

Verdragsrechtelijke en aspecten van de MH17

* Universitair docent bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht. Zij is als onderzoeker verbonden aan de onderzoekscentra RENFORCE (<http://renforce.rebo.uu.nl/en/>) en UCALL (<http://ucall.rebo.uu.nl/en/>). Met dank aan Liesbeth Enneking en Clark Warren en voor commentaar op eerdere versies van deze bijdrage. Onverhoopte fouten of onvolkomenheden zijn vanzelfsprekend uitsluitend de verantwoordelijkheid van de auteur.

Ingrid Koning *

1. Introductie

De MH17 crash op 17 juli 2014 had wereldwijd een grote impact. Het veroorzaakte internationale afschuw en veroordeling,¹⁾ het leidde tot vragen over internationaalrechtelijke repercussies voor Oekraïne,²⁾ over (het ontbreken van) de slagkracht van het Europese buitenlandbeleid³⁾ en de vraag of Oekraïne aansprakelijk zou kunnen worden gesteld.⁴⁾ De crash kostte 283 passagiers het leven, waaronder 193 Nederlanders.

Nog voordat het stof daadwerkelijk was neerge-daald, rezen vragen over de aansprakelijkheid van KLM en Malaysia Airlines. De Raad voor de Rechtsbijstand, Slachtofferhulp Nederland, de Orde van Advocaten en twee specialistenverenigingen ASP en LSA⁵⁾ creëerden een 'rechtshulpkordon', waarin afspraken werden gemaakt over toevoeging, de nabestaanden werden ingelicht over de eerste contouren van de aansprakelijkheid van Malaysia Airlines en de juridische *do's* en *don'ts* aan bod kwamen. Een van deze *don'ts* was het ingaan op aanbiedingen van (buitenlandse) luchtvaartadvocaten die, hoge schadevergoedingen in het vooruitzicht stelden, nabestaanden aan zich probeerden te binden. Hoe komt het dat advocaten (kennelijk) dergelijke exorbitante claims in het vooruitzicht kunnen (of durven te) stellen? Een oorzaak is waarschijnlijk dat deze claims in de eerste plaats *internationaalrechtelijk* van aard zijn, ook als het gaat om Nederlandse nabestaanden van Nederlandse passagiers. De claims worden namelijk beheerst door een internationaal verdrag, het Verdrag van Montreal 1999,⁶⁾ dat voorziet in een bedrieglijk ruime aansprakelijkheidsregeling waar tot 113.100 SDR (€ 141.000) niet eens gerept wordt over de schuldvraag. Een regeling dus, op grond waarvan men nabestaanden heel behoorlijke schadeclaims in het vooruitzicht kan stellen.

Wie het systeem echter nader beschouwt, komt tot de conclusie dat het al heel snel heel gecompliceerd wordt. Op een aantal punten bevat het verdrag leemtes, en één van deze leemtes is de vraag *wie* gerechtigd is om schadevergoeding te vorderen van de luchtvervoerder als een passagier ten gevolge van het luchtvervoer overlijdt. Ook de vraag van *welke* schade deze persoon vergoeding kan vorderen en wat de *grondslag* van deze vordering is, wordt niet door het verdrag beantwoord. Voor dat antwoord moet men te rade gaan bij het nationale recht. De vraag welk recht (aanvullend) van toepassing is op de schadevorderingen van de nabestaanden

van de passagiers is een gecompliceerde conflictenrechtelijke puzzel. Gecompliceerd, omdat twee verschillende vervoerders met verschillende nationaliteiten in beeld zijn: KLM en Malaysia Airlines,⁷⁾ en omdat niet de passagier zelf, maar de nabestaande schadevergoeding vordert. In deze bijdrage worden de internationale en de conflictenrechtelijke aspecten van de MH17 crash besproken. Centraal daarbij staan de claims van de nabestaanden van de Nederlandse slachtoffers. In paragraaf 2 bespreek ik eerst de toepasselijkheid van het Verdrag van Montreal en de ambigue positie die dit verdrag inneemt ten opzichte van de nabestaande. In paragraaf 3 bespreek ik vervolgens het gevolg van deze ambigue positie: een hybride internationaal-/nationaalrechtelijke schadevordering. In paragraaf 4 komen ten slotte de conflictenrechtelijke aspecten van deze hybride vorderingen aan bod.

2. Het Verdrag van Montreal

Internationaal vervoer wordt bijna altijd geregeld door internationale verdragen, of dit vervoer nu door de lucht, over zee, of over het spoor plaatsvindt. Luchtvervoer is geen uitzondering: het wordt beheerst door het Verdrag van Montreal 1999. Dit verdrag, dat tot stand is gekomen onder auspiciën van ICAO (de *International Civil Aviation Organization*, een gespecialiseerde organisatie van de VN), geldt sinds 2003 en heeft inmiddels wereldwijde werking: 112 landen zijn partij bij het verdrag, waaronder nagenoeg alle luchtverrende naties van betekenis.⁸⁾

Een belangrijke doelstelling van het verdrag is het creëren van een billijk evenwicht van belangen van de bij het luchtvervoer betrokken personen, en de beste manier waarop men dit bereikt is door het uniformeren van het recht, zo blijkt uit de preambule van het verdrag.⁹⁾ Die aspecten van de aansprakelijkheid waarover internationaal consensus

1. Resolutie 2166 van de VN Veiligheidsraad, zie <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=48318#.VW6vlygrUjM>
2. Zie de blog van H. Vandekerckhove en C. Rynjaert, 'International criminal and civil liability for the downing of MH17: an uphill struggle' <http://blog.ucall.nl/index.php/2015/04/international-criminal-and-civil-liability-for-the-downing-of-mh17-an-uphill-struggle/>, zie tevens A. Kaiser, 'Legal Considerations about the loss of Malaysia Airlines Flight MH17 in Eastern Ukraine', *Air and Space Law* 2015/2, p. 107-102.
3. S. Blockmans, 'Ukraine, Russia and the need for more flexibility in EU foreign policy-making', CEPS Policy brief no. 320, 25 July 2014.
4. Over aansprakelijkheid van Oekraïne jegens Malaysia Airlines, zie R. Abeyratne, 'Flight MH17: the Legal and Regulatory Fallout' *Air and Space Law* 2014/6, p. 333-335.
5. De Vereniging van Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade en de Vereniging van Letselschade Advocaten.
6. Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer, Montreal 28 mei 1999, *Trb.* 2000, 32 (bekendmaking).
7. KLM verkocht op grond van een *code share agreement* met Malaysia Airlines ook tickets voor deze vlucht onder vluchtnummer KL1403. Dergelijke overeenkomsten zijn in de luchtvaart zeer gebruikelijk.
8. Zie voor de actuele ratificatiestand: http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mt199_EN.pdf
9. Zie overweging 5 van de preambule.

conflictenrechtelijke crash



bestaat, worden zo uit de sfeer van het nationale recht gehaald en tot wereldwijde standaard gemaakt.

Het verdrag geldt rechtstreeks tussen de bij het luchtvervoer betrokken partijen en heeft, met andere woorden, directe horizontale werking. Althans, indien directe werking is toegestaan in de nationale rechtsorde van een verdragsstaat. Nederland is zo'n land. Op grond van art. 93 en 94 GW hebben internationale verdragen die naar hun aard een ieder verbindend zijn, verbindende werking nadat zij zijn bekendgemaakt en in geval van strijdige bepalingen gaat het internationale verdrag voor de nationale wet. De Nederlandse rechter dient het verdrag ambtshalve toe te passen (art. 10:2 BW).¹⁰ Het verdrag werkt semi-dwingendrechtelijk, wat betekent dat er wel van kan worden afgeweken, maar nooit ten voordele van de vervoerder (art. 26 Verdrag van Montreal). Kortom, als het verdrag van toepassing is, kunnen de betrokken partijen zich er rechtsreeks op beroepen en bij gebreke daarvan zal de rechter het ambtshalve toepassen. Dit alles is het geval wanneer het verdrag van toepassing is op grond van zijn eigen reikwijdteregels, waarover hieronder meer.

