

Rechtspraak

Afgebroken onderhandelingen: waar te lokaliseren? En de onderliggende vraag: ambtshalve toepassing van bepalingen van het EEX?

Mr. J.J. van Haersolte-van Hof

Een lang verwachte mogelijkheid deed zich onlangs voor, toen de Hoge Raad zich uit moest spreken over de vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht toekwam naar aanleiding van een vordering uit afgebroken onderhandelingen. De Hoge Raad plaatste de beantwoording van deze vraag volledig in het kader van artikel 5 lid 3 EEX, dat een alternatief forum biedt voor verbintenissen uit onrechtmatige daad, nu eiseressen hadden gesteld dat onrechtmatig was gehandeld. De Hoge Raad besteedde geen aandacht aan de mogelijke kwalificatie van de vordering als een vordering gebaseerd op overeenkomst. Anders dan advocaat-generaal Strikwerda, zag de Hoge Raad niet de noodzaak (of mogelijkheid) om prejudiciële vragen te stellen.

Hoge Raad 21 september 2001, RvdW 2001, 144 (Bus Berzelius/Chemconserve & Reakt).

Inleiding en feiten

In Nederland (Chemconserve B.V.) en in Groot-Brittannië (Reakt Ltd.) gevestigde vennootschappen vorderen schadevergoeding van een in Duitsland gevestigde vennootschap (Bus Berzelius Umwelt-Service A.G., 'Bus') wegens door Bus per brief afgebroken onderhandelingen. De Nederlandse en Engelse vennootschappen vorderen schade die zij zouden hebben geleden in hun hoedanigheid van aandeelhouders van een Nederlandse vennootschap, welke in staat van faillissement is verklaard nadat de onderhandelingen om te komen tot een deelneming van Bus in deze vennootschap eenzijdig door Bus waren afgebroken, terwijl de onderhandelingen in een zodanig stadium waren gekomen dat aan de zijde van Chemconserve & Reakt het gerechtvaardigd vertrouwen was gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen. Chemconserve & Reakt stellen als gevolg van het door hen in de inleidende dagvaarding als onrechtmatig gekwalificeerde handelen van Bus schade te hebben geleden.

Chemconserve & Reakt begonnen een procedure in Neder-

land. De hoofdregel van het EEX, artikel 2, bepaalt dat bevoegd is de rechter van de woonplaats van de gedaagde. Artikel 5 biedt een aantal alternatieve fora, in het bijzonder voor vorderingen gebaseerd op verbintenissen uit overeenkomst (artikel 5 lid 1, bevoegd is tevens de rechter van de plaats waar de verbintenis, die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd) en verbintenissen uit onrechtmatige daad (artikel 5 lid 3, bevoegd is tevens de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan). Vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie leert dat ten aanzien van dit laatste forum de eiser de keuze heeft tussen de plaats waar de gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt heeft plaatsgevonden (het 'Handlungsort') en de plaats waar de schade is ingetreden (het 'Erfolgsort') indien deze plaatsen in verschillende staten zijn gelegen.¹

De uitspraak

Rechtbank en Hof oordeelden dat de rechtbank te Den Haag bevoegd is. Het Hof overwoog in zijn uitspraak dat de door eiseressen in hun inleidende dagvaarding in de hoofdzaak gestelde feiten de grondslag vormen voor de toetsing van de gerechtelijke bevoegdheid. Bovendien overwoog het Hof dat nu eiseressen gesteld hadden dat Bus onrechtmatig had gehandeld, de bevoegdheid van de rechter onderzocht moest worden op grond van het bepaalde in artikel 5 lid 3 EEX. Het Hof oordeelde dat de plaats waar het schadebrengende feit zich had voorgedaan te lokaliseren was in Rijswijk, nu daar de brief is ontvangen waarin namens Bus werd meegegeeld dat zij de litigieuze onderhandelingen tussen partijen beëindigde. De Nederlandse (Haagse) rechter was derhalve bevoegd.

