

## ANNOTATIES

## CMR of EEX?

## Van samenloop, litispendinge en het vrij verkeer van beslissingen in Europa

Hof van Justitie EU 4 mei 2010, zaak C-533/08 (TNT Express/AXA)

## Abstract

*The seed from which the problem sprouted in the TNT-AXA case is the fact that the CMR, an international road carriage convention, refers to national law in Article 29 CMR. This Article determines that if the CMR carrier has caused damage to the cargo 'by such default on his part as, in accordance with the law of the court or tribunal seised of the case, is considered as equivalent to wilful misconduct', he is no longer entitled to exclude or limit his liability under the CMR. As a result, it is more likely for a German court of law to consider that a CMR carrier has caused damage by such default than for a Dutch court. Since this type of default denies the carrier the option to limit his liability to approximately Euro 11½ per kilogram as per Article 23 CMR, it is in the carrier's best interest to avoid the German legal system. Initially carriers thereto sped to Dutch courts in order to gain declaratory judgments of non-liability, or at least limited liability when damage occurred. As soon as the case became pending, it was thought that the lis pendens rule of Article 31(2) CMR would bar the cargo interest's access to any other forum, including the German one. However, when the German Bundesgerichtshof (the BGH) determined that such an action for a negative declaration did not concern the same subject as an action for a substantive claim, parallel proceedings before a German court became an option. At that point it was no longer sufficient for the carrier to be the first to address a court. It became necessary to be the first to gain a final decision in order to bar the recognition and enforcement of any German decisions on the subject in the Netherlands. Unfortunately for TNT, the Dutch court of first instance that was addressed in the web of the TNT-AXA proceedings failed to decide in a manner that was favourable to the carrier. TNT was therefore forced to appeal, with the result that there was no final decision on the matter when the cargo interest's insurer, AXA, attempted to have the judgment it had sought in Germany recognised and enforced in the Netherlands. To prevent this, TNT asserted that, according to Article 71 Brussels I Regulation, it is not the Brussels I Regulation but the CMR that determines whether this is possible, because it was of the opinion that the CMR would prevent the recognition and enforcement of the German judgment on the grounds that the German court had no jurisdiction, due to the CMR's lis pendens rule. Conversely, the Brussels I Regulation only offers the option to refuse recognition because the court whose decision is to be recognised lacked jurisdiction in a very limited set of situations. None of which occurred in the TNT-AXA case.*

*All in all, it took six legal procedures and seven years for the parties to reach the ECJ, the European Court of Justice. When asked whether the recognition and enforcement was in this case governed by the CMR or by the Brussels I Regulation, and whether some light could be shed on the meaning of Article 31 CMR, the ECJ determined that it was indeed the CMR that regulated the matter as it, in principle, is granted precedence by Article 71 Brussels I Regulation, and that it*

*did not have the authority to interpret the meaning of the provisions of the CMR as this is not an EU instrument. However, since Article 71 Brussels I Regulation cannot be interpreted as leading to a result that is irreconcilable with one of the basic principles of the Brussels I Regulation, the favor executionis principle in this case, the rules of the CMR can only apply in the EU Member States insofar as they lead to a result that is in accordance with this principle. The precedence of the CMR can therefore not result in the recognition and enforcement of the German decision being rejected. Thus, it is only in theory that the rules of the CMR govern the matter, not in actual practice.*