Formele reikwijdte

De kans is heel groot dat de meeste claims van nabestaanden tegen Malaysia Airlines en/of KLM beheerst worden door het Verdrag van Montreal.¹¹ Dit komt doordat het verdrag een ruim formeel toepassingsgebied heeft. Het verdrag is van toepassing op internationaal vervoer waarbij de plaats van vertrek en de plaats van bestemming beiden gelegen zijn op het grondgebied van een verdragsluitende staat, zo bepaalt artikel 1 lid 1 jo. lid 2 Verdrag van Montreal. Zoals gezegd, inmiddels heeft een flink aantal belangrijke luchtvaartlanden het verdrag geratificeerd. Maleisië en Nederland zijn beiden partij bij het verdrag.¹² Bovendien vallen *retourvluchten* vanuit een verdragstaat ook onder de toepasselijkheid van het verdrag.¹³ In de regel boeken passagiers, of zij nu recreatief of zakelijk vliegen, hun heen- en terugreis bij één en dezelfde overeenkomst. Veel Nederlandse passagiers reisden vanuit Nederland op een retourticket, wat dus leidt tot toepasselijkheid van het Verdrag van Montreal. Het is natuurlijk denkbaar dat passagiers hun heen- en terugreis los van elkaar boekten, of dat Amsterdam een tussenstop was binnen een langere vlucht waarbij de oorspronkelijke plaats van vertrek en de uiteindelijke plaats van bestem-

10. Een regel die overigens niet uitsluitend gericht is tot de rechter. Vonken wijst erop dat ook andere rechtstoepassers, bijvoorbeeld de notaris, gebonden zijn aan deze regel, zie Vonken, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 2012*, art. 10:2 BW, aant. 2 (online laatst bijgewerkt op 15 februari 2015).
11. Dit geldt vooral voor passagiers die vertrekken vanaf een Europese luchthaven. Zie voor een (zorgelijke) nuancering aangaande de wereldwijde toepassing P. Neenan, 'The Damaged Quilt: Inadequate Coverage of the Montreal Convention', *Air & Space Law 2012/1* p. 61, 62.
12. Maleisië vanaf 29 februari 2008 en Nederland vanaf 28 juni 2004, zie voor een actuele lijst van verdragsluitende staten http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf. Veel passagiers hadden de nationaliteit van een Montreal lidstaat (Australië, België, Canada, Duitsland, Maleisië, Nederland, Nieuw Zeeland en Engeland zijn verdragsluitende staten. Indonesië en de Filipijnen zijn geen Montreal lidstaat, maar wel partij bij het Verdrag van Warschau, de voorloper van het Verdrag van Montreal).
13. Het verdrag definieert dit als een vlucht waarbij zowel de plaats van vertrek als de plaats van bestemming gelegen zijn in dezelfde verdragstaat en er in een ander land (dit hoeft geen verdragstaat te zijn) een tussenlanding wordt gemaakt.

16 Ambigue positie van het Verdrag van Montreal.

ming elders lagen. Toch valt ook dergelijk vervoer niet per definitie buiten deze verdragsrechtelijke regeling. Passagiers die hun ticket boekten bij KLM vallen namelijk altijd onder de aansprakelijkheidsregels van het Verdrag van Montreal door de toepassing van Verordening (EG) 889/2002.¹⁴ Deze verordening zorgt ervoor dat vervoer verricht door 'luchtvervoerders van de Gemeenschap' altijd bestreken wordt door de aansprakelijkheidsregels van het Verdrag van Montreal, ongeacht of dit vervoer nationaal of internationaal is en of het verdrag op grond van zijn eigen reikwijdteregels van toepassing is.¹⁵ Mocht nu het luchtvervoer, ondanks de hierboven beschreven ruime toepassingsregels of ondanks de verordening, toch niet onder de regeling van het Verdrag van Montreal vallen, dan fungeert de voorloper van dit verdrag, het Verdrag van Warschau, als vangnet.¹⁶ Dit verdrag bevat – in elk geval in de door privaatrechtelijke overeenkomsten en wijzigingsprotocollen herziene versie ervan – een regeling die groten-deels overeenstemt met de aansprakelijkheidsregeling van het Verdrag van Montreal. Een voorbeeld is een enkele reis naar Indonesië (wel partij bij Warschau maar niet bij Montreal) die rechtstreeks is geboekt bij Malaysia Airlines (geen luchtvervoerder van de Gemeenschap).¹⁷

Alle luchtvervoerders tellen mee

Een van de kenmerken van internationaal luchtvervoer is dat er vaak meerdere vervoerders betrokken zijn bij het bereiken van een bestemming. Dit komt doordat geen enkele luchtvervoerder vluchten uitvoert naar elke bestemming ter wereld, maar wel graag zoveel mogelijk bestemmingen wil aanbieden. Dit bewerkstelligen zij door samenwerkingsverbanden aan te gaan met andere luchtvaartmaatschappijen, vaak binnen de allianties waar zij onderdeel van uitmaken, maar ook daarbuiten.¹⁸ Een van de manieren waarop luchtvaartmaatschappijen bestemmingen kunnen aanbieden als 'eigen vluchten' zonder dat zijzelf een lijnvlucht op die bestemming onderhouden, is door *code sharing*. Een luchtvaartmaatschappij verkoopt dan tickets op een lijnvlucht van een andere luchtvaartmaatschappij onder haar eigen vluchtnummer. Vlucht MH17 werd ook uitgevoerd onder het KLM vluchtnummer KL1403. Vaak is niet meteen duidelijk wat de rechtsverhouding is tussen de passagier

en de luchtvervoerder die de vlucht daadwerkelijk verricht. Ontstaat tussen hen op enige wijze een overeenkomst? Een en ander hangt af van de vraag wat precies is overeengekomen tussen de passagier en de luchtvaartmaatschappij waarbij geboekt werd en hoe de luchtvaartmaatschappijen onderling het contract construeerden. Beide aspecten zijn niet altijd duidelijk voor de passagier op het moment dat hij de vlucht boekte.¹⁹

Deze complicerende factor wordt op zeer praktische wijze opgelost in het Verdrag van Montreal.²⁰ Het verdrag trekt simpelweg alle andere vervoerders (de *feitelijke vervoerders*) die luchtvervoer verrichten in het kader van de vervoerovereenkomst die de passagier sloot met een vervoerder (de *contractuele vervoerder*), ook onder de toepasselijkheid van het verdrag, ongeacht de onderliggende contractuele constructies waarop de samenwerking tussen de luchtvaartmaatschappijen gebaseerd is.²¹ Zolang de plaats van vertrek en bestemming in het *hoofdcontract* leiden tot de toepasselijkheid van het Verdrag van Montreal, wordt ook al het luchtvervoer verricht door andere vervoerders in het kader van de overeenkomst onder de werkingssfeer van het verdrag getrokken. De contractuele vervoerder en de feitelijke vervoerder zijn hoofdelijk verbonden jegens de passagier,²² die kan kiezen of hij de claim instelt tegen een van hen of tegen beiden (art. 45 Verdrag van Montreal).

Tellen de nabestaanden ook mee?

Het is bijzonder (en treurig) dat de verdragsopstellers in staat zijn geweest om tot een uniforme regeling te komen voor deze juridisch complexe vragen, terwijl voor een ander voor de hand liggend probleem – de vraag *wie* in geval van overlijden van de passagier een vordering kan instellen tegen de hierboven genoemde vervoerder(s) – geen uniforme oplossing is gevonden.

De vraag of nabestaanden schadevergoeding kunnen vorderen op grond van het Verdrag van Montreal, en zo ja, ter zake van welke schade, is een vraag van de *materiële reikwijdte*. Het verdrag neemt ten aanzien van beide vragen een nogal ambigue positie in. Het Verdrag van Montreal bepaalt in artikel 17 dat de vervoerder aansprakelijk is voor schade die wordt geleden in geval van dood of lichamelijk letsel van de passagier die ontstaat – kort gezegd – tijdens het vervoer door de lucht of

14. Verordening (EG) 889/2002 betreffende de aansprakelijkheid van luchtvervoerders bij ongevallen *PbEU* 2002, L140/2.

15. Zie artikel 3 Verordening 889/2002. Wat een luchtvervoerder van de Gemeenschap is, moet volgens art. 2 sub b Verordening (EG) 889/2002 afgeleid worden uit Verordening (EEG) Nr. 2407/92. Deze verordening is inmiddels herzien door Verordening (EG) 1008/2008. Op grond van art. 2 lid 11 jo. 4 van deze verordening is een luchtvervoerder van de Gemeenschap een vervoerder die zijn hoofdzetel heeft in een lidstaat van de Europese Unie. KLM, dat haar hoofdzetel heeft in Amstelveen, valt onder deze definitie. Malaysia Airlines, dat gevestigd is in Subang, Selangor, Maleisië, is uiteraard geen luchtvervoerder van de Gemeenschap.

16. Het Verdrag van Warschau van 1929 had in zijn hoogtijdagen nagenoeg wereldwijde werking. 152 landen waren partij bij (een versie van) het verdrag, dat tussen 1929 en 1975 diverse malen is herzien door wijzigingsprotocollen en een aanvullend verdrag. Het verdrag en de herzieningsinstrumenten worden tezamen aangeduid als het Warschau-systeem. Zie hierover uitgebreider I. Koning, *Aansprakelijkheid in het luchtvervoer. Goederenvervoer onder de verdra-*

gen van Warschau en Montreal, (diss. Rotterdam), Zutphen: Paris 2007, p. 384.

17. Zie voor een uitgebreide vergelijking tussen het Warschau systeem en het Verdrag van Montreal bij luchtvaartongevallen I. Koning, 'Turkish Airlines de primeur? Een beschouwing van de aansprakelijkheid van de luchtvervoerder naar aanleiding van de Turkish Airlines crash', *TVR* 2009/2, p. 33-39.

