup> Zo wees het Hof Arnhem-Leeuwarden terecht op de verwarrende Nederlandse vertaling in overweging 14 en 18 van de considerans, waarin onterecht van een nauwere band met *een andere lidstaat* gesproken wordt in het kader van artikel 4 lid 3.<sup>24</sup>

### 2.3 Het materiële toepassingsgebied

#### 2.3.1 De toepassing van artikel 10:159 BW

In artikel 1 lid 2 zijn enkele onderwerpen uitgezonderd van het toepassingsgebied van Rome II. Het uitgangspunt is dat deze uitzonderingen strikt worden geïnterpreteerd.<sup>25</sup> Deze strikte interpretatie wordt in de rechtspraak gevolgd.<sup>26</sup> Andere landen hebben ervoor gekozen om voor de uitgezonderde onderwerpen in een eigen conflictregel te voorzien.<sup>27</sup> In Nederland is, daarentegen, in artikel 10:159 BW bepaald dat Rome II van overeenkomstige toepassing is

20 Zie Van Bochove 2020, p. 218 (zie noot 11).

21 Hof Amsterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3428, r.o. 3.3, *NIPR* 2014, 359.

22 Tegen het arrest werd cassatieberoep ingesteld, dat met 81 RO werd verworpen. Ook A-G Vlas constateerde deze vergissing van het hof. Zie Concl. A-G Vlas, ov. 2.5, bij HR 11 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:394, *RvdW* 2016/384.

23 Bijvoorbeeld in Rb. Arnhem 25 mei 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ7713, r.o. 4.2, *NIPR* 2011, 449.

24 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1208, r.o. 3.10, *NIPR* 2014, 140.

25 Explanatory Memorandum to the Commission Proposal of 22 July 2003, COM(2003) 427 final, p. 9. Dickinson 2008, p. 199 (zie noot 4), merkt terecht op dat dit ietwat stellig geformuleerd is en dat voornamelijk bedoeld zal zijn dat de uitzonderingen moeten worden geïnterpreteerd in het licht van de doelstellingen van de Verordening en de rationes achter de uitzondering die in het geding is.

26 Vgl. Rb. Amsterdam 11 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4971, r.o. 4.3.

27 Art. 48 van de Austrian Private International Law Act; art. 99 van het Belgisch Wetboek van Internationaal Privaatrecht; art. 105 van de Bulgarian Private International Law Code; art. 28 van de Croatian act concerning the Resolution of Conflicts of Laws with Provisions of other States in certain Matters; art. 101 van de Czech Act on Private International Law; Art. 48 van de Estonian Private International Law Act; art. 40 van de Duitse Introductory Act to the Civil Code; art. 32 van het Hungarian Law-Decree No. 13 on Private International Law; art. 62 van de Reform of the Italian System of Private International Law; art. 1.43 van de Lithuanian Civil Code; art. 45 van de Portuguese Civil Code; art. 2.642 van de Romanian New Civil Code; art. 30 van de Slovenian Private International Law and Procedure Act; art. 10, lid 9, van de Spanish Civil Code en art. 11 van de UK's Private International Law Act. Allen raadpleegbaar via J. Basedow e.a. (red.), *Encyclopedia of private international law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2017.

op niet-contractuele verbintenissen die buiten de werkingssfeer van Rome II vallen.<sup>28</sup> Deze terugkoppeling geldt enkel voor de onderwerpen die uitgezonderd zijn van het materiële toepassingsgebied van Rome II.<sup>29</sup> Zo ging de Rechtbank 's-Gravenhage niet helemaal juist te werk toen deze op grond van artikel 10:159 BW Rome II toepaste in een geval waarin niet vastgesteld kon worden of de onrechtmatige daad binnen het temporele toepassingsgebied van Rome II viel.<sup>30</sup>

Artikel 10:159 BW wordt vrij vaak toegepast in de rechtspraak. In 24 verschillende uitspraken werd *expliciet* via dit artikel teruggekoppeld naar Rome II.<sup>31</sup> 14 keer betrof dit een geval van smaad (artikel 1 lid 2 sub g), zeven keer bestuurdersaansprakelijkheid (sub d), twee keer onderhoudsverplichtingen (sub a) en één keer het huwelijksvermogensrecht (sub b). Het aantal keer dat artikel 10:159 BW daadwerkelijk ter terugkoppeling naar Rome II gebruikt is, ligt vermoedelijk hoger. Niet altijd wordt bijvoorbeeld gerefereerd aan het artikel, terwijl het feitencomplex wel een uitzondering van het materiële toepassingsgebied lijkt te betreffen. Zo sloot het Hof Amsterdam ter bepaling van het toepasselijke recht aan bij het centrum van belangen van geïntimeerden, die vorderingen hadden ingesteld wegens door appellanten gestuurde e-mails met, volgens geïntimeerden, diffamerende, onjuiste en beschadigende mededelingen.<sup>32</sup> Door bij het centrum van belangen aan te sluiten is het mogelijk dat het hof de vordering heeft behandeld als een vordering wegens smaad, ondanks dat het hof artikel 10:159 BW niet noemde in het arrest.<sup>33</sup> Ook niet meegeteld bij de 24 zijn de uitspraken waarin rechters voor de zekerheid artikel 10:159 BW noemen, maar in het midden laten of een van de uitzonderingen daadwerkelijk toepassing vindt. Zo wordt soms de overweging gebezigd dat een bepaald recht toepasselijk is, 'zo nodig gelezen in verbinding met artikel 10:159 BW'.<sup>34</sup> Anderzijds wordt in een aantal uitspraken, die eveneens niet bij de 24 meegeteld zijn, wel gerefereerd aan artikel 10:159 BW, maar lijkt dit onnodig, omdat het feitencomplex geen aanleiding geeft het artikel

28 Zie hierover A.A.H. van Hoek, 'De onrechtmatige daad in Boek 10 BW', *MvV* 2010, afl. 7/8, p. 208-213.

29 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10512, r.o. 4.10, *NIPR* 2017, 174; Rb. Amsterdam 12 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2841, r.o. 2.3, *NIPR* 2017, 307.

30 Rb. 's-Gravenhage 28 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5998, *NIPR* 2013, 66. Dit gebeurde ook in Rb. Amsterdam 27 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4704, r.o. 5.3. In hoger beroep tegen die uitspraak paste het hof terecht wel de WCOD toe. Zie Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2851, r.o. 3.5, *NIPR* 2019, 451.

31 Rb. Noord-Holland 5 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5535, r.o. 4.3, volstond met een referentie aan art. 10:159 BW en noemde Rome II in het geheel niet.

32 Hof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1629, r.o. 3.6, *NIPR* 2017, 470. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5415, r.o. 4.8-4.11.2.

33 Dit is blijkens HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1054, r.o. 3.9, *NIPR* 2016, 278, *NJ* 2016/354, m.nt. Th.M. de Boer (*Dababshuil*), de aan te leggen toets voor de *lex loci damni* bij vorderingen wegens smaad. Zie ook HvJ 25 oktober 2011, C-509/09 & C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, r.o. 48-52, *NIPR* 2011, 475, *NJ* 2012/224, m.nt. M.V. Polak (*eDate Advertising*).

34 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 25 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7743, r.o. 4.1; Rb. Rotterdam 13 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8942, r.o. 3.1.

toe te passen.<sup>35</sup> Van Bochove constateerde ditzelfde in verband met Rome I en artikel 10:154 BW.<sup>36</sup>

### 2.3.2 Bestuurdersaansprakelijkheid ex sub d

In het bijzonder wijs ik op de toepassing van de twee meest voorkomende uitzonderingen, allereerst de bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 1 lid 2 sub d. De wijze waarop het toepasselijke recht bij bestuurdersaansprakelijkheid moet worden vastgesteld, blijft de gemoederen bezighouden.<sup>37</sup> De toepassing van de uitzondering van sub d verloopt in de rechtspraak niet onproblematisch. In de meeste gevallen wordt de uitzondering niet van toepassing geacht op de in het geding zijnde bestuurdersaansprakelijkheid; de aansprakelijkheid van bestuurders is in die gevallen gegrond op het onrechtmatige daadsrecht en niet op het van Rome II uitgezonderde vennootschapsrecht, is dan de gedachte.<sup>38</sup> In andere, niet onvergelykbare, zaken wordt daarentegen wel aangehaakt bij de uitzondering van sub d.<sup>39</sup> Illustratief voor de ingewikkeldheid van deze materie is een recente uitspraak van de Rechtbank Den Haag, waarin de rechtbank in het midden liet of Nederlands recht rechtstreeks of via artikel 10:159 BW van toepassing was op de bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>40</sup>

Kramer en Verhagen hebben, in het licht van deze kwalificatieproblemen, een gedifferentieerde aanpak voorgesteld waarin voor gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid wordt aangeknoopt bij het Nederlandse incorporatierecht van artikel 10:118 en 10:119 BW, indien de onrechtmatige gedraging plaatsvindt in de uitoefening van de bestuurstaak.<sup>41</sup> Rome II zou

35 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 5 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5455, r.o. 2.5, *NIPR* 2015, 71; Rb. Den Haag 7 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6136, r.o. 6.50.

36 Van Bochove 2020, p. 218 (zie noot 11).

37 Zie recentelijk A.A.H. van Hoek, 'Shoppen in het recht: het vennootschapsrecht en aanpalende rechtsgebieden "ontbundeld"', in: *Forumshopping* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 59-91; M. Zilinsky, *De bestuurdersaansprakelijkheid in het internationaal privaatrecht: een probleem van kwalificatie*, Den Haag: Boom Juridisch 2017. Ik wijs terzijde op S.M. van den Braak, 'De Peeters/Gatzen-vordering in het internationaal privaatrecht; een overzicht naar aanleiding van Hof van Justitie EU 6 februari 2019, zaak C-535/17 (NK/Fortis)', *TvI* 2019/18, afl. 3, p. 143-146, die aandacht besteedt aan de verhouding tussen Rome II en de Insolventieverordening in verband met *Peeters/Gatzen*-vorderingen. Hierop ga ik verder niet in.

