

‘Een zoo doeltreffend en rechtvaardig mogelijke ordening’

Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 59 no. 1

Deze Mededeling werd in verkorte vorm uitgesproken in de vergadering van de Afdeling Letterkunde, gehouden op 11 maart 1996.

TH.M. DE BOER

‘Een zoo doeltreffend en rechtvaardig
mogelijke ordening’

Vragen rond de bestaansgrond van het
internationaal privaatrecht

KONINKLIJKE NEDERLANDSE AKADEMIE VAN WETENSCHAPPEN
NOORD-HOLLANDSCHE, AMSTERDAM/NEW YORK/OXFORD/TOKYO, 1996

Copyright van deze uitgave © 1996 Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de rechthebbende, behoudens de uitzonderingen bij de wet gesteld.

Zetwerk en druk: Casparie Heerhugowaard bv

Inhoud

| | | |
|-----------|---|----|
| 1. | Karakteristiek van het internationaal privaatrecht | |
| 1.1. | Drie praktijkvoorbeelden | 7 |
| 1.2. | Het conflictenrechtelijk keuze probleem | 8 |
| 1.3. | Twee conflictenrechtelijke modellen | 9 |
| 1.4. | Het formele IPR. | 10 |
| 1.5. | Internationaal privaatrecht is nationaal recht | 11 |
| 1.6. | Het verband tussen bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning | 12 |
| 1.7. | Een wereld zonder IPR | 13 |
| 1.8. | Het conflictenrecht als middelpunt van de IPR-theorie | 15 |
| 2. | Waarden en belangen | |
| 2.1. | Doelmatigheid en rechtvaardigheid in het IPR | 19 |
| 2.2. | De behoefte aan een 'doeltreffende ordening' | 22 |
| 2.2.1. | Forum shopping: het verband tussen bevoegdheid en toepasselijk recht | 22 |
| 2.2.2. | Hinkende rechtsverhoudingen: het verband tussen toepasselijk recht en erkenning | 24 |
| 2.3. | De behoefte aan een 'rechtvaardige ordening' | 26 |
| 2.3.1. | Conflictenrechtelijke rechtvaardigheid | 26 |
| 2.3.2. | Materieelrechtelijke rechtvaardigheid | 29 |
| 2.3.3. | De conflictenrechtelijke verwachtingen van partijen | 31 |
| 2.4. | Het eigen recht: alternatief of uitgangspunt? | 35 |
| 3. | De bestaansgrond van het conflictenrecht | |
| 3.1. | Recapitulatie van de uitgangspunten | 39 |
| 3.2. | De betekenis van de verschillende soorten IPR-regels | 42 |
| 3.3. | Toetsing van buitenlandse (rechts)feiten aan het conflictenrecht | 43 |
| 3.4. | De doelmatigheid als grondslag van het conflictenrecht | 45 |
| 3.4.1. | Het conflictenrecht als remedie tegen forum shopping | 46 |
| 3.4.2. | Het conflictenrecht als remedie tegen hinkende rechtsverhoudingen | 48 |
| 3.5. | De rechtvaardigheid als grondslag van het conflictenrecht | 49 |
| 3.5.1. | Conflictenrechtelijke rechtvaardigheid | 49 |
| 3.5.2. | Materieelrechtelijke rechtvaardigheid | 50 |
| 3.5.3. | De conflictenrechtelijke verwachtingen van partijen | 50 |

4. **Conclusie**

| | | |
|------|---|----|
| 4.1. | De onoplosbaarheid van het conflictenrechtelijk keuzeprobleem | 53 |
| 4.2. | De restfunctie van het conflictenrecht | 54 |
| 4.3. | Alternatieven buiten het conflictenrecht: bevoegdheid en erkenning | 55 |
| 4.4. | De lex fori als uitgangspunt | 57 |

1. Karakteristiek van het internationaal privaatrecht

1.1. Drie praktijkvoorbeelden

- Op 23 augustus 1983 vond in België een verkeersongeval plaats. De uit Eindhoven afkomstige zakenlieden Jansen en Meijs waren in de auto van Jansen op weg naar een bespreking in Luxemburg. Op een tweebaansweg tussen Hasselt en Tongeren moet Jansen plotseling krachtig remmen om een botsing met een tegemoetkomende Mercedes te voorkomen. Hij wijkt daarbij uit naar rechts en botst tegen een boom. Het is onduidelijk of de bestuurder van de Mercedes hiervan iets gezien heeft, maar die rijdt in ieder geval door. Meijs wordt ernstig gewond in het ziekenhuis van Tongeren opgenomen, waar zijn beide benen worden geamputeerd. Bovendien blijkt hij een oog te moeten missen. In een gerechtelijke procedure voor de Rb. Breda vordert Meijs schadevergoeding van Jansen, bestaande uit smartegeld en een vergoeding voor gederfd inkomen. Naar Nederlands recht is de vordering toewijsbaar, naar Belgisch recht niet.¹
- Een welgestelde Amerikaan is in 1964 in Londen getrouwd met een Française. Huwelijkse voorwaarden zijn niet gemaakt. Na de huwelijksreis neemt de vrouw haar intrek in het Amstelhotel in Amsterdam. De man reist op en neer tussen Chicago, waar het hoofdkantoor van zijn onderneming is gevestigd, en Amsterdam. Na enkele jaren rijst de vraag of het echtpaar in algehele gemeenschap van goederen is getrouwd. Van alle betrokken rechtsstelsels kent alleen het Nederlandse recht de algehele gemeenschap van goederen als wettelijk stelsel. In Frankrijk, Engeland en Illinois zou een dergelijk regime alleen gelden als de echtgenoten huwelijkse voorwaarden hadden gemaakt.²
- In 1992 wordt uit een kerk te Batz-sur-Mer (Frankrijk) een antiek madonnabeeld gestolen. Drie jaar later wordt het beeld aangeboden aan een Nederlandse antiquair die het, geheel te goeder trouw, voor een bedrag van f 26.000 aankoopt en het voor nog eens f 4.500 laat restaureren. Tijdens een antiekbeurs in Maastricht, waar de madonna te koop wordt aangeboden, wordt het beeld toevallig herkend door de pastoor van Batz-sur-Mer. De antiquair weigert echter het beeld aan de pastoor af te geven. Naar Frans recht blijft de bestolene eigenaar, ook na verloop van drie jaar.

¹ De casus is ontleend aan Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 1989, *NIPR* 1990, 283. Alle conflictenrechtelijk relevante feiten – auto-ongeluk in België met in Nederland geregistreerde personenauto, ernstige verwonding van inzittende, in Nederland geregistreerde tegemoetkomende Mercedes – zijn in dit arrest terug te vinden. De rest van het verhaal heb ik gefantaseerd.

² Deze casus is, zonder enige modificatie, ontleend aan HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 275, nt. J.C.S. (*Chelouche v. Van Leer*).

Naar Nederlands recht kan de verkrijger zich beroepen op een verjarings-termijn van drie jaar.³

1.2. *Het conflictenrechtelijk keuze probleem*

Het internationaal privaatrecht of IPR is een rechtsgebied met een roemrucht verleden.⁴ Het is ontstaan in een tijd waarin het overgeleverde Romeinse recht – het *ius commune* – zijn universele geldingspretentie niet langer kon waarmaken. Met de economische en politieke opkomst van de Noord-Italiaanse stadstaten, die zich in de elfde en twaalfde eeuw begonnen te onttrekken aan het feodale gezag van de keizers van het Heilige Roomse Rijk, ontstonden lokale, van elkaar afwijkende wetten – *statuta* – en daarmee de mogelijkheid van een *collisio statutorum*. Het toenemende rechts- en handelsverkeer tussen de steden deed de vraag rijzen welke lokale wet op een interlokale rechtsverhouding moest worden toegepast. Bijvoorbeeld: wordt een contract tussen een Milanees en een Florentijn beheerst door de statuten van Milaan of die van Florence? Of: vererft een in Bologna gelegen stuk grond, eigendom van een Venetiaanse erfflater, volgens het erfrechtelijk statuut van Venetië of dat van Bologna? Het antwoord op die vraag is zonder belang als er tussen beide statuten geen inhoudelijk verschil bestaat, maar dat wordt anders als het onroerend goed volgens het ene statuut zou toevallen aan de oudste zoon, en volgens het andere aan de gezamenlijke erfgenamen.

Door de eeuwen heen hebben juristen gezocht naar een normatieve oplossing voor (potentiële) wetsconflicten. De regels die zij daarbij hebben ontwikkeld, vormen een belangrijk onderdeel van het internationaal privaatrecht, een onderdeel dat pleegt te worden aangeduid als het *conflictenrecht*. Hierin staat de vraag centraal welk recht moet worden toegepast op een privaatrechtelijke rechtsbetrekking die feitelijke raakvlakken vertoont met verschillende rechtsstelsels, bijvoorbeeld omdat partijen in verschillende landen gevestigd zijn, of verschillende nationaliteiten bezitten, of omdat de rechtsbetrekking ontstond als gevolg van een gebeurtenis in het buitenland, of omdat de zaak waarop partijen rechten doen gelden, in het buitenland gelegen is. Zodra een privaatrechtelijke rechtsverhouding een grensoverschrijdend of

³ Het voorbeeld is gedeeltelijk ontleend aan HR 18 januari 1983, NJ 1983, 445 (nt. Th.W.v.V.), een beslissing van de *strafkamer* naar aanleiding van een klacht van de antiquair tegen het openbaar ministerie, dat het beeld in beslag genomen had en het aan de Franse staat wilde teruggeven. Voor het overige is de casus een variant op het klassieke voorbeeld van de gestolen postzegelverzameling (Rb. Amsterdam 23 november 1976, AK 10370), zoals weergegeven door L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, 4e dr., Groningen 1995, blz. 172.

⁴ Zie voor een overzicht van de geschiedenis van het IPR: J. Koster en C.W. Dubbink, *Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Haarlem 1962, blz. 1165; E.M. Meijers, L'histoire des principes fondamentaux du droit international à partir du moyen âge, spécialement dans l'Europe occidentale, *Rec. des Cours* 1934, III; Max Gutzwiller, Le développement historique du droit international privé, *Rec. des Cours* 1929, IV; R.D. Kollewyn, *Geschiedenis van de Nederlandse wetenschap van het internationaal privaatrecht tot 1880*, Amsterdam 1937; G.J.W. Steenhoff, *De Wetenschap van het Internationaal Privaatrecht in Nederland tussen 1862 en 1962, Een internationalistisch perspectief*, Zwolle 1994.

internationaal aspect vertoont, rijst de vraag door welk recht zij beheerst wordt. Er moet een keuze gemaakt worden tussen twee of meer rechtsstelsels of tussen rechtsregels van verschillende nationale herkomst, waarvan er uiteindelijk slechts één de casus mag beheersen. Die keuze dringt zich op door een combinatie van twee factoren, twee voldongen feiten die ten grondslag liggen aan het ontstaan van regels van internationaal privaatrecht.⁵ In de eerste plaats het feit dat het rechtsverkeer zich niet uitsluitend binnen één land afspeelt, maar nationale grenzen overschrijdt. Een volkomen autarkische rechtsgemeenschap, een land dat geen enkel contact met de buitenwereld heeft, kan het heel wel zonder IPR stellen. Tussen eigen recht en buitenlands recht hoeft geen keuze gemaakt te worden. Het andere fait accompli kan worden aangeduid als ‘rechtsverseidenheid’: ondanks incidentele pogingen tot unificatie verschilt het recht nog steeds van land tot land. Zolang er geen universeel privaatrecht bestaat, zal er in grensoverschrijdende gevallen gekozen moeten worden voor het ene of voor het andere stelsel van nationaal privaatrecht.

1.3. *Twee conflictenrechtelijke modellen*

Voor de oplossing van dit ‘conflictenrechtelijk keuze probleem’ zijn vele theorieën bedacht, waarvan er eigenlijk maar twee tot op zekere hoogte bruikbaar zijn gebleken. De ene theorie zoekt een antwoord op de vraag welke van de samenlopende rechtsnormen het meest voor toepassing in aanmerking komt, de grootste geldingspretentie heeft, de meest overtuigende claim op toepassing kan doen gelden. Ter bepaling van die toepassingsclaim of geldingspretentie zijn zeer uiteenlopende criteria gehanteerd, variërend van een classificatie van rechtsnormen in regels waaraan territoriale dan wel extraterritoriale werking werd toegeschreven⁶, of ad hoc reconstructies van de bedoelingen van de wetgever met betrekking tot het ruimtelijk werkingsbereik van de door hem uitgevaardigde regel⁷, tot een onverholven ‘better law’

⁵ Vgl. Strikwerda, *supra* nt. 3, blz. 20, blz. 32 e.v., die spreekt van ‘bestaansvoorwaarden’, resp. ‘ontwikkelingsvoorwaarden’.

⁶ Dit is de kern van de zgn. *Statutenleer*, oorspronkelijk ontwikkeld door middeleeuwse Italiaanse en Franse geleerden als Bartolus de Saxoferrato (1314–1357) of Guilelmus de Cuneo (†1335), verder ontwikkeld in Frankrijk door Charles Dumoulin (1500–1566) en Bertrand d’Argentré (1519–1590), en in de Nederlanden door Christiaan Rodenburg (1618–1668), Paulus Voet (1619–1667), Ulrik Huber (1636–1694) en Johannes Voet (1647–1714).

⁷ De Amerikaan Brainerd Currie (1912–1965) wordt beschouwd als de meest invloedrijke vertegenwoordiger van de ‘neo-statutistische stroming’ in het conflictenrecht. De door hem verdedigde *governmental interest analysis* beschouwt het wetsconflict als een samenloop van al dan niet om toepassing dingende normen, waarbij het er in het conflictenrechtelijk procédé op aan komt te bepalen welke daarvan – gelet op hun onderliggende *policy* – in het concrete geval gelding pretendeert. Na de analyse kan blijken dat de samenlopende normen tot dezelfde materiële uitkomst leiden (‘no-conflict situation’), of dat slechts één staat een *interest* heeft in toepassing van zijn regel (‘false conflict’) of dat verschillende staten belang hebben bij toepassing van hun respectieve regels (‘true conflict’).

criterium, waarin toepassing van het inhoudelijk 'betere' of gunstigere recht tot conflictenrechtelijke norm verheven is.⁸

De andere theorie waarop de oplossing van het conflictenrechtelijk keuze-probleem kan worden gebaseerd, begint niet bij de samenlopende regels of rechtsstelsels maar bij het object van de norm: de rechtsbetrekking. De kernvraag betreft niet de (relatieve) geldingspretentie van de om toepassing dинgende rechtsregels, maar de (relatieve) verknochtheid van de casus met de betrokken landen en hun recht. In principe komt het recht van het land waarmee de rechtsverhouding het nauwst is verbonden, het meest voor toepassing in aanmerking. Deze theorie ziet de internationaalprivaatrechtelijke casus als een van haar nationale ankers losgeslagen rechtsverhouding, die 'thuisgebracht' moet worden in het land waartoe zij 'eigenlijk' behoort.⁹ In deze visie zijn er geen samenlopende normen die om toepassing dинgen en die op toepassingsclaim of geldingspretentie moeten worden beoordeeld. Het gaat niet om de oplossing van een wetsconflict, maar om het terugbrengen van de 'op drift geraakte' rechtsverhouding naar het land waar zij geacht wordt thuis te horen. Dat het recht van dat land dan moet worden toegepast op de concrete rechtsvraag, volgt niet primair uit de toepassingsaanspraken van dat recht – want die verdwijnen geheel uit het zicht – maar uit het principe dat het op grond van feitelijke omstandigheden nauwst verbonden recht toepassing verdient. Deze theorie vormt op dit moment in Nederland en in de rest van de wereld, met uitzondering van de Verenigde Staten, de gangbare grondslag van de conflictenrechtelijke methode.

1.4. *Het formele IPR*

Het conflictenrechtelijk keuze-probleem en de mogelijke oplossingen daarvan hebben in de theorie van het internationaal privaatrecht tot dusver de meeste aandacht gekregen. Toch houdt het IPR zich met nog twee andere belangrijke vragen bezig, waarvoor tot voor kort veel minder wetenschappelijke belangstelling bestond. Beide onderwerpen behoren tot het *formele* IPR oftewel het internationaal procesrecht. Voordat een rechter kan beslissen over de oplos-

⁸ Deze oplossing, die teruggaat tot de twaalfde eeuw – toepassing van het recht dat als *potior et utilior* moet worden beschouwd, werd al door Aldricus als passende oplossing van wetsconflicten aanbevolen – heeft in het Amerikaanse IPR opnieuw furore gemaakt. Toepassing van de *better law* is een van de vijf *choice-influencing considerations*, door Robert Leflar beschreven ter verklaring van bestaande rechtspraak en voorgesteld als normatief model: Robert A. Leflar, *Choice-influencing Considerations in Conflicts Law*, 41 *N.Y.U. L.Rev.* 267 (1966); Robert A. Leflar, Luther L. McDougal, Robert L. Felix, *American Conflicts Law*, 4th ed., Charlottesville Va., 1986, blz. 290–300. In Europa heeft deze gedachte weerklink gevonden bij de voorstanders van het zgn. begunstigingsbeginsel; *infra*, § 2.3.2. Zie hierover: L. Strikwerda, *Naar een gereduceerd conflictenrecht? Iets over bescherming, begunstiging en better law in het internationaal privaatrecht*, oratie, Groningen 1986. Zie voorts: I. Kisch, *La loi la plus favorable*, in: *Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiler*, Basel 1959, blz. 373–393.

⁹ Grondlegger van deze theorie is Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts, Achter Band*, Berlin 1849. Het kernbegrip van Savigny is de *Sitz* of *Heimat* van een internationale rechtsverhouding.

sing van het conflictenrechtelijk keuzeprobleem, zal hij zich eerst moeten uitspreken over zijn internationale competentie: is hij bevoegd om een oordeel te vellen over een juridisch probleem met grensoverschrijdende aspecten, of dient hij dat oordeel aan een buitenlands forum over te laten? Ook in deze vraag ligt een keuzeprobleem besloten en ook hiervoor zijn in de loop der tijd verschillende oplossingen bedacht, zij het dat de meningen hierover minder fundamenteel uiteenliepen dan op het terrein van het conflictenrecht. De criteria die in de regels van internationaal bevoegdheidsrecht zijn neergelegd steunen grotendeels op verknochtheid tussen het geadieerde forum en de procederende partijen of het object van hun rechtsverhouding. Daarnaast speelt de wil en/of het procesgedrag van partijen een zekere rol: voor sommige geschillen mogen zij het internationaal bevoegde forum zelf aanwijzen, soms zelfs bij stilzwijgende afspraak.

De tweede procesrechtelijke vraag die door het formele IPR moet worden beantwoord, betreft de erkenning van beslissingen van buitenlandse rechters en andere autoriteiten: onder welke voorwaarden zijn wij bereid effect toe te kennen aan een buitenlandse beslissing, als ware die beslissing door een Nederlandse (rechterlijke) autoriteit gegeven? Het antwoord hangt voornamelijk af van nationale welwillendheid, die soms gegarandeerd wordt door internationale verdragen, en voorts van het onderwerp van de beslissing. In Nederland worden de meeste buitenlandse beslissingen die niet onder de werking van een erkenningsverdrag vallen, nog maar marginaal getoetst.

1.5. *Internationaal privaatrecht is nationaal recht*

Het zou mooi zijn als de regels van internationaal privaatrecht in ieder rechtsstelsel gelijkkluidend waren en exact op elkaar zouden aansluiten. Dat zou immers betekenen dat partijen in een internationaalprivaatrechtelijke procedure precies weten waar die procedure gevoerd moet worden en welk recht daarop zal worden toegepast, terwijl de uitspraak in welk land dan ook zou moeten worden erkend en, zo nodig, geëxecuteerd. Maar zo mooi zit de wereld van het IPR niet in elkaar. Weliswaar bestaan er allerlei verdragen die voor bepaalde onderwerpen een uniforme regeling bevatten – althans binnen de kring van verdragsluitende staten – maar in wezen is IPR nationaal recht. Dientengevolge zal de Nederlandse rechter de regels van het Nederlandse IPR toepassen; in Frankrijk wordt het Franse IPR gevolgd, in Spanje het Spaanse, en in de Verenigde Staten, waar het recht ook nog eens per deelstaat verschilt, is de rechter gebonden aan het IPR van de staat van zijn ambtsgebied. Deze rechtsverscheidenheid op IPR-niveau heeft tot gevolg dat een IPR-procedure doorgaans in verschillende landen kan worden gevoerd: omdat de regels van internationaal bevoegdheidsrecht mondiaal niet op elkaar aansluiten, kan de eisende partij doorgaans kiezen tussen verschillende bevoegde

fora.¹⁰ Zo zal hij in veel gevallen kunnen procederen voor de rechter van het land waar de gedaagde woonplaats heeft, of voor de rechter in zijn eigen land. Omdat ook de regels van conflictenrecht van land tot land verschillen, is het niet ondenkbaar dat de ene rechter het recht van land X, de andere het recht van land Y als toepasselijk aanwijst. Ook de voorwaarden voor erkenning van een buitenlands vonnis kunnen uiteenlopen, zodat een vonnis dat in land A gewezen is, misschien in land B wel erkend kan worden, maar misschien niet in land C, waar het nu juist effect had moeten sorteren.

1.6. *Het verband tussen bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning*

Een simpel voorbeeld kan het voorgaande wellicht verduidelijken. Een Nederlands/Zwitsers echtpaar, dat in Zwitserland woont, is tot de conclusie gekomen dat hun huwelijk mislukt is en dat zij maar beter uiteen kunnen gaan. De man, die Nederlander is, keert terug naar Nederland; zijn Zwitserse vrouw blijft in Zwitserland wonen. De man wil scheiden – hij heeft inmiddels een vriendin – maar de vrouw verzet zich daartegen. De man kan nu kiezen of hij een echtscheidingsprocedure in Nederland of in Zwitserland wil voeren. Het Nederlandse internationale bevoegdheidsrecht kent voor echtscheidingsprocedures rechtsmacht toe aan de Nederlandse rechter – onder meer – indien een der echtgenoten in Nederland woont.¹¹ De Zwitserse rechter is eveneens bevoegd, maar dan op grond van de Zwitserse IPR-wet, waarin rechtsmacht gekoppeld wordt aan de woonplaats van een der echtgenoten in Zwitserland.¹² De Nederlandse rechter zal het verzoek tot echtscheiding toetsen aan Nederlands recht¹³, de Zwitserse rechter zal daarentegen Zwitsers

¹⁰ Het zal echter ook voorkomen dat een rechtzoekende nergens ter wereld een bevoegde rechter vindt: er is dan sprake van een negatief rechtsmachtconflict. Deze situatie deed zich voor in HR 13 februari 1987, *NJ* 1987, 1014, nt. J.C.S., waarin een in Canada wonende Canadese man wijziging verzocht van de hem door de Nederlandse rechter bij echtscheiding opgelegde alimentatieplicht. Ten tijde van de echtscheiding woonde de man nog in Nederland en om die reden was de Nederlandse rechter destijds bevoegd. De rechter van de plaats waar partijen thans wonen (Ontario, Canada) is naar intern Canadees recht echter niet bevoegd wijziging te brengen in een alimentatiebeslissing die hij niet zelf gegeven heeft. De Hoge Raad vond dat de Nederlandse rechter in zo'n geval rechtsmacht moet aanvaarden als *forum necessitatis*.

¹¹ Art. 814 Rv verlangt dat (a) beide echtgenoten de Nederlandse nationaliteit bezitten, of (b) dat een van hen gedurende tenminste twaalf maanden (of als hij Nederlander is zes maanden) woonplaats in Nederland heeft.

¹² Art. 59 van het Zwitserse *IPRGesetz* draagt rechtsmacht op aan de Zwitserse rechter indien (a) de gedaagde in Zwitserland woonplaats heeft, of (b) de eisende partij tenminste een jaar in Zwitserland verblijf houdt of de Zwitserse nationaliteit bezit. Wonen beide echtgenoten buiten Zwitserland en bezitten beiden of een van hen de Zwitserse nationaliteit, dan is de Zwitserse rechter voorts bevoegd als *Heimatrichter* (art. 60).

¹³ Art. 1 Wet Conflictenrecht Echtscheiding verwijst achtereenvolgens naar het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit van partijen, bij gebreke daarvan naar het recht van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats, en bij gebreke daarvan naar Nederlands recht. Peildatum is het moment waarop het echtscheidingsverzoek wordt ingediend.

recht toepassen.¹⁴ Hoewel beide rechtstelsels de duurzame ontwrichting als echtscheidingsgrond kennen, zal de vrouw zich in Zwitserland wellicht met succes tegen de echtscheiding kunnen verweren door te stellen dat de '*Zerrüttung der Ehe*' aan haar man te wijten is.¹⁵ Een dergelijk verweer zou haar in Nederland niet baten. De man heeft dus de meeste kans op succes als hij in Nederland procedeert, maar het nadeel daarvan is dat het echtscheidingsvonnis in Zwitserland niet zonder meer hoeft te worden erkend¹⁶, met alle vervelende gevolgen van dien. In Nederland geldt de man als ongehuwd, in Zwitserland nog als getrouwd. Zou hij hertrouwen in Nederland, dan stelt hij zich in Zwitserland bloot aan vervolging wegens bigamie.

Uit dit voorbeeld blijkt dat bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning van buitenlandse beslissingen nauw met elkaar samenhangen. Omdat IPR nationaal recht is en dus van land tot land verschilt, zal de calculerende burger – althans zijn calculerende advocaat – er goed aan doen nauwkeurig te becijferen in welke landen hij een gerechtelijke procedure zal kunnen aanpakken. Zijn dat er twee of meer – en die kans is groot – dan zal hij moeten nagaan welk recht naar het IPR van ieder van die landen als toepasselijk zal worden aangewezen. Is dat niet steeds hetzelfde recht – en die kans is eveneens groot – dan zal hij moeten bedenken welk recht hem het 'voordeligst' uitkomt, dus het gunstigste uitzicht biedt op een gewonnen procedure. In de calculatie zal hij voorts de mogelijkheden met betrekking tot erkenning moeten meetellen. Het mag voor het rechtsgevoel van de eiser heel bevredigend zijn om in het gelijk gesteld te worden, maar als het in land X gewezen vonnis niets betekent in land Y waar het effect had moeten sorteren – bijvoorbeeld omdat de gescheiden echtgenoot in dat land woont en daar wil hertrouwen, of omdat een onbetaalde crediteur zich alleen daar op het vermogen van gedaagde kan verhalen – dan kan hij in land Y weer helemaal opnieuw beginnen.

1.7. *Een wereld zonder IPR*

Laten we ons eens voorstellen wat er zou gebeuren als er geen regels van IPR bestonden. Voor wat betreft de vraag naar het toe te passen recht is het

¹⁴ Art. 61 lid 1 *IPRGesetz*: 'Scheidung und Trennung unterstehen schweizerischem Recht'. Dit is slechts anders, aldus het tweede lid, indien de echtgenoten een gemeenschappelijke buitenlandse nationaliteit bezitten en slechts een van hen woonplaats in Zwitserland heeft. In dat geval moet in beginsel hun nationale echtscheidingsrecht worden toegepast.

¹⁵ Art. 142 lid 2 *Zivilgesetzbuch*: 'Ist die tiefe Zerrüttung vorwiegend der Schuld des einen zuzuschreiben, so kann nur der andere Ehegatte auf Scheidung klagen.' Een dergelijk schuldverweer kenden wij in Nederland ook: art. 1:152 BW, vervallen bij Wet van 1 juli 1992, *Stb.* 373.

¹⁶ Hoewel het *IPRGesetz* een ruimhartige erkenningsregeling voor buitenlandse echtscheidingen bevat, zou het in casu toch mis kunnen gaan. Uit art. 65 lid 2 volgt dat een buitenlands echtscheidingsvonnis in Zwitserland niet wordt erkend, als het is uitgesproken in een land waarvan geen van beide partijen of alleen de eisende partij de nationaliteit bezat, terwijl de gedaagde in Zwitserland woonde. Erkenning is in zo'n geval wel mogelijk als de gedaagde zich '*vorbehaltlos*' aan de rechtsmacht van de buitenlandse rechter heeft onderworpen of geen bezwaar maakt tegen de erkenning van diens uitspraak in Zwitserland.

antwoord simpel. De *lex fori* – het eigen recht van de rechter – zou nimmer wijken voor buitenlands recht; de Nederlandse rechter past uitsluitend Nederlands recht toe. Zonder regels voor erkenning van vreemde vonnissen zou een buitenlandse beslissing in eigen land waarschijnlijk niet voor erkenning en executie vatbaar zijn; een in het buitenland gevoerd geding zou opnieuw door de Nederlandse rechter moeten worden behandeld en afgedaan.¹⁷

Lastiger te beantwoorden is de vraag wat er zou gebeuren als we het zonder regels van internationaal bevoegdheidsrecht zouden moeten stellen. Waarschijnlijk zouden we ons dan moeten behelpen met ons nationale bevoegdheidsrecht, dat niet alleen regels stelt met betrekking tot het *soort gerecht* waar een procedure moet worden aangespannen¹⁸, maar ook met betrekking tot de *geografische ligging* van dat gerecht.¹⁹ Zo zal een Amsterdammer die tegen een Hagenaar wil procederen, zich tot de kantonrechter of rechtbank te Den Haag moeten wenden. Dezelfde regel zou kunnen gelden als de eisende partij uit het buitenland afkomstig is: de woonplaats van de gedaagde bepaalt dan welke rechter (internationaal) bevoegd is.²⁰ Dat wil niet zeggen dat de eiser uitsluitend daar terecht kan. In de eerste plaats kent het nationale bevoegdheidsrecht geen exclusieve bevoegdheid toe aan de rechter van de woonplaats van de gedaagde, maar voorziet het soms in alternatieven. Zo kan een werknemer niet alleen procederen voor de kantonrechter binnen wiens rechtsgebied zijn werkgever gevestigd is, maar ook daar waar hij zijn arbeid gewoonlijk verrichtte. Een werknemer die in Maastricht woont en werkt, zou dus zijn in Groningen gevestigde werkgever ook in Maastricht kunnen dagvaarden, en zonder regels van internationaal bevoegdheidsrecht zou dat ook gelden als de werkgever in Duitsland gevestigd is. Soms zijn er in een procedure meer gedaagden, en dan kan er tegen allen tegelijk geprocedeerd worden voor de rechter van de woonplaats van een van hen, naar keuze van de eiser. In de tweede plaats kan het voorkomen dat de woonplaats van de gedaagde onbekend is. In dat geval moet er – bij gebreke van een ander alternatief – een ‘noodforum’ worden aangewezen, en dat zal veelal de rech-

¹⁷ Vgl. art. 431 Rv: ‘(1) Behoudens het bepaalde in de artikelen 985–994, kunnen noch beslissingen, door vreemde rechters gegeven, noch buiten Nederland verleden authentieke akten binnen Nederland ten uitvoer worden gelegd. (2) De gedingen kunnen opnieuw bij de Nederlandse rechter worden behandeld en afgedaan.’

¹⁸ Dit zijn de regels met betrekking tot de ‘absolute competentie’ of ‘attributie’.

¹⁹ Deze regels betreffen de ‘relatieve competentie’ of ‘distributie’.

²⁰ Het adagium ‘distributie = (internationale) attributie’ brengt tot uitdrukking dat de relatief (dus geografisch) bevoegde rechter tevens internationale rechtsmacht heeft. Buiten de werking van verdragsregels hebben we ons met dit adagium kunnen behelpen om de vraag naar de internationale rechtsmacht van de Nederlandse rechter te beantwoorden. Hierin zal verandering komen wanneer de voorziene wijzigingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van kracht worden: daarin is een speciale regeling van de internationale rechtsmacht van de Nederlandse rechter opgenomen. Het adagium ‘distributie = attributie’ zal dan zijn betekenis grotendeels verliezen. Vgl. A.V.M. Struycken, *Distributie bepaalt attributie. Vuistregel en kern van een goed hanteerbaar rechtsmachtmodel*, preadvies voor een studiedag over de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter volgens de nieuwe bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, gehouden op 26 januari 1996, *NIPR* 1996 (speciale afl.), blz. 19–43.

ter van de woonplaats van de eiser zijn. Zonder regels van IPR zal een in Nederland wonende eiser dus meestal wel een bevoegde rechter in Nederland kunnen vinden, terwijl een buitenlander hier terecht zou kunnen wanneer (een van) de gedaagde(n) in Nederland woont, of wanneer de casus een ander aanknopingspunt met Nederland vertoont.

Aangenomen dat dit alles ook in het buitenland geldt, ontkomen we niet aan de conclusie dat de eiser in een internationaal geval zal kunnen kiezen tussen een procedure in eigen land of in het land van gedaagde. Mogelijk heeft hij zelfs nog andere opties. Zonder regels van IPR past ieder forum zijn eigen recht toe, en zal geen enkele beslissing effect kunnen sorteren buiten het land van de rechter die haar genomen heeft.

1.8. *Het conflictenrecht als middelpunt van de IPR-theorie*

Het was nu juist deze onwenselijke situatie – meer dan één forum bevoegd, exclusieve toepassing van de *lex fori*, geen erkenning van buitenlandse beslissingen – die aanleiding gaf tot de opstelling van IPR-regels. Zoals gezegd werd daarbij aanvankelijk sterk de nadruk gelegd op het probleem van het toepasselijk recht, het conflictenrechtelijk keuzeprobleem. Aan de internationale bevoegdheid of de erkenning van vreemde vonnissen is nauwelijks aandacht besteed. De oudste theorie van het internationaal privaatrecht – de laat-middeleeuwse Statutenleer – richtte zich op een indeling van rechtsregels in categorieën waaraan territoriale of extraterritoriale werking werd toegekend, maar niet op de rechtvaardiging of normering van rechtsmacht. De grondlegger van de thans gangbare IPR-theorie, de 19e-eeuwer Friedrich Carl von Savigny, zag wel het verband tussen bevoegdheid en toepasselijk recht²¹, maar heeft toch vooral naam gemaakt als de auctor van een 'kopernikanische Wende' in de oplossing van het conflictenrechtelijk keuzeprobleem. Door zijn toedoen kreeg het conflictenrecht tot taak het recht aan te wijzen waartoe een bepaald type rechtsbetrekking 'seiner eigenthümlicher Natur nach' behoort en waaraan het om die reden onderworpen is.²² Met bevoegdheid en erkenning houdt het 'Savigniaanse IPR' zich nauwelijks bezig. In Duitsland wordt dan ook een vrij strikt onderscheid gemaakt tussen 'internationales Privat-

²¹ Herhaaldelijk brengt Savigny, *supra* nt. 9, de *Gerichtsstand* van een rechtsbetrekking ter sprake. Zo keert hij zich tegen de gedachte dat de bevoegde rechter steeds zijn eigen recht zou moeten toepassen (blz. 126 e.v.). Hij erkent dat de eisende partij veelal kan kiezen tussen verschillende fora (blz. 129) en dat toepassing van de *lex fori* in zo'n geval onredelijk is (blz. 170). Aan de *Gerichtsstand der Obligation* wijdt hij zelfs een aparte paragraaf (§ 370), waarin hij het 'Erfüllungs-ort' als bevoegdheidscriterium voor (contractuele) verbintenissen centraal stelt (blz. 226 e.v.). Opvallend is hier de koppeling van het toepasselijk recht aan de bevoegdheid: 'Ich nehme die ganze Reihe praktischer Regeln, wie sie oben für den Gerichtsstand aufgestellt worden sind, ohne Bedenken zugleich als maßgebend für das anwendbare örtliche Recht an.' (blz. 246).

²² *Ibid.*, blz. 28 en blz. 108.

recht' of 'Kollisionsrecht' en 'internationales Verfahrensrecht'.²³ In de moderne Amerikaanse IPR-theorie, die de koers van het na-oorlogse conflictenrecht in de Verenigde Staten radicaal veranderde, staat de vraag centraal welke staat belang heeft bij toepassing van zijn recht, en op welke wijze een eventueel belangenconflict moet worden opgelost. Ook hier ligt de nadruk dus op het conflictenrechtelijk keuze probleem, en niet op de internationale bevoegdheid en al helemaal niet op erkenning en tenuitvoerlegging.²⁴

Niettemin zijn het vooral de Anglo-Amerikaanse schrijvers die oog hebben voor het verband tussen rechtsmacht en toepasselijk recht. Dat vindt zijn verklaring enerzijds in de ruime bevoegdheidscriteria die de *common law* pleegt aan te leggen – de toevallige aanwezigheid van de gedaagde in een bepaald rechtsgebied kan al voldoende zijn voor de vestiging van 'personal jurisdiction'²⁵ – anderzijds in het ontbreken van regels die de rechter ertoe dwingen om regels van IPR en/of buitenlands recht ambtshalve toe te passen. Als geen van beide partijen een beroep doet op de toepasselijkheid van eigen recht of als de belanghebbende er niet in slaagt de inhoud van het ingeroepen buitenlands recht te bewijzen, dan is de Anglo-Amerikaanse rechter betrekkelijk vrij om zijn eigen recht toe te passen. De combinatie van deze twee factoren maakt het voor de rechtzoekende extra lucratief om zorgvuldig te bepalen wáár hij gaat procederen, een verschijnsel dat treffend 'forum shop-

²³ In het bekende leerboek van Gerhard Kegel, *Internationales Privatrecht, Ein Studienbuch* 7. Aufl. München 1995, wordt het internationaal procesrecht betrekkelijk cursorisch in een 'Anhang' behandeld. Vgl. ook Leo Raape/Fritz Sturm, *Internationales Privatrecht, Band 1: Allgemeine Lehren*, München 1977, blz. 25, waar gepleit wordt voor een geïntegreerde behandeling van conflictenrecht ('IPR'), vreemdelingenrecht, nationaliteitsrecht en internationaal procesrecht. Desondanks besteden de auteurs geen aandacht aan laatstgenoemd onderwerp; misschien komt dat nog in *Band II*.

Hoewel de Zwitserse IPR-wet zowel bevoegdheid, toepasselijk recht als erkenning/tenuitvoerlegging bestrijkt, wordt het internationaal procesrecht nog steeds als een 'Nachbargebiet' van het IPR gezien; vgl. Max Keller/Kurt Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich 1986, blz. 152 e.v., die overigens zelf toegeven dat het internationaal procesrecht zo nauw met het conflictenrecht ('dem internationalen Privatrecht im engsten Sinn') verbonden is, 'daß es heute vielfach mit Recht als ein Teil des internationalen Privatrechts im weiteren Sinn aufgefaßt wird.'

²⁴ In het Amerikaanse IPR ligt de nadruk op *interstatelijke* wetsconflicten; conflicten tussen het recht van een Amerikaanse deelstaat en buitenlands recht (*internationale* wetsconflicten) worden in de literatuur enigszins stiefmoederlijk behandeld. De erkenning van beslissingen die afkomstig zijn van zusterstaten, wordt aanzienlijk vergemakkelijkt door de 'full faith and credit clause' van de Amerikaanse Constitutie.

²⁵ Berucht zijn de gevallen waarin 'personal jurisdiction' werd gevestigd doordat de 'process server' de gedaagde een dagvaarding overhandigde tijdens een vliegreis, juist op het moment dat het vliegtuig zich in het luchtruim boven de forumstaat bevond; vgl. *Grace v. McArthur*, 170 F. Supp. 442 (E.D. Ark. 1959). Even gemakkelijk werd jurisdictie aangenomen op grond van het enkele feit dat in de forumstaat beslag gelegd was op vermogensbestanddelen van gedaagde.

ping’ genoemd wordt.²⁶ Niettemin wordt er ook in de Anglo-Amerikaanse IPR-theorie beduidend meer aandacht besteed aan de vraag naar het toepasselijk recht dan aan de gronden voor rechtsmacht.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat de bestaansgrond van het internationaal privaatrecht doorgaans besproken wordt vanuit een conflictenrechtelijk en niet vanuit een procesrechtelijk perspectief. Ik ken geen enkele verklaring van de *raison d’être* van het IPR die niet als vaststaand aanneemt dat een internationaalprivaatrechtelijke casus in meer dan één land terecht kan worden, en dat er dus aanleiding is om een rationele keuze tussen eigen recht en buitenlands recht te maken. Niet de aanwijzing van het meest in aanmerking komende forum, maar de aanwijzing van het meest in aanmerking komende recht wordt beargumenteerd. Hoewel die argumentatie meestal dient ter onderbouwing van een bepaald type oplossing van het conflictenrechtelijk keuzeprobleem, zich dus meer richt op de voorgestelde *methode* dan op de bestaansgrond van het conflictenrecht als zodanig, zou zich uit de aangevoerde argumenten toch wel een antwoord moeten laten afleiden op de vraag waarom keuzeregels – van welk type ook – eigenlijk wenselijk zijn. Of dat zo is, zal blijken nadat ik de meest gangbare conflictenrechtelijke argumenten de revue heb laten passeren. Ik meen dat het beste te kunnen doen door ze in twee groepen te verdelen, corresponderend met twee juridische kernbegrippen die op ieder rechtsgebied een rol spelen, dus ook in het internationaal privaatrecht: doelmatigheid en rechtvaardigheid.

²⁶ De term is niet van vandaag of gisteren. Vgl. Friedrich K. Juenger, *Forum Shopping, Domestic and International*, 63 *Tulane L.Rev.* 553–574 (1989), blz. 553: ‘The first mention in a judicial opinion dates from 1952, but it is probably much older. Professor Leflar told me that he used this turn of phrase when he began teaching conflicts law in 1927, and that he might have heard it when he took Professor Beale’s conflict of laws class.’

2. Waarden en belangen

2.1. Doelmatigheid en rechtvaardigheid in het IPR

Doelmatigheid en rechtvaardigheid zijn centrale rechtsbeginselen, die alle deelgebieden van het recht met elkaar verbinden.²⁷ Het zijn noodzakelijkerwijs vage noties, die gekleurd worden door de voorstelling die men van het verschijnsel recht heeft. Het zijn begrippen zonder algemeen geldige inhoud, omdat er geen algemeen geldige criteria zijn waaraan zij getoetst kunnen worden. Of recht *rechtvaardig* is, hangt af van het gepostuleerde uitgangspunt: gelijke behandeling van gelijke gevallen, bijvoorbeeld, of bescherming van zwakkeren, of de verwezenlijking van vrijheid. De *doelmatigheid* van het recht wordt bepaald door het doel dat aan het recht wordt toegekend, en daarover kan nogal verschillend worden gedacht.²⁸

Ook in het IPR wordt de inhoud van de begrippen rechtvaardigheid en doelmatigheid gekleurd door de waarde- en doelvoorstellingen die aan de verschillende IPR-theorieën ten grondslag liggen. Nu eens zijn het onverzoenbare antinomieën, dan weer liggen zij in elkaars verlengde of lopen zij in elkaar over, en in een enkele theorie worden zij zelfs geïdentificeerd, maar telkens weer worden zij gebruikt om doel, functie of methode van verschillende conflictenrechtelijke modellen te verklaren of te rechtvaardigen.

In een in 1973 verschenen opstel, onder de titel *Het rechtvaardigheidsgehalte van het internationaal privaatrecht*, heeft Dubbink een beschouwing gewijd aan de strekking van het conflictenrecht.²⁹ Ik mag nu wel bekennen dat de portée van deze tekst mij destijds grotendeels ontgaan is en ik ben bang dat ik zijn betoog geen recht heb gedaan in een kritiek op de traditionele IPR-theorie, die ik destijds als aankomend en hemelbestormend wetenschappelijk medewerker schreef.³⁰ Laat de volgende recapitulatie dan mijn *amende honorable* zijn. Dubbink begint met een driedeling te maken tussen regels van privaatrecht die rechtstreeks teruggaan op overwegingen van rechtvaardigheid, regels die

²⁷ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. 1973, blz. 164 e.v., onderscheidt drie facetten aan de 'Rechtsidee': *Gerechtigkeit*, *Zweckmässigkeit* en *Rechtssicherheit*. In een na-oorlogs opstel, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, opgenomen in de door Erik Wolf en Hans-Peter Schneider bezorgde uitgave, t.a.p. blz. 339–350, beschouwt Radbruch de rechtszekerheid als deel van de rechtvaardigheid: 'Wir haben die Gerechtigkeit zu suchen, zugleich die Rechtssicherheit zu beachten, da sie selber ein Teil der Gerechtigkeit ist ...'

²⁸ C.W. Maris, Algemene inleiding, in: *Recht, rechtvaardigheid en doelmatigheid, Bundel verschenen ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam* (red. C.W. Maris e.a.), Arnhem/Deventer 1990, blz. 3–43.

²⁹ C.W. Dubbink, Het rechtvaardigheidsgehalte van het internationaal privaatrecht, in: *Speculum Langemeijer, 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle 1973, blz. 63–72.

³⁰ Th.M. de Boer, Een dreigend faillissement: het tekort van het internationaal privaatrecht, *WPNR* 1976, no. 5348.

zijn ingegeven door de wens om een nuttig of doelmatig resultaat te bewerkstelligen en tenslotte technisch-juridische regels. Regels van conflictenrecht zijn afgestemd op rechtvaardigheid en doelmatigheid; het zijn geen technisch-juridische regels, die betrekkelijk willekeurig een knoop moeten doorhakken, of die dienen om de werking van andere bepalingen mogelijk te maken, zoals een definitie of verwijzingen naar andere wetsbepalingen. Dubbink sluit zich aan bij de opvatting van de befaamde civilist E.M. Meijers, aan wie ik de titel van deze voordracht ontleen: conflictenrecht moet er zijn om een 'een zoo doeltreffende en rechtvaardig mogelijke ordening in leven te roepen' en om 'in een internationaal geschil tot een voor de rechtzoekenden zoo doelmatig en rechtvaardig mogelijke beslissing te komen'.³¹ Hierin schuilt een zekere tegenstelling, niet alleen tussen doelmatigheid en rechtvaardigheid, maar ook tussen ordening en beslissing. Dubbink schrijft hierover:

'Wie een zo doeltreffend en rechtvaardig mogelijke ordening wil bereiken, streeft naar een algemene regeling; wie een zo doelmatig en rechtvaardig mogelijke beslissing in een internationaal geschil wil vinden, zoekt naar de juiste oplossing van een individueel geval. Het zal allicht zo lopen, dat de ordening zich meer naar de doelmatigheid richt, de beslissing van het geschil meer naar de rechtvaardigheid. Dit is echter een kwestie van accent.'³²

Een doelmatige ordening in abstracto en een rechtvaardige beslissing in concreto, daarop moet het conflictenrechtelijk model dus zijn toegesneden. Aan beide kanten complementeren deze waarden elkaar, vindt Dubbink. Met betrekking tot de doelmatigheid van IPR-wetgeving schrijft hij:

'Het is op zichzelf uitermate gewenst, dat in een bepaald geval in verschillende staten dezelfde uitkomst wordt bereikt. Dit is zeker doelmatig, maar wanneer de bereikte uitkomst niet rechtvaardig zou zijn, moet de wetgever [...] een rechtvaardige oplossing nastreven, ook al zou die elders niet zijn aanvaard.'³³

En met betrekking tot de rechtvaardige rechtsbeslissing:

'De rechtvaardigheid waarmee de collisieregels zich bezighouden is een globale: voor gehele rechtsgebieden en groepen gevallen wordt de toepasselijke wet aangewezen. Het kan niet worden ontkend, dat in een bepaald geval de globaal rechtvaardige regel kan leiden tot een onrechtvaardige uitkomst in concreto.'³⁴

Het is dus passen en meten in het conflictenrecht, zowel bij de opstelling van

³¹ E.M. Meijers, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II*, blz. 384 e.v.

³² *Supra* nt. 29, blz. 67.

³³ *Ibid.* blz. 67.

³⁴ *Ibid.* blz. 68.

regels die het toepasselijk recht moeten aanwijzen als bij de toepassing van die regels door de rechter. De wetgever mag zich niet alléén door doelmatigheid laten leiden, en bij de rechtstoepassing wordt de grens van de rechtvaardigheid bepaald door de doelmatigheid.

Omdat de hedendaagse IPR-theorie zich voornamelijk richt op de methode van conflictoplossing³⁵ en daarvoor verschillende regelmodellen heeft ontworpen, ligt in de verschillende argumentaties het accent meer op de ‘algemene regeling’ dan op de ‘juiste oplossing van een individueel geval’. Gelet op het voorgaande, zou de onderbouwing van een bepaald conflictenrechtelijk model dus vooral op doelmatigheidsargumenten moeten steunen, en inderdaad lijken de meeste (Europese) auteurs zich vooral daarop te richten.

Het Savigniaanse conflictenrecht, gekenmerkt door een neutrale of regelblinde rechtsaanwijzing op grond van feitelijke verbindingen tussen casus en toe te passen recht, streeft naar een regeling die het ‘door rechtsverscheidenheid gecompliceerde internationale rechtsverkeer’³⁶ ten goede komt. Daarbij denkt men doorgaans aan twee complicaties. De ene schuilt in de combinatie bevoegdheid en toepasselijk recht, de ander in de combinatie toepasselijk recht en erkenning van buitenlandse beslissingen of, ruimer, van elders verkregen rechten. De eerste ontstaat doordat er in een internationaal geval meestal meer dan één forum bevoegd is en de eisende partij de uitkomst van de rechtsstrijd zou kunnen beïnvloeden door die rechter te adriëren wiens recht hem het beste past. Wie dat onwenselijk acht, streeft naar een conflictenrecht dat het effect van forum shopping teniet doet. De andere complicatie ontstaat doordat het recht van het ene land aan een bepaald feit rechtsgevolgen verbindt, terwijl het recht van een ander land dat nu juist niet doet of op een andere manier. Zo kunnen ‘hinkende rechtsverhoudingen’ ontstaan, zoals tussen het Nederlands/Zwitserse echtpaar uit het eerder gegeven voorbeeld. Ook deze complicatie zou door het conflictenrecht moeten worden verholpen. Een conflictenrechtelijk model dat primair tegemoet wil komen aan ‘de behoeften van een geordend [internationaal] rechtsverkeer’³⁷, wordt hoofdzakelijk door doelmatigheidsargumenten gedragen. We zullen echter zien dat ook in deze aanpak van het conflictrechtelijk keuzeprobleem de rechtvaardigheid zich niet geheel en al laat verdringen.

Tegenover de Savigniaanse argumentatie staat die van de Amerikaanse theoretici. Hierin voert de rechtvaardigheid onmiskenbaar de boventoon. Dat is ook niet verwonderlijk, omdat de common law meer georiënteerd is

³⁵ Dat is wel anders geweest. Met name de Hollandse Statutenleer (vgl. *supra* nt. 6) richtte zich op de *grondslag* van het conflictenrecht, met name op de rechtsgrond voor de toepasselijkheid van buitenlands recht. De oudvaderlandse Statutisten vroegen zich af waarom staten over en weer de gelding van elkaars recht binnen de eigen grenzen zouden moeten aanvaarden. Het antwoord vonden zij in de *comitas* of *ratio naturalis* als de tegenhanger van de *rigor iuris*: meer dan willekeurige welwillendheid, maar minder dan een volkenrechtelijke plicht; vgl. Kusters/Dubbink, *supra* nt. 4, blz. 37.

³⁶ Strikwerda, *supra* nt. 3, blz. 20.

³⁷ Kusters/Dubbink, *supra* nt. 4, blz. 78.

op concrete rechtstoepassing dan op abstracte regelgeving. In de Verenigde Staten is het conflictenrecht primair gericht op *justice in the individual case* en niet op 'globale rechtvaardigheid', op *rule-selection* in plaats van *jurisdiction-selection*, op een *interest analysis* per geval of op het ad hoc aanwijzen van de *better rule of law*, en niet op conflictenrechtelijke systeemwaarden. Maar omdat rechtvaardigheid niet zonder doelmatigheid kan, blijven ook de Amerikaanse theoretici zoeken naar een conflictenrechtelijke normatuur. Ook in de Verenigde Staten bestaat behoefte aan voorspelbare oplossingen, en ook daar beschouwt men forum shopping als een ongewenst verschijnsel.³⁸ Niet voor niets bepleiten sommige auteurs een terugkeer naar *regels* van conflictenrecht³⁹, en bevat de Restatement Second on Conflict of Laws enkele richtlijnen die geheel in de sleutel van de doelmatigheid staan.⁴⁰

Na deze inleiding laten de verschillende argumentaties die licht kunnen werpen op de bestaansgrond van het conflictenrecht zich als volgt rubriceren.

2.2. De behoefte aan een 'doeltreffende ordening'

2.2.1. Forum shopping: het verband tussen bevoegdheid en toepasselijk recht

Een van de belangrijkste gronden voor de stelling dat internationaal privaatrechtelijke gevallen niet per se naar de *lex fori* beoordeeld moeten worden, laat zich uitdrukken in één woord: *Entscheidungseinklang*. In Nederland wordt wel de uitdrukking 'beslissingsgelijkheid' gebezigd, maar de Duitse term is in onze IPR-theorie toch de meest gangbare. In de Engelse en Amerikaanse literatuur vindt men hetzelfde begrip vertaald als *uniformity of result of decisional harmony*, soms gekoppeld aan de rechtszekerheid: *certainty, predictability and uniformity of result*.⁴¹ In Frankrijk spreekt men wel van *l'harmonie internationale des solutions*.⁴² Het is het *Leitmotiv* van het klassieke conflictenrecht, zoals verwoord door Savigny in de beroemde passage:

'daß auch die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde.'⁴³

Savigny zag de wereld als een 'völkerrechtliche Gemeinschaft der mit einander verkehrenden Nationen', waarin het niet uitmaakt of er in Pruisen, of

³⁸ Zie echter Juenger, *supra* nt. 26, die het verschijnsel niet zonder meer veroordeelt: '... not all forum shopping merits condemnation.'

³⁹ In die geest reeds David F. Cavers, *The Choice-of-Law Process*, Ann Arbor Mich. 1965, die een voorstel deed om *true conflicts* met behulp van *principles of preference* op te lossen. Vgl. voorts de 'Fuld Principles' neergelegd in *Neumeier v. Kuehner* 31 N.Y.2d 121, 286 N.E.2d 454, 335 N.Y.S.2d 64 (1972).

⁴⁰ Zie § 6(f): *certainty, predictability and uniformity of result*; § 6(g): *ease in the determination and application of the law to be applied*. Vgl. de *choice-influencing considerations* van Robert Lefflar, *supra* nt. 8: 'predictability of results' en 'simplification of the judicial task'.

⁴¹ Zie § 6 *Restatement (Second) of Conflict of Laws*.

⁴² Batiffol, *infra* nt. 47, blz. 212.

⁴³ *Supra*, noot 9, blz. 27.

in Nederland, of in Amerika recht gesproken wordt, omdat dezelfde casus in ieder van die landen uiteindelijk naar hetzelfde recht beoordeeld zal worden. Dat volgt uit het Savigniaanse postulaat, dat zich uit de ‘eigenthümliche Natur’ van ieder soort rechtsbetrekking de plaats waar die rechtsbetrekking thuishoort natuurlijkerwijs – en dus overal en altijd op dezelfde wijze – laat afleiden. Wat Savigny voor ogen stond was een conflictenrechtelijk model met universele geldingskracht, een overal aanvaardbaar stelsel van regels voor de rechtsaanwijzing dat de ‘wünschenswerte Gegenseitigkeit in der Behandlung der Rechtsverhältnisse’⁴⁴ zou realiseren, een paradigma dat ‘zu- letzt zu einer völlig übereinstimmenden Behandlung unserer Lehre in allen Staaten führen wird.’⁴⁵ Een echo van deze gedachte vinden we in de toelich- ting op het ontwerp van een Eenvormige Beneluxwet betreffende het Inter- nationaal Privaatrecht, een ontwerp dat overigens nooit de status van wet gekregen heeft. In de ‘Algemene Beschouwingen’ voorafgaande aan de toe- lichtung op de afzonderlijke bepalingen staat te lezen:

‘Bovendien geldt hier de overweging, dat bij een wettelijke regeling van het internationaal privaatrecht niet uitsluitend nationale belangen in aanmer- king mogen komen. De oplossing die de ene wetgeving in een internatio- naal geval geeft, moet in beginsel ook voor iedere andere wetgeving aan- vaardbaar zijn. Anders krijgt men de toestand, dat éénzelfde geval verschillend berecht wordt, afhankelijk van het land waar toevallig de procedure gevoerd wordt. Dit gevaar is zeker niet in alle gevallen te ver- mijden, maar moet toch tot een minimum beperkt worden. Vandaar dat men zoveel mogelijk als uitgangspunt van een wettelijke regeling van het internationaal privaatrecht het beginsel dient te nemen: stel uw regels van internationaal privaatrecht zo op, dat zij ook in een wereldrecht niet mis- plaatst zouden zijn.’⁴⁶

Hieruit laat zich afleiden dat het conflictenrecht, in deze opvatting althans, primair zijn bestaansgrond vindt in overwegingen van doelmatigheid en rechtszekerheid. Het is in het leven geroepen om te voorkomen dat interna- tionale gevallen in verschillende landen naar verschillend recht worden be- oordeeld en om te verzekeren dat de daarbij betrokken partijen van tevoren

⁴⁴ *Ibid.*, blz. 26.

⁴⁵ *Ibid.*, blz. 114.

⁴⁶ Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk België en het Groothertog- dom Luxemburg houdende eenvormige wet betreffende het internationaal privaatrecht, met Bijlage, Brussel 3 juli 1969, *Trb.* 1970, nr. 16, blz. 10. De tekst van de toelichting is ontleend aan het verslag van de Belgisch-Nederlands-Luxemburgse Studiecommissie tot eenmaking van het recht, welk verslag was toegevoegd aan een eerdere versie van het verdrag, daterend uit 1951. De auteur is vrijwel zeker de ontwerper van de Eenvormige Wet, E.M. Meijers.

kunnen weten door welk nationaal recht hun rechtspositie bepaald wordt.⁴⁷ Anders gezegd: dit type conflictenrecht vindt zijn bestaansgrond in de bestrijding van forum shopping. Vanaf het moment dat hun rechtsbetrekking ontstaat, dienen partijen precies te weten aan welk recht hun verhouding onderworpen is, ongeacht het forum dat daarover eventueel een oordeel moet geven.

2.2.2. *Hinkende rechtsverhoudingen; het verband tussen toepasselijk recht en erkenning*

Rechtsverscheidenheid vormt, zoals gezegd, een van de ontstaansgronden van het IPR. Als het privaatrecht niet van land tot land zou verschillen, dus als er over de hele wereld uniform privaatrecht zou bestaan, dan zou er geen keuzeprobleem rijzen en zou iedere rechter zijn eigen recht kunnen toepassen. Als alle rechtsstelsels een uniform conflictenrecht zouden kennen, dus als het conflictenrechtelijk keuzeprobleem overal ter wereld op dezelfde wijze zou worden opgelost, dan zou iedere rechter hetzelfde recht toepassen, al hoeft dat niet per se zijn eigen recht te zijn. Uniform privaatrecht en uniform conflictenrecht leiden in zoverre tot hetzelfde resultaat, dat het er niet toe doet waar de rechtsstrijd gevoerd wordt en welke rechter bevoegd is tot het geven van een oordeel. Forum shopping levert de eisende partij dan geen voordeel op.

Toch is dit niet de enige reden waarom de voorstanders van een doelmatige regeling van het conflictenrecht het belang van *Entscheidungseinklang* zo hoog in het vaandel schrijven. Het conflictenrecht, zo betogen zij, moet niet alleen de aantrekkelijkheid van forum shopping verminderen, maar dient tevens te voorkomen dat 'hinkende rechtsverhoudingen' ontstaan. Als een rechtsverhouding van land tot land naar ander recht zou worden beoordeeld, dan dreigt het gevaar dat de rechtspositie van de daarbij betrokken partijen van land tot land verandert, en dat is funest voor het internationale rechtsverkeer. Wie in Italië een geldig huwelijk sluit ten overstaan van een kerkelijke autoriteit, moet van de Nederlandse burgerlijke stand niet te horen krijgen dat hij nog als vrijgezel te boek staat. Wie in Nederland wettig gescheiden is, moet ervan op aan kunnen dat hij ook in Zwitserland als ongehuwd geldt. Wie in Frankrijk een auto heeft gekocht, moet er zeker van kunnen zijn dat hem de eigendom daarvan in Nederland niet betwist kan worden. Wie in New York een geldig testament maakt, moet erop kunnen rekenen dat zijn laatste wil overal ter wereld zal worden gehoorzaamd. Kortom, het IPR moet ervoor zorgen dat het internationale rechtsverkeer geen hinder ondervindt van de bestaande rechtsverscheidenheid.

⁴⁷ Dezelfde opvatting vinden we terug bij Henri Batiffol, de toonaangevende auteur van het in 1956 in Parijs verschenen boek *Aspects philosophiques du droit international privé*. Volgens hem moet het internationaal privaatrecht gericht zijn op een 'coordination des systèmes': blz. 102 e.v.; blz. 141: '... il convient de se demander maintenant comment le législateur et l'interprète peuvent concevoir selon une vue rationnelle la coordination des systèmes juridiques à laquelle tend le droit international privé.' Vervolgens bespreekt hij 'les méthodes de coordination': blz. 142–227.

Ook dit argument wordt vaak gebruikt in de conflictenrechtelijke methodenleer, en ook hier verwacht men de beste resultaten van een uniform, op *Entscheidungseinklang* gericht conflictenrecht.⁴⁸ Het belang van een soepel verloopend internationaal rechtsverkeer verlangt dat grensoverschrijdende gevallen niet uitsluitend naar de *lex fori* worden beoordeeld. Aan ‘buitenlandse feiten’ moeten misschien wel ‘buitenlandse rechtsgevolgen’ worden verbonden, en niet per se de gevolgen die het eigen recht eraan zou toekennen.⁴⁹ Die bereidheid alléén is echter nog niet voldoende om hinkende rechtsverhoudingen te voorkomen. Als wij in Nederland bereid zouden zijn om de geldigheid van een in New York opgemaakt testament naar New Yorks recht te beoordelen, terwijl het in New York zou worden getoetst aan de Nederlandse geldigheidsvereisten, bijvoorbeeld omdat de erflater in Nederland woonachtig was, dan zou nog kunnen blijken dat het testament in Nederland als geldig en in New York als ongeldig wordt beschouwd, en die uitkomst is in strijd met het belang van een onbelemmerd internationaal rechtsverkeer. Vandaar dat we ook hier zouden moeten streven naar *Entscheidungseinklang*, dus naar een uniform conflictenrecht.⁵⁰

Het belang van een ongehinderd internationaal rechtsverkeer is een veel gehoord argument, ook in de contemporaine IPR-theorie. Het wordt niet alleen gebruikt ter verdediging van een bepaalde conflictenrechtelijke methode, maar soms zelfs ter rechtvaardiging van het bestaan van het conflictenrecht als zodanig: als er geen criteria waren voor de aanwijzing van het toepasselijk recht, zou het internationale rechtsverkeer ernstig ontregeld raken. In deze gedachtengang bepaalt het door een (liefst uniforme) conflictregel aangewezen recht welke rechtsgevolgen aan een bepaald feit moeten worden verbonden. Eigenlijk gaat het hier niet om de vraag door welk recht een internationale rechtsverhouding wordt beheerst, maar om de erkenning van feiten waaraan een bepaald buitenlands recht gevolgen heeft verbonden. We betreden hier het onherbergzame terrein van de ‘verkregen rechten’, een onderwerp waarover talloze schrijvers hun licht hebben laten schijnen, zonder dat zij erin zijn geslaagd een sluitende theorie te presenteren. Zoals Savigny al betoogde, leidt de leer der verkregen rechten al gauw tot een cirkel-

⁴⁸ Vgl. Kegel, *supra* nt. 23, blz. 112: ‘Hinkende Rechtsverhältnisse sind das Gegenteil von internationalem oder äußerem Entscheidungseinklang. An solchem Einklang besteht ein starkes (Ordnungs-) Interesse. Aber es ist wirksam erreichbar nur, wenn man das IPR vereinheitlicht.’

⁴⁹ Daarbij rijst uiteraard de vraag welk van de naar verschillende landen wijzende feiten doorslaggevend is voor de rechtsaanwijzing.

⁵⁰ Een tussenoplossing wordt verdedigd door de aanhangers van het leerstuk van de herverwijzing (*renvoi*). Ervan uitgaande dat het conflictenrecht van land tot land verschilt, bepleiten zij de ‘Gesamtverweisung’: als het conflictenrecht van het forum verwijst naar buitenlands recht, dient dat recht integraal te worden toegepast, inclusief de regels van het buitenlandse conflictenrecht. Verwijzen die regels naar het recht van een derde land, dan dient het conflictenrecht van dat land gevolgd te worden (verderverwijzing); verwijst het terug naar het recht van het forum (terugverwijzing), dan mag de cirkel worden doorbroken door toepassing van de *lex fori*. Als middel tot bevordering van *Entscheidungseinklang* staat of valt *renvoi* met de bereidheid van alle betrokken landen om rekening te houden met elkaars conflictenrecht.

redenering: om een in het buitenland 'verkregen recht' te kunnen erkennen, moeten we eerst vaststellen naar welk recht de verkrijging beoordeeld moet worden.⁵¹ Met andere woorden: men kan zich alleen dan met succes op een bepaald feit en een daaruit voortvloeiend recht beroepen, als het conflictenrecht van het forum een rechtsstelsel aanwijst dat aan het gestelde feit het gestelde rechtsgevolg verbindt. Aldus wordt de vraag of een in het buitenland verkregen recht kan worden erkend, conflictenrechtelijk opgelost. Toepasselijk recht en erkenning liggen hier heel dicht bij elkaar.

2.3. *De behoefte aan een 'rechtvaardige ordening'*

Doelmatigheid is maar één kant van de medaille. Er is geen enkel conflictenrechtelijk model dat uitsluitend gericht is op *Entscheidungseinklang*. Het tegengaan van forum shopping en het bevorderen van een geordend internationaal rechtsverkeer mogen belangrijke doelstellingen zijn, maar geen enkele IPR-methode is alleen dáárop gericht. Zou dat wel zo zijn, dan zou er geen bezwaar gemaakt kunnen worden tegen het voorstel van de grondlegger van de moderne Amerikaanse IPR-theorie, Brainerd Currie, in de volgende, railleerende passage:

'In all solemnity, I suggest that a nearly ideal choice-of-law rule for such cases would be that the governing law shall be that of the state first in alphabetical order. [...] This rule might impose undue hardship on the courts of states low in the alphabet, since they would be constantly burdened by the task of ascertaining foreign law, while states high on the list would have the advantage of frequently applying domestic law. This difficulty could be met by applying the rule of inverse alphabetical order for transactions occurring in odd-numbered years.'⁵²

Zo'n oplossing is zonder meer doelmatig voor een conflictenrecht dat gericht is op *certainty, predictability and uniformity of result*. Zou dit criterium overal ter wereld worden aanvaard, dan leidt ook het 'ABC-IPR' tot *Entscheidungseinklang*. Forum shopping loont niet meer, hinkende rechtsverhoudingen kunnen niet meer ontstaan. Toch is er niemand die zo'n model bepleit. Doelmatigheid kan niet zonder een minimum aan rechtvaardigheid.

2.3.1. *Conflictenrechtelijke rechtvaardigheid*

Rechtvaardigheid is een beladen begrip in het IPR. Dat komt omdat het IPR moet jongleren met nationale stelsels van privaatrecht, ieder met hun eigen

⁵¹ Vgl. Kosters/Dubbink, *supra* nt. 4, blz. 301. Zie ook: Lea Brilmayer, *Conflict of Laws, Foundations and Future Directions*, Boston/Toronto/London 1991, blz. 15: 'Wächter, for instance, had criticized the idea of vested rights even before Beale came up with his own version of that approach. One aspect of his criticism was its circularity; to determine where and whether rights had vested, one already needed to know which substantive rules apply.'

⁵² Brainerd Currie, *The Verdict of Quiescent Years*, in: *Selected Essays*, Durham N.C. 1963, blz. 609 en nt. 74.

rechtvaardigheidsgehalte. In een neutrale visie op het conflictenrecht – waarin alle rechtstelsels ter wereld, ongeacht hun inhoud of herkomst, voor toepassing in aanmerking komen – mogen rechtvaardigheidsnoties uit het eigen recht niet zwaarder wegen dan die van de andere betrokken rechtstelsels. Vandaar dan ook dat in de op *Entscheidungseinklang* gerichte IPR-theorie, waarin dit soort neutraliteit een van de grondvoorwaarden is, een onderscheid gemaakt wordt tussen ‘conflictenrechtelijke’ en ‘materieelrechtelijke’ rechtvaardigheid. Het rechtvaardigheidsgehalte van het IPR is van een andere, om niet te zeggen hogere orde dan die van het eigen of buitenlandse materiële recht.

Het onderscheid tussen *internationalprivatrechtliche* en *materiellrechtliche Gerechtigkeit* is met veel verve verdedigd door Gerhard Kegel, die er in zijn beroemd geworden leerboek over het Duitse IPR het volgende van zegt:

‘Wenn die Rechte verschieden sind, wie im IPR von Staat zu Staat, so darf daher gerechterweise nicht das *sachlich* beste (sei es das eigene oder ein fremdes) angewandt werden. Anzuwenden ist vielmehr das *räumlich* beste, genauer: das Recht des *Staatsgebiets*, dem z.B. ein Handelnder oder Betroffener zuzurechnen ist (weil er der dort lebenden Rechtsgemeinschaft eng verbunden ist) oder in dem sich eine Handlung oder ein Ereignis abgespielt hat. M.a.W.: *die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit geht vor der materiellprivatrechtlichen.*’⁵³

In de visie van Kegel wordt de *internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit* hoofdzakelijk bepaald door de mate waarin bij de aanwijzing van het toepasselijk recht rekening gehouden wordt met conflictenrechtelijk relevante belangen: *Parteiinteressen*, *Verkehrsinteressen* en *Ordnungsinteressen*. De belangen van partijen verlangen de aanwijzing van een recht waarmee zij zich het nauwst verbonden voelen, primair het recht van hun nationaliteitsland. Als zij onderdanen van verschillende landen zijn, zou uitgeweken moeten worden naar een recht waarmee zij beiden verbonden zijn, zoals het recht van hun gemeenschappelijke woonplaats. De *Verkehrsinteressen* worden gediend door de *favor negotii*: de aanwijzing van het toepasselijk recht wordt mede bepaald door de gedachte dat het internationale rechtsverkeer belang heeft bij geldige rechtshandelingen. Als het recht van de plaats van handelen nietigheid zou voorschrijven, mag worden uitgeweken naar een in dit opzicht ‘gunstiger’ recht. Toepassing van het recht van de plaats van ligging van een goed en toepassing van het recht van de plaats waar een onrechtmatige daad zich afspeelde, komen volgens Kegel eveneens tegemoet aan de verkeersbelangen: het internationale rechtsverkeer heeft er belang bij ‘daß man leicht und sicher geht’. Tenslotte zijn er de belangen van een bruikbare en consistente rechtsorde. De *Ordnungsinteressen* verlangen een IPR dat gericht is op *äußerer* en *innerer*

⁵³ Kegel, *supra* nt. 23, blz. 106/107; cursiveringen van Kegel.

*Entscheidungseinklang*⁵⁴, op een neutrale behandeling van eigen en vreemd recht, en op beslissingen die in het buitenland uitvoerbaar zijn.

De conflictenrechtelijke rechtvaardigheid, aldus Kegel, wordt gediend door regels waarin *Parteiinteressen*, *Verkehrsinteressen* en *Ordnungsinteressen* tegen elkaar zijn afgewogen. Afhankelijk van het onderwerp, zal nu eens het ene belang dan weer het andere, al dan niet in combinatie, in de regel (moeten) zijn verdisconteerd, maar daarmee zijn de grenzen van de rechtvaardigheid in het IPR dan wel bereikt. Met de inhoud van de voor toepassing in aanmerking komende rechtsstelsels mag bij de rechtsaanwijzing geen rekening worden gehouden: de materieelrechtelijke rechtvaardigheid speelt daarbij geen rol.⁵⁵

Goed beschouwd is de conflictenrechtelijke rechtvaardigheid die Kegel propageert, niet meer dan een verzamelwoord voor doelmatigheidsargumenten. Voor zover het IPR *Verkehrs-* en *Ordnungsinteressen* zou moeten dienen, hoeft het alleen maar zekerheid, voorspelbaarheid en beslissingsgelijkheid te garanderen. Als het alleen maar gaat om een ordening van het internationale rechtsverkeer, om een regelmodel dat alleen maar richting hoeft te geven in de chaos van de rechtsverscheidenheid, dan doet het ABC-IPR niet onder voor het neutrale ordeningsmodel dat Kegel aanhangt. Het enige aspect van de conflictenrechtelijke rechtvaardigheid dat méér verlangt, is het belang van partijen. Maar bij Kegel zijn de *Parteiinteressen* gereduceerd tot de veronderstelling dat zij hun rechtspositie het liefst onderworpen zien aan het recht van het land waarmee zij door nationaliteit of woonplaats verbonden zijn. In deze utilitaire visie passen geen morele, ethische of politieke argumenten. Of de conflictenrechtelijke afweging leidt tot een billijk of rechtvaardig materieel-

⁵⁴ Onder *äußerer Entscheidungseinklang* verstaat men internationale beslissingsgelijkheid: het mag geen verschil maken of het conflictenrecht van het ene of van het andere land wordt toegepast. *Innerer Entscheidungseinklang* is een begrip dat uitdrukking geeft aan de behoefte aan coherentie. Wanneer verschillende aspecten van een IPR-casus aan verschillende rechtsstelsels worden onderworpen – een verschijnsel dat *dépeçage* wordt genoemd – dreigt het gevaar dat de materieelrechtelijke oplossingen van de deelproblemen niet op elkaar aansluiten of zelfs met elkaar in strijd zijn. *Innerer Entscheidungseinklang* wordt bevorderd door ruimvallende conflictenrechtelijke regels voor brede categorieën privaatrechtelijke vragen.

⁵⁵ Wel kent Kegel, *supra* nt. 23, blz. 116, enige invloed toe aan *materiellprivatrechtliche Interessen* die in een enkel uitzonderingsgeval bescherming verdienen, zelfs al zou het *räumlich beste Recht* voor het *sachlich beste* moeten wijken. Kegel geeft hiermee een opening voor de werking van een ‘elastische Generalklausel’, die gebruikt kan worden om apert onrechtvaardig buitenlands recht te weren. Wij spreken van de negatieve werking van de openbare orde, de Duitsers van een ‘Vorbehaltsklausel zugunsten des deutschen *ordre public*’. Naarmate de casus minder raakvlakken met het *Inland* vertoont, neemt de corrigerende werking van de materieelrechtelijke rechtvaardigheid af, en omgekeerd.

Tenslotte noemt Kegel nog de *Staatsinteressen* (*ibid.* blz. 118), waarmee hij het oog heeft op publiekrechtelijke belangen van de betrokken staten. Publiekrechtelijke regels kunnen het door het conflictenrecht aangewezen privaatrecht doorkruisen, afhankelijk van de ‘Regeln des internationalen öffentlichen Rechts’ die een eigen rechtvaardigheidsgehalte hebben: ‘Denn für die (internationalprivatrechtliche) Gerechtigkeit zwischen den Einzelnen geben andere Interessen den Ausschlag als für die (internationalöffentlichrechtliche) Abgrenzung der Befugnisse der Staaten im Verhältnis zu den Einzelnen.’

rechtelijk resultaat, speelt in Kegels IPR-opvatting geen rol, sterker nog: dat mag geen rol spelen, omdat het conflictenrecht anders zijn neutraliteit ten opzichte van de in aanmerking komende rechtsstelsels zou verliezen.⁵⁶ Aldus zouden de *Parteiinteressen*, *Verkehrsinteressen* en *Ordnungsinteressen* het afleggen tegen de *materiellprivatrechtliche Interessen*, en daarmee zou het IPR zijn bestaansrecht als ordenend systeem verliezen.

2.3.2. *Materieelrechtelijke rechtvaardigheid*

Kegels ideeën over conflictenrechtelijke rechtvaardigheid en toepassing van het *räumlich beste Recht* hebben geen stand kunnen houden. In de jaren zestig en zeventig kwam het neutrale, waarde vrije IPR zwaar onder vuur te liggen. De kritiek richtte zich vooral tegen de ‘Armut an sozialen Werten’⁵⁷ van het klassieke conflictenrecht. Men verlangde een ‘vermaatschappelijking van het IPR’⁵⁸, dus meer oog voor de waarden en belangen die in het materiële recht tegen elkaar moeten worden afgewogen, voor de bescherming van structureel zwakkeren en voor collectieve belangen. Het afstandelijke, doelmatige IPR, dat alleen gericht is op ordening of coördinatie en waarde-oordelen angstvallig vermijdt, voldeed niet meer. De notie van de conflictenrechtelijke rechtvaardigheid werd te abstract en te kleurloos bevonden om het IPR nog voldoende draagvlak te bieden. De behoefte om ‘recht te doen’ liet zich niet langer beteugelen door het postulaat van de conflictenrechtelijke neutraliteit.

Sindsdien zijn er binnen het traditionele conflictenrecht regels ontstaan, waarin materieelrechtelijke waarden en belangen verdisconteerd zijn. Het is kenmerkend voor dit type regels dat zij niet zozeer gericht zijn op de bevordering van een bovenstatelijk ideaal als conflictenrechtelijke rechtvaardigheid, maar veeleer een nationale opvatting over rechtvaardigheid weerspiegelen. Dat heeft uiteraard tot gevolg dat de universele aspiraties van het IPR – geconcentreerd in het verlangen naar *Entscheidungseinklang* – naar de achtergrond verschuiven, maar daartegen verzet zich vrijwel niemand meer: ‘there are factors involved in choosing the applicable law other than insuring uniformity of result and at least equally important as the uniformity factor’.⁵⁹ In het hedendaagse IPR verschuift het accent van doelmatigheid naar rechtvaardigheid.

⁵⁶ *Contra*: Dubbink, *supra* nt. 4, blz. 70: ‘Het is dus niet juist, dat in het internationaal privaatrecht slechts een abstracte rechtvaardigheid, die zich niet bemoeit met de toepassing van de aangewezene wet, in aanmerking zou komen, zoals Kegel verdedigt met zijn spreuk: “die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit geht vor der materiellprivatrechtlichen”’.

⁵⁷ K. Zweigert, Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten, *Rebels* 7, 1973, blz. 435–452.

⁵⁸ Vgl. Th.M. de Boer, De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht: ontwikkelingen in de jaren zeventig, *NJB* 1980, blz. 785–796, met een inventarisatie van ‘materieelrechtelijke tendenzen’ in het Nederlandse en buitenlandse IPR.

⁵⁹ Russell J. Weintraub, *Commentary on the Conflict of Laws*, 2d ed., Mineola N.Y. 1980, blz. 3. Zie voorts: Friedrich K. Juenger, General Course on Private International Law, *Rec. des Cours* 193 (1985-iv), blz. 168: ‘[C]onsistency and uniformity are surely not the only values in the law.’

De materieelrechtelijke rechtvaardigheid weerspiegelt zich thans in twee conflictenrechtelijke beginselen: het *beschermingsbeginsel* en het *begunstigingsbeginsel*. Regels die op het beschermingsbeginsel zijn gebaseerd, richten zich op degenen die in onze ogen bescherming verdienen tegenover een sterkere wederpartij: kinderen ten opzichte van hun ouders, werknemers ten opzichte van hun werkgevers, consumenten tegenover producenten, huurders tegenover verhuurders, behoeftigen tegenover draagkrachtigen. Waar het materiële recht de zwakkere beschermt, verlangt het conflictenrecht toepassing van het recht van de maatschappelijke omgeving waarin de zwakkere verkeert. Zo wordt een arbeidsverhouding beheerst door het recht van het land waar de werknemer zijn arbeid verricht, de verhouding tussen ouders en kinderen door het recht van het land waar het kind verblijft, de positie van de consument door het recht van zijn woonplaats. Deze vertaling van internrechtelijke rechtvaardigheidsnoties in een conflictenrechtelijke norm leidt niet per se tot toepassing van het recht dat de zwakkere daadwerkelijk beschermt. Het is denkbaar dat de consument naar het recht van zijn woonplaats minder bescherming geniet dan naar het recht van het land waar zijn wederpartij gevestigd is. In dat opzicht abstraheert ook het conflictenrechtelijk beschermingsbeginsel nog van de rechtvaardigheid die aan het materiële recht ten grondslag ligt.

Het begunstigingsbeginsel berust eveneens op materieelrechtelijke rechtvaardigheidsnoties, maar de conflictenrechtelijke criteria die dit beginsel tot uitdrukking brengen, zijn gericht op een wenselijk geacht materieel resultaat, dus op rechtvaardigheid in concreto. Hier wordt de oplossing van het conflictenrechtelijk keuzeprobleem afhankelijk gesteld van de inhoud van de in aanmerking komende rechtsstelsels: 'een rechtsvergelijkend waarde-oordeel bepaalt de keuze'.⁶⁰ Zo kennen sommige landen de *favor laesi*: op een onrechtmatige daad wordt het recht toegepast dat het slachtoffer de hoogste graad van bescherming verleent. Het Haags Alimentatieverdrag 1973 biedt de alimentatiebehoefte die naar het recht van zijn woonplaats geen recht op levensonderhoud kan doen gelden, een tweetal 'herkansingen'.⁶¹ In het afstammingsrecht leidt het begunstigingsbeginsel tot toepassing van het recht dat het kind de gewenste status verleent.⁶²

Regels die geënt zijn op het beschermingsbeginsel of het begunstigingsbeginsel, geven uitdrukking aan waarden en belangen die van land tot land

⁶⁰ Strikwerda, *supra* nt. 3, blz. 60.

⁶¹ Vgl. artt. 4, 5 en 6 Haags Alimentatieverdrag 1973. Primair wordt verwezen naar het recht van de gewone verblijfplaats van de alimentatiebehoefte (een criterium dat steunt op het beschermingsbeginsel). De artikelen 5 en 6, die resp. naar het gemeenschappelijke nationale recht van crediteur en debiteur en naar de *lex fori* verwijzen, bieden 'herkansingen' voor het geval dat geen alimentatie kan worden toegekend op grond van de voorgaande bepaling(en).

⁶² Een buitenechtelijk kind wordt geacht beter af te zijn als de vader het erkent, of als het door het huwelijk van zijn vader of moeder gewettigd wordt. Vgl. art. 1 en art. 5 van de Overeenkomst in zake de wetgeving door huwelijk, Rome 10 september 1970, *Trb.* 1972, nr. 61. Zie voorts: Strikwerda, *supra* nt. 3, blz. 126 e.v.

kunnen verschillen. In ontwikkelingslanden zal het materiële recht eerder gericht zijn op stimulering van handel en industrie dan op consumentenbescherming. In landen waar men wars is van overheidsbemoeienis wordt aan de zwakke rechtspositie van werknemers minder aandacht besteed dan in de sociale verzorgingsstaat. In gemeenschappen waar kinderen al op jeugdige leeftijd als arbeidskrachten worden ingezet, zal men zich niet erg bekreunen om de rechtspositie van minderjarigen. In een land waar de gelijkstelling van man en vrouw niet als rechtsbeginsel wordt aanvaard, zal op rechtsbetrekkingen tussen echtgenoten zonder scrupules het recht van de man kunnen worden toegepast. Het ligt voor de hand dat de waarde- en doelvoorstellingen van het materiële recht in het conflictenrecht van die landen op een andere manier doorwerken dan in het onze, en dat het beschermings- en begunstigingsbeginsel daar dus afwijkende maatstaven voor de rechtsaanwijzing zullen opleveren. Dit impliceert dat een materieelrechtelijk georiënteerd conflictenrecht het ideaal van *Entscheidungseinklang* moet opgeven, en dat de bestaansgrond van het IPR dan niet meer uitsluitend gezocht kan worden in de behoefte aan een neutrale ordening.

2.3.3. *De conflictenrechtelijke verwachtingen van partijen*

Als de rechtszekerheid beschouwd moet worden als een aspect van rechtvaardigheid⁶³ en niet als zelfstandige waarde, moet zij hier bespreking vinden. Rechtszekerheid is een begrip met vele facetten. In de conflictenrechtelijke literatuur wordt rechtszekerheid vaak gekoppeld aan voorspelbaarheid en beslissingsgelijkheid (*‘certainty, predictability and uniformity of result’*), en in dat verband lijkt zij vooral in de sleutel van de doelmatigheid te staan. Een universeel conflictenrecht hoeft immers niet rechtvaardig te zijn om toch zekerheid te kunnen bieden. Het rechtszekerheidsgehalte van een universeel ABC-IPR is zeker niet minder dan dat van het op ‘conflictenrechtelijke rechtvaardigheid’ gebaseerde IPR.

Niettemin neemt de rechtszekerheid meer de kleur van rechtvaardigheid dan van doelmatigheid aan, als we haar verbinden met ‘de orde van alle dag, met de rechtsorde waarop heel het maatschappelijk leven steunt en die zich zonder inschakeling van het procesrecht behoort te verwezenlijken’.⁶⁴ De rechtszekerheid komt dan onmiddellijk, zonder tussenkomst van advocaat of rechter, ten goede aan de deelnemers aan het rechtsverkeer. Zo beschouwd, weerspiegelt de rechtszekerheid de mate waarin de rechtsgenoten op hun rechtsorde vertrouwen, al zal hun zekerheid omtrent de aard en omvang van hun privaatrechtelijke rechten en plichten voor een groot deel intuïtief zijn en lang niet altijd steunen op actieve kennis van het recht. Wat justitiabelen *de facto* verwachten, is de juridische bevestiging van hun persoonlijke beleving van rechtvaardigheid. Wat zij *mogen* verwachten is de juridische

⁶³ Vgl. *supra* nt 27.

⁶⁴ Th.M. de Boer, *Vast en zeker? De betrekkelijke waarde van een ipr-codificatie*, oratie uva, Deventer 1988, blz. 13, met verwijzingen naar Bregstein en Ph.A.N. Houwing.

bevestiging van hun collectieve rechtsgevoel. In dit perspectief vallen rechtszekerheid en rechtvaardigheid vrijwel samen.

In grensoverschrijdende gevallen krijgt het recht een extra dimensie door de mogelijkheid dat de rechten en plichten van partijen naar buitenlands recht beoordeeld zullen worden. Het is de vraag in hoeverre de deelnemers aan het internationale rechtsverkeer op die mogelijkheid verdacht zijn. Als de rechtszekerheid een weerspiegeling vormt van de mate waarin de rechtsgenoten op hun rechtsorde vertrouwen, welke waarde heeft zij dan voor degenen die geen rechtsgenoten zijn en daarom niet op *dezelfde* rechtsorde vertrouwen? Wat zegt hun juridische intuïtie over de keuze tussen eigen of buitenlands recht? Hoe vanzelfsprekend is het voor in Nederland wonende Marokkanen dat een hen betreffende familierechtelijke kwestie aan Marokkaans recht wordt onderworpen, en niet aan Nederlands recht? Of juist aan Nederlands recht, en niet aan Marokkaans recht?⁶⁵ Hoe vanzelfsprekend is het voor het slachtoffer van een verkeersongeval in België dat daarop Belgisch recht wordt toegepast, ook al woont de laedens in Frankrijk en de gelaedeerde in Nederland?⁶⁶ Verwacht de Nederlandse werknemer die voor een Nederlands bedrijf arbeid in Duitsland verricht, dat zijn arbeidsverhouding aan Duits recht is onderworpen? Of rekent hij op rechtsbescherming naar Nederlandse maatstaven?⁶⁷ En wat te denken van het in Rhodesië wonende Nederlandse echtpaar dat aldaar is getrouwd en – na aldaar ingewonnen advies – meende geen huwelijkse voorwaarden te hoeven maken, omdat zij naar Rhodesisch recht al buiten gemeenschap van goederen gehuwd waren? Hadden zij moeten voorzien dat de Hoge Raad daar heel anders over zou denken en zou verklaren dat de echtgenoten wel degelijk in een gemeenschap van goederen naar Nederlands recht waren gehuwd?⁶⁸

Ik ben ervan overtuigd dat de doorsnee burger, door gebrek aan ervaring in het internationale rechtsverkeer, weinig 'feeling' heeft voor conflictenrech-

⁶⁵ Terzake van huwelijksontbinding verlangt de Wet Conflictenrecht Echtscheiding in principe toepassing van het gemeenschappelijke nationale recht (art. 1 lid 1 sub a). Niettemin wordt het recht van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats – of bij gebreke daarvan: Nederlands recht – toegepast, indien 'voor één van de partijen een werkelijke maatschappelijke band met het land der gemeenschappelijke nationaliteit kennelijk ontbreekt' (art. 1 lid 2 jo. lid 1 sub b resp. lid 1 sub c).

⁶⁶ Volgens art. 3 van het Haags Verkeersongevallenverdrag 1971 is in principe de 'interne wet van de Staat op welks grondgebied het ongeval heeft plaatsgevonden' toepasselijk. Op deze regel bestaan enkele uitzonderingen, o.a. in het geval waarin twee of meer voertuigen bij het ongeval betrokken zijn die beide in hetzelfde land zijn geregistreerd.

⁶⁷ Art. 6 lid 2 sub a van het EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EEG-Overeenkomstenverdrag 1980) verklaart op individuele arbeidsovereenkomsten toepasselijk 'het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht'.

⁶⁸ Het voorbeeld is ontleend aan HR 19 maart 1993, NJ 1994, 187, nt. J.C.S. (*Zimbabwe-arrest*): '... brengt toepassing van voormelde regels van Nederlands internationaal privaatrecht mede dat het huwelijksvermogensregime van partijen, die ten tijde van de huwelijksluiting beiden Nederlander waren, wordt beheerst door Nederlands recht, zodat partijen, nu zij geen huwelijkse voorwaarden hebben gemaakt, in algehele gemeenschap van goederen gehuwd waren'.

telijke vraagstukken. Ik denk zelfs dat de conflictenrechtelijke problematiek als zodanig hem ontgaat. Een rondvraag die ik hield onder niet juridisch geschoolde academici leverde niet veel meer op dan verbazing over de probleemstelling zelf. Het idee dat de Nederlandse rechter ooit ander dan Nederlands recht zou toepassen, was voor de meesten van mijn gesprekspartners volkomen nieuw. Wel meende men dat echtgenoten die bijvoorbeeld in Spanje zijn getrouwd, voor wat betreft alle gevolgen van hun huwelijk, tot de echtscheiding aan toe, ‘onder het Spaanse recht vallen’, zoals zij het uitdrukten. Dat die gedachte niet strookt met het geldende conflictenrecht – noch in Nederland, noch in Spanje – sterkt mij in de overtuiging dat het IPR niet erg stevig in het rechtsgevoel verankerd ligt, en dat de rechtszekerheid op dit terrein vooral de beroepsgroep van juristen aangaat. ‘Juristenzekerheid’ heb ik dat in mijn oratie genoemd⁶⁹, en dat is iets anders dan het vertrouwen van de burger in ‘de’ rechtsorde.⁷⁰

Daar komt nog iets bij. Zij die door beroepservaring wèl vertrouwd geraakt zijn met de complicaties van het internationale rechtsverkeer – en daarbij moet vooral gedacht worden aan internationaal opererende ondernemers – weten natuurlijk maar al te goed dat het privaatrecht van land tot land verschilt. Bovendien zullen zij zich er rekenschap van geven dat eventuele geschillen niet per se aan de rechter van hun eigen land zullen worden voorgelegd en dat de maatstaven voor de aanwijzing van het toepasselijk recht niet overal gelijk zijn. Zij zijn zich bewust van het conflictenrechtelijk keuze-probleem, en zij weten dat de oplossing daarvan onvoorspelbaar is, zolang er geen uniform conflictenrecht bestaat en niet vaststaat welk forum over de rechtsaanwijzing zal beslissen. Voor hen is de zekerheid dat de Nederlandse rechter recht X en de Amerikaanse rechter recht Y zal toepassen, niet voldoende.

Voor zover de deelnemers aan het internationale handelsverkeer al niet hun vertrouwen gesteld hebben in arbitrage, willen zij zekerheid omtrent de bevoegde rechter en omtrent het door die rechter toe te passen recht. Van daar dan ook dat moderne IPR-stelsels, althans voor zaken die ter dispositie

⁶⁹ *Supra*, nt. 64, blz. 14: ‘Toch meen ik dat de betekenis van het begrip rechtszekerheid langzamerhand verschuift in de richting van “juristenzekerheid”. Meer en meer is de berekenbaarheid van het recht een waarde voor de rechtsbeoefenaar geworden, met name op het stuk van regelgeving die naar haar aard zo technisch en ingewikkeld is dat de rechtzoekende zich nauwelijks een voorstelling kan maken van haar betekenis.’

⁷⁰ Dit ligt wellicht anders voor immigranten, die zich waarschijnlijk beter dan autochtonen realiseren dat de rechtsbetrekkingen die zij aangaan een grensoverschrijdend element kunnen vertonen en dat daarin een keuze-probleem schuilt. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat hun ‘conflictenrechtelijke feeling’ zo ver ontwikkeld is, dat hun oplossing van het keuze-probleem steeds overeenstemt met het geldende conflictenrecht.

van partijen staan, zowel de forumkeuze als de rechtskeuze accepteren.⁷¹ Op internationaal niveau wordt de rechtszekerheid in hoge mate gediend door de vrijheid van partijen om zelf de bevoegde rechter en/of het toepasselijk recht aan te wijzen. In het IPR wordt die vrijheid aangeduid als 'partij-autonomie'. Zij vormt een verzekering van partij-verwachtingen ten aanzien van bevoegdheid en/of toepasselijk recht.

In dit kader wil ik nog een ander onderwerp aansnijden, los van de partij-autonomie en los van het conflictenrechtelijk bewustzijn van de doorsnee burger. Komt het op een proces aan, dan verlangt de rechtszekerheid dat *recht* gedaan wordt conform de verwachtingen van de procespartijen. Misschien lopen hun verwachtingen omtrent het toepasselijk recht uiteen. Maar wat zij beiden mogen verwachten, is een behoorlijke procesgang. Daarin past de verwachting dat het eenmaal aangewezen recht op een behoorlijke manier wordt toegepast. Het zal geen verwondering wekken dat daaraan niet altijd kan worden voldaan wanneer het conflictenrecht naar buitenlands recht verwijst. Naar Nederlands IPR moet het aangewezen recht zo nodig 'ambtshalve' worden toegepast: het adagium *ius curia novit* geldt ook voor buitenlands recht.⁷² Partijen moeten er dus op kunnen vertrouwen dat de rechter, ook zonder hun medewerking, het aangewezen buitenlandse recht correct toepast, net zo goed als hij zijn eigen recht foutloos dient toe te passen. Maar buitenlands recht is nu eenmaal 'vreemd' recht, en dat verklaart niet alleen waarom er bij de toepassing daarvan toch wel eens fouten worden gemaakt, maar vooral ook waarom rechters in internationale gevallen de neiging hebben om zoveel mogelijk aan de toepasselijkheid van buitenlands recht te ontkomen, daarbij gebruik makend van de openingen die het IPR – zij het onbe-

⁷¹ De forumkeuzebevoegdheid in vermogensrechtelijke zaken ligt besloten in art. 17 van het EEG-Bevoegdheids- en Executieverdrag en het Verdrag van Lugano, de rechtskeuzebevoegdheid terzake van overeenkomsten in art. 3 van het EEG-Overeenkomstenverdrag 1980. Zie voorts, m.b.t. de forumkeuze in het commune Nederlandse IPR: art. 1.1.7 van het Voorontwerp Rechtsmacht en mijn bespreking daarvan in een preadvies voor de door het T.M.C. Asser Instituut georganiseerde Studiedag Rechtsmacht: *Uitdrukkelijke en stilzwijgende forumkeuze in het commune Nederlandse IPR: een vergelijking met de bevoegdheidsverdragen van San Sebastian en Lugano*, NIPR 1996 (speciale afl.), blz. 67–88.

⁷² Vgl. Th.M. de Boer, Buitenlands recht onder de loupe: problemen rond de toepassing van vreemd recht, in: Th.M. Bervoets, Th.M. de Boer, H.U. Jessurun d'Oliveira en R. Kötting, *Hoe vreemd is buitenlands recht? Opstellen over de positie van buitenlands recht in het burgerlijk proces*, Deventer 1979, blz. 16–20.

doeld – daarvoor biedt.⁷³ Het is dan ook de vraag of het neutrale, 'regelblinde' conflictenrecht, dat de uitwisselbaarheid van eigen en buitenlands recht tot uitgangspunt heeft, niet op gespannen voet staat met het kwalitatieve aspect van de rechtszekerheid: het vertrouwen van de rechtzoekenden in de kwaliteit van de rechtsbedeling. In dit licht bezien verdient een correcte toepassing van de *lex fori* de voorkeur boven een onjuiste interpretatie van buitenlands recht, zelfs als het conflictenrecht primair naar buitenlands recht verwijst.

2.4. *Het eigen recht: alternatief of uitgangspunt?*

Dat brengt mij op de bijzondere positie die de *lex fori* onder de voor toepassing in aanmerking komende rechtsstelsels inneemt. *Conditio sine qua non* van het conflictenrecht is de principiële bereidheid om buitenlands recht toe te passen en het eigen recht daarvoor te laten wijken. De vraag of die bereidheid ons wordt afgedwongen door supranationale regels of beginselen, dan wel een betrekkelijk vrijblijvende consequentie is van ons lidmaatschap van de 'Gemeinschaft der miteinander verkehrenden Nationen', wil ik hier laten rusten. Feit is dat men in vrijwel alle landen ter wereld bereid is toe te geven dat toepassing van de *lex fori* onder bepaalde omstandigheden niet opportuun is. In het klassieke, op Savigniaanse leest geschoeide conflictenrecht zijn alle rechtsstelsels ter wereld gelijkwaardig en uitwisselbaar; de *lex fori* komt op gelijke voet met buitenlands recht voor toepassing in aanmerking, afhankelijk van de conflictenrechtelijke criteria en de feiten van het concrete geval. Het conflictenrecht staat in principe neutraal ten opzichte van de rechtsaanwijzing.⁷⁴

⁷³ Behalve de exceptie van de openbare orde kent het IPR een aantal leerstukken die in de rechtspraak, met name in de periode vóór de 'vermaatschappelijking van het IPR', nogal eens werden gebruikt om aan de toepasselijkheid van buitenlands recht te ontkomen, ook al waren die leerstukken daarvoor niet bedoeld. Het moderne conflictenrecht kent regels die gedeeltelijk 'open' geformuleerd zijn en de rechter in staat stellen het nauwst betrokken recht in concreto aan te wijzen. Zo bepaalt art. 3 lid 3 Haags Erfrechtverdrag 1989: 'Voor het overige wordt de erfopvolging beheerst door het recht van de Staat waarvan de erflater op het tijdstip van zijn overlijden de nationaliteit bezat, *tenzij hij op dat tijdstip nauwere banden had met een andere Staat, in welk geval het recht van laatstgenoemde Staat van toepassing is*' (mijn curs., dB). Dergelijke regels laten zich betrekkelijk gemakkelijk manipuleren. Zie echter: HR 25 september 1992, NJ 1992, 750 (*Balenpers-arrest*), waarin gesteld wordt dat de open geformuleerde uitzonderingsregel van art. 4 lid 5 EEG-Overeenkomstenverdrag 'restrictief moet worden gehanteerd', met name omdat het verdrag eenheid van rechtstoepassing beoogt, die door ruime toepassing van de uitzonderingsregel gevaar zou lopen.

⁷⁴ Conflictregels die berusten op het beschermingsbeginsel zijn uiterlijk neutraal, maar intrinsiek partijdig, aangezien bij de formulering van deze regels is gekozen voor de 'Schutzbedürftige Partei', een keuze die door materieelrechtelijke gezichtspunten ten aanzien van 'Schutzbedürfnis' wordt bepaald. Zie *supra*, §2.3.2. Regels die in het teken van begunstiging staan zijn nauwelijks neutraal te noemen, omdat zij verwijzen naar het recht dat een in materieel opzicht gewenst resultaat te zien geven, een resultaat dat uiteindelijk – als er geen passend alternatief blijkt te zijn – door toepassing van de *lex fori* wordt gegarandeerd. Vgl. Strikwerda, *supra* nt. 3, blz. 60.

Toch blijkt de *lex fori* in werkelijkheid een streepje voor te hebben.⁷⁵ In het merendeel van de *IPR*-gevallen die aan de rechter worden voorgelegd, blijkt het eigen recht toepasselijk te zijn. Dat vindt zijn verklaring in allerlei factoren, waaronder de samenval van criteria voor bevoegdheid en toepasselijk recht misschien wel de belangrijkste is.⁷⁶ Daarnaast, echter, krijgt de *lex fori* soms de voorkeur omwille van de rechtvaardigheid, soms uit pure doelmatigheidsoverwegingen. In het eerste geval acht men de rechtvaardigheid principieel het beste gediend door toepassing van het eigen recht. Bepaalde waarden en belangen worden in de rechtsgemeenschap van het forum zo hoog geschat, dat zij in het conflictenrecht veilig gesteld moeten worden door een exclusieve of alternatieve verwijzing naar de *lex fori*. Zo verlangt het Nederlandse *IPR* toepassing van Nederlands recht op een in Nederland uit te spreken internationale adoptie. In België en Zwitserland is naamsverandering kennelijk een zo beladen onderwerp, dat daarop uitsluitend de *lex fori* mag worden toegepast. In veel landen geldt het primaat van de *lex fori* voor huwelijk en echtscheiding, overigens niet zozeer om de eigen morele opvattingen veilig te stellen maar om het buitenlanders mogelijk te maken te trouwen of te scheiden waar dat in hun eigen land niet kan.⁷⁷

Daartegenover staan regels die toepassing van de *lex fori* voorschrijven omdat er geen beter alternatief voorhanden is. Zo moet naar Nederlands *IPR* de aansprakelijkheid voor een aanvaring op volle zee tussen schepen van verschillende vlag naar Nederlands recht worden beoordeeld⁷⁸, en zo zal Nederlands recht op een echtscheiding moeten worden toegepast wanneer de echtgenoten niet dezelfde nationaliteit bezitten en in verschillende landen wonen.⁷⁹ In beide gevallen wordt teruggegrepen op het eigen recht 'bij gebrek aan beter' en is toepassing van de *lex fori* niet meer dan een *Verlegenheitslösung*. Dat geldt ook voor de in sommige landen bestaande regel dat de *lex fori* toepasselijk is indien de inhoud van het aangewezen buitenlands recht zich niet laat bepalen.⁸⁰ In landen waar de rechter niet gehouden is buiten-

⁷⁵ Vgl. mijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking: De wisselwerking tussen materieel recht en conflictenrecht, *Geschriften van de NVRV* nr. 47, Deventer 1993, blz. 63–80.

⁷⁶ Met name is dat het geval wanneer de oplossing van het conflictenrechtelijk keuzeprobleem gekoppeld wordt aan de internationale rechtsmacht, zoals in art. 1 jo. 2 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961: de autoriteiten van het land waar het kind zijn gewone verblijf heeft, zijn bevoegd maatregelen te nemen die strekken ter bescherming van zijn persoon of goed. Zij nemen de in hun eigen wet voorkomende maatregelen.

⁷⁷ De voorbeelden zijn ontleend aan mijn preadvies voor de NVRV, *supra*, nt. 75, blz. 68, met verwijzingen.

⁷⁸ Art. 7 lid 2 Wet Conflictenrecht Zee- en Binnenvaartrecht. Indien de bij de aanvaring betrokken schepen met eenzelfde staat zijn verbonden, geldt het recht van die staat: art. 7 lid 4.

⁷⁹ Art. 1 lid 1 sub c Wet Conflictenrecht Echtscheiding.

⁸⁰ Zie bijv. art. 16 lid 2 van het Zwitserse *IPR-Gesetz*. Daarbij moet met name rekening gehouden worden met de inspanningen die de partijen zelf zich hebben getroost, hun proceshouding, het belang van de zaak, de spoedeisendheid en de 'Nähe des massgebenden Rechtes'; vgl. *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januari 1989* (ed. Heini, Keller, Siehr, Vischer, Volken), 1993, blz. 163–165.

lands recht *ex officio* toe te passen, terwijl partijen geen beroep doen op toepassing daarvan of er niet in slagen de inhoud van het ingeroepen recht te bewijzen, geldt zelfs een ‘presumption of forum law’.⁸¹

⁸¹ Vgl. Currie, *supra* nt. 52, blz. 75: ‘(1) The normal business of the courts being the adjudication of domestic cases, and the normal tendency of lawyers and judges being to think in terms of domestic law, the normal expectation should be that the rule of decision will be supplied by the domestic law as a matter of course. (2) The court should ordinarily depart from this procedure only at the instance of a party wishing to obtain the advantage of a foreign law.’ *Contra*: Larry Kramer, Interest Analysis and the Presumption of Forum Law, 56 *University of Chicago Law Review* 1301 (1989).

3. De bestaansgrond van het conflictenrecht

3.1. *Recapitulatie van de uitgangspunten*

Er is een tijd geweest waarin de behoefte aan regels van internationaal privaatrecht zich klaarblijkelijk niet deed voelen. Toen Rome nog het centrum van de wereld was en er een uitgebreid rechtsverkeer tussen Romeinse burgers en *peregrini* plaatsvond, hoefde er voor de regulering van hun onderlinge betrekkingen geen keuze tussen Romeins en ander recht gemaakt te worden. Het *ius gentium* gold voor ieder die met de Romeinse rechtsorde in aanraking kwam, voor Romeinen en vreemdelingen gelijkelijk. In de vroege middeleeuwen was men onderworpen aan het recht van de stam of het volk waartoe men behoorde. Conflicten tussen volksrechten leidden wel tot rudimentaire verdeelregels⁸², maar hieruit ontwikkelde zich nog geen coherent regelsysteem. In betrekkelijk geïsoleerde gemeenschappen, die geen intensief rechtsverkeer met andere volken of landen onderhouden, is daaraan ook geen behoefte. Dat verklaart waarom het Engelse IPR zich pas na het midden van de achttiende eeuw begon te ontwikkelen.⁸³ Maar ook wanneer mensen van verschillende herkomst intensief met elkaar komen te verkeren, doet zich de behoefte aan IPR-regels pas voelen als er geen 'superrechter' is aan wie zij zich moeten onderwerpen, en geen 'wereldrecht' waaraan zij gebonden zijn. Dat verklaart enerzijds waarom zich in de oudheid geen IPR ontwikkeld heeft⁸⁴, anderzijds waarom het IPR achtereenvolgens tot bloei kwam in de Noord-Italiaanse stadstaten, in het Franse *pays du droit coutumier* van de renaissance, in de noordelijke Nederlanden in de gouden eeuw, in de Verenigde Staten en in Duitsland in de eerste helft van de vorige eeuw.⁸⁵

⁸² Zie: Kosters/Dubbink, *supra* nt. 4, blz. 12 e.v. Een van de daar gegeven voorbeelden is ontleend aan de Saksenspiegel: 'Een ieder moet voor de koning allerwege antwoorden naar zijn eigen recht en niet naar des klagers recht'.

⁸³ Strikwerda, *supra* nt. 3, blz. 32.

⁸⁴ Om dezelfde reden heeft het internationale handelsverkeer tussen de elfde en de negentiende eeuw weinig behoefte gehad aan IPR-regels: men achtte zich gebonden aan handelsgebruiken en supranationale regels en beginselen. Vgl. Berthold Goldman, *Lex Mercatoria, Forum Internationale* nr. 3, 1983, blz. 324; R. van Delden, *Lex mercatoria of ius commune?* oratie Rotterdam, Deventer 1986.

⁸⁵ Vgl. Juenger, *supra* nt. 59, blz. 167: '[C]onflicts law seems to flourish best in a peculiar legal setting. Bartolus, Dumoulin, d'Argentré, Huber, Story, Wächter and Savigny lived in different countries, different centuries and different intellectual climates. Yet, they all inhabited a similar juridical environment, where law-making power was dispersed, and where legal unity was provided by persuasive reason and a shared legal tradition, rather than by the command of a single authority.' Ik weet niet hoe de geschiedenis zal oordelen over de ontwikkeling van het twintigste-eeuwse IPR, maar het staat vast dat de Amerikaanse 'IPR-revolutie' van de jaren zestig grote invloed heeft gehad op de 'grondslagenstrijd' die zich tezelfdertijd in Europa voerde en die onmiskenbaar tot een heroriëntatie heeft geleid.

Een sterk ontwikkeld internationaal rechtsverkeer en het ontbreken van een 'wereldforum' en een 'wereldrecht' vormen een combinatie van factoren die problemen oproept waarop het recht een antwoord moet vinden. Zelfs al zijn de direct betrokkenen zich er niet van bewust dat er over hun geschil in eigen land of in het buitenland kan worden geoordeeld, of dat hun rechtsbetrekking aan eigen of vreemd recht is onderworpen, toch zijn zij gediend met regels die aangeven welke nationale rechter bevoegd is en welk nationaal recht toepasselijk is.

- De zakenman die een geschil heeft met zijn buitenlandse handelspartner, moet aan de weet kunnen komen voor welk forum de rechtsstrijd gevoerd moet worden en welk recht bepalend is voor zijn rechten en plichten.
- Het Nederlandse echtpaar dat in het buitenland getrouwd is of het buitenlandse echtpaar dat in Nederland woont, heeft er belang bij – ook zonder dat er sprake is van een geschil – te weten welk recht de gevolgen van hun huwelijkse staat bepaalt, of het nu gaat om hun financiële verhouding, de ouderlijke macht of hun aansprakelijkheid tegenover derden.
- De bestuurders en commissarissen van een vennootschap die in het ene land is opgericht en in een ander land haar werkelijke zetel heeft, moeten kunnen becijferen in hoeverre zij aansprakelijk zullen zijn voor verplichtingen van de vennootschap jegens derden.
- Een buitenlander die vermogen in Nederland bezit, zal daarvan niet alleen het ongestoorde genot willen hebben, maar hij zal daarover ook bij testament moeten kunnen beschikken in de zekerheid dat zijn laatste wil naar de letter wordt uitgevoerd.
- Wie in een bepaald land 'officieel' gehuwd of gescheiden is, of door een notaris een akte heeft laten opmaken, of een familiegebeurtenis heeft laten registreren bij de burgerlijke stand, verwacht dat de gevolgen daarvan overal ter wereld zullen worden aanvaard, en niet dat zijn huwelijk of echtscheiding, de notariële akte of de akte van de burgerlijke stand elders van onwaarde zal zijn.

Kortom, er moeten regels zijn die de rechtspositie van de deelnemers aan het internationale rechtsverkeer en hun onderlinge verhoudingen bepalen. Zonder regels ontstaat rechteloosheid; dat geldt voor iedere vorm van sociale interactie, zowel in interne als in grensoverschrijdende gevallen, in de verhouding tussen staten, in de betrekkingen tussen overheid en individu, en in de betrekkingen tussen burgers onderling. Zouden er voor het internationaal privaatrechtelijk rechtsverkeer geen regels zijn, dan dreigt het gevaar van internationale chaos: rechten kunnen worden genegeerd, plichten staan niet langer vast, documenten zijn niet langer geldig, rechtsbeslissingen hebben geen gezag, en zelfs de zekerheid omtrent naam, afstamming en burgerlijke staat komt op losse schroeven te staan. Gegeven de nu eenmaal niet te elimineren rechtsverscheidenheid, dankt het IPR zijn bestaan dus in de eerste plaats aan de noodzaak om chaos, rechteloosheid en onzekerheid in het internationale rechtsverkeer te voorkomen of op te heffen.

Regels van internationaal bevoegdheidsrecht reguleren de rechtsmacht van de

ationale rechter in internationale gevallen. Enerzijds blokkeren zij de toegang tot de rechter, hetzij omwille van de doelmatigheid – uit het oogpunt van proceseconomie kan de rechtsstrijd beter elders worden beslist – hetzij omwille van de rechtvaardigheid – in de afweging van de procesrechtelijke belangen van eiser en gedaagde wint het belang van de laatste. Anderzijds verlangen zij dat het forum zich in internationale geschillen juist wel bevoegd verklaart, eveneens op grond van doelmatigheid – het komt de proceseconomie ten goede als de rechtsstrijd hier te lande wordt beslist – of rechtvaardigheid – het belang van de eiser gaat voor dat van gedaagde. De rechtszekerheid komt tot uitdrukking in de regel dat partijen die hebben afgesproken de rechtsmacht van een bepaald forum te zullen aanvaarden, aan die forumkeuze gebonden zijn; de eiser die in strijd daarmee en tegen de zin van de wederpartij een ander forum adieert, zal daar geen toegang krijgen.

Regels van conflictenrecht geven richting aan de aanwijzing van het toepasselijk recht. Zij veronderstellen dat er in een internationaal geval meer dan één land en dus meer dan één rechtsstelsel bij de casus betrokken is en dat er derhalve uit die landen of rechtsstelsels zal moeten worden gekozen. De voor die keuze ontwikkelde criteria lopen sterk uiteen. Zij blijken sterk afhankelijk te zijn van de in een bepaalde rechtscultuur vigerende opvattingen over recht, van het antwoord op de vraag waarom een soevereine staat bereid moet zijn buitenlands recht te laten prevaleren boven eigen recht, of van de aan het conflictenrecht toegeschreven doelstelling. Omdat over geen van deze uitgangspunten wereldwijde eenstemmigheid bereikt is, heeft zich nooit een universeel conflictenrecht kunnen ontwikkelen. Er is vrijwel geen onderwerp van privaatrecht waarvoor de conflictenrechtelijke maatstaven niet van land tot verschillen. Alleen verdragen kunnen hieraan iets veranderen. Daarbij valt aan te tekenen dat het aantal staten dat bereid is een conflictenrechtelijke verdrag te ratificeren doorgaans uitermate klein is, en dat bovendien moet worden gevreesd dat de verdragsinterpretatie door nationale rechters niet altijd gelijklopend zal zijn. Kortom, de materieelrechtelijke rechtsverscheidenheid die de behoefte aan IPR-regels heeft doen ontstaan loopt vrijwel parallel met de rechtsverscheidenheid op het terrein van het conflictenrecht.

Regels met betrekking tot de erkenning van buitenlandse rechtsbeslissingen, de derde component van het IPR, verschillen eveneens van land tot land. In principe is iedere rechtsorde vrij om het gezag van een door een buitenlandse autoriteit genomen beslissing te ontkennen. Bilaterale en multilaterale verdragen moeten ervoor zorgen dat het internationale rechtsverkeer minder hinder ondervindt van de soevereiniteitsbarrière, maar dat wil nog niet zeggen dat buitenlandse beslissingen dezelfde status krijgen als die van de autoriteiten in eigen land. Een uitspraak van de Rechtbank Groningen kan zonder meer in Maastricht worden geëxecuteerd, maar tenuitvoerlegging van een vonnis afkomstig uit een van de lidstaten van de Europese Unie en vallend onder de

garanties van het EEG-Executieverdrag⁸⁶, kan in de andere lidstaten toch nog op bepaalde gronden⁸⁷ geweigerd worden. Beslissingen afkomstig uit niet-verdragsstaten zijn in beginsel vogelvrij.⁸⁸

3.2. *De betekenis van de verschillende soorten IPR-regels*

De behoefte aan regulering van het internationale rechtsverkeer heeft in vrijwel alle rechtsstelsels ter wereld geleid tot de ontwikkeling van regels die bepalen of de nationale rechter in internationale gevallen rechtsmacht dient aan te nemen, en zo ja, welk recht hij dan moet toepassen, en voorts tot regels met betrekking tot de erkenning van buitenlandse beslissingen. Samen vormen zij het internationaal privaatrecht, en dat daaraan behoefte bestaat zal wel niemand willen ontkennen. Het is echter de vraag in hoeverre de regels van het van land tot land verschillende IPR tegemoet komen aan de behoeften van 'het door rechtsverscheidenheid gecompliceerde internationale rechtsverkeer' en welk *soort* IPR-regels daarvoor het meest geschikt is.

Het lijkt mij zonneklaar dat de *regels van internationaal bevoegdheidsrecht* nauwelijks betekenis hebben voor deelnemers aan het internationale rechtsverkeer die vooralsnog geen reden hebben om een gerechtelijke procedure aan te spannen. De erflater die zijn vermogen wenst te bestemmen voor de verzorging van zijn katten, wil niet weten voor welk forum zijn kinderen de geldigheid van zijn testament zullen aanvechten en of de beslissing van dat forum elders zal worden erkend, maar of zijn testament 'waterdicht' is. Tenzij hij reden heeft om aan te nemen dat er na zijn overlijden een rechtsstrijd zal ontbranden, zal hij wel niet op de gedachte komen dat er bij de uitvoering van zijn laatste wil vragen van internationale bevoegdheid of erkenning kunnen rijzen, laat staan dat hij daarop bij voorbaat het antwoord zal willen weten.⁸⁹ Daarentegen zal de zakenman die betaling verlangt van zijn buitenlandse afnemer, willen weten waar hij een procedure tegen de wanbetaler zal

⁸⁶ Behalve door het EEG-Executieverdrag wordt de erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen binnen Europa bevorderd door het Verdrag van Lugano. Dit verdrag vergemakkelijkt het vrij verkeer van vonnissen tussen de lidstaten van de Europese Unie en de landen die behoren tot de Europese Vrijhandels Associatie. Beide verdragen bestrijken overigens alleen beslissingen op het terrein van het vermogensrecht. Voor familierechtelijke beslissingen gelden de nationale (dus niet-geünificeerde) erkenningsregels van de staat waar erkenning verlangd wordt.

⁸⁷ Met name kan getoetst worden aan de criteria van art. 27 EEG-Executieverdrag/Verdrag van Lugano, waarvan de belangrijkste zijn: de openbare orde van de aangezochte staat, de regelmatige en tijdige oproeping van de verweerder, en de onverenigbaarheid van de te erkennen beslissing met een in de aangezochte staat gegeven beslissing. Andere executieverdragen stellen doorgaans de (extra) eis dat het gerecht dat de te erkennen beslissing genomen heeft, op een internationaal aanvaardbare grond rechtsmacht heeft aangenomen.

⁸⁸ Vgl. art. 431 Rv: *supra* nt. 17. In het algemeen gelden buiten verdrag strengere criteria, soms ook ten aanzien van de inhoud van de beslissing.

⁸⁹ Op die vragen zal op voorhand trouwens nauwelijks een antwoord te geven zijn. In zaken van erfrecht kan de internationale bevoegdheid gekoppeld zijn aan verschillende factoren, met name de plaats waar de erfenis is opengevallen (sterfhuis), de plaats van ligging van (delen van) de nalatenschap, en de woonplaats van partijen.

kunnen aanspannen en op welk nationaal recht hij zijn claim kan baseren. Het antwoord op de laatste vraag wordt bepaald door de *regels van conflictenrecht* van het geadieerde forum. Ook het echtpaar dat zich tot een notaris wendt met de vraag welk huwelijksvermogensregime tussen hen geldt, zal een antwoord krijgen dat gebaseerd is op de toepassing van een regel van conflictenrecht, en wel het conflictenrecht van het land waar de notaris zetelt. Een rechter komt hier niet aan te pas, dus het internationaal bevoegdheidsrecht speelt in deze situatie vooralsnog geen rol. Regels met betrekking tot de *erkenning van buitenlandse rechtsbeslissingen* zijn alleen relevant voor degenen die daarop een beroep willen doen, maar niet voor iemand die geen beslissing heeft gevraagd, of tegen zich heeft gekregen. Wie in het buitenland gescheiden is, zal verwachten dat de echtscheiding in andere landen wordt erkend, maar iemand die in het buitenland een auto heeft gekocht, mag ook zonder dat er sprake is van een rechtsbeslissing, verwachten dat zijn eigendomsrecht in andere landen wordt gerespecteerd. Kortom, de behoefte aan regels van formeel IPR wordt pas acuut zodra er een gerechtelijke procedure wordt overwogen, terwijl de behoefte aan regels van conflictenrecht zich zowel in als buiten rechte doet voelen.

In deze voorbeelden komt een tegenstelling naar voren tussen situaties waarin een uitdrukkelijke rechtsbeslissing is gevraagd (bevoegdheid) of gegeven (erkenning), en die waarin zich, zonder tussenkomst van een staatsbedienaar, een feit heeft voorgedaan waaraan de daarbij betrokken partijen zekere rechtsgevolgen denken te kunnen verbinden. De regels betreffende de eerste categorie bepalen de reikwijdte van eigen of buitenlands staatsgezag, vertegenwoordigd door een van staatswege aangestelde autoriteit: bevoegdheidsregels geven aan hoever ons eigen staatsgezag wil reiken, erkenningsregels bepalen in hoeverre de extraterritoriale werking van het buitenlandse staatsgezag bij ons kan worden aanvaard. Bij de 'erkenning' van feiten die zich in het buitenland hebben voorgedaan en waaraan het plaatselijk recht rechtsgevolgen verbindt, speelt het staatsgezag echter geen rol. De regels die hierop van toepassing zijn, moeten dus tot een andere categorie behoren. Dat kan dan alleen het conflictenrecht zijn, tenzij er voor dit onderwerp een apart soort IPR-regels bestaat.

3.3. *Toetsing van buitenlandse (rechts)feiten aan het conflictenrecht*

Feiten waaraan buitenlands recht gevolgen verbindt, worden in principe in andere landen erkend indien zij voldoen aan een 'conflictenrechtelijke toets': als het door onze conflictregel aangewezen recht er de gestelde gevolgen aan verbindt, dan wordt het feit als *rechtsfeit* erkend. Als een in New York wonende kattenliefhebber aldaar een handgeschreven testament opstelt waarin hij zijn kinderen onterft ten gunste van zijn poezen, dan wordt zijn laatste wil in Nederland erkend indien ons conflictenrecht voor wat betreft de vorm van testamenten verwijst naar het recht van een land waar handgeschreven testamenten geldig zijn, en voor wat betreft de inhoud naar het recht van een

land dat geen legitieme portie kent.⁹⁰ Als iemand in Frankrijk een auto koopt en zich naar Frans recht eigenaar mag noemen ook al heeft er geen overdracht van de auto plaatsgevonden, dan zullen wij bereid zijn de eigendom te erkennen als ons conflictenrecht voor dit onderwerp verwijst naar Frans recht, althans naar een recht dat deze vorm van eigendomsovergang kent. Als in Pakistan het huwelijk wordt voltrokken tussen twee minderjarige Nederlanders, wat naar Pakistaans recht is toegestaan maar naar Nederlands recht in principe niet, dan zal dat huwelijk in Nederland niet kunnen worden erkend als ons conflictenrecht de huwelijksbevoegdheid onderworpen acht aan het nationale recht van de betrokkenen.

Het zou niet aangaan als we dit soort 'erkenningsvragen' steevast aan de *lex fori* zouden onderwerpen. Bij toepassing van Nederlands recht zou het testament van de New Yorkse dierenvriend zowel qua vorm als qua inhoud ongeldig zijn. Het in Pakistan gesloten huwelijk zou in Nederland nietig verklaard kunnen worden, ook al waren de echtgenoten in Pakistan wonende Pakistani die naar Pakistaans recht meerderjarig waren. De eigenaar van de in Frankrijk gekochte auto zou in Nederland niet als rechthebbende kunnen worden beschouwd, ook al was het een in Frankrijk wonende Fransman die de auto van een landgenoot had gekocht. Aldus ontstaan de 'hinkende rechtsverhoudingen' en andere verstoringen van het internationale rechtsverkeer die het IPR nu juist moet voorkomen. Het bestaansrecht van het conflictenrecht – als aparte categorie naast het internationale bevoegdheidsrecht en de regels voor erkenning van buitenlandse beslissingen – lijkt hier dus nauwelijks voor betwisting vatbaar.

Daar staat echter tegenover dat het conflictenrecht deze taak in werkelijkheid niet of nauwelijks blijkt te kunnen vervullen. De oorzaak daarvan schuilt in de conflictenrechtelijke rechtsverscheidenheid. Het is denkbaar dat huwelijksbevoegdheid en minderjarigheid in het land waar het huwelijk voltrokken wordt, beoordeeld worden naar het recht van de woonplaats, terwijl we daarop in Nederland het nationale recht van de betrokkenen zouden toepassen. Wij zouden dan een naar Nederlands recht verboden huwelijk niet erkennen als de betrokkenen de Nederlandse nationaliteit bezitten, ook al woonden zij ten tijde van de huwelijkssluiting in een land waar voor hen geen huwelijksbeletsel gold. Aldus blijkt het conflictenrecht een hinkende rechtsverhouding toch niet te kunnen voorkomen, of ruimer: de conflicten-

⁹⁰ Op grond van art. 1 Haags Testamentsvormenverdrag zal het testament naar de vorm in ieder geval geldig zijn als het voldoet aan de vormvereisten van het land waar het werd opgemaakt. M.b.t. de geldigheid van de inhoud verwijst het Haags Erfrechtverdrag 1989 primair naar het recht van het land waar de erflater zijn laatste gewone verblijfplaats had, mits hij tevens de nationaliteit van dat land bezat of tenminste vijf jaar voorafgaande aan zijn overlijden in dat land zijn gewone verblijfplaats had. In andere gevallen is in beginsel het nationale recht van de erflater toepasselijk.

rechtelijke rechtsverscheidenheid leidt tot dezelfde verstoringen van het internationale rechtsverkeer als er zonder conflictenrecht zouden zijn.⁹¹

Laat ik dit met nog een ander voorbeeld proberen te verduidelijken. Ziet men het huwelijk als een rechtsfeit waaraan het recht ook financile gevolgen verbindt, dan zouden die gevolgen in een ander land ‘erkend’ moeten worden als aan een ‘conflictenrechtelijke toets’ is voldaan. Het *Zimbabwe*-arrest⁹² demonstreert dat het verschil tussen de Nederlandse en de Rhodesische conflictregel op het terrein van het huwelijksgoederenrecht voor de echtgenoten heel vervelende gevolgen kan hebben. Een Nederlands echtpaar trouwt in Rhodesië en blijft daar wonen. Zij verkeren, na het inwinnen van juridisch advies ter plaatse, in de veronderstelling dat naar Rhodesisch conflictenrecht het recht van hun woonplaats bepalend is voor het tussen hen vigerende huwelijksvermogensregime. Naar Rhodesisch recht waren zij, ook zonder huwelijksvoorwaarden, buiten gemeenschap van goederen getrouwd. Zij hadden er echter niet op gerekend dat het Nederlandse conflictenrecht verwijst naar het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit. De Hoge Raad verklaarde dan ook dat zij, bij gebreke van huwelijksvoorwaarden, in een gemeenschap van goederen naar Nederlands recht waren getrouwd.⁹³ Dat het Rhodesische, respectievelijk Nederlandse conflictenrecht in dit geval leidde tot toepasselijkverklaring van Rhodesisch, respectievelijk Nederlands huwelijksvermogensrecht – dus in beide gevallen de *lex fori* – is min of meer toeval, maar ook als het Rhodesische *IPR* naar Nederlands recht zou verwijzen en het Nederlandse *i.p.r* naar het recht van Rhodesië, moet geconstateerd worden dat het conflictenrecht niets bijdraagt tot een ongehinderd internationaal rechtsverkeer zolang het van land tot land verschilt.

3.4. *De doelmatigheid als grondslag van het conflictenrecht*

De ‘conflictenrechtelijke toets’ wordt met name gebruikt bij de erkenning van rechtsfeiten en rechtshandelingen die in het buitenland rechtsgeldig tot stand gekomen zijn en bij de erkenning van buitenlandse vonnissen betreffende de burgerlijke staat, zowel in als buiten rechte. Doorgaans, echter, zullen con-

⁹¹ In het belang van het internationale rechtsverkeer zijn sommige regels van conflictenrecht zo geformuleerd dat zij de erkenning van buitenlandse rechtsfeiten begunstigen. Zij verwijzen niet naar één rechtsstelsel dat de juridische betekenis van het gestelde feit bepaalt, maar bieden verscheidene alternatieven. Zo bepaalt art. 1 van de Overeenkomst inzake wettiging door huwelijk (Rome 10 september 1970) dat de wettiging van een natuurlijk kind ten gevolge van het huwelijk van zijn ouders in alle verdragsluitende staten moet worden erkend, indien de nationale wet van de vader *of* de nationale wet van de moeder die vorm van statusverandering mogelijk maakt. In art. 1 van het Haags Testamentsvormenverdrag worden maar liefst acht verschillende rechtsstelsels genoemd waaraan de formele geldigheid van een testamentaire beschikking kan worden ontleend.

⁹² *Supra* nt. 68.

⁹³ In het *Zimbabwe*-arrest werd de vraag naar het toepasselijk recht niet gesteld in het kader van een ‘erkenning’ van buitenlandse rechtsfeiten en er was dan ook geen sprake van een toetsing aan het conflictenrecht, maar van rechtstreekse toepassing. Het effect zou overigens hetzelfde zijn.

flictregels rechtstreeks worden toegepast.⁹⁴ Bijvoorbeeld door de ambtenaar van de burgerlijke stand die moet beslissen naar welk recht de huwelijksbevoegdheid van buitenlanders die in Nederland willen trouwen, beoordeeld moet worden. Of door de notaris die gevraagd wordt een testament op te maken voor een in Nederland wonende Amerikaan. Of door de rechter die een oordeel dient te geven over de vordering van een buitenlandse onderneming tegen haar in Nederland gevestigde handelspartner. Het is met name in deze situaties dat het conflictenrecht zijn bestaansrecht moet bewijzen. Laten we eens zien of het hier beter voldoet dan wanneer het erom gaat de juridische betekenis van een buitenlands *fait accompli* te bepalen.

3.4.1. *Het conflictenrecht als remedie tegen forum shopping*

Forum shopping impliceert een vergelijkend onderzoek naar de conflictenrechtelijke beslissingen die verschillende (bevoegde) fora ten aanzien van hetzelfde geval zullen geven, zodat op basis daarvan beslist kan worden welk forum het materiële recht zal toepassen dat voor de eisende partij het voordeligst is.⁹⁵ Vervolgens wordt de zaak bij dat forum aangebracht. Als alle bevoegde fora tot dezelfde conflictenrechtelijke, en in principe dus ook tot dezelfde materieelrechtelijke uitkomst zouden komen, zou forum shopping niet lonend zijn, net zo min als het lonend is om vergelijkend warenonderzoek te doen met betrekking tot postzegels of spoorkaartjes.

Als remedie tegen forum shopping in deze zin faalt het conflictenrecht jammerlijk, welke conflictenrechtelijke methode men ook hanteert. Zolang zich meer dan één forum bevoegd kan verklaren, dreigt het gevaar van forum shopping als niet overal gelijke conflictenrechtelijke regels en beginselen worden toegepast. Als in Nederland, Ierland en Zwitserland een echtscheiding

⁹⁴ Soms vindt tegelijkertijd toetsing *aan* en toepassing *van* het conflictenrecht plaats. Zo zal de echtscheidingsrechter in een enkel geval moeten uitmaken of er wel een geldig huwelijk is, voordat hij beslist over de mogelijkheid van ontbinding daarvan. Als een Marokkaanse man stelt dat zijn vrouw niet ontvankelijk is in haar verzoek tot echtscheiding omdat hij haar intussen verstothen heeft, dan zal de echtscheidingsrechter eerst moeten bepalen of het rechtsfeit van de verstoting in Nederland erkend kan worden. Daartoe hanteert hij de conflictenrechtelijke toets die in artikel 3 van de Wet Conflictenrecht Echtscheiding wordt voorgeschreven: is de verstoting toegelaten naar het recht van het land waarvan de man de nationaliteit bezit en verbindt het recht van het land waar de verstoting plaatsvond daaraan het rechtsgevolg van huwelijksontbinding? Daarnaast moet nog aan een *materieel* vereiste zijn voldaan: de vrouw moet uitdrukkelijk of stilzwijgend met de ontbinding van het huwelijk hebben ingestemd of zich daarbij hebben neergelegd. Is een van deze voorwaarden niet vervuld, dan is er dus nog een voor ontbinding vatbaar huwelijk. Vervolgens zal moeten worden bepaald door welk recht het verzoek tot echtscheiding wordt beheerst. Hiertoe dient de conflictenrechtelijke regel met betrekking tot huwelijksontbinding rechtstreeks te worden toegepast.

⁹⁵ Forum shopping hoeft niet alleen op een vergelijking van conflictenrechtelijke uitkomsten gericht te zijn. Zo kan het ook nuttig zijn te weten dat het ene forum sneller pleegt te beslissen dan het andere, dat een procedure in het ene land goedkoper is dan in het andere, dat de hoogte van een schadevergoeding al dan niet wordt vastgesteld door een jury, etc. Vgl. Juenger, *supra* nt. 26, blz. 574: 'If forum shopping is prompted, in large measure, by reasons other than the diversity of substantive and choice-of-law rules, what is the purpose of conflict of laws?'

zou worden onderworpen aan het recht van de plaats van huwelijkssluiting, dan zouden de Nederlandse, de Ierse en de Zwitserse rechter – aangenomen dat zij alle drie bevoegd zijn – Iers recht dienen toe te passen op de echtscheiding van een in Zwitserland wonend Nederlands echtpaar dat in Dublin getrouwd is. Dat het echtpaar dan waarschijnlijk getrouwd zal moeten blijven, mag geen rol spelen in een conflictenrecht dat, wil het forum shopping verhinderen, wel op *Entscheidungseinklang* gericht móét zijn.

In het hedendaagse conflictenrecht wordt van land tot land verschillend gedacht over de criteria die het meest geschikt zijn om het toepasselijk recht voor de diverse categorieën rechtsverhoudingen aan te wijzen. Daar komt bij, dat men conflictenrechtelijke vragen op het terrein van het personen- en familierecht tegenwoordig zoveel mogelijk wenst op te lossen met behulp van een criterium dat op beide partijen betrekking heeft – gemeenschappelijke nationaliteit of (laatste) gemeenschappelijke woonplaats – maar als partijen niets gemeen blijven te hebben, blijft vaak niets anders over dan toepassing van de *lex fori*. Voorts spreekt op allerlei terreinen de materieel-rechtelijke rechtvaardigheid een woordje mee. Dat leidt tot de opstelling van conflictenrechtelijke regels waarin de eigen, nationale opvattingen over doelmatigheid en rechtvaardigheid zijn verdisconteerd, en dus tot conflictenrechtelijke rechtsverseidenheid.

Hoewel er in de tweede helft van deze eeuw meer conflictenrechtelijke verdragen tot stand zijn gekomen dan ooit tevoren, is er op geen enkel terrein een ‘wereldconflictenrecht’ ontstaan. Zelfs als een verdrag door alle naties van de wereld zou worden geratificeerd, dan nog blijft de kans groot dat het in verschillende landen verschillend zal worden geïnterpreteerd. De moderne IPR-opvattingen, die meer ruimte voor de aanwijzing van een ‘proper law’ verlangen, dragen daar nog toe bij.

De conclusie moet dan ook luiden dat het conflictenrecht niet of nauwelijks in staat is het gevaar van forum shopping te keren. In dit opzicht wegen de baten van het conflictenrecht niet op tegen de kosten en moeite van toepassing van buitenlands recht. En zelfs als het conflictenrecht zich wél liet unificeren en forum shopping zich daardoor zou laten elimineren, vraag ik mij met Juenger af, of de prijs die we daarvoor moeten betalen niet te hoog is:

‘But assuming that the prevention of forum shopping is the true *raison d’être* of the conflict of laws, can choice-of-law rules in fact guarantee uniform results in multistate cases? [...] If one assumes that decisional harmony can in fact be attained, it is still fair to ask whether that objective is important enough to burden trial courts with the onerous task of ascertaining and applying foreign law. Who can vouchsafe that alien precepts will be applied correctly? Given the expense and margin of error inherent in trying suits under rules with which the judge is unfamiliar, is the game worth the candle?’⁹⁶

⁹⁶ Juenger, *supra* nt. 59, blz. 167.

3.4.2. *Het conflictenrecht als remedie tegen hinkende rechtsverhoudingen*

Het tegengaan van hinkende rechtsverhoudingen – of ruimer: het wegnemen van hindernissen die een soepel verloop van het internationale rechtsverkeer zouden kunnen belemmeren – is de volgende doelstelling waaraan het IPR zijn bestaansrecht zou ontlelen. Hoewel de regels van het formele IPR, met name erkenningsregels, een belangrijke bijdrage zullen leveren aan de verwezenlijking van dit doel, wil ik mij hier beperken tot de bijdrage van het conflictenrecht. De rol van het conflictenrecht als toetssteen voor de erkenning van buitenlandse rechtsfeiten kwam hierboven al uitgebreid ter sprake. Nu gaat het om de rechtstreekse toepassing van het conflictenrecht door rechters of ambtenaren van de burgerlijke stand, die op grond van een conflictenrechtelijk oordeel aan een bepaald feit rechtsgevolgen toekennen die het tevoren nog niet had of die althans nog niet tussen de betrokken partijen vaststonden. De vraag is nu of het conflictenrecht zo is ingericht dat die rechtsgevolgen ook in het buitenland zullen worden erkend. Zo niet, dan dreigt het gevaar van hinkende rechtsverhoudingen of andere verstoringen van het internationale rechtsverkeer.

Hinkende rechtsverhoudingen zouden niet ontstaan indien in alle betrokken landen dezelfde conflictenrechtelijke maatstaven worden aangelegd, zowel bij de 'originaire' toepassing van het conflictenrecht als bij hantering van een 'conflictenrechtelijke toets'. Zo geeft de verkrijging van onroerend goed nauwelijks aanleiding tot problemen, omdat overal ter wereld de plaats van ligging als conflictenrechtelijk criterium wordt gehanteerd. Wie naar Frans recht door enkele overeenkomst de eigendom van een stuk grond in Frankrijk verwerft, zal ook elders als eigenaar worden beschouwd, want ook daar is de *situs* de enige maatstaf.⁹⁷

Vanzelfsprekend wordt een onbelemmerd internationaal rechtsverkeer ook gediend als bij de conflictenrechtelijke toets ruimere maatstaven worden aangelegd dan bij directe toepassing van het conflictenrecht, of als de conflictenrechtelijke toets tot een minimum beperkt wordt. Voorbeelden van een dergelijke beperking zijn te vinden in de beide erkenningsverdragen op het terrein van de echtscheiding. Het Luxemburgse erkenningsverdrag⁹⁸ laat de conflictenrechtelijke toets slechts toe als beide echtgenoten de nationaliteit bezaten van de staat waar erkenning wordt gevraagd en als er na toepassing van het conflictenrecht van die staat geen echtscheiding had kunnen worden uitge-

⁹⁷ Bovendien wordt algemeen aanvaard dat het *forum rei sitae* exclusieve rechtsmacht heeft terzake van geschillen betreffende zakelijke rechten op onroerend goed. Wel kunnen problemen ontstaan bij de kwalificatie van de rechtsvraag. De grens tussen persoonlijke en zakelijke rechten met betrekking tot onroerend goed is niet gemakkelijk te trekken. Voorts ontstaan er complicaties doordat in sommige landen de verkrijging van een onroerende zaak krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht onderworpen is aan het recht van de plaats van ligging (splittingsstelsel), terwijl in andere landen verwezen wordt naar het recht dat de vererving, resp. het huwelijksvermogensrecht 'en bloc' beheerst (eenheidsstelsel).

⁹⁸ Verdrag inzake de erkenning van beslissingen betreffende de huwelijksband, Luxemburg 8 september 1967; zie met name art. 3.

sproken. Het Haagse erkenningsverdrag⁹⁹ staat de verdragsluitende staten toe erkenning te weigeren als beide echtgenoten onderdanen waren van een staat waarvan de wet geen echtscheiding kent. Voor het overige is een conflictenrechtelijke toets verboden.

Waar zelfs verdragen de mogelijkheid van hinkende rechtsverhoudingen niet geheel elimineren, mag het niet verwonderen dat zij buiten verdrag nauwelijks te vermijden zijn. Ook hier is een uniform conflictenrecht een *conditio sine qua non*, en opnieuw moet worden vastgesteld dat die voorwaarde niet is vervuld en waarschijnlijk ook nooit vervuld zal worden. Het probleem van de hinkende rechtsverhoudingen vindt dus geen afdoende oplossing in het bestaande conflictenrecht. Ook in dit opzicht laat het conflictenrecht zich niet uit de doelmatigheid verklaren.

3.5. *De rechtvaardigheid als grondslag van het conflictenrecht*

De belangrijkste reden waarom het conflictenrecht er niet in slaagt de hinderlijke gevolgen van de internationale rechtsverscheidenheid op te heffen en nauwelijks bijdraagt tot een soepel verloop van het internationale rechtsverkeer, is het feit dat het zelf door rechtsverscheidenheid geplaagd wordt. Zolang dat zo is, kan de doelmatigheid geen overtuigend argument zijn om het bestaan van een conflictenrechtelijk regelsysteem te rechtvaardigen. Een ‘doeltreffende ordening’ kan het conflictenrecht niet bieden, zolang er verschillend gedacht wordt over de manier waarop een ‘*coordination des systèmes*’ bereikt moet worden.

3.5.1. *Conflictenrechtelijke rechtvaardigheid*

Wat overblijft, is de rechtvaardigheid. Daaronder zal dan iets anders moeten worden verstaan dan Kegels ‘internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit’, die bij nadere beschouwing immers samenvalt met doelmatigheid en rechtszekerheid. Het conflictenrecht is in deze visie primair een *ordenend* regelsysteem, waarvan het rechtvaardigheidsgehalte bepaald wordt door de mate waarin het zijn doel bereikt. Dat doel wordt voornamelijk bepaald door *Verkehrs-* en *Ordnungsinteressen*, die geïdentificeerd kunnen worden met het hierboven besproken belang van een onbelemmerd internationaal rechtsverkeer. Daarnaast verlangen de *Parteiinteressen* toepassing van het recht waarmee de betrokkenen het nauwst verbonden zijn, maar als dat voor ieder van hen een ander rechtsstelsel is, houden de partijbelangen elkaar in evenwicht en zal de knoop op een andere manier moeten worden doorgemaakt. Voor zover het belang van partijen in de ‘conflictenrechtelijke rechtvaardigheid’ is verdisconteerd, komt het in dit soort evenwichtssituaties nauwelijks tot zijn recht.

⁹⁹ Verdrag inzake de erkenning van echtscheidingen en scheiding van tafel en bed, 's-Gravenhage 1 juni 1970; zie met name art. 6 lid 2 sub b en art. 7.

3.5.2. *Materieelrechtelijke rechtvaardigheid*

Zo beschouwd, ontleent het hedendaagse conflictenrecht zijn rechtvaardigheidsgehalte dus alleen aan regels en beginselen waarin rechtvaardigheidsnoties uit het materiële recht doorwerken, soms direct, zoals in de regels die een wenselijk resultaat begunstigen, soms indirect, zoals in de regels die gebaseerd zijn op het beschermingsbeginsel. Bij toepassing van het leerstuk van de openbare orde ter afwering van ongewenst buitenlands recht voert de materieelrechtelijke rechtvaardigheid zelfs de boventoon.

Als het conflictenrecht niet in staat is andere waarden te verwezenlijken dan die van de materieelrechtelijke rechtvaardigheid, kan men zich gevoeglijk afvragen of het dan alleen daaraan zijn bestaansrecht kan ontleenen. Als wij in Nederland vinden dat consumenten beschermd moeten worden en die waarde in een conflictregel verdisconteren die verwijst naar het recht van de woonplaats van de consument, zouden we dan niet evengoed het Nederlandse consumentenrecht kunnen toepassen? Als er ons iets aan gelegen is dat aan alimentatiebehoefte een bijdrage in hun levensonderhoud wordt verschaft, waarom passen we dan niet rechtstreeks ons eigen alimentatierecht toe? Als ons collectieve rechtsgevoel verlangt dat huwelijken ontbonden moeten kunnen worden als een van de echtgenoten daarop staat, waarom zouden we dan nog de moeite nemen om te onderzoeken of de echtscheiding wellicht ook naar buitenlands recht kan worden uitgesproken? Met andere woorden: is er soms een bovenstatelijke rechtvaardigheid die verlangt dat wij onze nationale rechtvaardigheidsnoties onderdrukken en de *lex fori* ten achter stellen bij buitenlands recht? Welk belang rechtvaardigt de toepassing van buitenlands recht als het ons alleen om een naar ons rechtsgevoel aanvaardbare uitkomst is te doen?

3.5.3. *De conflictenrechtelijke verwachtingen van partijen*

Als noch de doelmatigheid, noch de conflictenrechtelijke of materieelrechtelijke rechtvaardigheid voldoende reden zijn om eigen recht voor buitenlands recht te laten wijken, dan valt de onmisbaarheid van het conflictenrecht alleen nog te verklaren uit de rechtszekerheid. Ik doel daarmee op de zekerheid die de deelnemers aan het internationale rechtsverkeer intuïtief van het recht – in dit geval het IPR – verwachten, en niet de verwachtingen van hun juridische adviseurs.

Zolang er geen gedingen gevoerd worden, zullen de deelnemers aan het internationale rechtsverkeer van het IPR niet méér verwachten dan dat het de stabiliteit van hun status en van hun grensoverschrijdende rechtsbetrekkingen garandeert. Zij zouden erop moeten kunnen vertrouwen dat een bepaalde rechtstoestand die in het ene land is ontstaan, in andere landen zal worden aanvaard. Wij zagen al dat het conflictenrecht dit soort zekerheid niet kan bieden zolang het van land tot land verschilt. Rechtsgevolgen die buitenlands recht aan een feit verbindt, worden bij ons niet erkend als ons conflictenrecht, anders dan het buitenlandse, verwijst naar een recht dat die

gevolgen niet kent. Dat ondermijnt de stabiliteit waarop degene die het rechtsgevolg inroept, meende te mogen vertrouwen. Zolang er geen universeel conflictenrecht bestaat, zullen er andere middelen te baat genomen moeten worden om deze onzekerheden weg te nemen.

Wanneer deelnemers aan het internationale rechtsverkeer zich gedwongen zien in rechte op te treden, zullen zij de verwachting koesteren dat een rechtsbeslissing overal hetzelfde gezag zal hebben. Wie in het ene land gescheiden is, zal verwachten dat hij elders zal kunnen hertrouwen. Wie in het ene land met succes een schadevergoedingsprocedure heeft gevoerd, zal verwachten dat het vonnis ook in een ander land ten uitvoer gelegd kan worden, met name daar waar het vermogen van de wederpartij zich bevindt. Voor zover de erkenning van buitenlandse rechtsbeslissingen aan een conflictenrechtelijke toets wordt onderworpen, zal het vertrouwen van de justitiabelen regelmatig beschaamd worden. Voor het overige komen de erkenningsregels van het moderne IPR, zelfs buiten de executieverdragen, meer en meer tegemoet aan de behoefte aan een ‘vrij verkeer van vonnissen’. In dat opzicht hebben de deelnemers aan het internationale rechtsverkeer dus minder te klagen.

Naar mijn mening hebben de meeste justitiabelen geen vastomlijnde ideeën omtrent het recht dat in het burgerlijk proces zal worden toegepast. Ik vermoed dat zij in de meeste gevallen zullen uitgaan van de toepasselijkheid van de *lex fori*. Dit impliceert dat het conflictenrecht zijn bestaansrecht ook niet kan ontleen aan de zekerheid die het de doorsnee rechtzoekende te bieden heeft. Alleen degenen die zich van de conflictenrechtelijke problematiek bewust zijn, hebben profijt van conflictregels die partijen de mogelijkheid bieden het toepasselijk recht zelf aan te wijzen. Maar als rechtszekerheid alleen aan de partij-autonomie kan worden ontleend, is de rest van het conflictenrecht voor dat doel overbodig.

4. Conclusie

4.1. *De onoplosbaarheid van het conflictenrechtelijk keuzeprobleem*

Wie meende dat ik na deze beschouwingen wel tot de conclusie zou komen dat het conflictenrecht aan geen enkele van zijn doelstellingen voldoet en dus geen bestaansgrond heeft, krijgt niet helemaal gelijk. Zeker, ik ben van mening dat het conflictenrecht in alle opzichten tekortschiet en geen van zijn taken naar behoren vervult. Dat ligt niet aan de methode, want alle tekortkomingen van het Savigniaanse conflictenrecht kunnen evengoed aan de Amerikaanse *interest analysis* worden verweten. Ik denk dan ook niet dat het veel zin heeft te blijven zoeken naar een nieuwe conflictenrechtelijke methode of te blijven sleutelen aan de bestaande regels en beginselen. Als het na achthonderd jaar nog steeds niet gelukt is een bevredigende oplossing voor het conflictenrechtelijk keuzeprobleem te vinden, kunnen we misschien maar beter toegeven dat die oplossing niet bestaat, althans niet bereikbaar is. Alleen een universeel conflictenrecht kan de verschillen tussen nationale stelsels van privaatrecht overbruggen, en net zomin als ik een 'wereldprivaatrecht' verwacht, zie ik een 'wereldconflictenrecht' ontstaan.

Hoe je het ook wendt of keert, de vraagstelling van het conflictenrecht verlangt een keuze tussen recht A en recht B, en over de keuzecriteria zal altijd verschil van mening mogelijk zijn. 'Werkelijke wetsconflicten zijn onoplosbaar', luidde een van de stellingen bij het proefschrift van Strikwerda, en ik ben het met die stelling en met de conclusie die hij daaraan verbindt volmondig eens:

'Het verdient naar mijn oordeel de voorkeur ervan uit te gaan dat het rechtsvacuüm, waarin werkelijke wetsconflicten zich bevinden, zich niet bevredigend laat invullen door het vanuit een nationaal perspectief opererende conflictenrecht. Wij moeten ons er maar bij neerleggen dat werkelijke wetsconflicten onoplosbaar zijn, zich niet lenen voor normatieve oplossingen, om vanuit deze positie op zoek te gaan naar de meest gerede noodoplossing.'¹⁰⁰

Die noodoplossing is volgens Strikwerda de toepassing van de *lex fori*, maar dan alleen als *ultimum remedium* voor 'werkelijke, langs andere wegen onoplosbare wetsconflicten'. Anders dan hij, meen ik dat de meeste wetsconflicten onoplosbaar zijn, ook langs de weg van de door hem verdedigde *interest analysis*. Ik zou niet weten welk land een *governmental interest* kan doen gelden terzake van een willekeurige internationale echtscheiding: het woonland of het

¹⁰⁰ L. Strikwerda, *Semipubliekrecht in het conflictenrecht, verkenningen op een kruispunt van methoden*, Alphen a/d Rijn 1978, blz. 193 en stelling iv.

nationaliteitsland van de ene of dat van de andere echtgenoot, of het land waar de procedure gevoerd wordt? Ik zou niet weten waarom het land waar de verkoper gevestigd is, wel belang bij toepassing van zijn recht zou hebben, terwijl dat belang voor het land van de koper ontbreekt, of omgekeerd. Het ontgaat mij waarom het land waarvan een erflater de nationaliteit bezat of waar hij woonplaats had, meer of minder belang zou hebben bij toepassing van zijn erfrecht dan het land waar zijn vermogen zich bevindt of waar zijn erfgenamen wonen. Ik kan daarvoor wel argumenten verzinnen, maar, zoals de Amerikaanse rechtspraak aantoon, een tegengesteld standpunt laat zich meestal even goed beargumenteren.¹⁰¹

Voor het Savigniaanse conflictenrecht, met zijn supranationale pretentie, geldt a fortiori dat de keuzecriteria voor discussie vatbaar zijn. Is iemand nauwer verbonden met het land waarvan hij de nationaliteit bezit of met het land waar hij woont? Is een onrechtmatige daad nauwer verbonden met het land waar onrechtmatig gehandeld werd, met het land waar de schade intreedt, met het woonland van de laedens of dat van gelaedeerde? Is een arbeidsovereenkomst nauwer verbonden met het land waar de arbeid verricht wordt of met het land waar de werkgever gevestigd is? Is eigendom nauwer verbonden met het land waar de zaak zich bevindt, met het land waar de eigenaar woont, of met het woonland van degene die de eigendom betwist? Ook hier zullen tegengestelde antwoorden vaak met even sterke argumenten kunnen ondersteund. Mijn conclusie luidt dan ook dat het conflictenrechtelijk keuzeprobleem per definitie op verschillende manieren opgelost kan worden, en dat geen van die oplossingen aanspraak kan maken op universele geldigheid. Een universeel conflictenrecht is daarom onbereikbaar.

4.2. *De restfunctie van het conflictenrecht*

De behoefte aan regels van conflictenrecht ontstond doordat het internationale rechtsverkeer hinder ondervond van de materieelrechtelijke rechtsverscheidenheid. Conflictenrechtelijke rechtsverscheidenheid is er de oorzaak van, dat die hinder niet veel minder is geworden. Een doeltreffende ordening kan het conflictenrecht zeker niet genoemd worden. Voor zover het een rechtvaardige ordening wil zijn, vormt het een wat flauw aftreksel van materieelrechtelijke rechtvaardigheidsnoties, die bij toepassing van de *lex fori* direct en in volle omvang tot uitdrukking zouden komen. Veel zekerheid heeft het conflictenrecht de justitiabelen ook al niet te bieden, zolang onduidelijk is wáár zij hun rechten zullen moeten laten gelden.

Heeft het conflictenrecht zijn bestaansrecht dan in het geheel niet waargemaakt? Moet het dan maar integraal worden afgeschaft? Moeten we dus consequent de *lex fori* toepassen en niet langer nadenken over de vraag of en

¹⁰¹ Vgl. mijn dissertatie, *Beyond Lex Loci Delicti, Conflicts Methodology and Multistate Torts in American Case Law*, Deventer etc. 1987.

wanneer buitenlands recht voor toepassing in aanmerking komt? Mijn antwoord op deze vragen is meer praktisch dan principieel. Iets is beter dan niets, en als het conflictenrecht het internationale rechtsverkeer ook maar enigszins kan vergemakkelijken, moet het daarvoor zoveel mogelijk worden ingezet. In gevallen waarin alle betrokken landen partij zijn bij een conflictenrechtelijk verdrag, is toepassing van de verdragsregels niet alleen geboden omdat het volkenrecht dat verlangt, maar vooral ook omdat daarmee een of meer conflictenrechtelijke doelstellingen worden vervuld, in ieder geval ten dele. Dat pleit ook voor toepassing van niet-verdragsrechtelijke conflictregels die alle betrokken landen met elkaar gemeen hebben, zoals bijvoorbeeld de algemeen aanvaarde regel die voor eigendomskwesties verwijst naar de *lex rei sitae*. Handhaving van die regel komt het internationale rechtsverkeer meer ten goede dan een principiële toepassing van de *lex fori*.

4.3. *Alternatieven buiten het conflictenrecht: bevoegdheid en erkenning*

Dit betekent echter niet dat alles dan maar moet blijven zoals het is en dat we het conflictenrecht met al zijn feilen zullen moeten accepteren bij gebrek aan een beter alternatief. Het besef dat het conflictenrecht geen enkele van zijn doelstellingen volledig kan vervullen, noopt niet tot de conclusie dat het dan maar afgeschaft moet worden, maar wel, wat mij betreft, tot een onderzoek naar alternatieven buiten het conflictenrecht. Hoe langer ik mij met het IPR bezighoud, hoe meer het mij verbaast dat de wetenschap de steen der wijzen nog steeds in het conflictenrecht denkt te kunnen vinden. Eeuwenlang is er gezocht naar een conflictenrechtelijk model dat de keuze tussen eigen en buitenlands recht op een overtuigende manier normeert. Klaarblijkelijk is dat niet gelukt, want niet alleen hebben de Europeanen de Amerikanen niet kunnen overtuigen van de universele geldigheid van hun model, en omgekeerd, maar evenmin hebben de aanhangers van het Savigniaanse model elkaar kunnen overtuigen van de universele geldigheid van hun keuzecriteria.

Buiten het conflictenrecht liggen alternatieven die volgens mij nog onvoldoende op hun bruikbaarheid voor de oplossing van wetsconflicten onderzocht zijn. Ik denk daarbij in de eerste plaats aan de regels van het bevoegdheidsrecht. Op sommige terreinen heeft het conflictenrechtelijk keuzeprobleem een oplossing gevonden in de normering van rechtsmacht. Niet de vraag welk recht moet worden toegepast, maar de vraag welke rechter bevoegd is, staat in deze benadering centraal.¹⁰² Het is met name de ‘Oostenrijkse Amerikaan’ Ehrenzweig geweest, die toepassing van ‘*the proper law in the proper forum*’ heeft bepleit. Omdat dit principe veelal zal leiden tot de toepassing van de *lex fori*, moeten er criteria worden ontwikkeld aan de hand waarvan bepaald kan worden of het forum op goede gronden rechtsmacht heeft aangenomen. Het lijkt erop of hiermee de problemen van het conflicten-

¹⁰² Vgl. *supra* nt. 76.

recht worden verschoven naar het terrein van het bevoegdheidsrecht, en ten dele is dat natuurlijk ook zo. Ik sluit mij echter aan bij Ehrenzweig, waar hij stelt dat

‘these problems will be solved more readily and more rationally, if phrased in terms of a court’s policy-determined jurisdiction than in a law’s doctrinary claim to “governance”’.¹⁰³

Over de criteria voor de aanwijzing van de bevoegde rechter bestaat heel wat meer internationale eenstemmigheid dan over de criteria die moeten worden aangelegd bij de aanwijzing van het toepasselijk recht. Het EEG Bevoegdheids- en Executieverdrag lijkt model te kunnen staan voor een regeling van de internationale rechtsmacht waarin ook landen buiten de Europese Unie zich weten te vinden. De verdragsregels komen ruimschoots tegemoet aan de behoefte aan een doelmatige en rechtvaardige verdeling van rechtsmacht. Is het ondenkbaar dat die regels als uitgangspunt dienen voor een regeling waarin het toepasselijk recht aan de bevoegdheid gekoppeld wordt?

Zoals gezegd, vindt het internationale bevoegdheidsrecht zijn bestaansgrond in de behoefte van deelnemers aan het internationale rechtsverkeer die zich gedwongen zien in rechte op te treden. De regels betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechtsbeslissingen voorzien in de behoefte aan een ‘vrij verkeer van vonnissen’. Ook buiten verdrag zouden die regels zo ruim mogelijk geformuleerd moeten worden om aan hun doel te kunnen beantwoorden. Ook op dit terrein kan het conflictenrecht de wind uit de zeilen genomen worden, als de ‘conflictenrechtelijke toets’ vervangen wordt door een marginale toetsing van buitenlandse beslissingen. Zo zou bij de erkenning van staatvonnissen niet onderzocht moeten worden of de buitenlandse autoriteit wel het recht heeft toegepast dat onze conflictregel aanwijst, maar of hij op redelijke gronden bevoegdheid heeft aangenomen en of er aan de eisen van een goede procesorde is voldaan.

Ook bij de erkenning van buitenlandse rechtsfeiten – in of buiten rechte – is een conflictenrechtelijke toets bepaald niet onmisbaar. Een remedie tegen hinkende rechtsverhoudingen vinden we niet alleen in *Entscheidungseinklang* en een uniform conflictenrecht, maar ook in de bereidheid om aan feiten die in het buitenland hebben plaatsgevonden, zoveel mogelijk die rechtsgevolgen toe te kennen die de daarbij betrokken partij of partijen er destijds van verwachtten. De vraag of die rechtsgevolgen erkend kunnen worden, hoeft niet per se beantwoord worden aan de hand van conflictenrechtelijke criteria maar kan evengoed worden opgelost met behulp van daartoe ontwikkelde of nog te ontwikkelen erkenningsnoties, zoals: de ‘bevoegdheid’ van de buitenlandse overheidsdienaar, de instemming van de wederpartij, de verwachtingen van partijen gezamenlijk, de begunstiging van een geldig resultaat, of zelfs de redelijkheid en de billijkheid of het relatieve gewicht van de betrok-

¹⁰³ Albert A. Ehrenzweig, *Private International Law. A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty. General Part*, Leyden/Dobbs Ferry N.Y. 1967, blz. 110.

ken belangen. Dat zijn heel andere criteria dan die bij een conflictenrechtelijke toets gebruikt worden, maar dat wil niet zeggen dat zij niet het overwegen waard zijn.

Een nadere uitwerking van mijn ideeën over geschikte alternatieven voor het conflictenrecht zou het bestek van deze wetenschappelijke mededeling te buiten gaan. De mogelijkheden die in het formele IPR besloten liggen, verdienen beslist meer aandacht dan zij tot dusver gekregen hebben, en ik hoop nog eens verslag te kunnen doen van mijn verdere onderzoeken op dat nog vrijwel onontgonnen terrein. Op dit moment moet ik het echter laten bij de conclusie dat de hinder die het internationale rechtsverkeer van de bestaande rechtsverscheidenheid ondervindt, door het conflictenrecht niet wordt weggenomen. Voortborduren op het conflictenrechtelijk stramien lijkt mij dan ook niet vruchtbaar. Een procesrechtelijke benadering biedt volgens mij meer perspectief, en daarin zie ik dan ook de uitdaging voor de toekomst: zouden er geen bevoegdheids- en erkenningscriteria te ontwikkelen zijn die de doelstelling van het IPR beter verwezenlijken dan het conflictenrecht?

4.4. *De lex fori als uitgangspunt*

Ik zal er geen twijfel over laten bestaan dat ik in de loop der jaren een overtuigd aanhanger van het ‘lex forisme’ ben geworden. Mijn overpeinzingen over de bestaansgrond van het conflictenrecht hebben me alleen maar gesterkt in de gedachte dat bij de rechtsaanwijzing de toepasselijkheid van de lex fori het uitgangspunt moet zijn. Als *Entscheidungseinklang* niet te verwachten valt, als forum shopping en hinkende rechtsverhoudingen niet te voorkomen zijn, als internationale rechtszekerheid een illusie is en als de rechtvaardigheid alleen indirect door het conflictenrecht gediend mag worden, dan moet er wel een heel goede reden zijn om in het burgerlijk proces aan buitenlands recht de voorkeur te geven boven het eigen recht. Ik verwerp dan ook de gedachte dat rechtsstelsels uitwisselbaar zijn en op gelijke voet voor toepassing in aanmerking komen. De inspanningen die de rechter en/of partijen zich moeten getroosten om de inhoud van buitenlands recht te achterhalen, tonen al aan dat dit niet zo kan zijn. De onzekerheid die de rechter bevangt bij toepassing van buitenlands recht en de fouten die hij daarbij ongetwijfeld maakt, leggen al zo’n groot gewicht in de schaal van het eigen recht dat er alleen dan een zwaarwegende reden voor toepassing van buitenlands recht kan zijn als toepassing van de lex fori onmiskenbaar tot onrecht leidt.

Ik zou er dan ook, tot besluit, voor willen pleiten dat in de internationaal privaatrechtelijke *procedure* de lex fori tot uitgangspunt wordt gekozen. Als het conflictenrecht er niet in slaagt een doeltreffende en rechtvaardige ordening te bewerkstelligen, dan kunnen we ons beter verlaten op ons eigen materiële recht. Het belang van het internationale rechtsverkeer is daarmee waarschijnlijk meer gediend dan met de tot dusver vruchteloos gebleken pogingen om conflictregels te ontwerpen die ‘in een wereldrecht zouden passen’. Ik denk dat we ons beter kunnen concentreren op een verfijning van de andere

soorten regels waarmee het IPR aan de behoeften van het internationale rechtsverkeer tracht te voldoen, dan op een ideale oplossing van het conflictenrechtelijk keuze probleem.

Het grensoverschrijdend rechtsverkeer neemt nog altijd toe en verschillen tussen nationale stelsels van privaatrecht zullen er wel altijd blijven. Uit de combinatie van deze twee factoren vloeien juridische complicaties voort, die zo doelmatig en rechtvaardig mogelijk moeten worden opgelost. De bestaansgrond van het *internationaal privaatrecht* is daarmee gegeven. Om een doelmatige en rechtvaardige ordening van het internationale rechtsverkeer te bereiken zullen we echter een andere weg moeten gaan dan de doodlopende weg van het conflictenrecht. Alternatieve routes zie ik op het terrein van bevoegdheid en erkenning. Het zou goed zijn als we die eens grondig gingen verkennen.