18. KLM en Malaysia Airlines behoren bijvoorbeeld tot verschillende allianties: Star Alliance en Oneworld.

19. Tal van opties zijn mogelijk. Vaak zijn in de algemene voorwaarden bepalingen te vinden over de rol die de luchtvaartmaatschappij inneemt in de relatie tussen de passagier en andere bij het vervoer betrokken luchtvaartmaatschappijen (zie art. 1 en 2.2 van de *General Conditions of Carriage* van KLM, waarin KLM zichzelf in ieder geval aanduidt als contractueel vervoerder in geval van *code sharing* en *charter* overeenkomsten). Zie art. 17 waarin de opvolgend vervoerder onder het contract wordt gebracht, en art. 16 dat ziet op de rol van KLM indien overeenkomsten worden gesloten met andere dienstverleners dan luchtvervoerders. Soortgelijke bepalingen zijn te vinden in de algemene voorwaarden van Malaysia Airlines.

20. Overigens werd het probleem al in de jaren zestig van de vorige eeuw onderkend en opgelost door middel van het zogenaamde Aanvullend Verdrag van Guadalajara 1961, oftewel het Verdrag ter Aanvulling van het Verdrag van Warschau tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer verricht door een ander dan de contractuele vervoerder, *Trb* 1963, 67. Het Aanvullend Verdrag van Guadalajara is integraal overgenomen in het Verdrag van Montreal. Zowel Nederland als Maleisië zijn partij bij het Aanvullend Verdrag van Guadalajara, waardoor ook als het Verdrag van Montreal niet van toepassing is, Malaysia Airlines toch als ondervoerder aangesproken kan worden onder de vervoerovereenkomst die KLM sloot met de passagier.

21. Zowel bij het opvolgend vervoer (art. 1 lid 3 Verdrag van Montreal) als bij het ondervoer (artikel 1 lid 4 jo. 40 Verdrag van Montreal).

22. Art. 40 Verdrag van Montreal bepaalt dat beide vervoerders aansprakelijk zijn jegens de passagier. De contractuele vervoerder is aansprakelijk voor het gehele overeengekomen vervoer, de feitelijke vervoerder voor het door hem verrichte deel.

in verband met het in- en uitstappen.²³⁾ Hiermee komt logischerwijs ook de vordering van de nabestaande in beeld, anders zou immers de aansprakelijkheid veroorzaakt door de dood van de passagier zinledig zijn. De verdragsopstellers hebben al vanaf het begin van het luchtvaartrecht geworsteld met de vraag hoe de rechtsbetrekking tussen de nabestaande en de luchtvervoerder moest worden gezien (is de nabestaande een derde ten opzichte van het contract tussen de passagier en de vervoerder?) en wat dit betekende voor de grondslag van diens schadevordering en de vraag van welke schade vergoeding gevorderd kon worden (alleen de schade van de overleden passagier of ook eigen schade van de benadeelde?).

Een oplossing is eigenlijk nooit gevonden; wel een lapmiddel. Art. 29 bepaalt enerzijds dat alle vorderingen verband houdend met vervoer van passagiers en hun bagage *uitsluitend* kunnen worden ingesteld onder de voorwaarden en binnen de aansprakelijkheids grenzen van het verdrag, maar dat anderzijds daarmee niets gezegd is over de vraag wie een vordering kan instellen en waarop deze personen recht hebben.²⁴⁾ Die laatste twee vragen dienen, bij gebreke van een verdragsrechtelijke regeling, te worden opgelost aan de hand van het nationaal recht.²⁵⁾ De vordering van de nabestaande is dus een *nationaalrechtelijke* vordering in een *verdragsrechtelijke* jas. De bekendste uitspraak op dit punt is die van het Amerikaanse *Supreme Court* uit 1996 (*Zicherman v Korean Airlines*)²⁶⁾ naar aanleiding van de KE007 crash in 1983, toen een vliegtuig van Korean Airlines van New York naar Seoul boven de Japanse Zee werd neergeschoten door Sovjet gevechtsvliegtuigen. Het *Supreme Court* verwoordde in dit arrest dat nationaal recht de grondslag van de vordering van de nabestaande invulde, maar dat de grenzen en de voorwaarden van de aansprakelijkheid werden bepaald door het verdrag.²⁷⁾ *Zicherman* is ook leidend ten aanzien van de andere leemte die ik hiervoor al aanstipte: de onduidelijkheid ten aanzien van de vraag *welke* schade als gevolg van het overlijden van de passagier kon worden gevorderd. Het Verdrag van Warschau bevatte namelijk geen bepaling waarin de te vorderen schadevergoeding op enige wijze werd omschreven. Volgens het *Supreme Court* betekende 'schade' in de zin van artikel 17 van het Verdrag van Warschau in de context van het overlijden van

de passagier '*legally cognizable harm*' oftewel, juridisch vast te stellen schade. De vraag welke schade '*legally cognizable*' was, moest bij gebreke van een verdragsrechtelijke regel worden beantwoord aan de hand van het nationale recht dat op grond van de regels van het internationaal privaatrecht van het forum toepasselijk was.²⁸⁾ Overigens zegt het Verdrag van Montreal, anders dan zijn voorganger, wel iets over het begrip 'schade'. Art. 29 verbiedt schadevergoeding bij wijze van straf of voorbeeld (*punitive en exemplary damages*) en bepaalt dat schadevergoeding uit geen andere hoofde plaatsvindt dan tot herstel van geleden schade. Ook op een andere plek zegt het verdrag iets over de aard van de schadevergoeding. In de preambule erkennen de verdragsluitende staten het 'belang van het waarborgen van bescherming van de belangen van consumenten in het internationale luchtvervoer en de noodzaak van billijke schadevergoeding gegrond op het beginsel van restitutie'. Uit art. 29 en de preambule leiden Mendes de Leon en Eyskens af dat het verdrag in ieder geval geen beletsel vormt voor vergoeding van schade wegens psychisch letsel.²⁹⁾ Hoewel vorderingen van nabestaanden van de MH17 crash dus in zijn algemeenheid onder de toepasselijkheid van het Verdrag van Montreal vallen, determineert nationaal recht welke nabestaanden een vorderingsrecht hebben en van welke soorten schade zij vergoeding kunnen vorderen. Deze nationaalrechtelijke vordering is ingebed in de verdragsrechtelijke regeling en dient de grenzen en de voorwaarden daarvan te respecteren. Ten aanzien van het begrip schade zijn die grenzen echter zeer ruim.³⁰⁾ Als er beperkingen zijn, zullen die dus uit het nationale recht moeten komen.

3. De nationale grondslag en de verdragsrechtelijke jas

Zoals hiervoor in de inleiding aan de orde kwam, is de verdragsrechtelijke regeling op zichzelf voor de nabestaande geen nadelige regeling. In deze paragraaf zullen eerst de voor de passagiersvorderingen relevante bepalingen uit het Verdrag van Montreal aan de orde komen. Daarna worden kort de grondslagen van aansprakelijkheid naar Nederlands recht besproken.

23. Zie artikel 17 lid 1: 'De vervoerder is aansprakelijk voor schade die wordt geleden in geval van dood of lichamelijk letsel van een passagier, op grond van het enkele feit dat het ongeval dat de dood of het letsel heeft veroorzaakt, plaats heeft gehad aan boord van het luchtvaartuig of tijdens enige handeling verband houdende met het aan boord gaan of het verlaten van het luchtvaartuig.'
24. Art. 29 Verdrag van Montreal: 'Bij het vervoer van passagiers, bagage en goederen kan elke vordering tot schadevergoeding, op welke grond dan ook, hetzij uit hoofde van dit Verdrag hetzij op grond van een overeenkomst, een onrechtmatige daad of anderszins, slechts worden ingesteld onder de voorwaarden en binnen de aansprakelijkheids grenzen bedoeld in dit Verdrag, zonder dat hiermee iets bepaald is omtrent de personen die een vordering kunnen instellen en omtrent hun onderscheiden rechten. Bij een dergelijke vordering kan men geen schadevergoeding verkrijgen bij wijze van straf of voorbeeld noch uit anderen hoofde dan tot herstel van geleden schade.'
25. Onder het Verdrag van Warschau kan dezelfde regel afge-

- leid worden uit art. 17 jo. art. 24 lid 1 en 2 Verdrag van Warschau; dat blijkt ook uit de woorden van de rapporteur van de diplomatieke conferentie die in 1929 tot de totstandkoming van het Verdrag van Warschau leidde, Henri de Vos: '*The question was asked of knowing if one could determine who the persons upon whom the action devolves in the case of death are, and what are the damages subject to reparation. It was not possible to find a satisfactory solution to this double problem, and CITEIA esteemed that this question of private international law should be regulated independently from the present convention*', zie R.C. Horner & D. Legrez, *Second International Conference on Private International Aeronautical Law Minutes, Warsaw 1929*, South Hackensack: Fred B. Rothman 1975, p. 255. Zie ook D. Goedhuis, *Handboek voor het luchtrecht*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1943, p. 262, waar de oorspronkelijke Franse passage geciteerd wordt.
26. 516 U.S. 217, 116 S.Ct. 629.
27. Althans in verband met art. 17 en 24 lid 2 van het Verdrag van Warschau. Deze bepalingen werden inhoudelijk onge-

- wijzigd overgenomen in art. 29 Verdrag van Montreal. 28. *Supra* p. 637.