Bus kwam tegen dit oordeel in cassatie en voerde hiertoe aan:

- 1 (a) Indien het Hof is uitgegaan van de opvatting dat bij beoordeling van de toepassing van artikel 5 lid 3 EEX voor de beant-

¹ Hof van Justitie, 30 november 1976, zaak 21/76, Bier/Mines de Potasse, Jur. 1976, p. 1735, NJ 1977, 494.

woording van de vraag naar de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, beslissend is wat de oorspronkelijke eisende partij in de dagvaarding heeft gesteld, die rechtsopvatting onjuist is. Immers, stelt Bus, in een geval waarin de wederpartij de bevoegdheid van de geadieerde rechter betwist en de stellingen van de eisende partij daaromtrent gemotiveerd worden betwist, mag de rechter niet volstaan met zich te baseren op de inleidende dagvaarding, maar moet op basis van deze dagvaarding en de stellingen van de wederpartij, een onderzoek worden ingesteld naar de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan.

(b) Ten aanzien van de feitelijke lokaliserings van het schadebrengende feit in de zin van de schadeveroorzakende gebeurtenis, betwist Bus dat Rijswijk als relevante plaats kan worden aangemerkt. Weliswaar is daar de brief van Bus ontvangen maar deze brief is slechts de vorm waarin een door Bus genomen besluit is neergelegd. Relevant dient te zijn de beëindiging van de onderhandelingen zelf. Dit komt volgens Bus temeer nu de plaats van ontvangst in beginsel willekeurig is. Zij noemt het voorbeeld van een partij die in een auto rijdend ergens een telefoonsprek voert en aldaar te horen krijgt dat de onderhandelingen worden stopgezet. Bovendien, zo stelt Bus, had het Hof (mede) in aanmerking moeten nemen waar het besluit tot beëindiging van de onderhandelingen was genomen en/of waar de brief was opgesteld en/of verzonden. Immers, de verweten onrechtmatige daad bestaat uit feitelijke handelingen van Bus, welke niet ter plaatse van de ontvangst van de brief kunnen worden gelokaliseerd, maar, naar analogie van de uitspraak van het Hof van Justitie in *Shevill/Presse/Alliance*² 'enkel' in de plaats(en) van oorsprong van het besluit tot beëindiging van de onderhandelingen en de plaats van opstellen van de brief, als Handlungsort.

2 Indien het Hof tot uitdrukking heeft gebracht dat de plaats waar de schade is ingetreden (het Erfolgsort) gelegen is in het ressort van de rechtbank Den Haag, stelt Bus dat het oordeel van het Hof onvoldoende gemotiveerd is. Niet is duidelijk gemaakt en ook niet is in te zien waarom de plaats waar de schade van Reakt, de Engelse vennootschap, gelegen is in het arrondissement Den Haag. Bovendien heeft het Hof op dit punt weinig aandacht besteed aan de stellingen van Bus dat een bijzonder nauw verband tussen de vordering van Chemconserve en zeker die van Reakt enerzijds en de rechtbank Den Haag anderzijds zou bestaan, zodat de bevoegdheid van de rechtbank in feite neer zou komen op toepassing van de regel van het forum actoris.

De Hoge Raad verwerpt het beroep van Bus. De Hoge Raad stelt voorop dat het middel, klaarblijkelijk in het voetspoor van het Hof, ervan uitgaat dat eiseressen een vordering uit onrechtmatige daad hebben ingesteld. Met betrekking tot de klacht dat bij het beoordelen van de bevoegdheid van de rechter tevens rekening gehouden dient te worden met de stellingen van de wederpartij, oordeelt de Hoge Raad dat bij gebrek aan feitelijke grondslag, dit onderdeel van het middel niet tot cassatie kan leiden. Ten aanzien van de lokaliserings oordeelt de Hoge Raad dat niet doorslaggevend is een louter intern besluit tot het beëindigen van onderhandelingen, maar dat pas wanneer het besluit effect sorteert doordat het ten uitvoer wordt gelegd en de wederpartij daarvan op de hoogte raakt, sprake kan zijn van een schadeveroorzakende gebeurtenis. De plaats van

