

Vergaderjaar 2000–2001

26 608

Regeling van het conflictenrecht met betrekking tot verbintenissen uit onrechtmatige daad (Wet conflictenrecht onrechtmatige daad)

Nr. 5

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 30 januari 2001

Het verheugt mij dat het wetsvoorstel gunstig is ontvangen. Op de in het verslag gemaakte opmerkingen en vragen zal hierna per onderdeel worden geantwoord.

De beantwoording heeft op zich laten wachten. Dit hangt enerzijds samen met enkele arbeidsintensieve vragen waarin om informatie over het internationaal privaatrecht van enige ons omringende landen gevraagd werd. De late beantwoording is ook een gevolg van vragen naar de Europese ontwikkelingen op dit rechtsgebied. Die vragen waren aanvankelijk moeilijk te beantwoorden, omdat geen van de werkprogramma's van de Europese Gemeenschap daarover informatie verschaften. Pas tijdens de vergadering van de raads werkgroep civiel recht, die op 11 januari jl. gehouden is, heeft de Europese Commissie aangekondigd voornemens te zijn in de loop van dit jaar met een groenboek over dit onderwerp te zullen komen. De Commissie gaf echter ook aan dat zij nog grote moeilijkheden zag, o.a. inzake onrechtmatige daad via internet, en ook met betrekking tot het – in de eerste plaats tot Europa beperkte – werkingsterrein van een verordening over dit onderwerp. Een Europese regelgeving zal dus nog lang op zich laten wachten en zal zo mogelijk beperkt blijven tot de lidstaten van de EU. Om deze redenen meen ik dat de behandeling van dit wetsvoorstel voortzetting verdient. Voortzetting is ook van belang nu de codificatie van het Nederlands IPR zijn voltooiing nadert en moeilijk zonder een regeling van het toepasselijke recht op de onrechtmatige daad kan.

I. Algemeen

De leden van de fracties van de VVD en de PvdA vragen hoe de regering staat tegenover een zekere analoge toepassing van de regels uit het wetsvoorstel ten aanzien van verbintenissen uit zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking.

Zoals in de memorie van toelichting is opgenomen, meent de regering dat de noodzaak van een conflictenrechtelijke regeling betreffende de verbintenissen uit zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking niet is komen vast te staan. Geschillen op dit gebied waarbij internationaal privaatrechtelijke vragen opkomen zijn betrekkelijk zeldzaam. De Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht (hierna verder aangeduid als: Staatscommissie) wijst er in haar advies daaren-

boven op dat het internationaal privaatrecht voor deze categorieën van niet-contractuele verbintenissen nog volop in beweging is. In dit verband kan het volgende worden opgemerkt. Met betrekking tot de *zaakwaarneming* heeft de Hoge Raad in het arrest van 23 februari 1996, NJ 1997, 276, m.nt. ThMdB, de verwijzingsregels geformuleerd. Deze luiden, samengevat, dat een vordering uit zaakwaarneming, behoudens rechtskeuze, «in beginsel» wordt beheerst door het recht van het land waarin de zaakwaarneming heeft plaatsgevonden en indien de zaakwaarneming in meer dan één land heeft plaatsgevonden, door het recht van het land met welks rechtssfeer de zaakwaarneming het nauwst is verbonden. Dit arrest komt in grote lijnen overeen met het COVA-arrest (HR 19 november 1993, NJ 1994, 662, m.nt. JCS), in welk arrest de Hoge Raad de verwijzingsregels voor de onrechtmatige daad heeft geformuleerd. De overeenkomsten tussen de in genoemde arresten gegeven verwijzingsregels zijn gelegen in de plaats van handeling en de rechtskeuze als factoren ter vaststelling van het toepasselijke recht. Het verschil is gelegen in de voor de onrechtmatige daad aanvaarde uitzondering op de *lex loci delicti*-regel in geval beide partijen zijn gevestigd in een ander land dan waar de onrechtmatige daad is gepleegd en de rechtsgevolgen van de daad zich geheel in dat andere land afspelen (de zgn. gevolguntzondering). Deze uitzondering wordt niet met zo veel woorden teruggevonden in de verwijzingsregels voor de zaakwaarneming zoals verwoord in het arrest van 1996. Annotator De Boer wijst, naar mijn mening terecht, op de mogelijkheid dat deze uitzondering besloten ligt in de woorden «in beginsel», waarmee de Hoge Raad de objectieve verwijzingsregel clauseleert. Gegeven de ontwikkelingen in de rechtspraak neergelegd in de genoemde arresten, waarvan het COVA-arrest het uitgangspunt heeft gevormd voor de ontworpen regeling inzake de onrechtmatige daad, denk ik dat voor de internationale zaakwaarneming van de regels van het wetsvoorstel een zekere analoge toepassing zal uitgaan.

De zeer schaarse rechtspraak betreffende de *onverschuldigde betaling* laat een uit de omstandigheden van ieder geval verklaarbaar verdeeld beeld zien: aanknoping aan de plaats waar de betaling heeft plaatsgevonden, behoudens doorslaggevende aanknopingspunten met een ander recht (Rb. Rotterdam 18 juni 1982, NIPR 1983, 206), accessoire aanknoping aan een met de zaak nauw verbonden bestaande overeenkomst, samenvallend met de plaats van betaling (Rb. Assen 15 november 1988, NIPR 1989, 115).

De vraag welk recht naar Nederlands internationaal privaatrecht van toepassing is op de *ongerechtvaardigde verrijking* doet zich, afgemeten naar de schaarse jurisprudentie, ook niet vaak voor. Deze jurisprudentie laat zien dat, wanneer tussen partijen geen onderliggende contractuele rechtsverhouding bestaat, op de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking toepassing vindt het recht van het land waar de verrijking heeft plaatsgevonden (zie bijvoorbeeld Rb. Alkmaar 18 augustus 1994, NIPR 1998, 104 en Rb. Breda 23 februari 1999, NIPR 2000, 113).

Een en ander overziend, meen ik dat ten aanzien van de vordering uit onverschuldigde betaling resp. uit ongerechtvaardigde verrijking, de jurisprudentie tendeeft naar toepassing van het recht van de plaats van handeling. In deze lijn zal ook voor de desbetreffende rechtsgebieden een zekere analoge toepassing van de regels van het wetsvoorstel, waarin immers de *lex loci delicti*-regel als hoofdregel is opgenomen, aannemelijk zijn. Vanuit het oogpunt van rechtseenheid is een zekere analoge toepassing op de besproken onderwerpen van niet-contractuele aansprakelijkheid positief te beoordelen, zij het met de aantekening dat de eigenaardigheden van deze rechtsgebieden onder bepaalde omstandigheden tot een afwijking van de in het wetsvoorstel opgenomen regeling aanleiding zouden kunnen geven.

Hieraan voeg ik toe dat met dit voorstel van wet de codificatie van het internationaal privaatrecht nog niet afgelopen is. Het is goed denkbaar dat

op enig moment, bijvoorbeeld op advies van de Staatscommissie, voor de onderwerpen zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking verwijzingsregels worden geconcipeerd. Tot die tijd meen ik dat de huidige stand van zaken aangeeft dat de praktijk zich op deze terreinen goed weet te redden ondanks het ontbreken van geschreven verwijzingsregels, hetgeen ervoor pleit de ontwikkelingen in rechtspraak en literatuur af te wachten om te zien welke regeling voor deze onderwerpen de meest geschikte is.