29. Immers, psychisch letsel wordt niet specifiek uitgesloten in art. 29 van het Verdrag van Montreal en vergoeding daarvan is niet in strijd met het beginsel van restitutie. Auteurs betogen dit in verband met de aansprakelijkheid voor letsel-schade, maar in mijn ogen dient het evenzeer te gelden voor schade tengevolge van het overlijden van de passagier. Zie P. Mendes de Leon en W. Eyskens, 'The Montreal Convention. Analysis of some aspects of the attempted modernization and consolidation of the Warsaw system', 66 *JACL* 1155, p. 1167, 1168.
30. In een andere context heeft het HvJEU overigens ook een zeer ruime (en verdragsautonome) uitleg gegeven aan het begrip 'schade' in het Verdrag van Montreal. Volgens het HvJEU omvat het zowel materiële als immateriële schade. Zie over dit arrest: I. Koning, 'HvJEG 6 mei 2010 (Walz/Clickair)', *TVR* 2010/5, p. 234-239.

“ • • • • •
Vordering van de nabestaande is een nationaalrechtelijke in een verdragsrechtelijke jas.
 • • • • • ”



Aansprakelijkheid is verdeeld over twee treden.



De luchtvervoerder is op grond van art. 17 lid 1 van het Verdrag van Montreal aansprakelijk 'voor schade die wordt geleden in geval van dood of lichamelijk letsel van een passagier op grond van het enkele feit dat het ongeval dat de dood veroorzaakte, heeft plaatsgehad aan boord van het luchtvaartuig'. Aan de vereisten van deze bepaling is bij de MH17 crash zonder meer voldaan.³¹⁾ Art. 21 van het Verdrag van Montreal introduceert een heel bijzondere regel. De aansprakelijkheid van de vervoerder voor schade wegens overlijden en letsel is ongelimiteerd³²⁾ en getrapd. Dat laatste houdt in dat de aansprakelijkheid verdeeld is over twee treden. Tot 113.100 SDR (circa € 141.000)³³⁾ is de aansprakelijkheid van de vervoerder een risicoaansprakelijkheid (art. 21 lid 1 Verdrag van Montreal). Tot dat bedrag kan de luchtvaartmaatschappij zich niet op enige aansprakelijkheidsontheffende omstandigheid beroepen.³⁴⁾ Pas voor het deel van de schadevordering dat 113.100 SDR overstijgt, speelt de schuldvraag een rol. Art. 21 lid 2 formuleert twee ontheffingsgronden. De vervoerder kan ofwel bewijzen dat de schade niet te wijten was aan de schuld of nalatigheid van hem of van zijn hulppersonen of ondergeschikten, of dat de schade *uitsluitend* te wijten was aan de schuld of de nalatigheid van een derde. In de MH17 crash rijst in deze context de vraag of het Malaysia Airlines kan worden aangerekend dat zij over Oost-Oekraïne vloog op het moment dat daar een burgeroorlog gaande was. Hier komt het eropaan wat de luchtvaartmaatschappij wist of *had moeten weten* over bijvoorbeeld het feit dat andere luchtvaartuigen waren neergeschoten boven het gebied. Voor Malaysia Airlines spreekt dat ook veel andere luchtvaartmaatschappijen tot 17 juli 2014 gebruik maakten van de vliegroute over Oost-Oekraïne en dat noch Eurocontrol, noch de Nederlandse of de Maleisische overheid had gewaarschuwd dat de route onveilig was. Aan de andere kant waren er ook luchtvaartmaatschappijen die kennelijk wel op de hoogte waren van het feit dat de route over Oost-Oekraïne onveilig was en (soms al maandenlang) omvlogen.³⁵⁾ Wat er ook zij van deze discussie, het is Malaysia Airlines dat bij de aansprakelijkheidsvraag op achterstand staat: de bewijslast (en daarmee het bewijsrisico) van het ontbreken van schuld rust op de luchtvervoerder. Omdat de aansprakelijkheidsregel van art. 21 van het Verdrag van Montreal nieuw is, is er weinig tot geen houvast

om in te schatten hoe een en ander uitpakt in een gerechtelijke procedure, mocht die er ooit komen.³⁶⁾

De luchtvaartmaatschappij is ook aansprakelijk voor de beschadiging of het verlies van bagage (art. 17 lid 2 van het Verdrag van Montreal). Voor bagage die is ingecheckt rust op de vervoerder een risicoaansprakelijkheid.³⁷⁾ De vervoerder is ook aansprakelijk voor verlies of beschadiging van de handbagage en de persoonlijke bezittingen die de passagier bij zich droeg in de cabine, maar alleen als deze werd veroorzaakt door schuld van de vervoerder of die van zijn hulppersonen en ondergeschikten. De bewijslast hiervan rust op de nabestaande. De aansprakelijkheid is gelimiteerd tot 1.131 SDR (€ 1.400)³⁸⁾ per passagier.

Het verdrag bevat verder nog tal van interessante bepalingen. Ik beperk mij hier tot het noemen van een aantal: art. 3 waarin is bepaald welke gegevens op het ticket moeten staan, art. 35 dat bepaalt dat een vordering moet worden ingesteld binnen 2 jaar na de datum waarop de vlucht op de plaats van bestemming had moeten aankomen (op straffe van verval van rechtsvordering)³⁹⁾ en art. 28 dat bepaalt dat in geval van letsel of overlijden de vervoerder, *indien hij daartoe gehouden is door zijn nationale wet*, onverwijld voorschotten moet betalen aan hen die daar recht op hebben. Europese luchtvaartmaatschappijen zijn op grond van de hierboven genoemde Verordening (EG) 889/2002 verplicht een voorschot van tenminste 16.000 SDR (€ 20.000) te betalen om de onmiddellijke economische 'noden te lenigen', art. 5 Verordening 889/2002. Malaysia Airlines heeft aan de nabestaanden een voorschot aangeboden van € 38.000 (\$ 50.000), maar het is niet duidelijk of zij op grond van Maleisisch recht daartoe verplicht is.⁴⁰⁾

De grondslag van schadevordering van de nabestaande naar nationaal recht

De aard en de grondslag van de mogelijke schadevorderingen van de Nederlandse nabestaanden is recentelijk nog in een andere bijdrage besproken.⁴¹⁾ Ik zal mij in deze bijdrage daarom beperken tot het aanstippen van mogelijke grondslagen.⁴²⁾ De schadevordering van de nabestaande kan grofweg worden ingedeeld in twee soorten: ten eerste de schadevordering die de nabestaande instelt als *erfgenaam* van de overleden passagier en ten tweede de

31. De crash valt zeker aan te merken als een 'ongeval' in de zin van art. 17 van het Verdrag van Montreal. Een 'ongeval' is een onvoorziene en onverwachte gebeurtenis, zie *Shawcross & Beaumont, Air Law* (Losbl) VII-[681]-[682], zie tevens I. Koning, 'Letelschade en luchtreizen', in: J.M. Beer (red), *Verkenningen binnen het letelschaderecht*, Den Haag: SDU 2012, p. 72-74. De passagiers bevonden zich ten tijde van het ongeval aan boord van het luchtvaartuig en allen kwamen om (al hebben de nabestaanden wel een verklaring van overlijden in de zin van art. 1:426 BW nodig. Zie voor een voorbeeld van een dergelijke verklaring inzake de MH17 crash Rechtbank Den Haag 25 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13375).

32. Binnen het (internationale) vervoerrecht is het Verdrag van Montreal de enige regeling die de aansprakelijkheid van de vervoerder niet in hoogte limiteert.

33. De SDR, of *Special Drawing Right*, is een rekeneenheid van het IMF. De waarde ervan fluctueert momenteel behoorlijk. Op 3 juni 2015 was de wisselkoers ten opzichte van de Euro 1.254980, hetgeen na omrekening neerkomt op een bedrag

van € 141.938. Zie voor de wisselkoers http://www.imf.org/external/np/fin/data/param_rms_mth.aspx.

34. Met uitzondering van eigen schuld of nalatigheid van de passagier of de schadevergoedingsgerechtigde, zo blijkt uit het slot van art. 20 van het Verdrag Montreal.

35. Zie <http://www.theguardian.com/world/2014/jul/18/airlines-avoid-ukraine-air-space-mh17>

36. In een eerdere bijdrage heb ik getracht aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van het Verdrag van Montreal tot een mogelijke invulling van de zorgvuldigheidsmaatstaf te komen. Zie I. Koning, 'Letelschade en luchtreizen', in: J.M. Beer (red), *Verkenningen binnen het letelschaderecht*, Den Haag: SDU 2012, p. 64-66.

37. Het enige verweer dat de vervoerder kan voeren is dat de schade is veroorzaakt door de aard of een eigen gebrek van de bagage.

38. Zie art. 22 lid 2. Deze limiet geldt niet als de nabestaande bewijst dat de schade het gevolg is van een opzettelijke handeling of in geval van bewuste roekeloosheid, aldus art. 22 lid 5. Van opzettelijk of bewust roekeloos handelen aan

de zijde van Malaysia Airlines is, gezien de strenge maatstaf die ten aanzien hiervan wordt aangelegd in de rechtspraak, vrijwel zeker geen sprake.