ontvangst van de brief moet dan ook als relevante plaats aangemerkt. Het argument dat dit kan leiden tot aanknopings bij vrij willekeurige plaatsen wordt door de Hoge Raad vrij luchtig van de hand gewezen. De Hoge Raad oordeelt dat in dergelijke gevallen naar de omstandigheden moet worden beoordeeld of een concrete plaats al dan niet in aanmerking kan komen als plaats waar het schadeveroorzakende handelen heeft plaatsgevonden. In dit geval was Rijswijk, de plaats van ontvangst, tevens de plaats van vestiging van een van de betrokken partijen, zodat geen problemen op dit gebied bestonden.

Ten slotte besteedt de Hoge Raad aandacht aan de uitspraak van het Hof van Justitie in *Shevill/Presse Alliance*. In dat geval was sprake van een vordering tot schadevergoeding naar aanleiding van een onrechtmatige perspublicatie. De Hoge Raad oordeelt dat voorzover Bus betoogd heeft dat naar analogie van de uitspraak van het Hof van Justitie, enkel de plaats(en) van oorsprong van het besluit tot beëindiging gezien kan worden als plaats waar de feitelijke handelingen van Bus zich hebben voorgedaan, Bus miskent dat het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat behalve de gerechten van de plaats van vestiging van de uitgever van de krant die de beledigende publicaties heeft gepubliceerd, ook bevoegd zijn de gerechten van de Staat waar de publicaties zijn verspreid.

Commentaar

Opmerkelijk is allereerst dat de advocaat-generaal in zijn conclusie een volledig andere koers vaart dan de Hoge Raad. Terwijl de Hoge Raad in zijn uitspraak met name ingaat op de feitelijke lokaliserings komt de advocaat-generaal hier niet aan toe, maar stelt een aantal meer fundamentele voorvragen aan de orde.

Ambtshalve kwalificatie

Twee belangrijke, en onderling verbonden, thema's staan centraal in de conclusie van advocaat-generaal Strikwerda. Het eerste betreft de noodzaak ambtshalve te toetsen of de kwalificatie van de litigieuze vordering juist is.

Het cassatiemiddel van Bus, het Hof en uiteindelijk ook de Hoge Raad nemen tot uitgangspunt dat de vordering van de oorspronkelijke eiseressen aangemerkt dient te worden als een vordering uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5 lid 3 EEX. Dit doet echter de prealabele vraag rijzen, zo stelt de advocaat-generaal, of de ingestelde vordering kan worden aangemerkt als een vordering uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5 lid 3 EEX. De advocaat-generaal stelt dat de kwalificatie door eiseressen niet beslissend is. Beslissend zijn de stellingen van de eisende partij, niet de benaming die hij aan de rechtsverhouding die uit deze stellingen voortvloeit heeft gegeven. Ware dit anders, dan zou de eiser door middel van kwalificatie de discussie op een verkeerd spoor kunnen zetten en gedaagde afhouden van de werkelijk bevoegde rechter.

De advocaat-generaal geeft ook aan dat rechtspraak van het Hof van Justitie bevestigt dat bij de toepassing van artikel 5 lid 3 EEX, evenals bij toepassing van artikel 5 lid 1 EEX, de rechtsverhouding waarop de eiser zijn vordering baseert zelfstandig moet worden gekwalificeerd en dat deze verdragsautonomoem dient te geschieden. De rechter dient derhalve zelfstandig te onderzoeken of aan de hand van de door de eiser gestelde feiten, de ingestelde vordering kan worden aangemerkt als een vordering uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5 lid 3 EEX.