De leden van de VVD-fractie vragen wat de betekenis is van voorliggend wetsvoorstel voor onrechtmatige daden die plaats vinden op het virtuele internet als *locus delicti*.

De globalisering van de samenleving, het toenemende en gemakkelijker gebruik van nieuwe communicatiemiddelen als het internet maakt deze vraag actueel. Aan het vraagstuk van de onrechtmatige daad op het internet en het toepasselijke recht is zowel in de Nederlandse als in de buitenlandse literatuur in de laatste jaren aandacht geschonken. Ik noem hier het in 1998 voor de Nederlandse Juristen-Vereniging uitgebrachte preadvies «Recht en Internet. Verkenningen op het gebied van het Internationaal Privaatrecht, het Strafrecht en het Auteursrecht», waarin prof. mr. M.V. Polak de beschouwingen over het internationaal privaatrecht voor zijn rekening nam onder de titel «Internationaal privaatrecht: vangnet voor Internet». Van de buitenlandse literatuur kan gewezen worden op de gedetailleerde uiteenzetting van Peter Mankowski, *Das Internet im Internationalen Vertrag- und Deliktsrecht*, gepubliceerd in *RabelsZ* 1999, pag. 203–294. Uit deze en andere publicaties blijkt dat de gedachten betreffende een objectieve verwijzingsregel inzake de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voortkomend uit gebruik van het internet nog zeer divers zijn. Zo wordt wel verdedigd toe te passen het recht van de plaats waar de internet-informatie haar oorsprong heeft (*country of origin principe*), hetgeen doorgaans het recht is van de woon- of vestigingsplaats van de aanbieder, kortom het recht van het zgn. *Handlungsort*. Anderzijds wordt ook verdedigd van toepassing te achten het recht van de plaats waar de schadelijke inwerking van de internet-informatie zich voordoet (*country of destination principe*), het zgn. *Erfolgsort*. Voorts is gepleit voor toepassing van de *lex fori*, welke aanknopng ervan uitgaat dat er een algemeen aanvaarde rechtsmachtregel is voor internetgeschillen; dat is thans nog niet het geval.

Voor al deze opvattingen zijn goede argumenten vóór en tegen aan te dragen. Daarbij dient nog te worden bedacht dat de aanknopingspunten zelf ook nog nadere invulling behoeven. Bij het *Handlungsort* bijvoorbeeld gaat het niet alleen om de plaats waar het aanbieden van de informatie zijn oorsprong heeft (niet te verwarren met de plaats waar de *server* staat), maar kan – met evenveel recht – worden gekeken naar de plaats waar de aangeboden informatie is ontwikkeld. Verder mag niet uit het oog worden verloren dat de onrechtmatige daad op het internet zich in verschillende gedaanten kan voordoen, zoals het aanbieden van onjuiste of beledigende informatie, *hacking*, het verspreiden van virussen, *email-bombing*, schending van het auteursrecht en *domain grabbing* (het laten registreren van een domeinnaam om deze vervolgens tegen een hoge prijs «te koop» aan te bieden aan degene die belang heeft bij het voeren van de betreffende domeinnaam). De huidige opvattingen zijn thans beslist onvoldoende ontwikkeld om daaruit een algemeen aanvaarde regel betreffende het toepasselijke recht te destilleren. Ik ben dan ook van mening dat het té voorbarig zou zijn in het wetsvoorstel een bepaling inzake de onrechtmatige daad op het internet op te nemen. Ik geef er de voorkeur aan de rechtsontwikkeling de ruimte te bieden voor het uitdenken van een verwijzingsregel die recht zal doen aan deze complexe materie. Daarbij zal het onderhavige wetsvoorstel aan de gedachtevorming ongetwijfeld een zinvolle bijdrage leveren.

II. Memorie van toelichting

De leden van de PvdA-fractie vragen in hoeverre het Nederlandse voorstel zich verhoudt met ontwikkelingen elders en in hoeverre Nederland gebaat is met een eigen regeling op dit moment. De aan het woord zijnde leden wijzen in dit verband naar het voorstel van de European Group for private international law (gepubliceerd in NILR 1998, pag. 465–471) en verder naar de op 1 juli 1999 ingevoerde nieuwe regelgeving in Duitsland. Naar de mening van deze leden dient een nieuwe regeling aan te sluiten bij ontwikkelingen die gaande zijn in het buitenland met het oog op rechtszekerheid, rechtseenheid en het voorkomen van omissies in de verschillende nationale regelingen.

Graag onderschrijf ik het uitgangspunt van de leden van de PvdA-fractie dat bij het opstellen van een nieuwe regeling aandacht dient te worden geschonken aan buitenlandse ontwikkelingen op hetzelfde gebied opdat een zekere afstemming kan plaatsvinden. In dit kader kan het volgende worden opgemerkt. De Duitse verwijzingsregels inzake de niet-contractuele verbintenissen zijn neergelegd in de Artikelen 38–42 van de *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hierna: EGBGB, laatstelijk herzien door het *Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen vom 21.5 1999*, welke wet in werking is getreden op 1 juni 1999 (zie over deze wet en haar totstandkoming o.a. Dr. Rolf Wagner, Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen, IPRax 1998, pag. 429–438; Prof. dr. Abbo Junker, Die IPR-Reform von 1999: Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis, Recht der Internationalen Wirtschaft 2000, pag. 241–255; Dr. dr. h.c. Gerhard Kegel und Dr. Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, (München 2000, pag. 612–651). Voor de onrechtmatige daad zijn de Artikelen 40–42 EGBGB relevant. De daarin vervatte verwijzingsregels kunnen als volgt samengevat worden. Artikel 40 Abs. 1 EGBGB wijst voor de vordering uit onrechtmatige daad als toepasselijk recht aan het recht van de plaats van handeling, het recht van het zgn. *Handlungsort*. Echter, de benadeelde heeft het recht te kiezen voor toepassing van het recht van de plaats waar het gevolg (de schade) zich manifesteert, het recht van het zgn. *Erfolgsort*. Ingevolge Abs. 2 is wanneer benadeelde en dader in hetzelfde land hun gewone verblijfplaats (plaats van vestiging) hebben, het recht van dat land van toepassing. Abs. 3 van Artikel 40 bevat een op de onrechtmatige daad toegesneden openbare orde-clausule. Buitenlands recht wordt niet toegepast wanneer (1) dit recht wezenlijk verder gaat dan noodzakelijk voor passende schadeloosstelling van de benadeelde, (2) kennelijk andere bedoelingen heeft dan passende schadeloosstelling van de benadeelde, of (3) in strijd komt met voor Duitsland op het gebied van de onrechtmatige daad geldende verdragen. Artikel 40 Abs. 4, tot slot, bevat de «*action directe*», de rechtstreekse aanspraak jegens de verzekeraar van de dader. Artikel 41 EGBGB bevat een bijzondere exceptieclausule, die moet worden gezien in het licht van het algemene uitgangspunt van het Duitse internationaal privaatrecht, te weten toepassing van het nauwst verbonden recht. Wanneer een wezenlijk nauwere band bestaat met het recht van een andere staat dan die waarvan het recht door Artikel 40 als toepasselijk wordt aangewezen, dan is het recht van die andere staat van toepassing (Abs. 1). Zulk een nauwere band kan zich in het bijzonder voordoen, aldus Abs. 2, wanneer tussen betrokkenen een bijzondere juridische of feitelijke band bestaat in verband met een tussen hen bestaande contractuele verhouding, dan wel – voor de onrechtmatige daad – wanneer dader en benadeelde in dezelfde staat hun gewone verblijfplaats hebben. Artikel 42 EGBGB biedt de partijen de mogelijkheid een gezamenlijke rechtskeuze uit te brengen. Deze rechtskeuze achteraf dient te worden onderscheiden van de keuze voor het recht van het *Erfolgsort* dat ingevolge Artikel 40, Abs. 1 uitsluitend aan de benadeelde toekomt.