39. Deze termijn kan niet worden gestuit.

40. Malaysia Airlines geeft in art. 16.5 van haar General Conditions aan tot het uitbetalen van voorschotten over te gaan in geval van letsel of overlijden.

41. Zie uitgebreid over de samenloop tussen verschillende soorten aanspraken van de nabestaande J.W.A. Biemans, e.a., 'Samenloop tussen afwikkeling van de nalatenschap en uitkering aan nabestaanden: MH17 en de rol van de notaris daarbij', *WPNR* 2015/7047, p. 73-82.

42. De omvang van deze bijdrage laat niet een uitputtend onderzoek toe van de mogelijke schadevergoedingsvorderingen in andere rechtstelsels die mogelijk als toepasselijk recht in beeld zouden kunnen komen. Wel wordt, voor zover mogelijk, verwezen naar relevante (buitenlandse) literatuur.

eigen schade die de nabestaande lijdt als gevolg van het overlijden van de passagier.⁴³⁾ Onder de eerste categorie valt de schade die de passagier zelf op grond van de vervoerovereenkomst met de luchtvaartmaatschappij had kunnen vorderen ware hij niet overleden: de hierboven beschreven schadevorderingen onder art. 17 van het Verdrag van Montreal. De vordering wegens verlies van bagage en persoonlijke bezittingen (art. 17 lid 2) valt hier zonder twijfel onder,⁴⁴⁾ maar naar Nederlands recht vereeft een immateriële schadevergoedingsvordering van de overleden passagier niet zonder meer, waardoor een dergelijke vordering niet ingesteld kan worden door de erfgenaam.⁴⁵⁾ Onder de tweede categorie valt de schade die de nabestaande zelf lijdt als gevolg van het overlijden van de passagier. Voor deze schadevorderingen biedt art. 6:108 BW een exclusieve grondslag. Uitsluitend de in deze bepaling opgesomde vorderingsgerechtigde personen kunnen aanspraak maken op de in deze bepaling genoemde schadeposten (gederfd levensonderhoud en kosten van lijkbezorging).⁴⁶⁾ Het stelsel van art. 6:108 BW voorziet niet in de mogelijkheid voor de nabestaande vergoeding te vorderen van eigen immateriële schade, bijvoorbeeld voor pijn en verdriet veroorzaakt door het verlies van een naaste (affectieschade).⁴⁷⁾ Het schadevergoedingsrecht op grond van art. 6:108 BW is een afgeleid recht: afgeleid van de aansprakelijkheid van de luchtvaartmaatschappij jegens de passagier op grond van art. 17 lid 1 van het Verdrag van Montreal. Het stelsel van getrapte aansprakelijkheid moet er dus ook op worden toegepast. Dat betekent dat in de eerste trede van de 6:108 BW claim (tot € 141.000), Malaysia Airlines sowieso aansprakelijk is. Overigens is dit geheel in overeenstemming met de wijze waarop het Verdrag van Montreal de schadevordering van de nabestaanden jegens de luchtvaartmaatschappij ziet, zoals hiervoor in paragraaf 2 aan de orde kwam.

Het ligt voor de hand dat de Nederlandse nabestaanden (en hun rechtshulpverleners) in de eerste plaats geneigd zullen zijn aansluiting te zoeken bij het Nederlandse schadevergoedingsrecht en deze vorderingen (indien nodig) bij voorkeur in rechte afdwingen voor een Nederlandse rechter. Het Nederlandse systeem voorziet in voldoende mogelijkheden om schadevergoeding te verkrijgen voor de schade die nabestaanden in hun vermogen lij-

den (en zullen lijden) als gevolg van de crash. Een aantal belangrijke kanttekeningen zijn echter op zijn plaats.

Allereerst dienen de nabestaanden van passagiers die rechtstreeks bij Malaysia Airlines boekten te bedenken dat zij KLM niet in een procedure kunnen betrekken. Zoals hieronder uiteengezet zal worden, is Malaysia Airlines dan de enige partij die zij op grond van het hierboven beschreven systeem aansprakelijk kunnen stellen. Malaysia Airlines heeft echter slechts een nevenvestiging in Nederland, de hoofdzetel bevindt zich in Maleisië. Dit betekent dat, bij gebrek aan vermogensbestanddelen in Nederland, een veroordelend vonnis in Maleisië ten uitvoer moet worden gelegd. Het is nog maar de vraag of een Maleisische rechter een veroordelend vonnis zal erkennen dat door een Nederlandse rechter op grond van Nederlands recht is gewezen. Deze vraag zal de Maleisische rechter beoordelen aan de hand van Maleisisch IPR. Voor de nabestaanden van de passagiers die hun ticket bij KLM boekten is dit probleem minder prangend omdat het Verdrag van Montreal, zoals hierboven uiteengezet, hun de optie biedt om ook de contractuele vervoerder aan te spreken voor de schade die is veroorzaakt door de feitelijke vervoerder.

Ten tweede creëert het Nederlandse recht dan wel de mogelijkheid tot schadevergoeding ten aanzien van een tweetal belangrijke schadeposten (gederfde inkomsten en kosten van lijkbezorging), maar het stelsel voorziet niet in de mogelijkheid voor de nabestaanden om vorderingen ter zake van immateriële schade in te stellen. Wellicht kan het lonen om uit te zoeken of het Verdrag van Montreal (dan wel het internationaal privaatrecht) toegang biedt tot rechters (of nationaalrechtelijke regelingen) die ruimhartiger zijn dan Nederlandse rechters of art. 6:108 BW.⁴⁸⁾ Ryngaert en Vandekerckhove gaan nog verder: zij werpen de vraag op of een Nederlandse rechter, mocht het ooit tot een procedure komen, met het oog op het voorkomen van ongelijkheid tussen passagiers, niet *andere* ruimhartigere nationale regelingen zou moeten toepassen in plaats van de Nederlandse.⁴⁹⁾ Zoals ik hiervoor in de inleiding aanstipte, is de vaststelling van het toepasselijke recht op de vordering van de nabestaande jegens de luchtvaartmaatschappij een uitermate gecompliceerde conflictenrechtelijke puzzel.

43. J.W.A. Biemans e.a., 'Samenloop tussen afwikkeling van de nalatenschap en uitkering aan nabestaanden: MH17 en de rol van de notaris daarbij', *WPNR* 2015/7047, p. 73-77. Dit onderscheid wordt ook in de luchtrechtelijke literatuur gemaakt, zie P.P.C. Haanappel, 'The Right to sue in death cases under the Warsaw Convention', *Air law* 1982/2, p. 66-78; D.B. Garrow en D.S. Hansen, 'Damages for personal injury and wrongful death cases in Canada', 69 *JALC* (2004), p. 233 e.v.

44. Zie J.W.A. Biemans e.a., 'Samenloop tussen afwikkeling van de nalatenschap en uitkering aan nabestaanden: MH17 en de rol van de notaris daarbij', *WPNR* 2015/7047, p. 74.

45. *Supra* p. 77, met verwijzing naar art. 6:106 lid 2 BW.

46. *Supra* p. 75, 76. Zie uitgebreid omtrent de aard en de omvang van de schadevordering op grond van 6:108 BW Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/159-167 (online laatst bijgewerkt op 3 september 2012). Zie tevens S. D. Lindenberg, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998 p. 181 e.v. en R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenscha-*

dezaken, (diss. Utrecht) Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 439, waar de grondslag van de vordering onder 6:108 BW wordt behandeld in HS.

47. *Supra* p. 76, waar overigens ook de mogelijkheden van een vordering wegens shockschade worden afgetast.

48. Gezien de omvang van deze bijdrage is het helaas niet mogelijk een uiteenzetting te geven van de mogelijke schadevergoedingsvorderingen die in deze context kunnen rijzen onder de andere rechtsstelsels die in het kader van de MH17 crash in beeld komen. Een scan van de (luchtrechtelijke) literatuur op dit punt laat wel zien dat de mogelijkheden in met name *Commonwealth* Montreal lidstaten ruimer lijken te zijn. In het Verenigd Koninkrijk kan bijvoorbeeld op grond van The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 de immateriële schade gevorderd worden die de passagier voor het overlijden leed (*pain and suffering*, maar niet *fear of death felt by a victim of a fatal injury*). Ook immateriële schade komt (naast vergoeding van gederfd inkomen) voor vergoeding in aanmerking (*dama-*

ges for bereavement), zie Shawcross & Beaumont, *Air Law*, VII-[732]-[733]. Zie voor een (ietwat verouderd maar nog steeds zeer verhelderend) overzicht van mogelijke schadevergoedingsclaims onder een groot aantal Warschaulidstaten, P.P.C. Haanappel, 'The Right to sue in death cases under the Warsaw Convention', *Air law* 1982/2, p. 66-78. Ook naar Canadees (*common law*) recht zijn de mogelijkheden ruimer en komt eigen immateriële schade alsook immateriële schade die de overledene leed, voor vergoeding in aanmerking, zie D.B. Garrow en D.S. Hansen, 'Damages for personal injury and wrongful death cases in Canada', 69 *JALC* (2004), p. 233 e.v.