## 1. Inleiding

Brussel laat zich meer en meer gelden, ook daar waar er al internationaal recht bestaat, althans zo lijkt het. Het te bespreken TNT-AXA arrest, dat van groot belang is voor het internationale wegvervoerrecht in Europa, is hier een duidelijk voorbeeld van. In deze zaak werd aan het Europese Hof van Justitie (hierna: Hof EU) in de kern de vraag voorgelegd of het internationale verdragsrecht van het CMR is dat voorrang verdient wanneer er samenloop van beide optreedt, of juist het Europese recht van de EEX Verordening (hierna: EEX-Vo.). Met name werd opheldering gevraagd omtrent de betekenis van artikel 71 lid 2 sub b tweede alinea, dat een deel van de samenloopbepaling van de verordening betreft en waarin gesteld wordt dat wanneer een verdrag of overeenkomst over een bijzonder onderwerp, waarbij zowel de lidstaat van herkomst als de aangezochte lidstaat partij is, voorwaarden vaststelt voor de erkenning of de tenuitvoerlegging van beslissingen, de voorwaarden van het verdrag of de overeenkomst toepassing vinden. In eerste oogopslag lijkt deze bepaling duidelijk de erkenning- en executieregels van artikel 31 CMR naar voren te schuiven. Omdat daarnaast in de tweede zin van deze tweede alinea van artikel 71 lid 2 sub b ook wordt gesteld dat in elk geval de bepalingen van de verordening betreffende de procedures voor de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen kunnen worden toegepast, liggen de zaken iets gecompliceerder. Het strikt toepassen van de CMR-regels zou betekenen dat er geen ruimte is voor de regels van de verordening. De regels van het CMR zijn namelijk strenger, aldus AG Strikwerda. In zijn conclusie bij Hoge Raad 28 november 2008 gaat hij ervan uit dat het CMR-verdrag als voorwaarde voor erkenning en tenuitvoerlegging bepaalt dat de rechter die de beslissing heeft gegeven waarop exequatur wordt verzocht daartoe op grond van het CMR bevoegd was.<sup>1</sup> De EEX-Vo. laat toetsen van de bevoegdheid van de rechter van de lidstaat van herkomst echter alleen bij wege van uitzondering toe (vgl. art. 35 EEX-Vo.). Een van de doelen van de EEX-Vo. is immers het vrij verkeer van vonnissen te waarborgen (vgl. art. 81 VWEU), hetgeen mogelijk zou moeten worden gemaakt door wederzijds vertrouwen in de rechtsbedeling.

## 2. De onderliggende vervoer- en procesrechtelijke problematiek

Het juridisch getouwtrek in TNT-AXA begon met een in beginsel juridisch gezien weinig opmerkelijke situatie. Een relatief lichtgewicht maar duur pakketje verdween terwijl het zich onder de hoede van wegvervoerder TNT bevond.<sup>2</sup> Deze had het van Zoetermeer naar Unterschleissheim in Duitsland moeten vervoeren. Al snel mondde deze relatief eenvoudige zaak echter uit in een rechtsstrijd waarin alle procesrechte-

1 HR 28 november 2008, NJ 2008, 623, NIPR 2009, 26.

2 Het woog 12 kilogram en had een waarde van 103.504,- Duitse Markten.

lijke registers werden opengetrokken en waarin verschillende jurisdicties tegen elkaar werden uitgespeeld. De wirwar van procedures die volgde en de rechtsvragen omtrent erkenning en tenuitvoerlegging die de Hoge Raad bijgevolg aan het Hof EU voorlegde, waren in feite niet meer dan een logisch gevolg van een slepend conflict tussen de Duitse en Nederlandse rechtsorde. Een conflict dat veroorzaakt wordt door een discrepantie in de uitleg van de woorden 'aan opzet gelijk te stellen schuld' in de betreffende CMR-staten. De aanwezigheid van deze opzet of de daarmee gelijk te stellen schuld aan de kant van de vervoerder zorgt er voor dat deze zich niet op de limitering van aansprakelijkheid kan beroepen die het CMR een aansprakelijke vervoerder normaliter biedt. De mogelijkheid aan opzet gelijk te stellen schuld per CMR-lidstaat op verschillende manieren in te vullen wordt door het verdrag zelf in het leven geroepen. In artikel 29 CMR verwijst het verdrag namelijk naar 'schuld (...), welke volgens de wet van het gerecht, waar de vordering aanhangig is, met opzet gelijkgesteld wordt'. De Duitse rechter acht deze schuld duidelijk eerder aanwezig dan de Nederlandse. Om te voorkomen dat het bestaan van een dergelijke schuld aan de kant van de vervoerder aangenomen wordt, en de vervoerder dus in plaats van slechts 8,33 SDR per kilo verloren of beschadigde lading de volledige waarde moet vergoeden, spoeden vervoerders zich (indien mogelijk) al jaar en dag naar de Nederlandse rechter wanneer er schade optreedt tijdens een internationaal wegvervoer. Artikel 31 lid 1 CMR geeft aan dat de Nederlandse rechter jurisdictie toekomt wanneer partijen deze als bevoegd hebben aangewezen, hetgeen mogelijk is voor alle rechters van CMR-staten, of wanneer de plaats van inontvangstneming van de lading, de plaats bestemd voor de aflevering of de verblijfplaats van de gedaagde in Nederland ligt.