38 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4285, r.o. 9, *NIPR* 2015, 170; Hof Amsterdam 20 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5498, r.o. 3.9; Rb. Rotterdam 12 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5118, r.o. 4.1.

39 Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 12 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1519, r.o. 4.2; Rb. Overijssel 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4875, r.o. 4.3; Rb. Noord-Nederland 28 juni 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2318, r.o. 4.3, *NIPR* 2019, 326, waarin via art. 10:159 BW Rome II werd toegepast. Vgl. Rb. Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:614, r.o. 5.53, waarin de uitzondering van toepassing geacht werd en werd aangesloten bij het Nederlandse incorporatierecht van art. 10:118 en 10:119 BW. Zie ook de annotatie bij die uitspraak van L.M. van Bochove, *Ondernemingsrecht* 2020/49, p. 258.

40 Rb. Den Haag 11 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1088, r.o. 4.6, *NIPR* 2020, 244.

41 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/68. Zie ook G.C. van der Plas, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6649, *JOR* 2016/89, onder 7; T.M.C. Arons, 'Verkenning van de internationale bevoegdheid en het toepasselijk recht bij geschillen over de aansprakelijkheid van

dan enkel relevant blijven bij een zelfstandige onrechtmatige daad van de bestuurder.<sup>42</sup> Vlas en Zilinsky hebben zich tegen deze benadering uitgesproken. Deze benadering zou het zelfstandige karakter van de bestuurdersaansprakelijkheid miskennen.<sup>43</sup> Bovendien zou sub e van artikel 10:119 BW zich hiervoor niet lenen.<sup>44</sup> Mijns inziens is de ruimere uitleg van artikel 10:119 sub e BW en artikel 1 lid 2 sub d die Kramer en Verhagen voorstaan echter, gelet op de tekst en achtergrond van die bepalingen, wel verdedigbaar.<sup>45</sup> Bovendien biedt de gedifferentieerde aanpak, in het licht van de consistentie van het verwijzingsregime bij bestuurdersaansprakelijkheid, aanzienlijke voordelen ten opzichte van de huidige, ietwat weerbarstige, wijze waarop het toepasselijk recht wordt aangewezen in gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>46</sup> Deze voordelen wegen mijns inziens op tegen de meer dogmatische bezwaren.

### 2.3.3 Inbreuk op de persoonlijke levenssfeer ex sub g

Inzake de toepassing van de uitzondering van sub g, met betrekking tot smaad, lijkt de nadruk te liggen op de gevolgen voor de benadeelde en niet noodzakelijk op de onrechtmatige gedraging.<sup>47</sup> Zo werd de uitzondering niet genoemd toen een eiseres (onder andere) vanwege een gesteld diffamerende mail van een collega werd ontslagen door een universiteit.<sup>48</sup> Ook bij misleidende reclame over een bedrijf in een tijdschrift werd niet aan de uitzondering gerefereerd.<sup>49</sup> Daarnaast knoopte de Rechtbank Den Haag niet aan bij de uitzondering na een gesteld diffamerende tweet over de soep van eiseres.<sup>50</sup> Dat noch aan sub g, noch aan artikel 10:159 BW, gerefereerd werd is in deze zaken op zichzelf verdedigbaar. In andere gevallen is deze omissie mijns inziens echter problematischer. Zo paste de Rechtbank Gelderland de uitzondering (ogenschijnlijk) niet toe in een zaak waarin een ambtenaar door gedaagde onrechtmatig

---

bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2017/138, afl. 16, p. 774-775; C.E.J.M. Hanegraaf, *Art. 2:11 BW, doorgesluit van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 255.

42 Gevallen zoals Rb. 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, *NJ* 2013/302, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Spaanse villa*).

43 Concl. A-G Vlas, ov. 2.9-2.10, bij HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1165, *RodW* 2016/706; P. Vlas, *Rechtspersonen*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2017, p. 210; Zilinsky 2017, p. 31 (zie noot 37).

44 Zilinsky 2017, p. 31 (zie noot 37).

45 Zie uitgebreid Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/67-70; Arons 2017, p. 774-775 (zie noot 41); Hanegraaf 2017, p. 254-256 (zie noot 41).

46 Vgl. Van der Plas 2016, onder 6-9 (zie noot 41); S.M. van den Braak, 'Boekbespreking. M. Zilinsky, *De bestuurdersaansprakelijkheid in het internationaal privaatrecht: een probleem van kwalificatie*. Offerhaus-serie, Den Haag: Boom Juridisch 2017, 46 p.', *Ondernemingsrecht* 2017/111, p. 625; Arons 2017, p. 774-775 (zie noot 41).

47 Dickinson 2008, p. 239 (zie noot 4). Vgl. M. Wilderspin, *The European private international law of obligations*, 4th edn., Londen: Sweet & Maxwell 2015, p. 504-505. Dit betekent natuurlijk niet dat geen aandacht wordt besteed aan de grondslag van de vordering. Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 22 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1082, r.o. 4.5.

48 Rb. Amsterdam 2 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7287, r.o. 5.15, *NIPR* 2017, 207. Vgl. Rb. Noord-Holland 15 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9517, r.o. 4.1.

49 Rb. Overijssel 2 mei 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2344, r.o. 4.2.

50 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16565, r.o. 4.2.

werd beschuldigd van terroristische praktijken en ontbrak een referte ook in een zaak waarin eiseres klaagde dat zij met naam en toenaam genoemd werd in het boek 'de Holleeders'.<sup>51</sup> Mijns inziens zou in dit soort zaken, zeker als het reputatieschade betreft, vaker expliciet bij de uitzondering van sub g en artikel 10:159 BW aangesloten mogen worden. Ook indien geoordeeld wordt dat de uitzondering geen toepassing vindt, doch het een feitencomplex betreft dat tegen 'smaad-gevallen' aan schuurt, zou het naar mijn mening geen overbodige luxe zijn indien deze niet-toepassing geëxpliciteerd wordt.<sup>52</sup> Dit zou de overzichtelijkheid van deze omstreden uitzondering ten goede komen.

### 3. Rechtskeuzebevoegdheid

#### 3.1 Artikel 14 in de rechtspraak

Binnen de 'verwijzingsladder' van Rome II staat artikel 14, de rechtskeuzebevoegdheid van partijen, bovenaan. Deze rechtskeuze kan uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden en kan zowel voor als na de schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvinden. Sinds Rome II in werking getreden is, werd het toepasselijke recht in 41 uitspraken aangewezen op grond van artikel 14.<sup>53</sup> Niet geheel toevallig is in de overgrote meerderheid van deze uitspraken een processuele rechtskeuze uitgebracht.<sup>54</sup> Bij onrechtmatige daden zal een rechtskeuze voorafgaand aan het geschil immers eigenlijk alleen gedaan kunnen worden indien er reeds een rechtsverhouding tussen partijen bestaat.<sup>55</sup> Ook niet geheel toevallig werd slechts in één uitspraak een rechtskeuze gemaakt voor een ander recht dan het Nederlandse.<sup>56</sup> Vermeldenswaard is dat het aantal keren dat artikel 14 wordt toegepast door de jaren heen sterk is toegenomen; maar liefst 15 van de 41 uitspraken werden gewezen in 2019 en 2020.

51 Rb. Gelderland 28 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4088, r.o. 4.3; Rb. Gelderland 24 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3354, r.o. 4.1.

52 Bijvoorbeeld in Hof's-Hertogenbosch 24 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1768, r.o. 4.3.1-4.3.2; Rb. Rotterdam 29 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4986, r.o. 3.11.

53 In Rb. Gelderland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5560, r.o. 4.1, werd weliswaar enkel verwezen naar art. 4 lid 3, maar volgt uit de overweging dat de toepassing van Nederlands recht gebaseerd werd op een rechtskeuze van partijen.

54 Zie over de processuele rechtskeuze in het IPR, onder meer, P.M.M. Mostermans, *De processuele behandeling van het conflictenrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, i.h.b. p. 113-142; H. Boonk, 'Ambtshalve toepassing van het IPR en processuele rechtskeuze', *NIPR* 2005, afl. 1, p. 20-29; J.F. de Heer, 'De techniek van de rechtskeuze nader onderzocht, in het bijzonder de tijdens een rechtsgeding uitgebrachte rechtskeuze volgens artikel 3 EVO (artikel 3 Rome I-Vo)', *NIPR* 2009, afl. 2, p. 144-148.

55 Zie ook L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 353. Dit was het geval in Hof Amsterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:570, r.o. 3.3, *NIPR* 2018, 158.

56 Proceseconomisch gezien is het namelijk voordelig dat de *lex fori* wordt toegepast. Zie ook R.I.V.F. Bertrams & S.A. Krusinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 20. Alleen in Rb. Amsterdam 4 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6952, r.o. 4.3, werd niet het Nederlandse recht, maar het Duitse recht toegepast.