Het is juist dat de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie bevestigt dat het begrip 'verbintenis uit onrechtmatige daad' in de zin

² 7 maart 1995, zaak C-68/93, Jur. 1995, p. I-415 NJ 1996, 269.

van artikel 5 lid 3 EEX verdragsautonomo moet worden geïnterpreteerd, zie bijvoorbeeld *Kalfelisch/Schr. der.*³

Voor de opvatting van de advocaat-generaal dat de geïdeerde rechter zich echter niet moet laten leiden door de in de dagvaarding gestelde kwalificatie, is veel te zeggen, maar een zekere kanttekening of nuance is wel op zijn plaats. Het Hof en (zeer impliciet) de Hoge Raad lijken allereerst een andere mening te zijn toegegaan, al wordt dit niet met zoveel woorden uitgesproken. Immers, het Hof overwoog dat de in de dagvaarding gestelde feiten doorslaggevend zijn en dat

'nu Chemconserve c.s. daarin zelf stellen dat Bus onrechtmatig heeft gehandeld, de rechtbank te 's-Gavenhage diende te onderzoeken of aan de rechtbank (internationale) bevoegdheid toekomt op grond van het bepaalde in artikel 5 sub 3 EEX.'

De Hoge Raad volstaat met het herhalen van de argumenten van partijen met betrekking tot de vordering uit onrechtmatige daad en benadrukt wel dat

'[h]et middel, dat klaarblijkelijk op het voetspoor van het Hof ervan uitgaat dat Chemconserve c.s. een vordering uit onrechtmatige daad hebben ingesteld, [...]

Het staat buiten kijf dat het EEX Verdrag als zodanig ambtshalve moet worden toegepast.⁴ Maar mag men hieruit afleiden dat de kwalificatie van de feiten waarop de eiser zijn vordering baseert niet alleen verdragsautonomo moet geschieden, maar ook, zoals advocaat-generaal Strikwerda stelt, dat de geïdeerde rechter 'de rechtsverhouding waarop de eiser zijn vordering baseert zelfstandig dient te kwalificeren'?

In de literatuur is verdedigd dat een duidelijke kwalificatie in de dagvaarding wel degelijk als koersbepalend moet worden beschouwd. Verheul stelt dat slechts indien de dagvaarding alternatief uit contract en uit delict ageert, of geen uitdrukkelijke kwalificatie wordt gegeven, de rechter dieper op de zaak zal moeten ingaan.⁵ Zijn algemeenheid geldt dat naar Nederlands procesrecht de rechter gerechtigd is rechtsgronden aan te vullen (artikel 48 (oud) Rv). Aanvulling van rechtsgronden omvat de toetsing van kwalificatie. Deze bevoegdheid is in die zin beperkt dat de feitelijke basis aanwezig moet zijn, en bovendien dat recht wordt gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor.⁶

Bovendien moet worden bedacht dat in appel en cassatie bijzondere voorschriften gelden. Immers, in appel wordt de rechtsstrijd tussen partijen in beginsel beperkt door de inhoud van de grieven. Probleematisch is of, behalve indien en voorzover er sprake is van strijd met de openbare orde, een appelrechter een uitspraak in eerste aanleg mag vernietigen op basis van ambtshalve aangevulde rechtsgronden; in het algemeen wordt aangenomen dat dit niet het geval is.⁷ In cassatie geldt op basis van artikel 419 Rv (de Hoge Raad bepaalt zich bij zijn onderzoek tot de middelen waar het beroep steunt) iets vergelijkbaars.⁸

In cassatie en voorzover uit de gepubliceerde uitspraak kenbaar is ook in appel, waren partijen in *Bus Berzelius/Chemconserve & Reakt* er alle uitdrukkelijk van uitgegaan dat enige vordering gebaseerd moest worden op onrechtmatige daad. Kon de Hoge Raad dan, met voorbijgaan aan de stellingen van partijen, inclusief de in het middel genoemde uitdrukkelijke kwalificatie, ambtshalve de uitspraak van het Hof vernietigen (als hij van mening was geweest dat sprake was van een vordering gebaseerd op overeenkomst, en dat deze niet in Nederlandse lokaliseerde kon worden), althans, kon de Hoge Raad op dit punt prejudiciële vragen stellen?