Wanneer de boven besproken Duitse verwijzingsregels worden vergeleken met de regels neergelegd in voorliggend wetsvoorstel, dan meen ik te kunnen constateren dat op hoofdpunten voor dezelfde oplossingen is gekozen. In dit verband wijs ik op het navolgende. In artikel 3 lid 1 van het wetsvoorstel is de klassieke hoofdregel voor de internationale onrechtmatige daad neergelegd, de *lex loci delicti*-regel, die in de Duitse regeling is terug te vinden in Artikel 40 Abs. 1. De in artikel 3 lid 3 opgenomen afwijking van de *lex loci delicti*-regel ingeval dader en benadeelde in dezelfde staat hun gewone verblijfplaats hebben, is in het Duitse internationaal privaatrecht neergelegd in Artikel 40 Abs. 2. De rechtskeuze achteraf vindt men in zowel de voorgestelde Nederlandse regeling als in de Duitse regeling terug, te weten in artikel 6 van het wetsvoorstel resp. Artikel 42 EGBGB. Ook voor de accessoire aanknopng is in beide ipr-regimes een voorziening getroffen, in artikel 5 van het wetsvoorstel resp. in Artikel 41 onder Abs2 (sub 1) EGBGB.

Naast deze overeenkomsten tussen de beide regelingen is ook een aantal verschillen aan te wijzen. Het belangrijkste verschil is gelegen in de vaststelling van het toepasselijke recht wanneer *Handlungsort* en *Erfolgsort* uiteen lopen (het probleem van de meervoudige *locus*). In het Duitse internationaal privaatrecht (Artikel 40 Abs. 1) heeft de benadeelde de mogelijkheid te opteren voor het recht van het *Erfolgsort*. Artikel 3 lid 2 van het wetsvoorstel daarentegen schrijft voor deze situatie toepassing voor van het recht van de staat op welks grondgebied de schadelijke inwerkingtreding van de daad plaatsvindt, dus toepassing van het recht van het *Erfolgsort*, tenzij de dader de inwerkingtreding aldaar redelijkerwijs niet heeft kunnen voorzien. In beide regelingen is door de wetgever voor het geval van de meervoudige *locus* toepassing van het recht van de staat waar de schadelijke inwerkingtreding geschiedt mogelijk gemaakt, in de Duitse benadering langs de weg van de keuze door de benadeelde en in de Nederlandse benadering door de verwijzingsregel, geclausuleerd door een onvoorzienbaarheidsexceptie. Op dit laatste kom ik nog terug. De vraag of aan de benadeelde een rechtskeuze moet worden toegekend is een rechtspolitieke vraag. De Staatscommissie heeft in haar advies hieraan aandacht geschonken. Daarbij heeft de Staatscommissie zich afgevraagd of aan de regel die uitgaat van toepassing van het recht van het *Erfolgsort*, naast de opneming van de onvoorzienbaarheidsexceptie welke door de dader kan worden ingeroepen, nog een keuzerecht voor de benadeelde (in deze visie voor het recht van het *Handlungsort*) moet worden toegevoegd. Volgens de Staatscommissie vindt een keuzerecht voor de benadeelde een rechtvaardiging in de omstandigheden dat in bepaalde gevallen het recht van het *Handlungsort* meer bescherming aan het slachtoffer kan bieden dan het recht van het *Erfolgsort*, terwijl de dader zich er niet over kan beklagen dat het recht van de plaats waar hij heeft gehandeld toepassing vindt. De Staatscommissie concludeert evenwel dat er voor een dergelijk aan de benadeelde toekomend keuzerecht geen plaats moet worden ingeruimd, omdat niet valt in te zien waarom bij dit soort onrechtmatige daden (met een meervoudige *locus*) aan de benadeelde wèl en in andere gevallen van onrechtmatige daad, géén keuzerecht wordt toegekend.

Ik sluit mij bij deze zienswijze aan. Het toekennen van een keuzerecht als waar hier over gesproken is, maakt de regeling onevenwichtig, immers de één mag wel, de ander mag niet kiezen. Overigens, zoals hiervoor al aangegeven, komt het mij voor dat de uitwerking van beide regelingen in veel gevallen tot hetzelfde resultaat zal voeren, namelijk toepassing van het recht van het *Erfolgsort*. Andere verschillen tussen de Duitse en de Nederlandse verwijzingsregels zijn van minder gewicht. Een openbare orde-bepaling als uitgewerkt in Artikel 40 Abs.3 komt in het wetsvoorstel niet voor. Ik meen dat het niet nodig is een dergelijke regel in dit wetsvoorstel op te nemen, nu ook zonder zo'n regel het leerstuk van de openbare orde in het Nederlandse internationaal privaatrecht gehanteerd

wordt. Bovendien ligt het in de lijn der verwachting dat de voortschrijdende codificatie van het internationaal privaatrecht te zijner tijd ook een aantal algemene bepalingen van internationaal privaatrecht zal opleveren, waarvan een bepaling inzake de openbare orde er één zal zijn.

Het in het Duitse internationaal privaatrecht algemeen geldende beginsel van de nauwste verbondenheid is voor de onrechtmatige daad uitgewerkt in Artikel 41 EGBGB. Ofschoon het voorliggende wetsvoorstel een soortgelijke bepaling niet kent, mag uit de structuur van de verwijzingsregels worden afgeleid dat het beginsel van de nauwe verbondenheid van betekenis is geweest bij het opstellen van het verwijzingsregime.

Resumerend meen ik dat het wetsvoorstel op hoofdpunten in de pas loopt met de Duitse ontwikkelingen inzake de internationale onrechtmatige daad. Waar verschillen geconstateerd worden, dient bedacht te worden dat een regeling van een enkel bijzonder onderwerp, hier de onrechtmatige daad, niet los mag worden gezien van de alomvattende internationaal privaatrechtelijke regeling van het desbetreffende land. Dat hierbij voor een verschillende aanpak kan worden gekozen spreekt voor zich.