### 3.2 De processuele rechtskeuze

De (stilzwijgende) processuele rechtskeuze moet worden gebaseerd op de omstandigheden van het geval. Enige terughoudendheid is hierbij op haar plaats.<sup>57</sup> Voldoende moet uit de omstandigheden blijken dat partijen zich ervan bewust zijn (geweest) dat er in beginsel meerdere rechtsstelsels van toepassing kunnen zijn op het geschil en dat zij niettemin het geschil willen onderwerpen aan een bepaald recht.<sup>58</sup> Relevant is in dit verband dat de rechter internationaal privaatrecht ambtshalve moet toepassen (artikel 10:2 BW); de rechter moet dus juist als partijen zich niet over het toepasselijk recht uitlaten, de vraag beantwoorden of dit komt doordat partijen een stilzwijgende rechtskeuze hebben willen maken of doordat partijen zich het internationale karakter van het geschil niet gerealiseerd hebben.<sup>59</sup>

In geschillen waarop Rome II van toepassing is, komt de rechter met regelmaat tot de voldoende mate van zekerheid die de aanname van een processuele rechtskeuze kan dragen.<sup>60</sup> In een aantal zaken is dit geen lastige discussie, doordat partijen uitdrukkelijk ten processe hebben verklaard het geschil aan een bepaald recht te willen onderwerpen.<sup>61</sup> Bij dit soort uitdrukkelijkheid – en natuurlijk ook in elk ander geval waarin de aanname van een rechtskeuze mogelijk is – moet er overigens wel voor gewaakt worden dat met de aanname van een rechtskeuze niet voorbijgegaan wordt aan de rechtskeuzeverboden van artikel 6 lid 4 en 8 lid 3 Rome II. Zo overwoog de Rechtbank Amsterdam dat ter zitting een rechtskeuze was gedaan voor Nederlands recht voor zover de aan de vorderingen ten grondslag liggende vermeende auteursrechtinbreuken in het buitenland hadden plaatsgevonden.<sup>62</sup> Dit lijkt niet helemaal zuiver.<sup>63</sup> Voor artikel 8 is dit in het bijzonder relevant, omdat er veel voorbeelden in de rechtspraak zijn waarin partijen het in een geschil over intellectuele eigendomsrechten eens zijn over het toepasselijke recht.<sup>64</sup>

In het merendeel van de gevallen wordt een stilzwijgende rechtskeuze afgeleid uit de proceshouding van partijen. Omdat dit behoorlijk casusafhankelijk is, kunnen er geen duidelijke richtsnoeren worden aangereikt vanuit de rechtspraak.<sup>65</sup> Niet altijd wordt bijvoorbeeld expliciteerd welke aanwijzingen doorslaggevend zijn voor het aannemen van een stilzwijgende rechtskeuze. De Rechtbank Oost-Brabant volstond bijvoorbeeld met de overweging dat Nederlands recht van toepassing was op grond van artikel 14, omdat partijen hun stellingen hadden

---

57 Zo ook Mostermans 1996, p. 120 (zie noot 54); Pontier 2015, p. 200 (zie noot 12); Asser/Vonken 10-I 2018/268.

58 Zie Mostermans 1996, p. 122 (zie noot 54).

59 Zie uitgebreid Boonk 2005, p. 20-29 (zie noot 54), over ambtshalve toepassing en processuele rechtskeuze.

60 Dit gebeurt in het overeenkomstenrecht en in verband met Rome I vanzelfsprekenderwijs veel vaker (zie Van Bochove 2020, p. 219 (zie noot 11)), maar 41 is in verband met Rome II mijns inziens veel te noemen.

61 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 4 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9089, r.o. 4.2; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2812, r.o. 4.2.

62 Rb. Amsterdam 21 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5983, r.o. 4.4.

63 Ditzelfde gebeurde in Rb. Amsterdam 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ9179, r.o. 4.1, *NIPR* 2010, 78, *IER* 2010/14, m.nt. S.J. Schaafsma; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1556, r.o. 2.2.

64 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1096, r.o. 4.20-4.21, *NIPR* 2015, 283; Rb. Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2555, r.o. 4.2; Rb. Den Haag 3 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3276, r.o. 4.4.

65 Zie ook Mostermans 1996, p. 117 (zie noot 54); Asser/Vonken 10-I 2018/268.

toegesneden op het Nederlands recht.<sup>66</sup> Daaruit wordt niet duidelijk welk onderdeel uit de stellingen nu specifiek de aanwezigheid van de rechtskeuze kan onderbouwen.<sup>67</sup>

Uit de rechtspraak is te destilleren dat het beroep op Nederlandse wetsartikelen of jurisprudentie vaak een sterke aanwijzing is voor een stilzwijgende rechtskeuze, in het bijzonder indien de wederpartij zich daartegen op inhoudelijke gronden verweert.<sup>68</sup> Zo overwoog de Rechtbank Overijssel dat een stilzwijgende rechtskeuze was overeengekomen, nu de curator zijn vordering expliciet op artikel 6:212 BW had gegrond en gedaagd bij conclusie van antwoord dit artikel expliciet had benoemd en daarop haar verweer had gevoerd.<sup>69</sup> Explicitering van een specifiek artikel is vaker doorslaggevend voor de vaststelling van een stilzwijgende rechtskeuze.<sup>70</sup> In andere gevallen wordt daarentegen overwogen dat de enkele verwijzing naar het Nederlands recht in de stukken onvoldoende is voor het aannemen van een stilzwijgende rechtskeuze.<sup>71</sup> Beslissend is of deze verwijzingen in het concrete geval de conclusie kunnen dragen dat partijen zich ervan bewust zijn dat in theorie meerdere rechtsstelsels toepasselijk zouden kunnen zijn.

### 3.3 Enkele aandachtspunten ten aanzien van de processuele rechtskeuze

Dat uit deze rechtspraak geen eenduidig beeld volgt is in zoverre niet onlogisch, omdat de vraag of partijen bedoeld hebben een stilzwijgende rechtskeuze uit te brengen ook wordt beïnvloed door de professionaliteit en hoedanigheid van partijen.<sup>72</sup> Omdat dit soort factoren zo casusafhankelijk is, kan de rechtspraaklijn enigszins inconsistent toeschijnen. Dit is grotendeels onoverkomelijk, omdat een uitspraak maar beperkt inzicht kan geven in het partijdebat. Toch worden in het navolgende twee aandachtspunten met betrekking tot het vaststellen van een processuele rechtskeuze genoemd.

Het zou in mijn optiek bijvoorbeeld wenselijk zijn als niet wordt volstaan met de overweging dat partijen hun stellingen hebben toegesneden op een bepaald recht, maar dat deze overweging wordt aangevuld met de inhoud van de stellingen die het bestaan van de rechtskeuze adstrueert. In veel andere uitspraken wordt namelijk niet aangesloten bij artikel 14, maar wordt, mogelijk vanuit de gedachte dat dubbel gestrikt beter houdt, wel overwogen dat partijen ook van de toepassing van een bepaald soort recht zijn uitgegaan.<sup>73</sup> In dit soort gevallen zal de rechter net

66 Rb. Oost-Brabant 17 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6281, r.o. 4.1. Zie ook Rb. Rotterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3638, r.o. 4.5.

67 Dit geldt mijns inziens ook voor Rb. Rotterdam 19 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4199, r.o. 5.1, *NIPR* 2015, 395; Hof Amsterdam 23 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1802, r.o. 2.2.

68 Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 4 juli 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2587, r.o. 5.2, *NIPR* 2018, 416; Rb. Rotterdam 19 februari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:1473, r.o. 4.2.

69 Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:ROVE:2016:999, r.o. 4.3.

70 Zie Rb. Amsterdam 8 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4030, r.o. 4.4; Rb. Amsterdam 14 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6085, r.o. 4.2.

71 Zie Rb. Zutphen 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX7422, r.o. 5.2, *NIPR* 2012, 463; Rb. Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7418, r.o. 4.21.

72 Het is minder aannemelijk dat een professionele partij het internationaal karakter van een geschil over het hoofd ziet dan dat dit een zwakkere partij overkomt.

73 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10891, r.o. 4.2-4.3; Rb. Oost-Brabant 29 juni 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:3280, r.o. 4.2. Vgl. Rb. Amsterdam 22 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:868, r.o. 4.2, waarin de rechtbank overweegt dat partijen hun stellingen hebben

niet voldoende aanknopingspunten hebben gehad om een rechtskeuze aan te nemen en wordt terecht niet aangesloten bij artikel 14. Onduidelijk blijft echter wel wat het verschil is tussen die uitspraken en de uitspraken waarin de rechter overweegt dat uit de stellingen een stilzwijgende rechtskeuze geïnferreerd kan worden. Als de rechter in die tweede soort uitspraken (iets) uitgebreider expliciteert welke specifieke stellingen de aanname van de rechtskeuze kunnen dragen, kan dit soort verwarring beter worden vermeden.

Het is mijns inziens, ten tweede, aan te raden dat de rechter partijen verzoekt om zich over het toepasselijke recht uit te laten, indien hij twijfelt of partijen bedoeld hebben een rechtskeuze te maken.<sup>74</sup> Dit kan vooral dienstig zijn in gevallen waarin het gebruik van een van de andere conflictregels uit Rome II niet eenduidig een toepasselijk recht aanwijst, bijvoorbeeld als de schade moeilijk te lokaliseren is of de toepassing van de conflictregels anderszins niet tot een eenduidig resultaat leidt.<sup>75</sup> Indien partijen zich dan op een comparitie of in een akte (uitdrukkelijk) conformeren aan een bepaald toepasselijk recht, kunnen eventuele conflictenrechtelijke ingewikkeldheden worden voorkomen. Het aannemen van een stilzwijgende rechtskeuze heeft namelijk vaker als een oplossing voor dergelijke ingewikkeldheden gefungeerd. Zo nam de Rechtbank Zutphen een rechtskeuze aan, waardoor het niet uitmaakte of Rome I of Rome II op de vordering van toepassing was.<sup>76</sup> Ook werd in de eerste jaren dat Rome II van toepassing was af en toe een rechtskeuze aangenomen in zaken waarin onduidelijk was of Rome II temporeel van toepassing was.<sup>77</sup>

## 4. De hoofdregel

### 4.1 *De lex loci damni*

In artikel 4 lid 1 is de hoofdregel van Rome II opgenomen: toepasselijk is het recht van het land waar de schade zich voordoet. Het gaat hierbij om de *directe* gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Strikwerda toonde zich kritisch op de uitwerking van de keuze voor de *lex loci damni* (het *Erfolgsort*) door de Europese wetgever. Hij voorspelde dat de hoofdregel het Hof van Justitie flink wat werk zou bezorgen.<sup>78</sup> Dit prejudiciële werk is voorlopig ten aanzien van Rome II grotendeels uitgebleven. Niettemin heeft het Hof, ook in zaken die betrekking hadden

---

gebaseerd op het Nederlands recht, waardoor Nederlands recht mede in het licht van art. 4 lid 1 van toepassing is. Niet geheel duidelijk is of er nu primair een rechtskeuze aangenomen wordt of dat art. 4 lid 1 de gebruikte conflictregel is.