Om deze vraag te beantwoorden is enige jurisprudentie van het

Hof relevant. Twee uitspraken lijken met name van belang. In 1983 wees het Hof uitspraak in de zaak *Duijnsteel/Goderbauer*.⁹ In deze zaak was door partijen niet uitdrukkelijk aan de orde gesteld (noch in de feitelijke instanties, noch in de cassatiemiddelen) of de Nederlandse rechter wel rechtsmacht had voorzover de ingestelde vordering betrekking had op niet-Nederlandse octrooien. Toch concludeerde de advocaat-generaal dat de Hoge Raad prejudiciële vragen zou stellen, waaronder met betrekking tot artikel 19 EEX, dat bepaalt dat de rechter bij wie een vordering aanhangig wordt gemaakt die tot de exclusieve bevoegdheid van een andere rechter behoort, zich ambtshalve onbevoegd verklaart. De vraag rijst dan of artikel 19 EEX door de Hoge Raad moet worden toegepast, ook indien de bevoegdheidsvraag niet door een middel van cassatie aan de orde is gesteld, dus in weerwil van artikel 419 Rv. Ja, zo oordeelde het Hof, de exclusieve bevoegdheid moet worden gerespecteerd, zelfs wanneer een nationale regel van procesrecht het onderzoek van de rechter in het cassatieberoep beperkt tot de door partijen aangevoerde middelen. Enerzijds lijkt deze uitspraak dus potentieel verstrekkende gevolgen te hebben. Anderzijds was de uitspraak uitdrukkelijk beperkt tot gevallen waarin sprake was van een exclusieve bevoegdheid.¹⁰

Geruime tijd na deze uitspraak wees het Hof van Justitie een tweede arrest dat van belang is, zij het dat die uitspraak niet specifiek betrekking had op het EEX. In *Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*¹¹ oordeelde het Hof dat de nationale rechter de regels van Europees mededingingsrecht moest toepassen, ook indien de procespartij die bij de toepassing belang heeft, daarop geen beroep heeft gedaan, indien het nationale recht deze toepassing toelaat. Het gemeenschapsrecht dwingt de rechter echter niet zó ver te gaan met ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, dat de rechter de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken. Deze beperking vindt haar rechtvaardiging in het beginsel, dat het initiatief voor een procedure bij de partijen ligt en de rechter alleen kan ingrijpen in uitzonderingsgevallen, waarin het openbaar belang zijn ingrijpen vereist. De nationale rechter zal derhalve alleen in gevallen van

³ Hof van Justitie, 27 september 1988, zaak 189/87, Jur. 1988, p. 55 65, NJ 1990, 42 5.

⁴ Zie bijvoorbeeld Vlas, Losbladig Commentaar EEX, artikel 1, Verdr. A-51 en aldaar geciteerde bronnen.

⁵ Verheul, het EEG Bevoegdheids- en Executieverdrag, p. 46, '(Wanneer de dagvaarding duidelijk geformuleerd is als een vordering hetzij uit overeenkomst, hetzij uit onrechtmatige daad, kan de rechter volstaan met de vaststelling van de plaats van uitvoering van de contractuele verbintenis in geschil (artikel 5 sub 1), respectievelijk vaststelling van de plaats van het schadebrengende feit (artikel 5 sub 3). Wanneer echter de dagvaarding alternatief uit contract en uit delict ageert, of geen uitdrukkelijke kwalificatie geeft maar feiten die in beide richtingen kunnen worden uitgeleed, zal de rechter (in geval van betwisting van de bevoegdheid of van verstek) dieper op de zaak moeten ingaan.'

⁶ Zie bijvoorbeeld W. DH. Asser, *Losbl. Comm. Rv* artikel 48 Rv, p. 1-78 b.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

⁹ 15 november 1983, Zaak 288/82, Jur. 1983, p. 3663, NJ 1984, 695.

¹⁰ Uiteindelijk bleek bovendien geen sprake te zijn van schending van artikel 16 EEX.

¹¹ Hof van Justitie 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-439/93, Jur. 1995, p. I-470 5, NJ 1997, 116 (met noot onder HR 22 december 1995, NJ 1997, 118).

'openbaar belang' het gemeenschapsrecht moeten laten prevaleren. Deze zienswijze strookt met het nationale systeem zoals wij dat in Nederland kennen en dat hiervoor kort uiteen is gezet¹²

Het systeem mag dan wel duidelijk zijn, de vraag blijft hoe de regel van Van Schijndel in de praktijk moet worden toegepast, met name waar het gaat om bevoegdheidsvragen in verband met het EEX. Dat zware eisen worden gesteld aan het criterium 'openbaar belang' blijkt wel uit het feit dat zelfs regels van mededingingsrecht niet zonder meer als zodanig gekwalificeerd worden. Annotator Snijders meent dat de uitspraak van het Hof in zake *Duijnstee/Goderbauer* spoort met de gedachte dat het nationale procesrecht moet wijken indien het openbaar belang zulks vereist. Klaarblijkelijk doelt hij hierbij op het feit dat in dat geval sprake was van een toetsing van een exclusieve bevoegdheidsregel van het EEX.¹³

In de nationale literatuur over artikel 48 RV (zoals toegepast in appel en cassatie) is wel verdedigd dat van openbare orde in ieder geval die regels zijn die de internationale rechtsmacht van de Nederlandse rechter bepalen.¹⁴ Toch is het recht op dit punt niet geheel duidelijk. Illustratief is in dit opzicht het overzicht van advocaat-generaal Franx in zake *Duijnstee/Goderbauer*. In dit kader dient ook vermeld te worden de uitspraak van de Hoge Raad in *Van Uden/Deco Line*¹⁵ waarin prejudiciële vragen gesteld werden over artikel 24 EEX. Opmerkelijk in deze verwijzingsuitspraak was dat de Hoge Raad noch de advocaat-generaal Strikwerda, een woord besteedde aan de vraag of het EEX wel van toepassing was nu partijen arbitrage overeen waren gekomen en mogelijk erwijs het geschil buiten de reikwijdte van het Verdrag viel.¹⁶ Ten overstaan van het Hof van Justitie vormde dit aspect dan ook een belangrijk onderwerp van debat.¹⁷ Hoewel de Hoge Raad als gezegd hier niet op inging, bevat zijn uitspraak wel de enigszins cryptische overweging dat naar aanleiding van de vragen over artikel 24 hij 'mede in het licht van het arrest van het Hof van Justitie [inzake *Duijnstee/Goderbauer*] – het noodzakelijk oordeel' prejudiciële vragen te stellen. Deze verwijzing lijkt alleen betekenis te hebben indien de Hoge Raad wilde laten doorschemeren toch

enige aarzeling te hebben over de noodzaak of mogelijkheid over te gaan tot ambtshalve aanvulling van rechtsgrond.

Dan terug naar Bus Berzelius/Chemconserve & Reakt. Hierin was geen sprake van een mogelijke schending van een exclusieve bevoegdheidsgrond, laat staan dat ter discussie stond of het Verdrag als zodanig van toepassing was. Hoogstens stond ter discussie of de kwalificatie op grond waarvan partijen het debat hadden gevoerd, de juiste was, derhalve of bevoegdheidsregel a of b moest worden toegepast. In de lijn van Van Schijndel zou men zich de vraag moeten stellen of de (mogelijk) onjuiste kwalificatie van de vordering (overeenkomst in plaats van onrechtmatige daad) schending van een dwingende regel betreft, althans van een regel die het openbaar belang betreft. Naar nationaal recht is dat zoals hiervoor uiteengezet niet geheel duidelijk. Uiteindelijk is echter doorslaggevend wat het Hof van Justitie naar maatstaven van gemeenschapsrecht van openbaar belang acht.