49. Zie de blog van H. Vandekerckhove en C. Ryngaert, 'International criminal and civil liability for the downing of MH17: an uphill struggle', <http://blog.ucall.nl/index.php/2015/04/international-criminal-and-civil-liability-for-the-downing-of-mh17-an-uphill-struggle/#more-466>

“
**Nederlandse recht
 biedt geen mogelijk-
 heid voor nabe-
 staanden om
 immateriële schade
 te vorderen.**
”

4. Internationaalrechtelijke en internationaal privaatrechtelijke voetangels en klemmen

De vraag welk recht van toepassing is op een rechtsverhouding die internationale aanknopingspunten heeft, wordt beantwoord aan de hand van het internationaal privaatrecht van de geadieerde rechter. De relevante voorvraag die gesteld moet worden, is dus welke rechter bevoegd is om van de vordering kennis te nemen. Beide vragen (de vraag welke rechter bevoegd is, als ook de vraag welk recht van toepassing is) laten zich niet eenvoudig beantwoorden. Van belang voor het antwoord is tegen welke vervoerder de vordering wordt ingesteld (KLM of Malaysia Airlines) en hoe men de vordering van de nabestaande jegens de vervoerder ziet (contractueel of buitencontractueel). Het onderscheid is minder relevant als de geadieerde rechter een 'Montreal rechter' is; althans, indien de geadieerde rechter van oordeel is dat hij dit is (met andere woorden: dat het verdrag van toepassing is op de schadevordering van de nabestaande jegens de luchtvaartmaatschappij). Als dat het geval is, zal deze rechter namelijk ook de uniforme jurisdictieregeling van het verdrag toepassen.

De jurisdictieregels van het Verdrag van Montreal Zoals hierboven reeds uiteen werd gezet, dient de Nederlandse rechter eerst na te gaan of hij op grond van het Verdrag van Montreal bevoegd is om van een vordering van de nabestaande kennis te nemen. Immers, op grond van art. 93 en 94 GW genieten internationale verdragen (en dus ook de daarin vervatte jurisdictiebepalingen) voorrang boven nationaal recht (art. 1 Rv jo 94 GW).⁵⁰ Zoals hiervoor in paragraaf 2 is uiteengezet, wordt over het algemeen aangenomen dat de schadevordering van een nabestaande wegens het overlijden van een passagier onder de materiële reikwijdte van het verdrag valt. Uitsluitend de grondslag van de vordering en de vraag of de nabestaande gerechtigd is om schadevergoeding te vorderen dienen te worden ingevuld aan de hand van nationaal recht. Voor het overige geldt de 'verdragsrechtelijke jas', die ook jurisdictiebepalingen bevat (artikel 33 en 46 van het Verdrag van Montreal). In deze verdragsrechtelijke jurisdictiebepalingen wordt de keuze geboden uit maar liefst vijf verschillende fora. Voor Nederlandse nabestaanden zal de regeling in nagenoeg alle gevallen toegang bieden tot de Nederlandse rechter, ongeacht of het ticket rechtstreeks bij Malaysia Airlines of via KLM geboekt is.

Artikel 33 van het Verdrag van Montreal wijst vier mogelijke fora aan. De vordering moet (ter keuze

van de eiser) ingesteld worden in een verdragstaat voor de rechter van hetzij:

- a. De hoofdzetel of de statutaire zetel van de vervoerder (art. 33 lid 1).
- b. De plaats waar de vervoerder een vestiging heeft, door de zorg waarvan de overeenkomst tot stand is gekomen (art. 33 lid 1).
- c. De plaats van bestemming (art. 33 lid 1).
- d. De plaats waar de passagier op het tijdstip van het ongeval zijn duurzaam hoofdverblijf heeft en waarheen of waarvan de vervoerder vervoersdiensten onderhoudt.

De optie onder d. geldt uitsluitend voor schade als gevolg van dood of lichamelijk letsel en dus niet voor het verlies van de bagage of persoonlijke bezittingen van de passagier op grond van art. 17 lid 2 van het Verdrag van Montreal. Het is een nieuw forum dat in 1999 werd geïntroduceerd, juist om te voorkomen dat passagiers of hun nabestaanden in gevallen als de MH17 crash overgeleverd zouden zijn aan een vreemde rechter in een ver land.⁵¹

Zoals hiervoor in paragraaf 2 aan de orde kwam, ziet het verdrag echter niet alleen op de verhouding tussen de passagier en de *contractuele* vervoerder, maar ook op de vordering tegen de *feitelijke* vervoerder. Dit is de basis voor het vijfde forum:

- e. De hoofdzetel/statutaire zetel van de *feitelijke* vervoerder (art. 46).

Ten aanzien van de nabestaanden van passagiers die het ticket via KLM kochten, geldt dat zij eigenlijk in alle gevallen toegang hebben tot de Nederlandse rechter. Ten eerste via de hoofdregel van de woonplaats van de gedaagde, aangezien de statutaire zetel van KLM zich in Nederland (Amstelveen) bevindt. Maar ook zal het forum van de plaats van bestemming voor veel Nederlandse passagiers Nederland zijn (als zij vanuit Nederland op een retourticket vlogen),⁵² en in de meeste gevallen zal ook art. 33 lid 2 (de gewone verblijfplaats van de Nederlandse passagier) leiden tot bevoegdheid van de Nederlandse rechter.

De nabestaanden van de passagiers die via KLM boekten kunnen op grond van art. 45 van het Verdrag van Montreal hun schadevergoeding verhalen op KLM voor de Nederlandse rechter,⁵³ ook al had KLM feitelijk niets van doen met het vervoer. Zij kunnen ook, op grond van art. 45 jo. 46, Malaysia Airlines dagvaarden voor de Nederlandse rechter, simpelweg omdat de contractuele vervoerder KLM haar hoofdvestiging hier heeft. Overigens staat het hen ook vrij om beide vervoerders voor de Maleisische rechter te dagen. Omdat Maleisië eveneens

Ⓜ
Heeft nabestaande contractuele of buitencontractuele vordering jegens de vervoerder?

. Ⓜ

50. Zie art. 10:1 BW. De Nederlandse rechter dient deze regels ook ambtshalve toe te passen (art. 10:2 BW). Asser/Vonken 10-1 2013/75 en 10-1/327 (online versie laatst bijgewerkt op 7 januari 2013).

51. Wel moet dan voldaan zijn aan de voorwaarde dat deze plaats is gelegen in een verdragstaat én de vervoerder van of naar deze staat luchtvervoerdiensten onderhoudt. Dit wordt echter heel ruim geformuleerd. Voldoende is dat de

luchtvervoerder hetzij met zijn eigen luchtvaartuigen, hetzij met luchtvaartuigen van een andere vervoerder uit hoofde van een handelsovereenkomst vloog (bijvoorbeeld op grond van een *code share* overeenkomst, maar ook tal van andere constructies zijn mogelijk en gebruikelijk) en dat deze vervoerder zijn luchtvervoeractiviteiten verricht vanuit ruimten die hijzelf of een andere vervoerder met wie hij een handelsovereenkomst heeft gesloten, huurt of bezit. Aan deze eis is

ook voldaan omdat Malaysia Airlines zelf een nevenvestiging heeft op Schiphol.

52. De plaats van bestemming is de plaats die als uiteindelijke plaats van bestemming op het ticket staat vermeld.

53. KLM kan dan regres nemen op Malaysia Airlines.

partij is bij het Verdrag van Montreal, zal de Maleisische rechter dezelfde jurisdictieregels toepassen. In veel gevallen komt het voor de nabestaande dus neer op een keuze tussen de Maleisische of Nederlandse rechter. Als de gewone verblijfplaats van de passagier niet in Nederland was of de passagier een enkele reis boekte, geeft dit mogelijk nog meer alternatieven (mits de gewone verblijfplaats en/of de plaats van bestemming Montreal lidstaten waren).

Ook de passagiers die hun ticket rechtstreeks bij Malaysia Airlines boekten, zullen veelal de keuze hebben tussen de Nederlandse rechter of de Maleisische rechter. Zij kunnen zonder meer een vordering tegen Malaysia Airlines aanhangig maken in Maleisië, aangezien de luchtvaartmaatschappij daar zetelt.⁵⁴ Er zijn echter ook mogelijkheden om de vordering in Nederland aanhangig te maken, bijvoorbeeld als de passagier de vlucht rechtstreeks geboekt heeft bij de Nederlandse vestiging van Malaysia Airlines op Schiphol,⁵⁵ als Nederland de plaats van bestemming was (wat bij retourtickets vanuit Nederland dus altijd het geval is), of als de passagier in Nederland zijn duurzame hoofdverblijf had (artikel 33 lid 2 VvM). Een duurzaam hoofdverblijf elders of een ticket naar een andere bestemming dan Nederland of Maleisië geboekt als enkele reis kan, zoals hierboven reeds beschreven, tot alternatieve bevoegdheid van rechters in andere landen leiden.