Vervolgens het voorstel voor een Europees verdrag nopens het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen van de European Group for private international law /Groupe Européen de droit international privé, hierna het GE-voorstel. Voor een bespreking van het GE-voorstel zij verwezen naar de publicatie van Mr. L. Strikwerda, Voorstel tot regeling van het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), in WPNR 6421 (2000), pag. 774–780. Het GE-voorstel bevat in de artikelen 3–6 de objectieve verwijzingsregels inzake de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Artikel 8 geeft de mogelijkheid van rechtskeuze. De opzet van het GE-voorstel sluit aan bij die van het Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 19 juni 1980, gewoonlijk aangeduid als EVO. Het voorstel stelt voorop dat een verbintenis uit onrechtmatige daad wordt beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst is verbonden (artikel 3 lid 1). Vervolgens wordt dit beginsel uitgewerkt in een aantal weerlegbare vermoedens. De verbintenis uit onrechtmatige daad wordt vermoed het nauwst verbonden te zijn met het land waar ten tijde van de onrechtmatige daad zowel de dader als de benadeelde hun gewone verblijfplaats hadden (artikel 3 lid 2). Indien dader en benadeelde in verschillende landen hun gewone verblijfplaats hadden, wordt de verbintenis vermoed het nauwst verbonden te zijn met het land waar de daad en de schade zich hebben voorgedaan of dreigen zich te zullen voordoen (artikel 3 lid 3). Wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de verbintenis nauwer verbonden is met een ander land, dan gelden de vermoedens van lid 2 en lid 3 niet en wordt het recht van dit andere land toegepast (artikel 3 lid 4). Het vijfde lid van artikel 3 biedt de opening naar een accessoire aanknopng van de onrechtmatige daad, door te bepalen dat bij de vaststelling van het nauwst betrokken rechtstelsel rekening mag worden gehouden met een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding. Het GE-voorstel bevat geen algemene bepaling inzake de meervoudige *locus*, maar geeft voor een aantal specifieke gevallen van onrechtmatige daad waarbij *Handlungsort* en *Erfolgsort* uit elkaar kunnen lopen (schending van privacy en persoonlijkheidsrechten alsmede smaad en belediging; ongeoorloofde mededinging; milieuaansprakelijkheid), enige bijzondere regels. Deze zullen in het merendeel van de gevallen resulteren in toepassing van het recht van het *Erfolgsort*. Daarbij is geen plaats ingeruimd voor de onvoorzienbaarheidsexceptie. Artikel 6 bevat een verwijzingsregel voor de «*action directe*» van de benadeelde tegen de verzekeraar van de dader. Artikel 8 biedt partijen de mogelijkheid een rechtskeuze uit te brengen, waarbij het uitdrukkelijk een rechtskeuze «achteraf» betreft.

Naar mijn mening sluit het voorliggend wetsvoorstel op hoofdpunten aan bij het hierboven kort weergegeven GE-voorstel. Mr Strikwerda komt in

eerder genoemde publicatie tot eenzelfde conclusie. Hierbij wijs ik op het volgende. In artikel 3 lid 1 van het wetsvoorstel is de *lex loci delicti*-regel neergelegd, die men herkent in het vermoeden van artikel 3 lid 3 GE-voorstel. De gevolgenuitzondering van artikel 3 lid 3 wetsvoorstel komt overeen met de bepaling van artikel 3 lid 2 GE-voorstel. Beide regelingen kennen een accessoire aanknopng, resp. neergelegd in artikel 5 wetsvoorstel en artikel 3 lid 5 GE-voorstel. In overeenstemming met de heersende opvatting in Nederland, verwoord in artikel 3 lid 2, bevat het voorstel voor het probleem van de meervoudige *locus* een voorkeur voor het *Erfolgsort* (zie artikel 4 GE-voorstel voor enige specifieke vormen van onrechtmatige daad). Beide regelingen bevatten een voorziening voor de rechtskeuze, artikel 6 wetsvoorstel resp. artikel 8 GE-voorstel, waarbij de rechtskeuzebevoegdheid van het wetsvoorstel ruimer is dan die van het GE-voorstel. Een duidelijk verschil tussen de beide regelingen is gelegen in de gekozen opzet, nu het GE-voorstel, anders dan het wetsvoorstel, uitgaat van een systeem van vermoedens. Een systeem van vermoedens heeft niet mijn voorkeur daar dit nog al eens tot interpretatieproblemen leidt. Ook de Staatscommissie heeft om die reden bezwaar geuit tegen het voorontwerp van wet dat haar ter advisering was voorgelegd. Een systeem van «directe» regels, waar in dit wetsvoorstel voor is gekozen, geeft de rechtstoepasser meer houvast bij het hanteren van die regels. De leden van de PvdA-fractie vragen op welke termijn resultaten te verwachten zijn van de in EG-verband ingestelde werkgroep en of er al enig zicht is op de inhoud van deze resultaten.

Op deze vraag is niet een eenvoudig antwoord mogelijk. Het onderwerp is binnen de EU in de werkgroep Burgerlijk Recht ter discussie gesteld tijdens het Oostenrijkse voorzitterschap in het najaar van 1998, maar door de daaropvolgende voorzitters niet meer geagendeerd. Het komt niet voor in de conclusies van de Eurotop van Tampere, bevindt zich wel op het door de Commissie opgestelde zogenaamde scorebord en is niet opgenomen in het werkprogramma met betrekking tot burgerlijke en handelszaken, dat in december 2000 door de Raad van ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken is vastgesteld. Er bestaat binnen de EG geen werkgroep die specifiek belast is met de voorbereiding van een verordening inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen. Wel heeft de Europese Commissie in januari 2001 medegedeeld voornemens te zijn in de loop van 2001 een groenboek te publiceren, dat een aanzet zal zijn voor een eventuele verordening betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen. Nu noch de conclusies van Tampere, noch het genoemde werkprogramma aandacht geven aan dit onderwerp is er geen reden aan te nemen dat in de nabije toekomst een gemeenschapsinstrument inzake dit onderwerp van internationaal privaatrecht tot stand gebracht zal zijn.

Ook inhoudelijk zijn er redenen om tot die conclusie te komen. De aandacht van de EG richt zich, waar het het burgerlijk recht betreft, in de eerste plaats op verbetering van het procesrecht. Zeer recent is tot stand gekomen de EG-verordening betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. Deze verordening vervangt en wijzigt het EG Verdrag van 27 september 1968 over hetzelfde onderwerp. Deze verordening zal op 1 maart 2002 in werking treden. Met Denemarken zal een verdrag gesloten moeten worden met aan deze verordening nagenoeg gelijke inhoud, zulks ter vervanging van het verdrag van 1968. En met de staten die partij zijn bij het Verdrag van Lugano (16 september 1988, Trb 1989, 58) dat ditzelfde onderwerp regelt met de landen van de Europese Vrijhandelsassociatie, zal eveneens onderhandeld moeten worden om te komen tot een gewijzigd Verdrag van Lugano, dat als het huidige zorgt voor (vrijwel) identieke regels van rechtsmacht binnen de EG en de EVA-landen.

Een ander belangrijk procesrechtelijk onderwerp is de zogenaamde Europese executoriale titel. Met dit onderwerp wordt beoogd burgerrechtelijke

uitspraken van rechters van EG staten een zodanig gezag te geven dat zij zonder – althans met zo min mogelijk – tussenkomst van de rechter van het land van beoogde executie aldaar ten uitvoer gelegd kunnen worden. Ook zal een Europees systeem van buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen worden ontwikkeld. Al deze projecten zullen de komende jaren veel tijd kosten. Met betrekking tot het conflictenrecht staat voorop de wijziging van het op 19 juni 1980 te Rome gesloten EG verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Trb 1980, 156), welk verdrag eveneens in een verordening zal worden omgezet. Een snelle aanpak van een verordening betreffende het recht dat op buitengerechtelijke geschillen van toepassing is, is dan ook niet te verwachten. Verder kan worden toegevoegd, dat er nog grote onduidelijkheid is over het werkingsgebied van een dergelijke verordening, die immers gericht zal dienen te zijn op de verbetering van de werking van de interne markt en waarvan onduidelijk is of deze ook rechtsbetrekkingen met derde landen zal bevatten.