Per saldo had een prejudiciële vraag op dit punt derhalve niet mistaan. De Hoge Raad heeft in het geheel geen aandacht besteed aan dit punt, zelfs niet door een subtiel verwijzing zoals in Van Uden/Deco Line. Advocaat-generaal Strikwerda, die wel andere prejudiciële vragen had voorgesteld, is evenmin op dit onderwerp in gegaan, wellicht in zijn enthousiasme om een antwoord uit te lokken op de meer inhoudelijke vervolgvragen. Mogelijkerwijs had een meer open en expliciete benadering van dit aspect meer effect gehad, maar dat is wijsheid achteraf

Kwalificatie van de vordering op basis van afgebroken onderhandelingen

Vervolgens rijst de vraag hoe een vordering op basis van afgebroken onderhandelingen moet worden gekwalificeerd. Logischerwijs is de Hoge Raad hier niet aan toe gekomen, nu hij de kwalificatie in het geheel niet aan de orde heeft gesteld. De advocaat-generaal werkt dit aspect zorgvuldig uit. Zoals Strikwerda aangeeft, volgt uit het rapport Evrigenis inzake de toetreding van Griekenland tot het EEX¹⁸ en meent een meerderheid van de Nederlandse schrijvers, dat een dergelijke vordering onder artikel 5 lid 1 EEX moet worden gebracht en niet heeft te gelden als een vordering op basis van onrechtmatige daad. Buitenlandse literatuur is echter niet eenduidig. Ook op dit punt zou derhalve een uitdrukkelijke beslissing van het Hof van Justitie bijzonder op zijn plaats zijn geweest.

De uitspraak van de Hoge Raad brengt tot op zekere hoogte duidelijkheid ten aanzien van de feitelijke lokaliserings van de verbintenis uit onrechtmatige daad, voortvloeiend uit afgebroken onderhandelingen. De advocaat-generaal komt nauwelijks toe aan dit punt, maar signaleert dat het een lastige vraag is, of de vordering onder 5 lid 1 of 5 lid 3 wordt gebracht. Hij suggereert dan ook dat hoe dan ook (op basis van kwalificatie als een verbintenis uit overeenkomst of uit onrechtmatige daad) prejudiciële vragen worden gesteld.

De verduidelijking van de Hoge Raad is echter maar betrekkelijk. De Hoge Raad verkiest de plaats waar het effect van de schade-toebrengende handeling kenbaar is (de plaats waar de brief ontvangen wordt) boven de plaats waar de schadeveroorzakende gebeurtenis is voorbereid of aangevangen (de plaats waar het besluit is genomen en de brief is opgesteld). Ten eerste zou denkbaar zijn dat beide plaatsen in aanmerking komen, de eerste als Handlings- en de tweede als Erfolgsort. In casu zou deze verlijning voor Bus niet hebben uitgemaakt.

Bovendien doet de Hoge Raad nauwelijks recht aan het argument van Bus dat aanknopings bij de plaats van ontvangst van de brief

¹² Zie ook de annotatie van H.J. Snijders onder HR 1997, 118.

¹³ Of men deze uitspraken zonder meer op een lijn kan stellen lijkt de vraag. De benadering en invalshoek van de uitspraak van het Hof in Van Schijndel is immers een andere dan in *Duijnstee/Goderbauer*. Weliswaar is de laatste uitspraak uiteindelijk toegespitst op regels die een exclusieve bevoegdheidsbehelezen, maar daarvoor gaat het Hof meer in zijn algemeenheid in op de doelstellingen van het Verdrag (rechtsbescherming van de genen die binnen de gemeenschap zijn gevestigd en het beginsel van rechtszekerheid) en concludeert t in zijn algemeenheid dat het Executieverdrag 'voorrang moet hebben boven de nationale bepalingen die daarmee onverenigbaar zijn' (r.o. 14). In Van Schijndel daarentegen wordt juist benadrukt dat slechts indien conform nationaal recht aanvulling dient te geschieden, dit ook voor het gemeenschapsrecht geldt, met uitzondering van regels die zien op het openbaar belang. Eigenlijk is de benadering derhalve omgekeerd.

¹⁴ Veegens, Cassatie, p. 246.

¹⁵ 8 december 1995, NJ 1999, 338; NTER 1996, p. 58.