74 Vgl. Mostermans 1996, p. 126-127 (zie noot 54). Dit doet de rechter overigens al wel regelmatig.

75 Dit had wellicht gedaan kunnen worden in Rb. Oost-Brabant 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5916, r.o. 4.1, *NIPR* 2017, 184; Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16565, r.o. 4.2.

76 Rb. Zutphen 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX7422, r.o. 5.2, *NIPR* 2012, 463.

77 Bijvoorbeeld in Hof 's-Gravenhage 29 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP9490, r.o. 21.3; Rb. Rotterdam 8 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3624, r.o. 7.2.

78 Strikwerda 2008, p. 997 (zie noot 5).

op Brussel I(-bis),<sup>79</sup> voor concrete gevallen enige duidelijkheid geschapen over de wijze waarop de *lex loci damni* moet worden vastgesteld.<sup>80</sup> Hiervan bespreek ik er beknopt een klein aantal.<sup>81</sup>

Specifiek ten aanzien van artikel 4 lid 1 Rome II verduidelijkte het Hof in *Lazar* dat de schade van nabestaanden van iemand die overleden was bij een verkeersongeval als indirect gevolg moest worden aangemerkt. Toepasselijk is het recht van de plaats van de directe schade, de plaats van het verkeersongeval.<sup>82</sup> Bij schade aan een product, is het *Erfolgsort* de plaats waar de schade zich concreet voordoet bij het normale gebruik van dat product.<sup>83</sup> In de literatuur is veel benadrukt dat de *lex loci damni* het moeilijkst te achterhalen zal zijn indien de geleden schade zuivere vermogensschade is.<sup>84</sup> In dit kader overwoog het Hof ten aanzien van Brussel I in *Marinari* dat onder de plaats waar de schade zich heeft voorgedaan niet de plaats valt waar de gelaedeerde indirecte vermogensschade geleden heeft.<sup>85</sup> Een verdere verduidelijking volgde in *Kronhofer/Maier*, alwaar het Hof overwoog dat het *Erfolgsort* niet het land was waar de Oostenrijkse belegger het centrum van zijn vermogen had (Oostenrijk), maar het land waar het financiële verlies op de beleggingsrekening ingetreden was (Duitsland).<sup>86</sup> Ingeval (bijvoorbeeld) een belegger dit rechtstreekse financiële verlies ondervindt op de bankrekening op zijn gewone verblijfplaats, kan dit wel een aanknopingspunt zijn om bij het recht van die gewone verblijfplaats aan te sluiten.<sup>87</sup> Zonder andere aanknopingspunten, kan dit echter niet zonder meer als de *lex loci damni* aangemerkt worden.<sup>88</sup>

79 Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1 (Brussel I), gewijzigd door Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1 (Brussel I-bis).

80 Waarbij aangetekend zij dat Brussel I(-bis) en Rome II niet geheel dezelfde doelstellingen hebben, waardoor de rechtspraak onder Brussel I(-bis) niet in alle gevallen zonder meer richtinggevend is voor Rome II (vgl. HvJ 16 januari 2014, C-45/13, ECLI:EU:C:2014:80, *NIPR* 2014, 51, *NJ* 2014/365, m.nt. L. Strikwerda (*Kainz/Pantherwerke*); Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/990). Gelet op de voorgestane consistentie tussen beide verordeningen (overweging 7 van de considerans van Rome II) zal dit in de meeste gevallen echter wel zo zijn.

81 Zie voor een uitgebreid overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het *Erfolgsort* van Brussel I(-bis) M.H. ten Wolde, 'De plaats van het *Erfolgsort* in het *forum delicti* van het EEX. Is de puzzel gelegd?', *NIPR* 2020, afl. 2, p. 251-275.

82 HvJ 10 december 2015, C-350/14, ECLI:EU:C:2015:802, r.o. 25, *NIPR* 2016, 72, *NJ* 2016/243, m.nt. Th.M. de Boer (*Lazar*).

83 HvJ 16 juli 2009, C-189/08, ECLI:EU:C:2009:475, r.o. 27, *NIPR* 2009, 207, *NJ* 2011/349, m.nt. Th.M. de Boer (*Zuid-Chemie*).

84 Zie bijvoorbeeld Strikwerda 2008, p. 996 (zie noot 5); Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/989; U. Magnus, in: Magnus/Mankowski, *Rome II Regulation* 2019, art. 4, aant. 66.

85 HvJ 19 september 1995, C-364/93, ECLI:EU:C:1995:289, r.o. 15, *NIPR* 1995, 538, *NJ* 1997/52, m.nt. Th.M. de Boer (*Marinari/Lloyds Bank*).

86 HvJ 10 juni 2004, C-168/02, ECLI:EU:C:2004:364, r.o. 20, *NIPR* 2004, 249, *NJ* 2006/335, m.nt. P. Vlas (*Kronhofer/Maier*).

87 HvJ 28 januari 2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, r.o. 56, *NIPR* 2015, 50, *NJ* 2015/332, m.nt. L. Strikwerda (*Kolassa/Barclays Bank*).

88 HvJ 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449, r.o. 38, *NIPR* 2016, 298, *NJ* 2018/38, m.nt. L. Strikwerda (*Universal Music*).

## 4.2 De toepassing in de rechtspraak

### 4.2.1 Kwantitatieve analyse

De hoofdregel van artikel 4 lid 1 wordt in de rechtspraak veelvuldig toegepast. Maar liefst in 198 uitspraken werd aan artikel 4 lid 1 gerefereerd en in 163 uitspraken werd de hoofdregel ook exclusief gebruikt om het toepasselijke recht aan te wijzen. In de meeste andere uitspraken wordt aan artikel 4 lid 1 gerefereerd ter extra ondersteuning van de aanwijzing van het toepasselijk recht op grond van een andere conflictregel of wordt in aanvulling op de toepassing van de hoofdregel overwogen dat de toepassing van (bijvoorbeeld) artikel 4 lid 3 tot hetzelfde toepasselijke recht leidt.<sup>89</sup> In vijf uitspraken werd de hoofdregel toegepast via artikel 6 lid 2. Dit overziend blijkt de voorspelling van Bach, dat artikel 4 lid 1 praktische relevantie zou ontberen, voor de Nederlandse rechtspraktijk niet juist te zijn geweest.<sup>90</sup> De toepassing van artikel 4 lid 1 is bij uitstek van belang.

### 4.2.2 Categorieën van (grotendeels) onproblematische toepassing

In sommige gevallen waarin artikel 4 lid 1 wordt toegepast, wordt overwogen dat tussen partijen niet in geschil is waar de schade zich voordoet.<sup>91</sup> Dit moet worden onderscheiden van een stilzwijgende rechtskeuze, omdat overeenstemming over de plaats waar de schade zich voordoet niet noodzakelijkerwijze overeenstemming over het toepasselijk recht hoeft te betekenen. Het resultaat is evenwel hetzelfde, omdat de rechter 'simpelweg' kan aansluiten bij het recht van het land waar de schade zich naar de stellingen van partijen voordoet. Ook in veel zaken waarin partijen het niet zo expliciet eens zijn, leidt de toepassing van artikel 4 lid 1 niet tot specifieke problemen. Uit de rechtspraak blijkt namelijk dat veel onrechtmatigheidscategorieën passeren, waarbij het relatief eenvoudig is om de *lex loci damni* te bepalen.

Ten eerste wordt de hoofdregel veelvuldig (11 keer) gebruikt bij onrechtmatige beslaglegging of bij vorderingen tot opheffing van het beslag. In dat soort gevallen wordt doorgaans op grond van de hoofdregel het recht van toepassing geacht van het land waar (en naar welk recht) het beslag gelegd is en waar de beslagene goederen zich bevinden.<sup>92</sup> Dit zal in veel gevallen hetzelfde

---

89 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 17 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7705, r.o. 4.3; Rb. Den Haag 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11408, r.o. 4.4.

90 I. Bach, 'Article 4', in: P. Huber, *Rome II Regulation pocket commentary*, München: Seller European Law Publishers GmbH 2011, p. 69. Bach voorspelde dat verkeersongevallen de belangrijkste categorie gevallen onder art. 4 lid 1 zouden betreffen. Deze worden in Nederland echter beheerst door het Haags Verkeersongevallenverdrag van 4 mei 1971 (*Trb.* 1971, 118). Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 4 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1471, r.o. 3.10.5, *NIPR* 2017, 306. Hierover F.J. Bleses & X.E. Kramer, 'Internationale verkeersongevallen en verzekering in Europees perspectief', in: R. Stijnen & M. Jurgens (red.), *Toepassing van Europees recht. Wat doet de Nederlandse rechter met het Europese recht?*, Deventer: Kluwer 2012, p. 88-92.

91 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12770, r.o. 4.5, *NIPR* 2017, 178; Hof Arnhem-Leeuwarden 13 augustus 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6563, r.o. 5.3, *NIPR* 2019, 452.