De gewenstheid van een eigen Nederlandse regeling van het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen moet ook worden gezien in het licht van de codificatie van het Nederlands IPR, dat haar voltooiing nadert en moeilijk zonder een regeling van het toepasselijke recht op de onrechtmatige daad kan. Gezien deze onzekerheden over de Europese ontwikkelingen op dit rechtsgebied, en de gewenste afronding van de Nederlandse codificatie van het internationaal privaatrecht, is een voortzetting en afronding van het onderhavige voorstel op zijn plaats.

De leden van de fracties van de PvdA en van de VVD verzoeken de regering uitleg te geven waarom zij, in navolging van het advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, de «*action directe*» niet heeft opgenomen in het voorliggend wetsvoorstel, in tegenstelling tot het voorontwerp waar voor deze kwestie wel een voorziening was getroffen. Zoals uit de memorie van toelichting blijkt is de regeling uit het voorontwerp betreffende het toepasselijke recht op de vraag of de «*action directe*» (de rechtstreekse vordering van de benadeelde jegens de verzekeraar van de dader) mogelijk is, niet meer opgenomen in het voorliggende wetsvoorstel. Ik heb mij in deze aangesloten bij het advies van de Staatscommissie dat een regeling van dit onderwerp niet noodzakelijk is. In dat verband kan erop worden gewezen dat het Haags Verkeersongevallenverdrag van 4 mei 1971 in artikel 9 een regeling bevat inzake de «*action directe*». De vraag rijst dan of er buiten de gevallen die bestreken worden door het Verkeersongevallenverdrag behoefte bestaat aan zo'n regel. Ik meen, mij aansluitend bij de opvatting van de Staatscommissie, van niet. Bovendien bleek uit de reactie van het Verbond van Verzekeraars, neergelegd in een schrijven van 4 februari 1994, dat de voorgestelde bepaling een aantal vragen openliet. Nu er geen noodzaak tot regelgeving op dit punt bestaat, komt het mij juist voor deze materie te laten rusten.

De leden van de VVD-fractie vragen of de regering bereid is wetgeving op dit punt voor interregionale situaties in Koninkrijksverband te initiëren. Daartoe bestaat op dit moment niet het voornemen. Om te beginnen moet erop worden gewezen dat het interregionaal recht in het Koninkrijk niet uniform is, elk van de landen van het Koninkrijk kent zijn eigen interregionaal privaatrechtelijk systeem. Geen van de drie landen kent thans geschreven regels van interregionaal privaatrecht. De mogelijkheid die het derde lid van artikel 38 van het Statuut biedt om eenvormig interregionaal recht te scheppen, is tot op heden niet gerealiseerd. In het algemeen worden op gevallen van interregionaal privaatrecht de regels van het internationaal privaatrecht analogisch toegepast. Zie bijvoorbeeld voor het interregionaal echtscheidingsrecht de beslissing van de Hoge Raad van 25 november 1988 (NJ 1989, 421). Als de werkzaamheden aan de codificatie van het Nederlands internationaal privaatrecht zijn afgerond,

komt de vraag aan de orde of een codificatie van het interregionaal privaatrecht gewenst is, en of de codificatie uniform geregeld moet worden voor het gehele koninkrijk. In dat licht ligt het initiëren van een uniforme wetgeving van het interregionaal onrechtmatige-daadsrecht thans niet voor de hand.

III. Artikelen

Artikel 3

De leden van de PvdA-fractie hebben met instemming kennis genomen van artikel 3 lid 2 als belangrijke correctie op de *lex loci delicti*-regel van lid 1. De aan het woord zijnde leden plaatsen evenwel een kanttekening bij de in artikel 3 lid 2 neergelegde onvoorzienbaarheidsexceptie. Naar de mening van deze leden past voorzienbaarheid niet bij de doorsnee onrechtmatige daad, waarbij het vaak gaat om lichtere schuldvormen als nalatigheid. De vraag is of deze uitzondering gezien vanuit de positie van het slachtoffer niet geschrapt dient te worden. In dat verband wordt door deze leden verwezen naar de Duitse regeling waarin een dergelijke exceptie niet voorkomt.

De vraag naar de onvoorzienbaarheid betreft in dit artikel alleen de toepasselijkheid van het recht van de plaats van schadelijke inwerking van de daad, niet de onrechtmatige daad zelve. Zij speelt alleen in gevallen van een meervoudige *locus*. Daarover kan het volgende worden opgemerkt. Zoals in de memorie van toelichting is vermeld, is bij het probleem van de meervoudige *locus* gekozen voor de wet van het *Erfolgsort*. Deze keuze wordt gerechtvaardigd door het belang van de compensatoire functie van de verbintenis uit onrechtmatige daad, het belang van de schadeafwikkeling dus, welk belang zwaarder is gaan wegen dan de preventieve functie, het belang van de gedragsbeïnvloeding. Door deze wijze van aanknopng worden verwachtingen omtrent aansprakelijkheid en schadevergoeding die leven in de rechtssfeer waarbinnen de schade zich voltrekt, gehonoreerd. Zie in deze zin de publicatie van mr. H. L. J. Roelvink, De meervoudige *locus delicti*, in de uitgave «Vijftig jaar *lex loci delicti*. Van Dubbinks proefschrift tot een Wet conflictenrecht onrechtmatige daad» (redactie prof. mr. Th.M. de Boer (Deventer 1998), pag. 29–34). Deze keuze voor het *Erfolgsort* is niet gebaseerd op begunstiging van de benadeelde. Niet van belang is immers of toepassing van het recht van het *Erfolgsort* gunstiger voor de benadeelde uitpakt dan toepassing van het recht van het *Handlungsort*. De in de bepaling opgenomen uitzondering voor het geval dat de dader redelijkerwijs niet heeft kunnen voorzien dat de schadelijke uitwerking van zijn gedrag zich in een ander land zou manifesteren, beoogt recht te doen aan het belang van de dader dat zijn aansprakelijkheid niet wordt bepaald volgens normen op de toepasselijkheid waarvan hij in het geheel niet bedacht kon zijn. Gedacht kan worden aan bepaalde vormen van risicoaansprakelijkheid die in het recht van het *Handlungsort* onbekend zijn. Of een beroep op de onvoorzienbaarheidsexceptie zal slagen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dit verband merkt de Staatscommissie in haar advies op dat het denkbaar is dat onvoorzienbaarheid eerder wordt aangenomen bij grensoverschrijdende belediging (bijvoorbeeld belediging geuit via een Nederlandse radiozender die in een ander deel van de wereld wordt ontvangen) dan bij grensoverschrijdende milieuverontreiniging (bijvoorbeeld een ongeval in een kernreactor). Wanneer de dader niet kan voorzien dat de schadelijke inwerking van zijn gedraging in een andere staat zou plaatsvinden, kan het tweede lid geen toepassing vinden en dient men terug te vallen op de regel van lid 1 (*lex loci delicti*). In het algemeen zal het op de weg van de dader liggen om, wanneer hij zich daarop beroept, de onvoorzienbaarheid aan te tonen. Ik wijs er nog op dat de Zwitserse ipr-codificatie, de *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*, 18.