¹⁶ Van Haersolte-van Hof, Valit het ko r geding onder 24 EEX7, NTER 1996, p. 58; Van Haersolte-van Hof, Internationale bevoegdheid in ko r geding, in IPR & Ko r geding (redactie G.E. Schmidt, 2000), p. 32-33.

¹⁷ Hof van Justitie 17 november 1998, C-391/95, Jur. 1998, p. I-7091, NJ 1999, 339 NTER 1999, p. 326-330.

¹⁸ P. EG 1990, C 298.

in beginsel willekeurig is en zeker niet zonder meer samenvalt met de plaats waar de gestelde schade is ingetreden. De Hoge Raad merkt hieromtrent op dat in dergelijke gevallen naar de omstandigheden beoordeeld zal moeten worden of de betreffende plaats in aanmerking kan komen als plaats waar het schadebrengende handelen heeft plaatsgevonden. Dat betekent dat de regel van de Hoge Raad dus weinig rechtszekerheid biedt en per definitie een vrij casuïstische interpretatie zal opleveren.

Parallel met *Shevill/Presse Alliance*

Ten slotte verdient aandacht de overweging van de Hoge Raad met betrekking tot *Shevill/Presse Alliance*. De Hoge Raad overwoog dat in dat geval, behalve de plaats van vestiging van de uitgever ook bevoegd werd geacht de gerechten van elke Staat waar de publicatie is verspreid. De bepleite analogie noopt er volgens de Hoge Raad toe dat de bevoegdheid mede wordt bepaald door de plaats waar de desbetreffende mededeling is ontvangen.

Allereerst zou men hier uit kunnen afleiden dat de Hoge Raad van mening is dat naast deze plaats ook bevoegd zou kunnen zijn de rechter van de plaats van oorsprong van de brief. Deze opvatting wordt echter niet uitgesproken.

Als men de analogie met *Shevill* echter doortrekt lijkt de uitspraak van de Hoge Raad toch niet helemaal begrijpelijk. In *Shevill* ging het immers om de verhouding tussen de bevoegdheid gebaseerd op de vaststelling van het Handlungsort, de plaats waar de beledigende uitspraak wordt gepubliceerd, en van het Erfolgsort, de plaats waar de aantasting in de goede naam plaatsvindt. Het Hof van Justitie bepaalde inderdaad dat niet alleen de rechter van het Handlungsort bevoegd is, maar ook die van het Erfolgsort. Echter, deze laatste bevoegdheid geldt niet onverkort. Indien de beledigde partij de rechter adieert van de plaats waar zijn goede naam is aangetast, dat wil zeggen daar waar de publicatie is verspreid, is die rechter slechts bevoegd met betrekking tot de in de betreffende staat veroorzaakte schade. In die plaats kan dan niet die schade worden gevorderd die in andere landen is veroorzaakt. In de onderhavige casus was één eiseres in Nederlands gevestigd en één in het Verenigd Koninkrijk. Een zuivere analogie met de uitspraak van het Hof in *Shevill*, rechtvaardigt dan ook niet zonder meer de conclusie dat de Nederlandse rechter bevoegd was ten aanzien van de gehele vordering van beide eiseressen.

Conclusie

Al met al is de uitspraak van de Hoge Raad niet geheel bevredigend. Prejudiciële vragen zouden niet hebben misstaan, in ieder geval ten aanzien van de (ambtshalve) kwalificatie en de verhouding met nationaal procesrecht en mogelijk anderszins in het verlengde daarvan, ten aanzien van de wijze waarop een vordering uit afgebroken onderhandelingen gelokaliseerd moet worden. Bovendien zou de uitspraak van de Hoge Raad, ook zonder het stellen van prejudiciële vragen, aan overtuigingskracht en helderheid hebben gewonnen door, mede op de voet van het middel, een meer systematische aanpak te volgen, waarbij het onderscheid tussen bevoegdheid gebaseerd op het Handlungsort en op het Erfolgsort in het oog werd gehouden.