92 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 3 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2961, r.o. 4.2; Rb. Rotterdam 22 augustus 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6930, r.o. 2.4.4; Rb. Rotterdam 28 augustus 2019, ECLI:NL:

land zijn.<sup>93</sup> De plaats waar het beslag is gelegd kan ook meegewogen worden bij het vaststellen van een kennelijk nauwere band op grond van artikel 4 lid 3.<sup>94</sup> Dit is enigszins opmerkelijk, omdat lid 3 juist een uitzondering op lid 1 is.<sup>95</sup> Vergelijkbaar met zaken over onrechtmatig beslag zijn zaken waarin het gesteld onrechtmatig handelen het inzetten van executiemaatregelen betreft en wordt aangesloten bij het recht van het land waar deze maatregelen worden ingezet.<sup>96</sup>

Een belangrijke categorie gevallen wordt eveneens gevormd door schadevaring (14 uitspraken). Bij schadevaring op binnenlandse wateren is het recht toepasselijk van het land waar de aanvaring plaatsvindt.<sup>97</sup> Dit is ook logisch, omdat de schade doorgaans zaakschade en/of milieuverontreiniging is. Als er schade optreedt bij de in- of uitlading, wordt in dezelfde zin meestal aangesloten bij de locatie van de terminal of haven waar de lading plaatsvond.<sup>98</sup> Een vergelijkbare methode voor het aanwijzen van de *lex loci damni* wordt gehanteerd in uitspraken waarin het onrechtmatig handelen bestaat in een inbreuk op het eigendomsrecht door bijvoorbeeld diefstal of heling (20 uitspraken). De directe schade wordt in die gevallen meestal geacht zich voor te doen op de plek waar de inbreuk plaatsvond.<sup>99</sup> Dit is over het algemeen de plek waar de goederen zich bevonden ten tijde van het onrechtmatig handelen en waar aldus de directe schade geleden wordt.<sup>100</sup> Dit was anders in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam waarin gedaagde verweten werd in Nederland onrechtmatig kraanonderdelen onder zich te houden, waardoor eiser in Duitsland het genot van haar eigendom onthouden werd; de goederen zouden

---

RBROT:2019:6894, r.o. 5.15, *NIPR* 2019, 458. Opgemerkt zij hierbij dat het Beslagverdrag van 10 mei 1952 (*Trb.* 1981, 165) van toepassing kan zijn bij beslag op een schip (zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 27 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR5442, r.o. 5.2, *NIPR* 2011, 466).

93 Een uitzondering is Rb. Dordrecht 28 april 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ4329, r.o. 2.6, *NIPR* 2011, 335, waarin beslag naar Nederlands recht werd gelegd op een schip dat zich België bevond. Omdat dit laatste slechts een toevalligheid was en beide partijen bovendien hun gemeenschappelijke verblijfplaats in Nederland hadden (art. 4 lid 2), werd Nederlands recht van toepassing geacht.

94 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN8853, r.o. 6.3, *NIPR* 2011, 68; Rb. Gelderland 23 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5618, r.o. 4.2.

95 In Rb. Zeeland-West-Brabant 12 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1974, r.o. 3.7, *NIPR* 2014, 154, werd aan zowel lid 1 als 3 gerefereerd. De overweging omtrent lid 3 lijkt voornamelijk voor de zekerheid.

96 Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 31 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:5179, r.o. 4.3; Rb. Oost-Brabant 15 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6552, r.o. 4.1.

97 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 2 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU3776, r.o. 5.1; Rb. Rotterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6864, r.o. 3.4, *NIPR* 2016, 69; Rb. Gelderland 14 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7179, r.o. 4.2, *NIPR* 2018, 414.

98 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 5 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7350, r.o. 3.5, *NIPR* 2019, 53; Rb. Rotterdam 26 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5079, r.o. 4.3.1, *NIPR* 2019, 390.

99 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10891, r.o. 4.2-4.3; Rb. Gelderland 20 april 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2929, r.o. 4.8; Rb. Rotterdam 6 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4084, r.o. 4.3. Vgl. voor een geval waarin gedaagde profiteren van de schending van een IE-recht werd verweten Rb. Den Haag 7 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6136, r.o. 6.50, waarin Nederlands recht van toepassing was, omdat de octrooi-inbreuk in Nederland had plaatsgevonden.

100 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 9 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4797, r.o. 4.2, *NIPR* 2012, 69; Rb. Rotterdam 17 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7705, r.o. 4.3; Hof 's-Hertogenbosch 21 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3452, r.o. 6.8, *NIPR* 2018, 409.

immers getransporteerd moeten worden naar Duitsland. De rechtbank paste daarom Duits recht toe.<sup>101</sup>

Onrechtmatige publicaties of openbare uitlatingen (zoals bedreiging) worden, voor zover dit al geen vorderingen wegens smaad betreffen, beheerst door het recht waar de reputatie wordt geschaad en waar (dus) het centrum van belangen zich bevindt.<sup>102</sup> Zo overwoog de Rechtbank Arnhem, in een zaak waarin Tsjechische onderzoekers een artikel publiceerden waarin het product van eiseressen schadelijk werd genoemd en eiseressen daardoor de verkoop zagen inzakken, dat de schade zich voordeed in Nederland, omdat eiseressen daar gevestigd waren.<sup>103</sup> Voorts zijn er nog enkele voorbeelden van valpartijen, waarbij in de procedure het recht wordt toegepast van het land waar de valpartij plaatsvond.<sup>104</sup> In gevallen waarin het onrechtmatig entameren van een procedure centraal stond, werd aangesloten bij het recht van het land waar die procedure geëntameerd werd.<sup>105</sup> Tenslotte wijs ik op de gevallen waarin de beëindiging of niet-nakoming van een overeenkomst centraal staat. Vaak wordt dan subsidiair onrechtmatig handelen aangevoerd en moet voor die subsidiaire vordering het toepasselijk recht bepaald worden. In de rechtspraak wordt dan doorgaans, zonder uitgebreide motivering, aangesloten bij het recht dat van toepassing is op de primaire vordering wegens wanprestatie.<sup>106</sup>

#### 4.2.3 Ingewikkeldere gevallen

In andere gevallen kan het lokaliseren van de schade ingewikkelder zijn. In het bijzonder kan dit bij vermogensschade, zoals bij fraude of oplichting, het geval zijn; aangesloten moet dan worden bij de plaats waar het getroffen vermogensbestanddeel zich bevindt.<sup>107</sup> Ik bespreek enkele uitspraken waarin zuivere vermogensschade moest worden gelokaliseerd. De Rechtbank Midden-Nederland overwoog, in een zaak waarin gedaagde eiser klittenbanden had laten produceren op bestelling van een fictieve onderneming met als doel facturen onbetaald te laten, dat moest worden aangesloten bij de plaats waar de benadeelde partij de betaling zou ontvangen en niet bij de plaats waar gedaagde de klittenbanden zou verwerken.<sup>108</sup> De Rechtbank Amsterdam sloot in een zaak waarin een aandeelhouder van een Cypriotische vennootschap

---

101 Rb. Rotterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9897, r.o. 4.3, *NIPR* 2017, 188.

102 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1768, r.o. 4.3.1-4.3.2; Rb. Amsterdam 11 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8415, r.o. 4.4. Dit zijn op zichzelf natuurlijk geen eenvoudige gevallen (handeling en schade bevinden zich meestal in andere landen), maar eenduidigheid is er sinds HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1054, r.o. 3.9, *NIPR* 2016, 278, *NJ* 2016/354, m.nt. Th.M. de Boer (*Dababshii*), waardoor de toepassing van art. 4 lid 1 in dit soort zaken meestal relatief onproblematisch verloopt.

103 Rb. Arnhem 13 mei 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ4381, r.o. 5.4. Dit betreft dus geen smaad, maar het centrum van belangen ligt overduidelijk ook in Nederland.

104 Zie Rb. Rotterdam 16 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2705, r.o. 5.2; Rb. Zeeland-West-Brabant 13 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4351, r.o. 4.2.

105 Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 24 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4240, r.o. 4.1. De schade bestond uit de voor de kansloze procedure gemaakte advocaatkosten in Nederland.

106 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7406, r.o. 4.4; Rb. Amsterdam 12 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:924, r.o. 3, *NIPR* 2019, 175.

107 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/998.

108 Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:6196, r.o. 4.2, *NIPR* 2014, 42.

ongeautoriseerde betalingen aan zijn eigen vennootschappen verrichtte, aan bij het Cypriotische recht, omdat de geldopnames en transacties plaatsvonden vanaf de bankrekening bij de Bank of Cyprus.<sup>109</sup> Bij externe bestuurdersaansprakelijkheid wordt doorgaans ook bij de vestigingsplaats van de benadeelde aangesloten.<sup>110</sup> De vestigingsplaats van de benadeelde is bij zuivere vermogensschade (mislopen van inkomsten/onbetaald gebleven schulden) ook in andere vormen van onrechtmatig handelen vaak het aanknopingspunt voor de *lex loci damni*.<sup>111</sup> Anders oordeelde de Rechtbank Den Haag in een fraudezaak. Het verschil tussen deze zaak en de hiervoor genoemde zaken is dat in deze zaak onverschuldigd was betaald (via artikel 10 lid 1 Rome II was artikel 4 van toepassing). Omdat de bankrekening waarop onverschuldigd was betaald aangehouden werd bij ING, was Nederlands recht van toepassing, gelet op de statutaire zetel van ING.<sup>112</sup>

Wanneer grotere groepen schuldeisers/benadeelden schade lijden, kan het aansluiten bij de vestigingsplaats van de benadeelde problematischer worden. De Rechtbank Midden-Nederland loste dit mijns inziens sierlijk op. Het betrof een schuldeiser die gesteld onrechtmatig handelde door niet met het schuldeisersakkoord in te stemmen. De schade van de gezamenlijke schuldeisers werd in Nederland gelokaliseerd, omdat in Nederland een schuldsanering uitgesproken zou moeten worden en een lager bedrag aan de gezamenlijke schuldeisers zou worden uitgekeerd.<sup>113</sup> Een lastige uitspraak werd gewezen door de Rechtbank Rotterdam inzake de schade die beleggers hadden geleden door het kunstmatig hoog houden van haar koers door Petrobas. Onder verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie en de doelstellingen van Rome II overwoog de rechtbank dat de schade zich voorgedaan had op de plaats van de effectenmarkt.<sup>114</sup>

In moeilijke gevallen gebruikt de rechter soms wel alternatieve methoden om het toepasselijke recht aan te wijzen. Bij een aanvaring op volle zee, werd in een recente uitspraak door de Rechtbank Rotterdam bijvoorbeeld aangesloten bij artikel 10:164 BW en de *lex fori*, omdat het

109 Rb. Amsterdam 11 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1565, r.o. 4.5-4.6, *NIPR* 2020, 338. Zie ook Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6045, r.o. 4.3. Vgl. HR 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1223, r.o. 5.6, *NIPR* 2020, 358.