Dezember 1987, in artikel 133 (2) eveneens voor de meervoudige *locus* een keuze maakt voor het recht van het *Erfolgsort* geclausuleerd door een onvoorzienbaarheidsexceptie, zij het dat deze onvoorzienbaarheidsexceptie positief geformuleerd is. Artikel 133 (2) luidt: «Haben Schädiger und Geschädigter ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht im gleichen Staat, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist. Tritt der Erfolg nicht in dem Staat ein, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist, so ist das Recht des Staates einzuwenden, in dem die Erfolg eintritt, wenn der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolges in diesem Staat rechnen musste».

De Duitse ipr-regel voor de meervoudige *locus* kent inderdaad niet een met de onvoorzienbaarheidsexceptie vergelijkbare regel. Bedacht dient echter te worden dat de Duitse regel (Artikel 40 Abs. 1 EGBGB) een andere constructie kent. Toepasselijk is het recht van het *Handlungsort*, tenzij de benadeelde kiest voor het recht van het *Erfolgsort*. Dit lijkt gezien vanuit de positie van de benadeelde in diens voordeel, immers deze kan kiezen voor het recht van het *Erfolgsort* wanneer dit recht voor hem tot een gunstiger resultaat zou leiden. Daarbij geldt dan echter wel de algemene exceptieclausule van Artikel 41 EGBGB, waarop de dader op zijn beurt een beroep kan doen in geval een wezenlijk nauwere band bestaat met het recht van een andere staat (lees: *Handlungsort*) dan die waarvan het recht door Artikel 40 als toepasselijk wordt aangewezen. Het komt mij dan ook voor dat in de praktijk het resultaat van de onderscheiden regels niet veel uiteen zal lopen. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen of de dader bij toepassing van de Nederlandse verwijzingsregel een beroep kan doen op de onvoorzienbaarheidsexceptie om terug te kunnen keren naar de *lex loci delicti*, resp. bij toepassing van de Duitse regel een beroep kan doen op de algemene exceptieclausule om een keuze voor het *Erfolgsort* te ecarteren en langs die weg tot toepassing van het recht van het *Handlungsort* te komen.

Afrondend meen ik dat aan de positie van de benadeelde voldoende recht wordt gedaan met de in het wetsvoorstel opgenomen regel, die uitgaat van toepassing van het recht van het *Erfolgsort* (in de meeste gevallen zal dit samenvallen met de woonplaats van de benadeelde) en waarbij voorts naar mag worden aangenomen de bewijslast bij de dader berust wanneer hij op de onvoorzienbaarheidsexceptie een beroep doet om tot een ander toepasselijk recht te raken. Ik zie dan ook geen reden om de onvoorzienbaarheidsexceptie te schrappen.

Artikel 5

De leden van de VVD-fractie vragen of de regering in artikel 5 aan het einde van de laatste zinsnede zou willen toevoegen de woorden «of heeft beheerst».

In dit verband merk ik het volgende op. Artikel 5 heeft betrekking op de samenloop van rechtsverhoudingen, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan samenloop van onrechtmatige daad met wanprestatie. Ingevolge artikel 5 kan ingeval van een nauwe band tussen de onrechtmatige daad en een tussen dader en benadeelde bestaande of gewezen rechtsverhouding, het recht dat die rechtsverhouding beheerst, worden toegepast op de verbintenis uit onrechtmatige daad. De bepaling is facultatief gereedigeerd. Daarmee is tot uitdrukking gebracht dat het aan de rechter wordt overgelaten om met inachtneming van alle omstandigheden van het geval te beoordelen of de nauwe verbondenheid de accessoire aanknopning rechtvaardigt. Uit de formulering van artikel 5 volgt, hetgeen eveneens is verwoord in de memorie van toelichting, dat onder omstandigheden de rechter kan aanknopen aan een rechtsverhouding die tussen partijen bestaan heeft, maar die ten tijde van het plegen van de onrechtmatige daad reeds was beëindigd. Hoewel de leden van de VVD-fractie en ik het inhoudelijk met elkaar eens zijn, komt het mij voor dat toevoeging van de

woorden «of heeft beheerst» aan het slot van de zin aan de strekking van de bepaling niets wezenlijks toevoegt. Wel kan een dergelijke toevoeging tot een verkeerde interpretatie van de bepaling leiden. Artikel 5 ziet op een nauwe verbondenheid tussen de onrechtmatige daad en bestaande of gewezen rechtsverhouding tussen partijen. Die nauwe band zal in het algemeen, bijvoorbeeld bij een overeenkomst, betrekking hebben of op de totstandkoming van die rechtsverhouding, of op de nakoming ervan, of op de ontbinding ervan. Deze onderdelen behoeven niet door een en hetzelfde rechtsstelsel beheerst te worden, terwijl ook binnen onderdelen het toepasselijk recht in de loop van de tijd gewijzigd kan zijn. De woorden «of heeft beheerst» kunnen de niet bedoelde indruk wekken dat bij wijziging van het toepasselijke recht, elk rechtsstelsel, dat op de rechtsverhouding van toepassing is geweest, voor toepassing op de verbintenis uit onrechtmatige daad in aanmerking komt. Dat is niet het geval. Betreft de nauwe verbondenheid de nakoming van bepaalde contractuele verplichtingen, dan is niet relevant, welk recht op de totstandkoming van de overeenkomst van toepassing is. En ook naar tijd kan zich de nauwe verbondenheid beperken. Resumerend, meen ik dan ook dat de toevoeging «of heeft beheerst» niet gewenst is.

Artikel 6

De leden van de PvdA-fractie vragen een verduidelijking van artikel 6 lid 2, waar wordt gesproken over de rechtskeuze, in het bijzonder van de bewoordingen «of anderszins voldoende duidelijk blijken». De aan het woord zijnde leden wijzen op de memorie van toelichting waarin staat dat dit met name is toegevoegd om in de gedingstukken van een gerechtelijke procedure stilzwijgend het toepasselijke recht te kunnen kiezen. De leden van de PvdA-fractie vragen of hiermee een rechtskeuze mogelijk is. Deze leden zijn van oordeel dat een rechtskeuze niet stilzwijgend mogelijk is – ook niet in gedingstukken – en menen dat deze toevoeging zou kunnen worden geschrapt.

Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven sluit artikel 6 lid 2 aan bij artikel 3 lid 1 van het eerder genoemde EVO. Ingevolge artikel 3 lid 1 EVO is een stilzwijgende rechtskeuze mogelijk, mits deze voldoende duidelijk blijkt uit de bepalingen van de overeenkomst (bijvoorbeeld wanneer verwezen wordt naar artikelen uit een bepaalde wet) of uit de omstandigheden van het geval. Uit concrete omstandigheden en feiten moet met voldoende zekerheid kunnen worden afgeleid dat partijen daadwerkelijk een rechtskeuze hebben beoogd. Vage aanwijzingen zijn niet voldoende om van een stilzwijgende rechtskeuze te mogen uitgaan. Een stilzwijgende rechtskeuze is rechtsgeldig wanneer uit concrete omstandigheden kan worden afgeleid dat sprake is van een werkelijk gewilde rechtskeuze van partijen (zie voor de interpretatie van de stilzwijgende rechtskeuze in artikel 3 EVO, prof. mr. L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, (Deventer 1995, pag. 78–79). Met de formulering van artikel 6 lid 2 van voorliggend wetsvoorstel is beoogd aan te sluiten bij artikel 3 lid 1 EVO en bij boven weergegeven opvattingen betreffende de interpretatie van deze bepaling (zie hierover ook de publicatie van prof. mr. P. Vlas, *Rechtskeuze op het gebied van de onrechtmatige daad in het commune ipr en in het verdragenrecht*, in de reeds genoemde uitgave «Vijftig jaar *lex loci delicti*» (pag. 22–24). De rechtskeuze van artikel 6 van het wetsvoorstel moet uitdrukkelijk zijn gedaan of anderszins voldoende duidelijk blijken. Wat dit laatste betreft, zullen de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval uitsluitend moeten verschaffen. De houding van partijen ten processe is een factor waarmee in dit kader rekening gehouden dient te worden. Echter, ook hierbij geldt dat partijen op enig moment eenduidig moeten hebben kenbaar gemaakt dat zij het geschil aan een bepaald rechtsstelsel willen onderwerpen. Rechtskeuze kan voldoende duidelijk blijken uit bijvoorbeeld de processtukken. Daarbij