Bevoegdheid op grond van commune IPR regels
Stel dat de vlucht in kwestie buiten de formele reikwijdte van het Verdrag van Montreal valt, of dat de rechter, ondanks dat het verdrag formeel toepasselijk is, tot het (in mijn ogen onterechte) oordeel zou komen dat het Verdrag van Montreal niet van toepassing is op de rechtsverhouding tussen de luchtvervoerder en de nabestaande.⁵⁶ De rechter zal dan rechtsmacht moeten ontlenen aan de commune IPR regels. De bevoegdheidsvraag wordt in dat geval een stuk gecompliceerder. Ten eerste is de vraag tegen welke vervoerder de vordering aanhangig wordt gemaakt (KLM of Malaysia Airlines) bepalend voor de toe te passen IPR-regel. Ten aanzien van een vordering tegen KLM past de rechter de Brussel Ibis Verordening toe.⁵⁷ Deze verordening is niet van toepassing op een vordering ingesteld tegen Malaysia Airlines, aangezien zij geen woonplaats heeft op het grondgebied van een

lidstaat van de Europese Unie (art. 4 Brussel Ibis). De Nederlandse rechter dient daarom ten aanzien van de vordering tegen Malaysia Airlines te rade te gaan bij het commune internationaal privaatrecht, dat te vinden is in de eerste afdeling van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁵⁸ Ten tweede is van belang hoe de rechter tegen de vordering van de nabestaande aankijkt. Dit is namelijk bepalend voor de vraag op welke bepalingen in de Brussel Ibis Verordening of het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de rechter rechtsmacht zal (of kan) baseren. Ziet de rechter de vordering van de nabestaande als contractueel, dan zal hij, zoals we hieronder zullen zien, andere bepalingen toepassen dan wanneer hij de vordering als buitencontractueel ziet.⁵⁹ Bij de toepassing van art. 7 Brussel Ibis Verordening dient de rechter de (verdrags)autonome betekenis van het begrip 'overeenkomst' te hanteren zoals uitgelegd in de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, waarvan alleen sprake is indien de eisende partij vrijwillig een verbintenis is aangaan jegens de andere partij.⁶⁰ De corresponderende Nederlandse commune jurisdictieregel van art. 6a Rv is een weerslag van de Europese regel, maar er heerst verdeeldheid over de vraag of de Nederlandse rechter zich bij de uitleg van deze bepaling moet voegen naar de autonome Europese uitleg.⁶¹ Dit maakt het lastig om in te schatten hoe de Nederlandse rechter in het kader van de beoordeling van zijn bevoegdheid op grond van de commune IPR regels zal oordelen.

Onder zowel art. 4 lid 1 Brussel Ibis als art. 2 Rv geldt de hoofdregel dat de rechter van de woonplaats van de gedaagde bevoegd is. Dat betekent dat een vordering tegen KLM op grond van art. 4 lid 1 Brussel Ibis kan worden ingesteld voor de Nederlandse rechter.⁶² De nabestaanden van de passagiers die zonder tussenkomst van KLM bij Malaysia Airlines geboekt hebben, kunnen echter niet op grond van art. 2 Rv terecht bij de Nederlandse rechter, aangezien Malaysia Airlines geen woonplaats heeft in Nederland. Er moet dus naar een andere bepaling gezocht worden waaruit aanvullende rechtsmacht van de Nederlandse rechter kan worden afgeleid. Sluit de rechter *niet* aan bij de autonome uitleg van het begrip 'overeenkomst' van de HvJEU, dan zal hij de grondslag van de vordering invullen aan de hand van de 'afgeleide aard' van de vordering van

54. De statutaire zetel van Malaysia Airlines bevindt zich in Subang, Selangor, Maleisië.

55. Het is mogelijk om telefonisch een vlucht te boeken via de Nederlandse vestiging van Malaysia Airlines op Schiphol.

56. Of dat de plaats van vertrek of de plaats van bestemming niet gelegen zijn in een Montreal verdragstaat en evenmin in een Warschau verdragstaat, zodat deze verdragen op grond van hun formele reikwijdteregele niet van toepassing zijn.

57. Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken *PbEU* 2012, L351/1. Deze verordening vervangt voor alle rechtsvorderingen die worden ingesteld na 10 januari 2015 de oude Brussel I Verordening, Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in

burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2001, L12/1. Op grond van art. 71 geeft de Brussel Ibis Verordening voorrang aan verdragsrechtelijke jurisdictieregelingen, zoals art. 33 en 46 van het Verdrag van Montreal. De rechter komt dus enkel aan toepassing van Brussel Ibis toe indien het Verdrag van Montreal niet van toepassing is.

58. Zie tevens art. 6 lid 1 Brussel Ibis.

59. Art. 7 lid 1 sub a) tweede aandachtstreepje Brussel Ibis in het geval sprake is van een verbintenis uit overeenkomst en art. 7 lid 2 Brussel Ibis in geval van een verbintenis uit onrechtmatige daad.

60. HvJEG 17 juni 1992 C-26/91 (Jakob Handte/TMCS).

61. Volgens Vlas dient de Nederlandse rechter bij de uitleg van het begrip overeenkomst in art. 6a Rv zich niet te richten naar de Europese interpretatie. Bepalend zijn volgens hem de criteria van de *lex fori*, in casu Nederlands recht. Zie Vlas in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, Artikel 6 Rv, aant. 5 (online laatst bijgewerkt 4 november 2014). Polak/Zylinsky

twijfelen en geven aan dat de wetgever niet duidelijk is geweest op dit punt, zie T&C Burgerlijke rechtsvordering, art. 6 Rv, aant. 5 (online laatst bijgewerkt tot 1 januari 2014). Uit een aantal uitspraken blijkt dat de Nederlandse rechter bij de uitleg van art. 6a Rv wel aansluiting zoekt bij de uitleg van art. 5 Brussel I, zie RB Haarlem 9 juli 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD7657, r.o. 3.4; Hof Arnhem-Leeuwarden, 17 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1148; en Hof Den Haag 30 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO6529, r.o. 4.3.

62. Verdedigd kan worden dat art. 7 Rv dan ook meteen rechtsmacht meebrengt ten aanzien van de vordering tegen Malaysia Airlines, omdat de vordering tegen KLM en de vordering tegen Malaysia Airlines voldoende samenhang hebben.

“ ”
De (verdrags)autonome betekenis van het begrip 'overeenkomst'.
. ”

de nabestaande op grond van art. 6:108 BW. Stond de overleden passagier in een contractuele verhouding tot de luchtvaartmaatschappij, dan is de vordering van de nabestaande op grond van 6:108 BW dat ook.⁶³⁾ Art. 6 sub a jo. 6a lid 2 Rv creëert dan rechtsmacht voor de Nederlandse rechter.⁶⁴⁾ Ziet de rechter de grondslag van de vordering als buitencontractueel, bijvoorbeeld omdat hij de autonome uitleg van het begrip 'overeenkomst' van het Europese Hof van Justitie volgt, dan komt art. 6 sub e Rv in beeld. De Nederlandse rechter komt dan rechtsmacht toe indien het schadebrengende feit zich in Nederland heeft voorgedaan. Het is maar zeer de vraag of de Nederlandse rechter aan deze bepaling rechtsmacht kan ontnemen. Het HvJEU heeft ten aanzien van de 'plaats van het schadebrengende feit' twee mogelijkheden geformuleerd die ook leidend zijn voor de Nederlandse rechter bij de uitleg van artikel 6 sub e Rv. Het HvJEU onderscheidt het *Handlungsort* (de plaats waar het schadebrengende feit zich voordeed, in casu Oost-Oekraïne) of het *Erfolgsort* (de plaats waar de schade zich voordoet, in casu ook Oost-Oekraïne, omdat daar de passagiers zijn overleden). De rechtspraak aangaande de uitleg van *Erfolgsort* is rijkgeschakeerd, casuïstisch en ziet niet specifiek op gevallen als onderhavige. Wel is duidelijk dat de HvJEU het begrip beperkt uitlegt.⁶⁵⁾ Het enkele feit dat de nabestaande in Nederland de schade in zijn vermogen lijdt, lijkt echter vooralsnog onvoldoende om Nederland als *Erfolgsort* aan te duiden.⁶⁶⁾ Wat overblijft is de mogelijkheid om rechtsmacht te ontnemen aan art. 9 sub c Rv, op grond waarvan de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft als de zaak voldoende met de Nederlandse rechtssfeer is verbonden en het onaanvaardbaar is van de eiser te vergen dat hij de zaak aan het oordeel van een rechter van een vreemde staat onderwerpt. Ook bij deze bepaling is het geen duidelijk uitgemaakte zaak. Voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer zal er, als de nabestaande in Nederland woonachtig is, wel zijn. Maar ten aanzien van de onaanvaardbaarheid om de zaak aan het oordeel van een vreemde rechter te onderwerpen geldt een zeer restrictieve toets.⁶⁷⁾ De rechter zal, op zijn zachtst gezegd, dus redelijk wat plooiwerk moeten verrichten wil hij aan de commune jurisdictiebepalingen de bevoegdheid ontnemen ten aanzien van vorderingen tegen Malaysia Airlines⁶⁸⁾ op grond van art. 6 of 9 Rv. Indien de Nederlandse rechter zich bevoegd acht,

ofwel op grond van het Verdrag van Montreal, ofwel op grond van het hierboven beschreven plooiwerk, dan zal de rechter op grond van zijn eigen conflictenrechtelijke regels het toepasselijke recht moeten vinden dat aanvullend van toepassing is op de vordering van de nabestaande naast het Verdrag van Montreal.

Het toepasselijke (nationale) recht

Voor de vraag welk recht van toepassing is op de vordering van de nabestaande, is wederom bepalend hoe de rechter tegen de rechtsverhouding tussen de nabestaande en de luchtvaartmaatschappij aankijkt. Ziet hij de vordering van de nabestaande jegens de luchtvaartmaatschappij als contractueel of als buitencontractueel?

Ziet hij de relatie als contractueel, dan zal hij het toepasselijke recht op de overeenkomst vaststellen aan de hand van de Rome I Verordening.⁶⁹⁾ Rome I heeft universele werking wat betekent dat het op grond van de verordening aangewezen recht toepasselijk is, ook als dat geen recht van een lidstaat is (art. 2).

Als partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, wat in casu naar alle waarschijnlijkheid het geval is,⁷⁰⁾ dan knoopt art. 5 lid 2 Rome I aan bij het recht van het land waar de passagier zijn gewone verblijfplaats heeft, mits de plaats van vertrek of de plaats van bestemming ook in dat land is gelegen. Bij de MH17 crash zou dat leiden tot toepasselijkheid van Nederlands recht. Het is echter de vraag of de rechter Rome I mag toepassen om het toepasselijke recht te vinden. Immers, zoals hiervoor al aan de orde kwam, dient het begrip 'overeenkomst' autonoom te worden geïnterpreteerd, analoog aan de Brussel Ibis Verordening. Er is slechts sprake van een overeenkomst als de ene partij vrijwillig een verbintenis is aangegaan met de andere partij. Net als ik hiervoor bij de bevoegdheid betoogde, zal hiervan bij de vordering van de nabestaande op grond van art. 6:108 BW geen sprake zijn.⁷¹⁾

Ziet de rechter de vordering van de nabestaande als buitencontractueel (onrechtmatige daad) dan zal hij te rade gaan bij Rome II.⁷²⁾ Rome II heeft, net als Rome I, universele werking (art. 3). Op grond van art. 4 lid 1 Rome II geldt dat het recht van het land waar de schade zich voordoet van toepassing is, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in

Plaats van het schadebrengende feit.

63. Art. 6:108 BW is een afgeleide actie, wat betekent dat de grondslag van de vordering van de nabestaande ingekleurd wordt door de rechtsbetrekking tussen de overledene en degene die jegens hem aansprakelijk is. Indien de rechtsbetrekking tussen de passagier en de luchtvaartmaatschappij dus contractueel was, is de vordering van de nabestaande op grond van 6:108 BW dat ook.

64. In art. 6 onder a jo 6a lid 2 Rv heeft de wetgever art. 5 lid 1 jo lid 2 Brussel I geïncorporeerd (thans art. 7 lid 1 Brussel Ibis). Op grond van artikel 5 Brussel I is de rechter van 'de plaats waar de diensten volgens de overeenkomst zijn verstrekt of hadden moeten worden verstrekt' bevoegd. Het HvJEU heeft beslist dat dit bij vervoerovereenkomsten neerkomt op de plaats van vertrek of de plaats van bestemming, naar keuze van de eiser, HvJEU 9 juli 2009 C-204/08 (*Rehder/Air Baltic*).

65. Zie Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/990 (Online laatst bijgewerkt op 1 juni 2014).

66. HvJEG 19 september 1995 C-364/93 (*Marinari*). Zeer recentelijk nog heeft de Hoge Raad een prejudiciële vraag gesteld aan het HvJEU of de plaats waar uitsluitend vermogensschade is ingetreden die rechtstreeks het gevolg is van een onrechtmatige gedraging in het 'Handlungsort', ook onder de term 'Erfolgsort' valt, zie HR 9 januari 2015 ECLI:NL:HR:2015:36.

67. Bij onaanvaardbaar moet volgens Polak/Zilinsky gedacht worden aan bijvoorbeeld oorlogen. Procederen in Oost-Oekraïne is zeker als onaanvaardbaar aan te merken gezien de burgeroorlog die daar woedt, maar dat kan niet gezegd worden van Maleisië. Zie nader over de toepassing van art. 9 sub c Rv Polak/Zilinsky, in: T&C Burgerlijke rechtsvordering art. 9 Rv, aant. 6 b en c (online laatst bijgewerkt op 1 januari 2014).

68. De vraag of een directe actie van de nabestaande tegen de verzekeraar(s) van Malaysia Airlines en/of KLM mogelijk is, en zo ja, welk additioneel forum dit kan opleveren, wordt in

deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

69. Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEU* 2008, L177/6.

70. De algemene voorwaarden van beide vervoerders bevatten in ieder geval geen rechtskeuzeclausules.

71. Idem de uitleg hierboven ten aanzien van 6 sub a Rv. Zie over de autonome interpretatie van het begrip overeenkomst Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/725 (online laatst bijgewerkt op 1 juni 2014).

72. Verordening (EG) Nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *PbEU* 2007, L199/40.



welke landen de indirecte gevolgen zich voordoen. Alleen directe schade is een aanknopingsfactor. Bij letselschade is het directe gevolg van de onrechtmatige gedraging het opgelopen letsel, ongeacht waar de hierdoor veroorzaakte vermogensschade zich manifesteert. Hetzelfde geldt voor overlijden.⁷³⁾ Dit betekent in het geval van de MH17 crash dat het Oekraïense recht van toepassing is. De daarvan afgeleide vordering van de nabestaande wordt op grond van art. 4 lid 1 jo. 15 sub f Rome II beheerst door het recht dat op de verbintenis uit onrechtmatige daad tegen het directe slachtoffer van toepassing is.⁷⁴⁾

Art 4 lid 2 Rome II biedt een mogelijke toegang tot Nederlands recht. Als zowel de persoon tegen wie de schadevordering wordt ingesteld als de benadeelde zijn gewone verblijfplaats in hetzelfde land heeft op het tijdstip waarop de schade zich voordoet, dan is het recht van dit land van toepassing. Artikel 23 lid 1 Rome II definieert de 'gewone verblijfplaats' van een rechtspersoon als diens hoofdvestiging. Dit betekent dat er een verschil is tussen de nabestaanden van passagiers die op een ticket van KLM reisden en de passagiers die rechtstreeks bij Malaysia Airlines boekten. Ten aanzien van de eerste groep komt de rechter op grond van art 4 lid 2 jo 23 lid 1 Rome II tot de toepassing van Nederlands recht. Voor de nabestaanden van de passagiers die rechtstreeks bij Malaysia Airlines boekten, geldt dat Oekraïens recht van toepassing is op hun schadevorderingen. Het is zeer de vraag of deze ongelijkheid wenselijk is.⁷⁵⁾

5. Tot besluit

De MH17 crash geeft aanleiding tot complexe vragen waarop geen eenvoudige antwoorden te geven zijn. Dit komt doordat de vorderingen van de nabestaanden op verschillende grondslagen kunnen berusten, het Verdrag van Montreal geen oplossing biedt voor deze complexiteit en (gedeeltelijk) verwijst naar nationaal recht waardoor een vreemd soort hybride internationaal-/nationaalrechtelijke vordering ontstaat, en de vraag welk nationaal recht deze hybride vordering deels invult vervolgens een ingewikkelde conflictenrechtelijke puzzel oplevert.

In de regel worden luchtvaartzaken niet in de rechtszaal beslecht, maar aan de onderhandelings- tafel geschikt. De vraag *welke* nationale rechter bevoegd is en *welk* recht toepasselijk is, zal dus in veel gevallen niet rijzen in het kader van een procedure, maar in het kader van het bepalen van de uitgangsposities van de partijen aan de onderhandelings- tafel. De complexiteit ten aanzien van de bevoegde rechter en het toepasselijk recht kan men in die context zien als een vloek, maar ook als een zegen. Zolang het Nederlandse recht niet voorziet in de mogelijkheid voor de nabestaande om bijvoorbeeld vergoeding van affectieschade te vorderen, of een vordering wegens immateriële schade van de passagier als erfgenaam geldend te maken, is het geen slecht idee om eens te onderzoeken welk ruimhartiger forum of toepasselijk recht een mogelijke kandidaat is. Zowel aan de onderhandelings- tafel als bij het in rechte instellen van een vordering kan deze keuze bepalend zijn voor de uiteindelijke uitkomst van een zaak.

“
**Conflictenrechtelijke
 puzzel.**
”

73. Asser/Kramer & Verhagen 10-III 993-995 (online laatst bijgewerkt op 1 juni 2014).

74. Asser/Kramer & Verhagen 10-III 999 (online laatst bijgewerkt op 1 juni 2014).

75. Wellicht zou accessoire aanknopings op grond van art. 4 lid 3 Rome II bij de overeenkomst tussen de passagiers en Malaysia Airlines een oplossing kunnen zijn. Via art. 5 lid 2 Rome I zou dit immers leiden tot de toepasselijkheid van Nederlands recht.