110 Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 12 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1519, r.o. 4.3-4.4; Hof Amsterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3428, r.o. 3.3, *NIPR* 2014, 359.

111 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 16 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8754, r.o. 2.3, *NIPR* 2013, 143; Rb. Overijssel 18 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5817, r.o. 4.9-4.10; Rb. Rotterdam 29 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9680, r.o. 4.3.3-4.3.4, *NIPR* 2018, 170.

112 Rb. Den Haag 25 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12424, r.o. 2.5-2.7, *NIPR* 2018, 47. Een andere uitkomst was mijns inziens verdedigbaar geweest, maar op de achtergrond zou een rol gespeeld kunnen hebben dat eiseres een vennootschap naar Qatarees recht was. In een andere fraudezaak werd anders geoordeeld. Zie Rb. Rotterdam 3 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5621, r.o. 8.1.2.

113 Rb. Midden-Nederland 24 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6263, r.o. 4.7, *NIPR* 2017, 224. Zie ook Rb. Amsterdam 1 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:668, r.o. 5.7, *NIPR* 2019, 214. Vgl. Rb. Oost-Brabant 28 februari 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:880, r.o. 4.12, *JBPR* 2018/39, m.nt. D.F.H. Stein, *NIPR* 2018, 201.

114 Rb. Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:614, r.o. 5.47-5.48, *JOR* 2020/119, m.nt. T.M.C. Arons. Zie in dezelfde zin, ten aanzien van prospectusaansprakelijkheid, T.M.C. Arons, "All roads lead to Rome": beware of the consequences! The law applicable to prospectus liability claims under the Rome II Regulation', *NIPR* 2008, afl. 4, p. 485.

recht niet op grond van Rome II gevonden kon worden.<sup>115</sup> Soms wordt voorts in het midden gelaten welk recht van toepassing is, omdat de verschillende rechtssystemen tot dezelfde uitkomst zouden leiden.<sup>116</sup> Het meest opvallend is een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch, waarin tijdens vervoer schade was toegebracht aan de tanks van eiser. Deze schade kon zich voorgedaan hebben in Nederland, Zwitserland of België, maar het hof liet in het midden welk recht toepasselijk was, omdat de bewijslastverdeling in de drie verschillende rechtssystemen op dezelfde wijze geregeld was.<sup>117</sup> Dit is een voorbeeld van de toepassing van de zogenaamde anti-kiesregel, al noemt het hof deze regel niet.<sup>118</sup> Toepassing van die regel, waarin in het midden wordt gelaten welk recht van toepassing is omdat dit voor de materiële uitkomst van het geschil niet relevant is, is naar Nederlands recht toegestaan.<sup>119</sup> Verder wordt in aanvulling op een overweging met betrekking tot artikel 4 lid 1 regelmatig overwogen dat, voor zover de schade zich in een ander land voor zou doen, de toepassing van artikel 4 lid 3 zou leiden tot hetzelfde toepasselijke recht.<sup>120</sup> Dit lijkt mij, in het licht van de rechtszekerheid, het uitzonderingskarakter van lid 3 en de eenvormigheid van de rechtspraak, een minder juiste benadering van de conflictregels van Rome II, ondanks de verdedigbaarheid van dit soort overwegingen in het concrete geval.<sup>121</sup>

#### 4.3 Zorgen over de hoofdregel?

Uit de voorgaande paragrafen kan mijns inziens de gevolgtrekking worden gedaan dat de toepassing van artikel 4 lid 1 in het grootste gedeelte van de gevallen geen problemen oplevert, ook niet als er schade is geleden die in theorie lastig te lokaliseren is. Bovendien is de rechtspraak over de gehele linie vrij consistent. De hoofdregel is daarmee in ieder geval niet onwerkbaar. In dat verband zij opgemerkt dat de angel enigszins uit de discussie is, omdat partijen geregeld niet fundamenteel van mening verschillen over de plaats waar de schade zich voordoet. Dat deze discussie in andere gevallen vaak ook niet zo netelig is, kan worden verklaard doordat, zoals Strikwerda reeds voorspelde, de *lex loci damni* vaak samenvalt met de *lex loci delicti*, nu bij de directe schade aangesloten moet worden.<sup>122</sup>

115 Rb. Rotterdam 22 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3746, r.o. 3.5.4, *NIPR* 2020, 346.

116 Bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 15 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1952, r.o. 4.19, *NIPR* 2016, 337.

117 Hof 's-Hertogenbosch 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2992, r.o. 3.8.4, *NIPR* 2016, 53. Vgl. Rb. Rotterdam 30 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6015, r.o. 4.4, waarin bederfschade opgetreden was tijdens het vervoer van uien van Nieuw-Zeeland naar Nederland. Deze werd in Antwerpen geconstateerd. Nederlands recht was van toepassing omdat de gedupeerde partij haar financiële schade in Nederland leed.

118 Zie over dat onderwerp H.U. Jessurun d'Oliveira, *De antikiesregel. Een paar aspecten van de behandeling van buitenlands recht in het burgerlijk proces* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1971.

119 Asser/Vonken 10-I 2018/403.

120 Zie Rb. Arnhem 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX8019, r.o. 4.2; Rb. Rotterdam 17 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7705, r.o. 4.3; Rb. Amsterdam 7 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7930, r.o. 5.10.1.

121 Datzelfde geldt in mijn optiek tot op zekere hoogte voor de overweging dat in het midden kan blijven welke bijzondere conflictregel van toepassing is, omdat meerdere conflictregels tot hetzelfde resultaat leiden. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 15 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3564, r.o. 4.5.

122 Zie Strikwerda 2008, p. 997 (zie noot 5). Vgl. Rb. Den Haag 1 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4354, r.o. 4.13.

Het feit dat de rechtspraktijk goed uit de voeten kan met de hoofdregel, betekent echter niet dat de meer fundamentele kritiek op de *lex loci damni* per definitie onterecht is.<sup>123</sup> De hoofdregel zal immers niet altijd tot gevolg hebben dat materieelrechtelijk de beste balans tussen de belangen van partijen wordt bereikt.<sup>124</sup> Juist in gevallen waarin *Handlungsort* en *Erfolgsort* uit elkaar liggen, kan ook ik mij voorstellen dat partijen eerder verwachten dat wordt aangeknoopt bij het *Handlungsort*.<sup>125</sup> Verder kan bijvoorbeeld voor gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid goed betoogd worden dat de *lex loci damni* niet altijd tot het meest geschikte toepasselijke recht leidt.<sup>126</sup> Het voorgaande doet er alleen niet aan af dat de rechtspraak op dit moment mijns inziens geen aanleiding geeft om te veronderstellen dat de *lex loci damni* over het geheel ongeschikt is gebleken om de beoogde rechtszekerheid en voorspelbaarheid te bewerkstelligen.

## 5. De kennelijk nauwere band

### 5.1 Wanneer is er een kennelijk nauwere band?

De algemene uitzonderingen op de hoofdregel zijn opgenomen in de leden 2 en 3 van artikel 4. Lid 2 bevat de algemene uitzondering van de gemeenschappelijke verblijfplaats. Lid 3 behelst een ontsnapingsclausule, waardoor kan worden aangesloten bij het recht van het land dat een kennelijk nauwere band heeft met de rechtsverhouding dan het recht dat op grond van lid 1 of 2 van toepassing is. Omdat lid 2 redelijk voor zichzelf spreekt, volsta ik met de opmerking dat lid 2 in de rechtspraak 14 keer is toegepast. De rechtspraak waarin lid 3 werd toegepast, is wel interessant om nader te beschouwen. In 40 uitspraken werd overwogen dat er een kennelijk nauwere band aanwezig was. In 28 van deze uitspraken werd lid 3 exclusief gebruikt voor het aanwijzen van het toepasselijke recht. In de overige 12 was dit in samenhang met een andere conflictregel, in de meeste gevallen de hoofdregel van lid 1. Anders dan bij de toepassing van artikel 4 lid 1 het geval is, is het moeilijk specifieke categorieën gevallen te ontwaren waarin lid 3 vaak wordt toegepast. Dit is ook logisch, omdat de aanwezigheid van een kennelijk nauwere band bijzonder casusafhankelijk is. In het navolgende bespreek ik enkele uitspraken waarin een kennelijk nauwere band (met een (uitgebreide) motivering) aanwezig geacht werd en noem ik enkele factoren die een rol kunnen spelen bij het aannemen van een nauwere band.

Ten eerste wordt er bij de toepassing van lid 3 geregeld gerefereerd aan een met de onrechtmatige daad samenhangende rechtsverhouding, waarop reeds een bepaald recht toepasselijk is.<sup>127</sup> Gelet op de tweede volzin van lid 3, behoeft dit een minder extensieve motivering.<sup>128</sup> Indien de samenhangende rechtsverhouding een overeenkomst is – hetgeen doorgaans het ge-

123 Zie Symeonides 2008, p. 188-192 (zie noot 4); De Boer 2008, p. 992-993 (zie noot 1); Strikwerda 2008, p. 995-996 (zie noot 5).

124 Vgl. Strikwerda 2008, p. 995 (zie noot 5); Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/989.

125 Strikwerda 2008, p. 996 (zie noot 5).

126 Vgl. Van der Plas 2016, onder 6-9 (zie noot 41); Arons 2017, p. 775 (zie noot 41).

127 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 4 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5197, r.o. 4.4; Rb. Gelderland 4 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2734, r.o. 4.1.

128 Al zou het wel wenselijk zijn indien geëxpliciteerd wordt dat de nauwere band gebaseerd wordt op een samenhangende rechtsverhouding. Zo blijven er in Rb. Noord-Nederland 11 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:596, r.o. 6.2.2, vragen achter waarop de nauwere band precies gebaseerd werd.

val zal zijn – kunnen de taal van de overeenkomst, de plaats van het sluiten of opmaken van de overeenkomst en de plaats van uitvoering bijvoorbeeld een rol spelen.<sup>129</sup> Als in de overeenkomst een rechtskeuze is gemaakt, is dit natuurlijk bij uitstek relevant voor de vaststelling van een kennelijk nauwere band.<sup>130</sup> Een extensieve motivering voor de toepassing van lid 3 werd gebezigd door de Rechtbank Rotterdam. Het geschil betrof gemaakte fouten tijdens een in België uitgevoerde borstoperatie. De arts en de benadeelde waren beiden woonachtig in Nederland, maar dit achtte de rechtbank louter toeval; de vrouw had evengoed door een Belgische arts behandeld kunnen worden. Omdat alle voorvallen die de onrechtmatige daad vormden in België waren geschied, was van een kennelijk nauwere band met België sprake.<sup>131</sup> De plaats waar de schadeveroorzakende handeling geschiedde (de *lex loci delicti*) wordt vaker meegewogen bij de toepassing van lid 3.<sup>132</sup> Dit geldt eveneens voor de woon- of vestigingsplaats van partijen.<sup>133</sup> Ook de nationaliteit van partijen kan in voorkomend geval van belang worden geacht.<sup>134</sup> Voorts is de plaats waar eventuele indirecte (vermogens)schade optreedt een mogelijk aanknopingspunt.<sup>135</sup> Indien het een geschil om een (onroerende) zaak betreft, kan het land waar deze zich bevond ten tijde van de onrechtmatige handeling ook een aanknopingspunt zijn om een nauwere band met dat land aan te nemen.<sup>136</sup> Bedacht dient te worden dat al dit soort factoren op zichzelf niet noodzakelijk voldoende zijn, maar dat zij slechts tegen de achtergrond van alle omstandigheden van het geval en in samenhang met andere aanknopingsfactoren relevant kunnen zijn voor de vaststelling van een kennelijk nauwere band als bedoeld in artikel 4 lid 3. Zo overwoog de Rechtbank Amsterdam in een geval van bestuurdersaansprakelijkheid dat de vennootschap weliswaar in Engeland gevestigd was, maar dat een nauwere band met Nederland kon worden afgeleid uit het feit dat de oprichters en sleutelfunctionarissen Nederlands waren en dat het in feite een Nederlandse onderneming betrof.<sup>137</sup>

---

129 Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 13 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7200, r.o. 4.2; Rb. Oost-Brabant 19 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1584, r.o. 3.2, *NIPR* 2016, 61; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8049, r.o. 3.11, *NIPR* 2015, 35.

130 Rb. Amsterdam 2 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9960, r.o. 5.2; Rb. Overijssel 18 november 2015, ECLI:NL:ROBOV:2015:5817, r.o. 4.9-4.10; Rb. Amsterdam 4 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5197, r.o. 4.4.

131 Rb. Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2397, r.o. 4.3.3 & 4.3.4, *NIPR* 2013, 245.

132 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5415, r.o. 4.11.1; Rb. Amsterdam 21 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3492, r.o. 4.14; Rb. Rotterdam 13 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1934, r.o. 4.5.

133 Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 13 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7200, r.o. 4.2; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8049, r.o. 3.11, *NIPR* 2015, 35.

134 Zie Rb. Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2203, r.o. 4.2.

135 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8049, r.o. 3.11, *NIPR* 2015, 35. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 22 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5306, r.o. 3.7; Rb. Rotterdam 14 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5736, r.o. 4.8.

136 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1208, r.o. 3.10, *NIPR* 2014, 140. Vgl. bij onrechtmatig beslag Rb. Zeeland-West-Brabant 12 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1974, r.o. 3.7, *NIPR* 2014, 154.

137 Rb. Amsterdam 7 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7930, r.o. 5.10.1.

## 5.2 De motivering bij de toepassing van lid 3

Opvallend is dat de motivering in sommige gevallen beknopter is. Zo overwoog de Rechtbank Noord-Nederland dat een vordering tegen een bestuurder de nauwste band met Nederland had en dat het verlies van verhaalsmogelijkheden in Nederland speelde.<sup>138</sup> Alhoewel dit goed te volgen is, doet een overweging met betrekking tot de ‘nauwste band’ en de locatie waar de schade zich voordoet niet geheel recht aan het uitzonderingskarakter van lid 3, omdat het bij deze conflictregel juist gaat om een *nauwere* band dan met het land waar de schade zich voordoet.<sup>139</sup> Ook de Rechtbank Arnhem motiveerde de nauwere band relatief kort, door te overwegen dat de gestelde onrechtmatige gedraging, bestaand uit marktdepots te kwader trouw, vrijwel uitsluitend in de rechtssfeer van Nederland plaatsvond.<sup>140</sup> Het zou in mijn optiek wenselijk zijn dat als stelregel zou gelden dat de aanwijzing van het toepasselijk recht met behulp van artikel 4 lid 3, in ieder geval bij afwezigheid van een met de onrechtmatige daad samenhangende rechtsverhouding, gepaard gaat met een expliciete (zo nodig uitvoerige) motivering. Hiermee wordt recht gedaan aan het uitzonderingskarakter van de ontsnappingsclausule.

## 6. Bijzondere conflictregels

### 6.1 Artikel 5 tot en met 9

In de artikelen 5 tot en met 9 zijn conflictregels vervat voor enkele bijzondere onrechtmatige daden.<sup>141</sup> Artikel 5 (productaansprakelijkheid) werd twee keer toegepast in de rechtspraak.<sup>142</sup> Deze conflictregel wordt in Nederland in beginsel opzij echter gezet door het Haags Productaansprakelijkheidsverdrag,<sup>143</sup> tenzij de vordering niet onder de werkingssfeer van dat verdrag valt.<sup>144</sup> Artikel 6 (oneerlijke concurrentie), en de op grond van dat artikel toepasselijke marktregel, werd 16 keer toegepast. Recentelijk overwoog het Hof van Justitie dat deze marktregel, in een zaak waarin Oostenrijkse consumenten schade hadden geleden ten gevolge van sjoemel-

138 Rb. Noord-Nederland 1 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5833, r.o. 4.2. In dezelfde zin Rb. Arnhem 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX8019, r.o. 4.2.

139 Dat onvoldoende stil wordt gestaan bij het uitzonderingskarakter van lid 3 kan ook worden aangemerkt op Rb. Gelderland 23 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5618, r.o. 4.2; Rb. Noord-Holland 29 september 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:9074, r.o. 4.1; Rb. Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9110, r.o. 5.4, *NIPR* 2016, 182.

140 Rb. Arnhem 27 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX5624, r.o. 4.4. Zie ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/1099. Vgl. Rb. Arnhem 14 september 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX9527, r.o. 4.3.

141 Omdat de art. 10 tot en met 12 niet zien op onrechtmatige daden, worden deze niet betrokken in dit onderzoek. Bedacht dient evenwel te worden dat een vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking of zaakwaarneming goed kan samenhangen of samenvallen met een vordering wegens onrechtmatig handelen (bijvoorbeeld primair/subsidiar). Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 23 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6909, r.o. 4.8.

142 Rb. Noord-Holland 8 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10485, r.o. 4.2; Rb. Midden-Nederland 11 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3817, r.o. 4.5.

143 Verdrag inzake de wet welke van toepassing is op de aansprakelijkheid wegens produkten; 's-Gravenhage, 2 oktober 1973, *Ttb.* 1974, 84.

144 Zie Pontier 2015, p. 227-229 (zie noot 12).

software in door hen gekochte auto's van Volkswagen, meebrengt dat de plaats waar de schade zich voordoet de plaats is waar consumenten de auto's gekocht hadden.<sup>145</sup> Artikel 7 (milieuschade) werd twee keer toegepast. In beide gevallen betrof dit een aanvaring waarbij verontreiniging van het oppervlaktewater plaatsgevonden had.<sup>146</sup> Artikel 8 (intellectuele eigendom) werd 26 keer toegepast. Dit is niet buitengewoon vaak, maar dat is (tot op zekere hoogte) verklaarbaar vanuit het feit dat dit artikel in de rechtspraak zo nu en dan buiten toepassing wordt verklaard indien het Verdrag van Parijs 1883<sup>147</sup> of de Berner Conventie 1886<sup>148</sup> toepassing vindt.<sup>149</sup> Artikel 9 (collectieve actie bij arbeidsconflicten) werd één keer toegepast.<sup>150</sup>

## 6.2 Afbakeningsproblemen bij de toepassing van artikel 6?

In het bijzonder zal ik stilstaan bij de toepassing van artikel 6, omdat dit artikel, meer dan de andere artikelen, enkele kwalificatieproblemen met zich lijkt te brengen. Opvalt dat artikel 6 relatief weinig wordt toegepast. Dat is ten dele toe te schrijven aan het feit dat mededingingszaken er vaak relatief lang over doen om bij de rechter te komen, onder andere omdat in het algemeen afgewacht wordt op het boetebesluit. Zo vallen veel grote mededingingszaken die momenteel aanhangig zijn buiten het temporele toepassingsgebied van Rome II.<sup>151</sup> Schaafsma heeft wel verdedigd dat de conflictregel van artikel 6, evenals artikel 8, zou moeten wijken voor het Verdrag van Parijs, omdat dit Verdrag blijkens artikel 10bis ook zou zien op oneerlijke concurrentie.<sup>152</sup> Voor zover er een conflictregel in dit Verdrag gelezen moet worden, behelst

---

145 HvJ 9 juli 2020, C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534, r.o. 39, *NIPR* 2020, 351 (*Verein für Konsumenteninformation/Volkswagen AG*). Vgl. HvJ 29 juli 2019, C-451/18, ECLI:EU:C:2019:635, r.o. 33, *NIPR* 2019, 333 (*Tibor-Trans*). Zie uitgebreider over het *Erfolgsort* bij oneerlijke mededinging Ten Wolde 2020, p. 264-266 en 275 (zie noot 81).

146 Zie Rb. Rotterdam 25 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8534, r.o. 3.4.3; Rb. Rotterdam 20 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6041, r.o. 3.8, *NIPR* 2017, 46. Zie over art. 7 uitgebreid Strikwerda 2016 (zie noot 6).

147 Unieverdrag van Parijs van 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom, herzien te Brussel op 14 december 1900, te Washington op 2 juni 1911, te 's-Gravenhage op 6 november 1925 en te Londen op 2 juni 1934.

148 Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, aangevuld te Parijs op 4 mei 1896, herzien te Berlijn op 13 november 1908, aangevuld te Bern op 20 maart 1914, herzien te Rome op 2 juni 1928, te Brussel op 26 juni 1948, te Stockholm op 14 juli 1967 en te Parijs op 24 juli 1971.

149 Zie in de rechtspraak bijvoorbeeld HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1881, r.o. 6.3.2, *IER* 2016/67, m.nt. S.J. Schaafsma (*Montis II*); Rb. Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:550, r.o. 4.3, *NIPR* 2016, 183. Dickinson 2008, p. 449 (zie noot 4), meent overigens dat in deze verdragen geen conflictregel gelezen mag worden. Vgl. ook J.M. Boelens, annotatie bij Hof Den Haag 30 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1962, *IER* 2020/18, onder 18-19.

150 Rb. Rotterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7049, r.o. 4.28, *NIPR* 2014, 369.

151 Zie bijvoorbeeld ten aanzien van het luchtvaartkartel Rb. Amsterdam 12 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2841, r.o. 2.3, *NIPR* 2017, 307. Vgl. R. Meijer, 'Follow-on schadeclaims wegens schending van het mededingingsrecht: van law in the books naar law in action', *Contracteren* 2018, afl. 1, p. 4.

152 S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 342. Anders Dickinson 2008, p. 449 (zie noot 4).

deze echter ook de marktregel. Rechters lijken daarom over het algemeen wel bij artikel 6 Rome II aan te sluiten.<sup>153</sup>

Naar ik meen, lijken kwalificatieproblemen ook een belangrijke oorzaak voor het beperkte gebruik van artikel 6. Er zijn namelijk enkele onderwerpen die in sommige gevallen onder artikel 6 worden geschaard, maar in andere gevallen buiten dit artikel worden gehouden en onder artikel 4, 8 of 14 worden geschaard. Wat betreft het toepasselijke recht zal dit vaak niet veel uitmaken, maar in het licht van de eenduidigheid van de conflictregels van Rome II is dit minder wenselijk.<sup>154</sup> Dit komt overigens niet altijd op het conto van de rechter. Zo overwoog de Rechtbank Zeeland-West-Brabant dat de marktregel in het voorliggende geval tot een onwerkbaar resultaat leidde.<sup>155</sup> Toch noem ik de voorbeelden, waarin het aan uniformiteit over de rechtspraaklijn enigszins ontbreekt. Ik wijs ten eerste op het zogenaamde 'wapperverbod', een verbod om een beroep te doen op een ongeldig intellectueel eigendomsrecht.<sup>156</sup> De ene keer wordt bij dit 'wapperen' aangesloten bij artikel 4 en de andere keer bij artikel 6.<sup>157</sup> Dezelfde problematiek doet zich voor in verband met slaafse nabootsing, het nabootsen van andermans product waardoor nodeloos verwarring ontstaat.<sup>158</sup> In geschillen over dit onderwerp werd drie keer aangesloten bij artikel 6, zeven keer bij artikel 4 en één keer bij artikel 8.<sup>159</sup> Bij deze beide feitencomplexen zou het veeleer in de rede liggen om artikel 6 toe te passen, omdat dit soort praktijken verwarring teweeg kan brengen bij consumenten.<sup>160</sup> Ook de schending van bedrijfsgeheimen lijkt niet altijd onder artikel 6 te worden gebracht, terwijl dit wel de meest gere-

153 Vgl. Rb. 's-Gravenhage 22 maart 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8763, r.o. 4.5 en 4.9, *IER* 2011/44, m.nt. J.B.M. Seignette (*Premier League/MyP2P*); Rb. Amsterdam 15 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3564, r.o. 4.4-4.5.

154 Zie ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/1020.

155 Rb. Zeeland-West-Brabant 28 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6136, r.o. 4.9, *NIPR* 2017, 235. J.A. Pontier, 'Artikel 6 Rome II: alternatieven voor de lex loci delicti', in: A.A.H. van Hoek e.a. (red.), *Offerhauskring vijftig jaar. Jubileumbundel ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus' (1962-2012)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 121-127, constateerde ook problemen met art. 6 en stelde enkele alternatieven voor. Voor een meer uitvoerige beschouwing van de meer inherente problemen van art. 6 leent het bestek van deze bijdrage zich niet. Zie recentelijk over art. 6 en kartelzaken L.M. van Bochove, 'Het toepasselijk recht op gebundelde kartelschadeclaims. Van mozaïek tot Rubik's Cube', *MvO* 2020, afl. 1/2, p. 9-15.

156 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/1021; P.G.F.A. Geerts & A.M.E. Verschuur (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 782.

157 Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2993, r.o. 4.7.5 (art. 4); Rb. Den Haag 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12937, r.o. 4.6, *NIPR* 2015, 42 (art. 6).

158 HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:938, r.o. 3.4.1, *NJ* 2017/315, m.nt. D.W.F. Verkade.

159 Zie Rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:317, r.o. 5.2 (art. 4); Rb. Oost-Brabant 13 juli 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:3525, r.o. 4.1 (art. 8); Hof Den Haag 14 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1218, r.o. 184 (art. 6).

160 Zie uitgebreid Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/1043. Waarbij vanzelfsprekend wel achtgeslagen dient te worden op de onderscheidende kenmerken van de leden van art. 6 (Vgl. P.G.F.A. Geerts, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10382, *IER* 2017/29, onder 9).

conflictregel zou zijn om toe te passen.<sup>161</sup> Dezelfde problematiek doet opgeld bij vergelijkende en misleidende reclame.<sup>162</sup> Vermeldenswaard is tenslotte dat ook de Rechtbank Amsterdam een vonnis heeft gewezen inzake de sjoemelsoftware van Volkswagen, waarin op vergelijkbare gronden als het Hof van Justitie in *Verein für Konsumenteninformation/Volkswagen AG* tot toepassing van Nederlands recht gekomen werd, maar dan via artikel 4 en niet via artikel 6.<sup>163</sup>

## 7. Conclusie

Met dit onderzoek is beoogd een beeld te geven van de wijze waarop Rome II in de (Nederlandse) rechtspraak toegepast wordt. Hiertoe werden 324 uitspraken bestudeerd. Geconstateerd werd dat in het merendeel van de onderzochte uitspraken de boventoon gevoerd wordt door de hoofdregel van artikel 4 lid 1, naar welke conflictregel 198 keer werd verwezen en welke 163 keer *exclusief* het toepasselijke recht bepaalde. Deze hoofdregel lijkt in de praktijk doorgaans ook op een juiste wijze te worden toegepast en niet tot onoverkomelijke problemen te leiden. Dat stelt in die zin gerust, dat de rechtspraktijk zich geen (grote) zorgen hoeft te maken over Rome II. Wel werden enkele bijzonderheden opgemerkt, die enige aandacht verdienen om de eenvormigheid van het conflictenrecht te waarborgen en de rechtszekerheid te bevorderen. Zo is niet altijd even duidelijk welke conflictregel in een concreet geval door de rechter wordt toegepast. Daarnaast kunnen ogenschijnlijke inconsequenties ontstaan bij de vaststelling van stilzwijgende rechtskeuzes. Deze kunnen vermeden worden door een wat explicietere en uitgebreidere motivering. Voorts werd geconstateerd dat het uitzonderingskarakter van artikel 4 lid 3 niet altijd even evident uit de rechtspraak blijkt en dat Rome II in sommige gevallen nog kwalificatieproblemen kan opleveren, in het bijzonder bij de toets aan het materiële toepassingsgebied en bij de (niet-)toepassing van artikel 6. Over het geheel beschouwd lijkt Rome II in de rechtspraak niettemin te voldoen aan de rechtszekerheidsdoelstellingen die zij beoogde en lijkt de rechtspraktijk goed om te kunnen gaan met de conflictregels van Rome II.<sup>164</sup>

---

161 Explanatory Memorandum to the Commission Proposal of 22 July 2003, COM(2003) 427 final, p. 18. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 19 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2225, r.o. 4.15, *NIPR* 2016, 435 (art. 4); Rb. Midden-Nederland 8 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3715, r.o. 2.2 (art. 6).

162 Zie Hof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ0458, r.o. 3 (art. 6); Rb. Overijssel 2 mei 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2344, r.o. 4.2 (art. 4).

163 Rb. Amsterdam 20 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8741, r.o. 7.12-7.14, *NIPR* 2020, 49.

164 Zoals Vlas & Zilinsky 2012, par. 7 (zie noot 8), ook na drie jaar toepassing van Rome II concludeerden.