dient te worden bedacht dat wat betreft de onrechtmatige daad veelal sprake zal zijn van een rechtskeuze achteraf, dat wil zeggen een rechtskeuze nadat de onrechtmatige daad gepleegd is. Een dergelijke rechtskeuze vindt dan veelal plaats bij de inleiding van of in verband met een procedure.

In de memorie van toelichting wordt verder benadrukt dat een stilzwijgende rechtskeuze slechts kan worden aangenomen, indien voldoende duidelijk blijkt van een daadwerkelijk daarop gerichte wilsovereenstemming tussen de partijen. Indien bijvoorbeeld beide partijen zich beroepen op Boek 6 BW mag worden aangenomen dat daarmee voldoende duidelijk is dat een rechtskeuze voor Nederlands recht is bedoeld. Wanneer slechts één partij zich op een bepaald rechtsstelsel beroept, is dat niet het geval. Ook een veronderstelde rechtskeuze, dat wil zeggen een rechtskeuze waarvan verondersteld wordt dat partijen die gewenst zouden hebben maar die niet kan worden vastgesteld, is onaanvaardbaar. De rechter die onzeker is over het bestaan van een stilzwijgende rechtskeuze, zal er goed aan doen partijen te vragen zich daarover uit te laten. Een en ander overziend, ben ik van mening dat ook de stilzwijgende rechtskeuze recht doet aan de vrijheid van partijen om naar eigen goedvinden het op hun rechtsverhouding toepasselijke recht te bepalen, en dat deze derhalve, mits aan de daaraan gestelde voorwaarden is voldaan, aanvaardbaar is voor de internationale onrechtmatige daad, op gelijke wijze als zij aanvaard is in het internationale overeenkomstenrecht.

Artikel 7

De leden van de PvdA-fractie merken op dat in artikel 7, waarin wordt aangegeven welke onderwerpen door het volgens het wetsvoorstel toepasselijke recht worden beheerst, het onderwerp bewijs niet meer is genoemd. Dit is anders geregeld in het Voorstel van de European Group (artikel 5 onder 10). De betrokken leden vragen of het de bedoeling is dat vragen van bewijslastverdeling niet overeenkomstig het volgens het wetsvoorstel toepasselijke recht worden beantwoord. Deze leden wijzen er nog op dat bewijslastverdeling en bewijsvermoedens, juist in ingewikkelde internationale onrechtmatige daadsacties, vaak doorslaggevend kunnen zijn voor de uitkomst van de procedure; vaak hangen deze kwesties ook sterk samen met het materiële recht.

Zoals in de memorie van toelichting is opgenomen somt artikel 7 op, welke onderwerpen in ieder geval door het ingevolge het wetsvoorstel toepasselijke recht worden beheerst. Deze opsomming is niet limitatief, hetgeen in de aanhef van het artikel is aangegeven door de bewoordingen «in het bijzonder». Conform het advies van de Staatscommissie is het onderdeel h van het voorontwerp vervallen. Volgens dit onderdeel werd, kort samengevat, de bewijslast beheerst door het volgens de verwijzingsregels van het voorontwerp aangewezen recht. Het is echter uitdrukkelijk niet de bedoeling van de regering geweest om bij voorbaat de verdeling van de bewijslast van toepassing van de volgens het wetsvoorstel toepasselijke recht uit te sluiten. Het advies van de Staatscommissie is gevolgd omdat niet vaststaat dat de bewijslast in alle gevallen wordt beheerst door de *lex causae* (het recht dat van toepassing is op de vordering uit onrechtmatige daad) en dat de *lex fori* (het recht van de staat waar de procedure aanhangig is gemaakt) derhalve niet van betekenis is. Ter verduidelijking moge het volgende dienen. Het internationale bewijsrecht «balanceert» als het ware tussen het formele en het materiële recht. Aan de ene kant is het bewijsrecht een onderdeel van het procesrecht, hetgeen toepassing van de *lex fori* veronderstelt. Aan de andere kant stellen bewijsregels een begrenzing aan de subjectieve rechten van partijen en hebben aldus (ook) een materieel karakter, hetgeen pleit voor toepassing van de *lex causae*. Naar de heersende opvattingen in literatuur en rechtspraak wordt voor vragen van bewijsrechtelijke aard een onderscheid gemaakt tussen ener-

zijds formeel bewijsrecht, de procedure van bewijslevering, en anderzijds materieel recht, de bewijsregels die de inhoud van de rechterlijke beslissing bepalen. Kwesties van formeel bewijsrecht (zoals de wijze waarop de getuige wordt verhoord, het afleggen van de eed of de belofte, het gerechtelijk onderzoek) worden beheerst door de *lex fori*. Kwesties van materieel recht (zoals de bewijslastverdeling, de toelaatbaarheid van bepaalde bewijsmiddelen, de wettelijke vermoedens) zijn aan de *lex causae* onderworpen. Hierbij speelt de kwalificatie een belangrijke rol. De rechter heeft nu de vrijheid bij de kwalificatie van vragen inzake het bewijs rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Nu de opsomming van artikel 7 niet limitatief is, staat het hem bovendien vrij ook een niet in artikel 7 opgesomde kwestie, als de bewijslastverdeling, te beoordelen volgens het op de verbintenis uit onrechtmatige daad toepasselijke recht. De Staatscommissie heeft nog gewezen op de mogelijkheid deze materie te regelen in het algemeen deel van de codificatie van het internationaal privaatrecht. Deze suggestie neem ik gaarne over.

Ook de leden van de VVD-fractie stellen vragen bij artikel 7. Zij wijzen erop dat bij het toepassen van het toepasselijke recht met betrekking tot de wijze van vergoeding van schade (artikel 7, sub d) de rechter de mogelijkheid zou hebben zogenaamde «*punitive damages*» toe te kennen. Deze leden vragen of de regering dit in overeenstemming acht met de Nederlandse rechtsorde.