Aan onze kant van de grens wordt ervan uitgegaan dat een verzoek aan de rechter om voor recht te verklaren dat de vervoerder niet of althans beperkt aansprakelijk is voor de schade, de gang naar de Duitse rechter voor de ladingbelanghebbende blokkeert. Artikel 31 lid 2 CMR bevat daartoe een zogenaamde litispendingbepaling. Volgens deze bepaling kan geen nieuwe vordering omtrent hetzelfde onderwerp tussen dezelfde partijen worden ingesteld, wanneer er reeds een vordering aanhangig is bij een op grond van het CMR bevoegde rechter.<sup>3</sup> De Duitse rechter deelt deze opvatting echter niet. De ladingbelanghebbende is de schade lijdende partij en daarom volgens Duitse opvattingen degene die de rechtsgang zou moeten initiëren, niet de vervoerder. Bovendien heeft volgens onze oosterburen een vordering tot schadevergoeding niet hetzelfde onderwerp als een verklaring voor recht.<sup>4</sup> De *lis pendens* regel van het CMR staat dus niet in de weg aan een vordering van de kant van de ladingbelanghebbende op een later tijdstip. Op deze manier wordt effectief voorkomen dat de vervoerder, die normaal gesproken eerder op de hoogte van de schade zal zijn dan de ladingbelanghebbende, misbruik kan maken van zijn positie door naar de Nederlandse rechter te stappen voordat de ladingbelanghebbende een procedure kan starten voor de Duitse rechter.

Op het moment dat geprobeerd wordt een dergelijke parallelle uitspraak van de Duitse rechter in Nederland uitvoerbaar te laten verklaren rijzen echter enkele vragen. Toen AXA hier te lande om exequatur verzocht op grond van artikel 39 e.v. EEX-Vo. aangaande een parallelle uitspraak van het *Landgericht München*, voerde TNT aan dat het CMR – dat op grond van artikel 71 EEX-Vo. voorrang zou hebben – hieraan in de weg staat. Evenals AG Strikwerda ging TNT er daarbij van uit dat, anders dan de EEX-Vo., het CMR het toetsen van de bevoegdheid van de rechter die de uitspraak deed waar exequatur voor wordt verzocht niet alleen toelaat, maar zelfs vereist. Dit toetsingsvereiste zou volgen uit artikel 31 lid 3 CMR,<sup>5</sup>

niet zozeer uit de vereisten voor de tenuitvoerlegging van CMR-uitspraken genoemd in deze bepaling, aangezien deze verwijzen naar de EEX-Vo. door te stellen dat de 'terzake voorgeschreven formaliteiten' dienen te zijn vervuld alvorens tenuitvoerlegging in een andere CMR-lidstaat kan volgen,<sup>6</sup> maar in de verwijzing naar 'een rechtsgeding, bedoeld in het eerste lid van dit artikel'. Het eerste lid van artikel 31 CMR is immers speciaal bedoeld om aan te geven welke rechters bevoegd zijn van een CMR-geding kennis te nemen.

Omdat TNT daarnaast van mening was dat de verklaring voor recht procedure in Nederland (ook wel '*negative Feststellungsklage*' in het Duits) 'hetzelfde onderwerp' behelsde als de schadevergoedingsprocedure (ook wel '*positive Leistungsklage*') in Duitsland, concludeerde zij dat de Duitse rechter niet bevoegd was en daarom het – ondertussen reeds verleende – exequatur teruggedraaid moest worden. Omdat het Hof EU van mening is niet bevoegd te zijn het CMR te interpreteren, zoals uit het navolgende zal blijken, is de juistheid van deze aannames over de betekenis van de regels van artikel 31 CMR echter niet bevestigd.

### 3. De feiten; een eenvoudige zaak

De basis voor deze uitzonderlijk ver doorgeprocedeerde zaak was een ogenschijnlijk eenvoudig CMR contract. In april 2001 sloot de verzekerde van AXA, Siemens Nederland NV, een overeenkomst tot het vervoer van goederen over de weg met TNT. Het betrof transport van 'strategische goederen' van Zoetermeer naar Unterschleissheim in Duitsland, met een waarde van 103.540 DM en een gewicht van slechts 12 kilogram. Blijkens de scangegevens die TNT later levert zijn de goederen naar haar verzameldepot in Duiven vervoerd en hebben zij dit depot ook weer verlaten. De goederen kwamen echter nooit op de plaats van bestemming aan. Het vermoeden bestaat dat personeel van TNT, althans aan TNT verbonden personen, de zending hebben gestolen of verduisterd.

### 4. Het procedurele verloop

Op 6 mei 2002 maakt TNT bij de rechtbank Rotterdam een vordering jegens AXA aanhangig, strekkende tot het verkrijgen van een verklaring voor recht dat TNT ten opzichte van AXA niet aansprakelijk is voor enige schade ten gevolge van het verlies van de goederen, behoudens een bedrag van 11,5 Euro per kilogram, in totaal dus 138 Euro, conform het bepaalde in artikel 23 CMR. Aldus probeert TNT gebruik te

3 'Wanneer in een rechtsgeding, bedoeld in het eerste lid van dit artikel, een vordering aanhangig is voor een volgens dat lid bevoegd gerecht, of wanneer in een zodanig geding door een zodanig gerecht een uitspraak is gedaan, kan geen nieuwe vordering omtrent hetzelfde onderwerp tussen dezelfde partijen worden ingesteld, tenzij de uitspraak van het gerecht, waarvoor de eerste vordering aanhangig is gemaakt, niet vatbaar is voor tenuitvoerlegging in het land, waarin de nieuwe vordering wordt ingesteld.'

4 BGH 20 november 2003, I ZR 102/02, *EVR* 2004, p. 255 e.v. en I ZR 294/02, *EVR* 2004, p. 264.

5 P. de Meij, *Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 216.

6 De 'terzake voorgeschreven formaliteiten' betreffen de EEX-Vo. wanneer het een vonnis uit een andere CMR-staat, tevens EU-staat betreft. Voor vonnissen uit niet EU-staten waarmee geen verdrag over tenuitvoerlegging bestaat, zal de exequaturprocedure van art. 985 e.v. Rv moeten worden gevolgd. P.H.L.M. Kuypers, 'Eenheid en verdeeldheid in Europa: EEX-Verordening versus CMR en het vrij verkeer van vonnissen', *NTER* 2011, p. 13-19 op p. 14.

maken van wat de Duitse rechter de ‘Holländische Trick’ is gaan noemen.<sup>7</sup> Het CMR schrijft immers dwingendrechtelijk een gelimiteerde aansprakelijkheid van de vervoerder voor ten bedrage van 8,33 SDR – omgerekend destijds ongeveer 11,5 Euro – per kilogram beschadigde of verloren lading. Deze limiet, zoals bepaald in artikel 23 CMR, houdt echter alleen stand, indien geen sprake is van opzet of aan opzet gelijk te stellen schuld aan de zijde van de vervoerder, aldus artikel 29 CMR. Wanneer schuld gelijk te stellen is met opzet laat de bepaling over aan de wet van het gerecht waar de vordering aanhangig is.

Dergelijke schuld wordt door de Nederlandse rechter sinds de 5 januari arresten uit 2001 geïnterpreteerd als zijnde ‘bewuste roekeloosheid’.<sup>8</sup> Van bewust roekeloos gedrag is sprake: ‘wanneer degene die zich aldus gedraagt het aan de gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar zich door dit een en ander niet van dit gedrag laat weerhouden’. Hiermee wordt de lat zo hoog gelegd dat bewuste roekeloosheid in feite nooit aangenomen wordt. In casu kon opzet niet worden aangetoond. TNT leek daarom te kunnen volstaan met het geven van een algemene beschrijving van de door haar getroffen veiligheidsmaatregelen, de procedures bij het ophalen van de zending bij de klant, de overlading van de zending op het terrein van TNT te Duiven en doorvervoer ervan naar de plaats van bestemming en het onderzoek dat doorgaans wordt verricht als een zending niet op de plaats van bestemming aankomt.

Tot voor kort zou dit inderdaad voldoende zijn geweest om de rechter te bewegen om voor recht te verklaren dat TNT beperkt aansprakelijk was. De bewijslast voor de aanwezigheid van bewuste roekeloosheid rust immers op de schouders van AXA. De rechtbank Rotterdam wijst, in haar vonnis van 4 mei 2005, de vordering echter af, omdat zij van mening is dat hier een verzwaarde stelplicht op zijn plaats is.<sup>9</sup> De rechtbank acht de in algemene termen beschreven, zéér geringe kans dat een zending verkeerd is afgeleverd en vervolgens op onverklaarbare wijze verdwijnt onvoldoende om het bestaande vermoeden dat personeel van TNT de zending heeft gestolen of verduisterd te ontcrachten. Deze verzwaarde stelplicht, namelijk het vereiste gemotiveerd te moeten betwisten dat er sprake was van bewuste roekeloosheid, lijkt in lijn te zijn met de ontwikkelingen op andere privaatrechtelijke vlakken zoals het werkgeversaansprakelijkheidsrecht.<sup>10</sup>

TNT laat het er niet bij zitten en stelt hoger beroep in bij het Hof Den Haag, waar op 21 juni 2007 pleidooi wordt bepaald.<sup>11</sup> Ook AXA zit niet stil. Op 20 augustus 2004, terwijl de procedure voor de Rotterdamse rechtbank nog loopt, stelt AXA bij het Duitse *Landgericht* München een vordering tot schadevergoeding in jegens TNT. Op 4 april 2006 en 7 september 2006 stelt het *Landgericht* een schadevergoeding vast ten laste van TNT. Vervolgens worden bij beschikking van 28 maart 2007 op grond van artikel 41 EEX-Vo. de beslissingen van het *Landgericht* op verzoek van AXA binnen het Koninkrijk der Nederlanden uitvoerbaar verklaard door de voorzieningenrechter van de Utrechtse rechtbank. Het zal niet verbazen dat TNT daarop reageert door de rechtbank in Utrecht te verzoeken deze beslissing te vernietigen of het verlot tot tenuitvoerlegging in te trekken respectievelijk alsnog te weigeren. De rechtbank ziet echter geen reden om de beslissing van de voorzieningenrechter op het verzoek aan te houden in afwachting van de beslissing van het Hof Den Haag, of om in deze zaak prejudiciële vragen aan het Hof EU voor te leggen.<sup>12</sup> De Hoge Raad ziet daarentegen wel reden voor een preliminair verzoek aan het Hof wanneer TNT haar vervolgens het probleem voorlegt.<sup>13</sup>

## 5. Europees of internationaal recht?

De Hoge Raad stelt op haar beurt het Hof EU verschillende vragen, in de hoop duidelijkheid te verkrijgen over de betekenis van artikel 71 EEX-Vo., de verhouding tussen de EEX-Vo. en het internationale verdragsrecht van het CMR bij samenloop, en over de inhoud van artikel 31 CMR – in het geval dat het Hof bevoegd zou zijn om het verdrag op dit punt uit te leggen.

Uit de vraagstelling komt naar voren dat de Hoge Raad het van beslissende betekenis acht voor het al of niet bestaan van voorrang van het CMR, of het verdrag exclusiviteit claimt of niet.

Het Hof laat het vraagstuk van de exclusiviteit bij haar beantwoording van de prejudiciële vragen evenwel links liggen. Met betrekking tot de verhouding van de CMR-regels van artikel 31 tot het Unierecht wordt niet gerept over exclusiviteit, sterker nog, het Hof geeft zelfs duidelijk aan dat het doel van artikel 71 EEX-Vo. is de ‘regels die zijn vastgesteld met inachtneming van de kenmerken van een bijzonder onderwerp’, in casu de regels van artikel 31 CMR, te doen naleven. Volgens de bewoordingen van artikel 71 EEX-Vo. moeten dus, wanneer een geding binnen de werkingssfeer van een bijzonder verdrag zoals het CMR valt, in beginsel de regels van dat verdrag worden toegepast, en niet die van de verordening. Het Hof verwijst ter illustratie naar het *Tatry*-arrest waarin dit eerder aan de orde kwam, zij het met het oog op de jurisdictieregels.<sup>14</sup> Het Hof stelt vervolgens wel een belangrijke beperking aan de toepassing van dergelijke verdragen. Volgens vaste rechtspraak moet voor de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling – zoals artikel 71 EEX-Vo. – niet enkel rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen die de regeling waarvan zij deel uitmaakt nastreeft, aldus het Hof. Toepassing van de verdragsregels mag geen afbreuk doen aan de principes die ten grondslag liggen aan de EEX-Vo., zoals de in de considerans genoemde beginselen ten behoeve van een goede werking van de interne markt, het vrije verkeer van beslissingen en van wederzijds vertrouwen in de rechtsbedeling binnen de Unie (*favor executionis*). Artikel 71 EEX-Vo. moet daarom zo worden uitgelegd dat de litispendingieregel van artikel 31 lid 2 CMR en de regel inzake de uitvoerbaarheid in artikel 31 lid 3 CMR binnen de Unie slechts van toepassing kunnen zijn, indien zij de doelstellingen van de EEX-Vo. niet belemmeren. Kort gezegd, het CMR heeft voorrang, maar kan niet volledig toepassing vinden. Met name kan het toepassen van het CMR niet leiden tot een bevoegdheidstoets van het *Landgericht* München.

De hamvraag is hier of het Unierecht wel de autoriteit heeft om het internationaal verdragsrecht van het CMR in te perken (het Hof doet het overigens voorkomen dat zij eigenlijk alleen art. 71 EEX-Vo. uitlegt). Het CMR verdrag stamt immers uit 1956 en bestond dus al voor de oprichting van de Europese

7 K.F. Haak, ‘Jurisdictieperikelen in het internationaal wegvervoer: het einde van het sprookje van de verklaring voor recht’, *EVR* 2004, p. 137-149. Zie ook HR 18 december 2009, LJN: BI6315, *NIPR* 2010, 48, conclusie Strikwerda r.o. 12.

8 HR 5 januari 2001, *NIPR* 2001, 106, *NJ* 2001, 391 en HR 5 januari 2011, *NJ* 2001, 392.

9 Rb. Rotterdam 4 mei 2005, *S&S* 2006, 138.

10 W.H. van Boom, Annotatie bij HR 2 december 2005, C04/353HR, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2006-1, p. 130-133.

11 Hof ‘s-Gravenhage 29 mei 2008, *S&S* 2008, 101.

12 Rb. Utrecht 18 juli 2007, *S&S* 2008, 75.

13 HR 28 november 2008, *NJ* 2008, 623, *NIPR* 2009, 26.

14 HvJ 6 december 1994, *NIPR* 1995, 659, *NJ* 1995, 659.



Economische Gemeenschap en het EEX-Verdrag, de voorloper van de EEX-Vo.<sup>15</sup> Artikel 351 VWEU geeft aan dat de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten van voor die tijd niet door de bepalingen van de Unieverdragen aangetast worden.

Met betrekking tot de vraag of het Hof EU bevoegd is artikel 31 CMR uit te leggen is het Hof kort van stof. De door de Hoge Raad geopperde gedachtengang dat bepalingen van het CMR ten aanzien waarvan samenloop bestaat met de EEX-Vo. moeten worden beschouwd als bepalingen van de verordening zelf, zodat verdedigbaar is dat het Hof bevoegd is tot uitleg van de desbetreffende bepalingen krijgt geen voet aan de grond. Alleen en voor zover de Unie de voorheen door de lidstaten uitgeoefende bevoegdheden ter zake van de toepassing van een niet door de Unie gesloten internationaal verdrag heeft overgenomen en dus door de bepalingen van dit verdrag gebonden is, acht het Hof zich tot uitlegging van een dergelijk verdrag bevoegd. Aangezien dit met betrekking tot het CMR niet is gebeurd, is het Hof niet bevoegd het CMR uit te leggen en kan het dus ook geen antwoord verschaffen op de prejudiciële vragen die een dergelijke uitleg vergen. Het Hof hoefde hier trouwens ook niet veel woorden aan vuil te maken. AG Kokott toetste immers al in haar conclusie uitgebreid alle mogelijkheden die tot een dergelijke bevoegdheid zouden kunnen leiden en concludeerde dat zulk een bevoegdheid niet bestaat.

Anders dan het Hof stelt de conclusie van AG Kokott daarentegen wel dat het de taak van het Hof is om artikel 71 EEX-Vo. uit te leggen met het oog op de toepassing door de nationale rechter van die voorschriften van het CMR, die de werksfeer van de verordening raken en in die samenhang kennis te nemen van de inhoud van de voorschriften van het CMR. Kennisnemen van het CMR is het Hof dus toegestaan, aldus Kokott, maar een bindende uitleg kan het aan de lidstaten van de EU niet opleggen.

In het kader van dit kennisnemen meent de AG dat de verwijzing naar lid 1 in artikel 31 lid 3 CMR geen dwingend vereiste oplevert om de bevoegdheid van het oorspronkelijke gerecht te toetsen. Lid 1 regelt immers enkel de vraag van de relatieve bevoegdheid, en niet de niet-ontvankelijkheid van een nieuwe vordering in geval van litispendentie, welke in lid 2 is geregeld. Via een andere route komt zo ook de AG tot de slotsom dat toepassing van het CMR geen beletsel vormt het *favor executionis* beginsel te eerbiedigen dat aan de EEX-Vo. ten grondslag ligt. Alle wegen leiden blijkbaar naar Brussel.

## 6. De gevolgen

Het mag duidelijk zijn dat de verwijzing naar nationaal recht in artikel 29 CMR de rechtspraak al jaren een doorn in het oog is. Een doorn die des te meer pijn veroorzaakt doordat daarnaast ook een verschil van mening bestaat over wat met de woorden 'hetzelfde onderwerp' wordt bedoeld in het kader van de litispendentieregeling van artikel 31 CMR.

De Hoge Raad hoopte de hierdoor ontstane Duits-Nederlandse impasse op te lossen door het Hof EU om uitleg te vragen. Het CMR lijkt een dergelijke uitlegmogelijkheid ook toe te laten; volgens artikel 47 CMR kunnen vragen van uitleg voorgelegd worden aan 'het Internationale Gerechtshof'. Toch zullen de geschetste oneffenheden voorlopig niet gladgestreken worden. Het is namelijk onwaarschijnlijk dat het CMR op korte termijn wordt herzien. Al is er geen gebrek aan pleitbezorgers voor revisie.<sup>16</sup> Daarnaast zal de Duitse rechter krachtens artikel 29 CMR nog steeds het begrip 'schuld (...), welke volgens de wet van het gerecht, waar de vordering aanhangig is, met opzet gelijkgesteld wordt' anders mogen invullen dan

de Nederlandse rechter. Het Hof EU heeft immers duidelijk aangegeven niet bevoegd te zijn bindende uitleg te geven aangaande het CMR.

Zoals Haak reeds aangeeft in zijn commentaar op het arrest, kan wel worden betwijfeld of de Duitse rechter zich na dit arrest nog kan veroorloven een verzoek om een verklaring voor recht te zien als hebbende een ander onderwerp dan een schadevergoedingsvordering.<sup>17</sup> Het BGH onderbouwde dit standpunt immers voorheen met het argument dat de *Tatry*-leer niet voor het CMR zou gelden. Dit lijkt na het onderhavige arrest geen houdbaar standpunt meer te zijn. Bij samenloop van de *lis pendens* regels van de EEX-Vo. en het CMR zullen de CMR regels immers misschien wel voorrang krijgen via artikel 71 EEX-Vo., maar slechts voorzover zij niet de grondbeginselen van de EEX-Vo. doorkruisen. Gezien het feit dat de EEX-Vo. onder andere streeft naar het voorkomen van parallele uitspraken over 'hetzelfde onderwerp'<sup>18</sup> en sinds het *Tatry*-arrest duidelijk is wat volgens de EEX-Vo. dezelfde onderwerpen zijn, zal de Duitse interpretatie van artikel 31 lid 2 CMR zeer waarschijnlijk moeten wijken.<sup>19</sup> Dat zou betekenen dat bij schade het zwaartepunt van de processuele 'wedloop' weer komt te liggen bij de gang naar de rechter, d.w.z. een terugkeer naar de situatie zoals die was voordat het BGH te kennen gaf de '*negative Feststellungsklage*' en de '*positive Leistungsklage*' niet te zien als vorderingen met hetzelfde onderwerp.<sup>20</sup> Voor de adierende partij is nu weer van het grootste belang zo snel mogelijk de rechter te bereiken die de voor hem meest gunstige uitspraak zal doen. Het verkrijgen van een uitvoerbaar vonnis heeft niet langer zoveel haast. Een latere parallele vordering in een andere staat zal immers afketsen op de *lis pendens* regels van het CMR, die geïnterpreteerd worden in de geest van de EEX-Vo. En is de eerste uitspraak eenmaal onherroepelijk, dan kan in andere lidstaten executie verkregen worden.

Het kan echter wel enige tijd duren voordat het BGH haar standpunt in dezen kenbaar maakt. Het lijkt daarom verstandig voor vervoerders het niet te laten bij een rappe mars naar de Nederlandse rechter, maar toch ook zo snel mogelijk een uitvoerbare beslissing te verkrijgen. Mocht het BGH bij haar standpunt blijven en een voor de vervoerder ongunstig parallel vonnis uit Duitsland dreigen, dan ketst een verzoek tot erkenning en tenuitvoerlegging af op het feit dat deze uitspraak onverenigbaar is met een tussen dezelfde partijen in de aangezochte lidstaat gegeven beslissing ingevolge artikel 34 lid 3 EEX-Vo.

15 Op 25 maart 1957 werd in Rome het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG) getekend door België, de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg en Nederland. Het EEG-Verdrag trad op 1 januari 1958 in werking. Het EEX-Verdrag, het verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, kwam op 27 september 1968 te Brussel tussen de lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap tot stand.

16 K.F. Haak, 'Is het wenselijk/noodzakelijk de CMR te herzien?', *NTHR* 2006, p. 69-81.

17 HvJ EU 4 mei 2010, zaak C-533/08, *NIPR* 2010, 324, *NJ* 2010, 482 (*TNT Express Nederland BV/AXA Versicherung AG*).

18 Kuypers geeft zelfs aan dat het beperken van parallel lopende procedures een van de beginselen die aan de EEX-Vo. ten grondslag liggen is. Kuypers 2011, p. 19 (zie noot 6).

19 BGH 20 november 2003, I ZR 102/02 en M.A.W. van Maanen, 'De verklaring voor recht door de Nederlandse wegvervoerder, revisited', *NTHR* 2004, p. 108-111.

20 BGH 20 november 2003, I ZR 102/02 en I ZR 294/02.

Helemaal terug bij af zijn we gelukkig niet, de Nederlandse en Duitse visies omtrent met opzet gelijk te stellen schuld liggen immers sinds de introductie van de verzwaarde stelplicht niet meer zo héél ver uit elkaar als enige tijd geleden. Dit is echter geen gevolg van de uitspraken van het Hof EU.

Het arrest van het Hof mag dan de slepende Nederlands-Duitse kwestie aangaande artikel 29 CMR niet hebben opgelost, wel geeft het duidelijkheid inzake het standpunt van het Hof omtrent de verhouding tussen het internationaal verdragsrecht en het Unierecht. De beginselen van het Brusselse recht zijn, in ieder geval in de ogen van het Hof, zo goed als onaanastbaar. Daarnaast worden mogelijke vragen over de legitimiteit van het dwingen van een lidstaat tekort te schieten in het vervullen van de verplichtingen die voortvloeien uit een internationaal verdrag zoals het CMR behendig ontweken doordat het Hof zich onthoudt van het uitleggen van de regels van dit verdrag. Op deze manier blijft onzeker of het CMR en de EEX-Vo. überhaupt conflicteren.

*M.A.I.H. Hoeks*  
Universitair docent handelsrecht  
Erasmus Universiteit Rotterdam