Hierover het volgende. Wanneer de omvang van de schade aan de hand van de *lex causae* wordt bepaald, dient ook aan de hand van dit recht te worden bepaald of «*punitive damages*» kunnen worden toegewezen. Dat de Nederlandse rechter een dergelijke schadevergoeding op grond van een buitenlandse *lex causae* toewijst, komt als ongewenst voor. De oplossing voor deze problematiek kan worden gevonden in het algemene leerstuk van de openbare orde. De openbare orde-exceptie geldt als een voorbehoud bij de toepassing van het door de verwijzingsregels als toepasselijk aangewezen recht. In een reeks van arresten uit de jaren dertig (de zgn. Goudclausule-arresten) heeft de Hoge Raad de voorwaarden voor toepassing van deze exceptie geformuleerd. Zij geven nog steeds de bestaande opvattingen weer. Uit deze arresten volgt dat bij de toetsing van vreemd recht aan de openbare orde een tweeledige maatstaf kan worden aangelegd, één die vooral betrekking heeft op de inhoud van het vreemde recht en één die vooral betrekking heeft op de gevolgen van toepassing van het vreemde recht. De Nederlandse rechter zal wanneer hij buitenlands recht toepast en geconfronteerd wordt met dergelijke vormen van schadevergoeding, zich eerst moeten afvragen of het vreemde recht de toets aan de eerste maatstaf doorstaat. Heeft de vreemde wetgever de grenzen «wat naar Nederlandse opvattingen voor een wetgever behoorlijk en geoorloofd is» overschreden, of is hij met zijn regelgeving getreden «buiten het kader van wat naar Nederlandse opvattingen ook de wetgever hier te lande zou kunnen en mogen doen», dan blijft het vreemde voorschrift buiten toepassing wegens strijd met de openbare orde. Doorstaat het vreemde voorschrift deze toets, dan zal de rechter moeten kijken naar de gevolgen van toepassing van het vreemde recht. Hierbij spelen de omstandigheden van het geval en de betrokkenheid van de Nederlandse rechtsorde een rol. Al naar gelang de uitkomst van deze toets zal de rechter het vreemde voorschrift nu eens wel, dan weer niet toepassen. Gegeven deze bestendige interpretatie van deze functie van de openbare orde (ook wel de openbare orde in negatieve zin genoemd) meen ik dat de rechter niet hoeft over te gaan tot het toekennen van «*punitive damages*» wanneer volgens het toepasselijke vreemde recht een dergelijke vergoeding voorgeschreven is, maar het toekennen daarvan in het desbetreffende geval strijdig is met de openbare orde (zie in deze zin prof. mr. L. Strikwerda, De overeenkomst in het IPR, (Deventer 1995, pag. 105). En, voor zover «*punitive damages*» in het systeem van het toepasselijke

recht het karakter van immateriële schadevergoeding hebben, kan de daarvoor naar het toepasselijke recht geldende maatstaf (bijvoorbeeld in de vorm van «*treble/triple damages*») worden aangepast aan wat naar Nederlandse opvattingen behoorlijk en geoorloofd is.

Het onderwerp «*punitive damages*» was ook onderwerp van vragen van de leden van de PvdA-fractie. Zij wensden te vernemen of de Nederlandse rechter in ons recht onbekende vergoedingen als «*punitive damages*» moet toekennen indien deze de rechter op grond van het voorliggend wetsvoorstel Amerikaans recht moet toepassen. Of zou in dit kader een uitzonderingsbepaling in het wetsvoorstel moeten worden opgenomen, zo vragen deze leden. Voorts vragen deze leden zich af of er wellicht andere gevallen zijn waarin het toe te passen recht tot naar Nederlands inzicht onaanvaardbare schadevergoedingen kan leiden. De aan het woord zijnde leden vragen of er geen minimale waarborgen zijn, met name uit het oogpunt van slachtofferbescherming waaraan het toe te passen recht moet voldoen.

Vooreerst zij verwezen naar mijn bovenstaande beantwoording van vergelijkbare vragen van de leden van de VVD-fractie. Ik voeg het volgende aan toe. De vraag of in verband met de aangesneden problematiek een uitzonderingsbepaling in de voorliggende regeling moet worden opgenomen is ook door de Staatscommissie onder ogen gezien. De Staatscommissie heeft zich gebogen over de vraag of er voldoende aanleiding is om (in het door haar aangeboden ontwerp van wet) te bepalen dat de rechter een regel van het toepasselijke buitenlandse recht omtrent de hoogte van een toe te kennen schadevergoeding buiten toepassing mag laten wanneer deze erop neerkomt dat – bij wege van straf – wezenlijk meer dan de door de benadeelde geleden materiële en immateriële schade dient te worden vergoed. De Staatscommissie is daarbij tot de conclusie gekomen dat een dergelijke bepaling geen aanbeveling verdient, nu niet bij voorbaat kan worden gezegd dat een punitief element bij elke vorm van onrechtmatig handelen naar Nederlandse rechtsopvattingen onaanvaardbaar is (er zijn wellicht gevallen waarin «*punitive damages*» niet buitensporig zijn), anderzijds omdat de rechter op grond van de openbare orde een dergelijke bepaling van vreemd recht buiten toepassing kan laten indien hij oordeelt dat toepassing door de Nederlandse rechtsorde niet wordt verdragen. Loyale toepassing van bijvoorbeeld Amerikaans recht brengt met zich dat wanneer de Amerikaanse rechter «*treble damages*» toewijst ter hoogte van drie maal de geleden schade, de Nederlandse rechter dit ook zal moeten doen. De Nederlandse rechter zal echter, met toepassing van het leerstuk van de openbare orde, geneigd zijn dergelijke strafrechtelijke bepalingen buiten toepassing te laten. Of er nog andere gevallen zijn waarin het toe te passen recht tot naar Nederlands inzicht onaanvaardbare schadevergoedingen leidt, wil ik op voorhand niet uitsluiten. Met betrekking tot de opmerking dat in het kader van de slachtofferbescherming het toepasselijke recht wellicht minimale waarborgen zou moeten bevatten, wijs ik er op dat het verwijzingsregime als zodanig neutraal is opgesteld waar het betreft de bescherming of de begunstiging van de ene of de andere partij. Het komt de evenwichtigheid van het stelsel niet ten goede een zeker minimumschadevergoeding voor de benadeelde in het voorstel op te nemen.

Artikel 8

De leden van de VVD-fractie vragen in hoeverre de mogelijkheid die artikel 8 de rechter geeft om bij vaststelling van het toepasselijke recht rekening te houden met de op de plaats van de onrechtmatige daad geldende verkeers- en veiligheidsvoorschriften, afbreuk doen aan de autonomie van partijen, indien zij het toepasselijke recht zelf hebben gekozen. In dit verband dient te worden benadrukt dat de rechter een discretionaire

bevoegdheid heeft bedoelde lokale voorschriften in zijn oordeel te betrekken. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal de rechter kunnen beslissen of hij deze regels in de plaats stelt van de veiligheids- en verkeersvoorschriften van het ingevolge het wetsvoorstel toepasselijke recht. «Rekening houden met» ziet op een veelheid van situaties. Zo kan men niet vermijden dat men in Engeland links moet rijden. In die zin zijn dergelijke lokale verkeers- en veiligheidsvoorschriften keuzebestendig, anders gezegd deze typen voorschriften kunnen niet door rechtskeuze opzij worden gezet. Aldus is hier in zekere zin sprake van een beperking van de autonomie van de partijen, zij het dat die beperking niet direct de rechtskeuze als zodanig betreft. Het is immers uiteindelijk aan de vrije beoordeling van de rechter overgelaten in hoeverre hij rekening zal houden met de bedoelde lokale verkeers- en veiligheidsvoorschriften. De partijen zijn vrij in de keuze van het toepasselijke recht.

IV. Overige opmerkingen

De onder dit hoofdstuk van het verslag gestelde vragen zijn in het voorgaande reeds behandeld.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals