

Interview

Het ipr wil van alle walletjes tegelijk eten

Interview met prof.mr. L. Strikwerda, Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad, hoogleraar internationaal privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en lid van de Staatscommissie voor ipr

Ivo Giesen (UvA) en Maarten Haak (RUG)

Inleiding

Luc Strikwerda begon zijn juridische loopbaan aan de Universiteit van Amsterdam, alwaar hij tussen 1968 en 1973 rechten studeerde. Hij koos de privaatrechtelijke hoofdrichting en concentreerde zich daarbij op het internationaal privaatrecht (ipr) en de rechtsgeschiedenis. Na een jaar in de Verenigde Staten aan *New York University* doorgebracht te hebben, keerde hij terug naar het Centrum voor Buitenlands Recht en IPR aan de UvA, waar hij tijdens zijn studie als student-assistent werkzaam was geweest, "waardoor ik wat ruimer in mijn financiële jas zat". Strikwerda bezette daar toen een promotieplaats, "een soort *aio avant-la-lettre*, het betaalde net zo slecht". Dit leidde tot zijn proefschrift 'Semi-publiekrecht in het conflictenrecht', waarop hij in 1978 *cum laude* bij professor d'Oliveira promoveerde. Hij kreeg hiervoor de H.D. Tjeenk Willink-prijs, die dat jaar voor het eerst werd uitgereikt.

Na al die wetenschappelijke arbeid was voor Strikwerda de tijd gekomen om de praktijk in te gaan. De raio-opleiding in Alkmaar was de daartoe te ondernemen stap. In 1981 volgde de benoeming tot rechter in Alkmaar. Toch bleef de universitaire wereld lonken en dus aanvaardde Strikwerda in 1985 de benoeming tot hoogleraar aan de RUG. In Groningen kwam Strikwerda binnen als "een notoir ipr-specialist". Het ipr werd een verplicht vak voor de privaatrechtelijke richting "met een hoop studiepunten. Hoe dat systeem precies werkt, weet ik niet." Deze voltijds-aanstelling werd in 1988 omgezet in een deeltijd-aanstelling, met de bedoeling om 4 dagen per week de post van rechter te kunnen vervullen in Assen. Koud een maand later werd hij echter benoemd tot Advocaat-Generaal bij de



Hoge Raad. Daar in Den Haag spraken wij op Valentijnsdag met Luc Strikwerda.

Hoe belangrijk is ipr voor de praktijk-jurist?

In de eerste plaats is het praktisch van belang. We zitten in een samenleving die voortdurend internationaler wordt zonder dat het privaatrecht internationaal ééngemaakt is. In Nederland wonen zo'n half miljoen buitenlanders, die hier trouwen, kinderen krijgen, doodgaan en vermo-

gen verwerven. Dat zijn allemaal internationaal privaatrechtelijke problemen. Iemand die in de praktijk werkzaam is als jurist zal dan ook moeten weten waar het over gaat. Daarom mag het ipr niet ontbreken in de privaatrechtelijke studierichting. Het is bovendien een prachtig voorportaal voor de privaatrechtelijke rechtsvergelijking, zonder welke je het vak natuurlijk helemaal niet kunt bedrijven. Je moet een notie hebben van hoe rechtsstelsels eruit zien, wat de grote verschillen zijn in opvattingen, niet alleen binnen de afzonderlijke rechtsstelsels maar ook binnen de rechtsfamilies. Bovendien, ipr gaat over een botsing tussen rechtsculturen. Het houdt je met andere woorden een spiegel voor, die laat zien hoe je eigen rechtsstelsel in elkaar zit. Het leidt tot relativerend denken. Tegelijk moet je ook de vraag stellen: wat is de functie van de inrichting van ons rechtsstelsel, niet alleen in het algemeen — waarom zit ons rechtsstelsel zo in elkaar en niet anders — maar ook als het gaat om specifieke oplossingen. Je moet dus rekening houden met de achtergronden en belangen die hebben geleid tot het feit dat de norm is zoals zij is. Dat betekent dat je via het ipr ook doordringt naar de algemene rechtstheorie en de rechtspolitiek. Dat vind ik een belangrijk didactisch aspect van het ipr, dat naar mijn idee rechtvaardigt om het vak op te nemen in het curriculum.

U gaf net al aan dat het ipr een soort voorportaal is voor de rechtsvergelijking. Je hoort ook wel vaak dat rechtsvergelijking ook weer van belang is voor het ipr.

Zeker, het is een soort wisselwerking. Het is ook niet zonder reden dat bij de meeste leerstoelen die twee vakken gekoppeld zijn. Ons ipr is zo ingericht dat de rechter onder omstandigheden buitenlands recht moet toepassen. Dat is niet mogelijk als je geen notie hebt van de rechtsvergelijking. Aan de andere kant komen in ons ipr bepaalde regels voor, die het noodzakelijk maken om tot een zekere rechtsvergelijkende analyse van het wetsconflict te komen. Er is bijvoorbeeld een methode volgens welke je het ipr in de kast kan laten als bij een internationaal wetsconflict de normen inhoudelijk gelijklopend zijn, of althans in het concrete geval tot hetzelfde toepassingsresultaat leiden. Het ipr laat zich wat dat betreft vergelijken met overgangsrecht. Dat lost ook een normenconflict op, echter niet in de ruimte maar in de tijd. Als op een bepaald punt het oude recht gelijk is aan het nieuwe recht, hoeft er geen overgangsrechtelijke overweging aan gewijd te worden. Dat spreekt in het

overgangsrecht min of meer vanzelf, maar niet in het ipr. De conclusie dat het ipr in een bepaald geval geen functie heeft, kan je pas trekken wanneer je een rechtsvergelijkende exercitie hebt uitgevoerd.

Bent u er dan een voorstander van om uit twee verschillende rechtsstelsels de meest begunstigende regel te kiezen?

Zo'n *better-law-theorie*? Daar ben ik een fervent tegenstander van. Als de rechter wordt toegestaan om in een concreet internationaal wetsconflict de betere regel toe te passen, komt hij in een constitutioneel onhoudbare positie. Normaal zal bij een wetsconflict sprake zijn van samenloop tussen een regel van eigen Nederlands recht en één van buitenlands recht. Als de rechter het buitenlandse recht dan beter vindt, zet hij zijn eigen wetgever te kijk. Dat is een oordeel dat je van een rechter niet mag verwachten. Hij zal dus in de meeste gevallen kiezen voor het Nederlandse recht, niet omdat hij partijdig is, of chauvinistisch, maar omdat hij een produkt is van de Nederlandse rechtscultuur en zich daar dus tot op grote hoogte in kan vinden. Dat leidt in de praktijk tot de situatie dat in 95 van de 100 gevallen eigen recht wordt toegepast. Die *better-law-theorie* leidt uiteindelijk tot iets wat geen ipr meer mag heten, want de bereidheid om onder omstandigheden buitenlands recht toe te passen is wezenlijk voor het ipr. Het is in feite een soort ontkenning van het ipr.

Bent u van mening dat het Nederlandse ipr gecodificeerd moet worden?

Ja, al is het alleen maar om de praktijk daarmee van dienst te zijn. Het is in Nederland nooit gecodificeerd recht geweest, wat betekent dat we een hoop ipr in de rechtspraak moeten vinden.

Ons ipr wordt geteisterd door een geweldige bronnenverscheidenheid

Bovendien is Nederland nogal sterk geneigd toe te treden tot ipr-verdragen. Dat is ook niet zo merkwaardig, want de belangrijkste organisatie die zich bezighoudt met de internationale codificatie van ipr, is de Haagse Conferentie. De Staatscommissie voor ipr is formeel het *steering committee* hiervan en heeft dus een belangrijke vinger in de pap. Diezelfde Staatscommissie moet later weer advies uitbrengen aan de rege-

ring over de wenselijkheid van goedkeuring van door de Haagse Conferentie opgestelde verdragen. Deze dubbelfunctie leidt ertoe dat Nederland, als er niet echt iets tegen is, tot ratificatie overgaat. Nederland is dan ook kampioen in het ratificeren van Haagse verdragen. Daarnaast zijn we partij bij tal van andere ipr-verdragen. Kort en goed: ons ipr wordt gesteerd door een geweldige bronnenverscheidenheid. Veel problemen in het ipr betreffen de verhouding tussen de diverse bronnen. Het betekent tevens dat de gemiddelde advocaat het ipr probeert te vermijden en er met een grote boog omheen loopt. Maar als iedereen het vak negeert, wordt het al gauw een soort mandarijnenwetenschap. Als het met zo'n codificatie meer onder de mensen gebracht wordt, wordt die kloof kleiner. Dat geeft het vak de maatschappelijke plaats die het nodig heeft. Nu zijn er natuurlijk wel enorme technische problemen om tot een codificatie te komen. Al die verdragen waarbij Nederland partij is, kunnen immers niet zo maar opgezegd worden. Ze zullen op de een of andere manier moeten worden ingepast in de codificatie.

Heeft deze inpassing in het 'Rode Boekje', de Schets van een algemene ipr-wet uit 1992, op een juiste wijze gestalte gekregen?

In de Schets zijn de verdragsregelingen niet uitgeschreven, maar is er verwezen naar de desbetreffende verdragen. Dat kan echter alleen maar bij verdragen met een universeel formeel toepassingsgebied, dus die verdragen die niet op wederkerigheid gebaseerd zijn. Dat levert allemaal technische problemen op. Toch geloof ik dat verwijzing naar die verdragen het verstandigst is. Als je ze inpast door ze letterlijk over te schrijven met een paar aanpassingen, zoals bijvoorbeeld in Duitsland met het EVO is gebeurd, krijg je al gauw ongelukken. Dan wordt er toch wel wat anders geformuleerd. Degenen die die regel moeten toepassen, zijn weinig geneigd om ook nog te kijken naar de authentieke verdragstekst.

Overigens is de Schets geen complete codificatie, want het formele ipr wordt daarin niet geregeld. Ook staat er niet bij in welk stadium van wetgeving een regeling verkeert. Dat maakt het boekje voor de praktijk natuurlijk wat dubieus. Je kan je er niet zo maar op beroepen. Bovendien vind ik het jammer dat we gekozen hebben voor het procédé van aanbouwwetgeving. Ik houd meer van wetgeving uit één stuk; dan kan je het geheel beter overzien. Nu worden in feite allemaal momentopnamen achter en bij elkaar

gezet, waardoor de samenhang makkelijk komt te ontbreken.

Dan kan je als specialist natuurlijk lachend langs de kant staan en zo'n rechter onderuit zien gaan

Vindt u dat de rechterlijke macht in Nederland op juiste wijze omgaat met het ipr?

Er worden natuurlijk wel eens fouten gemaakt, maar dat gebeurt op andere terreinen van het recht ook. Die fouten hangen meestal samen met de bronnenverscheidenheid in het ipr. Dan kan je als specialist natuurlijk lachend langs de kant staan en zo'n rechter onderuit zien gaan, maar eigenlijk moeten we onszelf verwijten dat dat mogelijk is. Die bronnenverscheidenheid is een probleem op zich, net als het methodenpluralisme, waar ik onder versta dat wij geen consistentie, samenhangende methode van ipr kennen. Dat wordt natuurlijk voor een groot gedeelte veroorzaakt doordat het ipr uit verschillende bronnen vloeit, die allemaal van hun eigen methode kunnen uitgaan. Als de Schets wet zou worden, is de bronnenverscheidenheid weliswaar kleiner, maar kennen we nog steeds methodenpluralisme. Ik ben op zichzelf niet tegen flexibele rechtsvinding; je moet het ipr niet vanuit een starre dogmatiek opzetten. Maar er zijn methoden die volstrekt haaks op elkaar staan en elkaar dus niet verdragen.

De klassieke opvatting gaat er vanuit dat je een internationale rechtsverhouding in een nationaal rechtstelsel moet thuisbrengen. Dat noemen we het beginsel van de nauwste betrokkenheid. We kennen ook het beginsel van de *better law*, het begunstigingsbeginsel. Ook is er de methode die toestaat aan de betrokken partijen om zelf het toepasselijke recht aan te wijzen. Dat loopt allemaal door elkaar. Dat zou op zichzelf nog niet zo'n groot probleem zijn als er maar voor ieder terrein één methode wordt gekozen.

Ik vind alleen dat je je niet kan permitteren om van alles maar tegelijk in een regeling te proppen

Maar zelfs dat lukt niet. In de regeling voor de internationale echtscheiding worden bijvoorbeeld drie verschillende methoden tegelijk toege-

past. Dat leidt tot ongelukken, want op het moment dat je een *borderline-case* moet oplossen en je dus terug moet vallen op het leidende beginsel van de regeling, tref je geen leidend beginsel aan. Ik wil me dus niet profileren als een starre dogmaticus die niet kan leven als er niet een leidend algemeen beginsel is. Ik vind alleen dat je je niet kan permitteren om van alles maar tegelijk in een regeling te proppen, en dan maar te hopen dat het goed gaat.

Een verwijzing kan tot een onwenselijk resultaat leiden. Acht u het wenselijk om voor dit soort gevallen een sterke correctiemogelijkheid te creëren?
Ja, ik ben over het algemeen niet voor *hard and fast rules*. Er zijn echter terreinen waarop de rechtszekerheid zwaarder moet wegen. Ik denk daarbij aan personen- en familierecht. Daar moet de correctiemogelijkheid tot een minimum beperkt worden. Op andere terreinen, bijvoorbeeld als het gaat om het verbintissenrecht, is dat een minder belangrijk gezichtspunt. Daar zijn de regels zelf ook veel ruimer. Ik vind eigenlijk dat onze methode van ipr niet meer passend is voor deze tijd. De gedachte — door Von Savigny in de vorige eeuw ontwikkeld — is dat een internationale rechtsverhouding eigenlijk een nationale rechtsverhouding is, die via de verwijzingsregel weer thuisgebracht wordt, ongeacht de inhoud van de betrokken rechtsstelsels. In de vorige eeuw werd het recht beschouwd als een maatschappelijk verschijnsel dat zich onttrok aan de invloedssfeer van de staat. Recht werd 'gevonden', niet 'gemaakt'. Deze opvatting is op een prachtige wijze door Von Savigny vertaald in een conflictenrechtelijk systeem. Maar deze opvatting deugt niet meer voor onze tijd. Dan rijst de vraag of dit systeem nu nog wel werkt.

Ik vind eigenlijk dat onze methode van ipr niet meer passend is voor deze tijd

Ik ben daar niet van overtuigd; in het ipr moet worden ingebouwd dat het recht wordt gemaakt. De overheid benut het recht om de ontwikkelingen in de samenleving vorm te geven en te sturen. Dat betekent dat staten belang hebben bij toepassing van hun rechtsregels. Dat instrumentele aspect van het recht ontbreekt in de traditionele methode van ipr.

Zijn de sindsdien ontwikkelde correcties, zoals de openbare orde en de voorrangsregels, afdoende om die regelblindheid weg te nemen?

Het concept van Von Savigny is op zichzelf een geniaal idee, zo soepel in zijn opzet dat het heel lang meekon. Die regels kunnen ook bestaan wanneer je het rechtspolitieke substraat van de regels, de opvatting over de verhouding tussen staat en samenleving, laat vallen. Dat is een negatieve verdienste van die regels. Het systeem is in feite zo kleurloos, dat het weinig ongelukken veroorzaakt. Maar dat betekent niet dat die regel ook recht doet aan elementen waarvan wij nu vinden dat ze voor de verhouding tussen staat en samenleving van belang zijn. Als je het hebt over openbare orde en voorrangsregels, dan breng je op een betrekkelijk oneigenlijke manier dat soort elementen in. Maar daarmee verandert de grondslag van het conflictenrecht niet. Het zijn wel lapmiddelen, maar toch niet voldoende. Je kan niet eindeloos met de mond belijden dat wij nog steeds met een abstracte, neutrale verwijzingsregel werken, terwijl dat aan alle kanten overeind wordt gehouden met verfijningen in de conflictregels die recht doen aan de maatschappelijke functie van regels.

Het is vaak onduidelijk welke regels als voorrangsregels gezien moeten worden. Zijn daar enige richtsnoeren voor aan te geven?

Dat is moeilijk. De Hoge Raad heeft in de Bredius-zaak aangegeven dat het moet gaan om regels die iets te maken hebben met het Nederlandse openbare belang. Dat suggereert dat het gaat om regels die iets van publiekrecht vertonen en een gemeenschapsbeschermende functie hebben. Dat leidt niet tot veel duidelijkheid, met name niet wat betreft de vraag of ook dwingend privaatrecht tot de voorrangsregels kan behoren. Dat is natuurlijk het punt waar het om gaat: zijn regels die werknemers of consumenten beschermen, voorrangsregels te noemen? In die regels zit ook een publiekrechtelijke ondertoon. Via de werknemersbeschermende wetgeving wordt niet alleen de individuele werknemer beschermd, maar wordt ook uitgedrukt dat het in onze samenleving onwenselijk is dat bepaalde groepen in de verdrukking raken. Als die publiekrechtelijke ondertoon beslissend is, zou te verdedigen zijn dat die regels ook voorrangsregels zijn. Het probleem is inmiddels minder acuut, omdat wij voor arbeidsovereenkomsten en consumenten-transacties een verwijzingsregel kennen, die als het ware dit beginsel van het leerstuk van de

voorrangsregels heeft opgenomen. Met andere woorden, voor die regels hebben we het leerstuk van de voorrangsregels niet echt meer nodig.

Bij regels die op een gegeven moment een slachtofferbeschermende functie hebben gekregen, zoals artikel 31 Wegenverkeerswet (oud), zijn er geen beschermingsgeïnde conflictregels.

Bij dat soort regels, zeker op die terreinen waar wij conflictregels kennen die nog uitgaan van het klassieke model, is het heel goed denkbaar dat je die speciale beschermende regels via het leerstuk van de voorrangsregels een bijzondere plaats in het conflictenrecht geeft. Het is een traditie in het Nederlandse ipr om hier te spreken van een soort glijdende schaal van dwingendheid, de idee van Deelen en Haak. Je hebt een bepaalde categorie recht dat internationaal ook dwingend is en die dwingendheid neemt toe, dus de speciale voorrangspositie neemt toe, naarmate de casus dichterbij ons bed staat. In die idee is het dus minder lastig om bijvoorbeeld speciale regels die wij inmiddels kennen via artikel 31 WWV (oud), een plaats in het conflictenrecht te geven. Maar ik teken daar direct bij aan dat we op dat terrein het Haags Verkeersongevallenverdrag hebben. Het is zeer de vraag of de verdragsregeling toelaat dat je dit soort constructies toepast.

Aanknopen bij iemands nationaliteit brengt de nodige problemen met zich mee. Een alternatief hiervoor is aanknopen bij de gewone verblijfplaats, de domicilie, van een persoon. Is het wenselijk dat de nationaliteitsaanknopning geheel opgegeven wordt? Vroeger zat er een waterdicht schot tussen het domiciliebeginsel en het nationaliteitsbeginsel. Dat waren scholen in het ipr, onverzoenlijk. Tegenwoordig denkt men daar heel anders over. Nationaliteit is een aanwijzing voor een zekere verbondenheid tussen een individu en een bepaalde samenleving. Domicilie kan dat ook zijn. Natuurlijk, wanneer iemand met de Nederlandse nationaliteit twintig jaar in Australië woont, zou ik zeggen dat zijn woonplaats voor aanknopingsdoeleinden belangrijker is dan zijn nationaliteit. In de tijd dat het nationaliteitsbeginsel bij ons nog hoog in het vaandel geschreven stond, zijn er natuurlijk hopen mensen geweest die hebben geijverd voor verandering, maar dat was meer een reactie. Ik denk dat diezelfde mensen zich er nu veel minder druk over zouden maken. Dat is punt één. Een tweede punt is dat het in de traditionele opvatting ging om nationaliteit of woonplaats. Het ging allebei om de *Grundsatz*

der engste Beziehung, de nauwste betrokkenheid. Maar tegenwoordig kennen we ook nog begunstiging, rechtskeuzebevoegdheid en allerlei andere aanknopingsbeginselen die meebrengen dat de tegenstelling tussen nationaliteit en domicilie steeds verder aan het vervagen is. Het brengt ons weg van de klassieke *hard and fast rule*. Over het algemeen zal het zo werken dat een verwijzingsregel uitgaat van een beginsel en dat dan vervolgens de uitzondering naar voren komt. In Nederland zijn er een hoop regels die uitgaan van het nationaliteitsbeginsel, tenzij de nationaliteit verwaterd is. Dat kan een reden zijn om over te stappen op de domiciliebeginsel.

Denkt u dat het internationale huwelijksvermogensrecht ooit nog eens begrijpelijk wordt voor de student rechten en de praktijkman?

Ik heb er een hard hoofd in, maar goed, naarmate we er langer mee bezig zijn, zullen we het misschien uiteindelijk wel begrijpen. Het probleem bij het huwelijksvermogensverdrag is dat er een compromis wordt gezocht tussen verwijzingsregels op basis van het nationaliteitsbeginsel en verwijzingsregels op basis van het domiciliebeginsel. Het verdrag is dus eigenlijk een soort super-renvoiverdrag: over en weer wordt rekening gehouden met elkaars ipr. Dat maakt de regeling zo buitengewoon ingewikkeld. Er is op zichzelf niks tegen ingewikkelde regels wanneer de materie ingewikkeld is. Maar hier is de materie niet zo ingewikkeld dat we zo'n ingewikkelde verwijzingsregel nodig zouden hebben. Ik vind dat eigenlijk een ongelukkige ontwikkeling, vooral ook als je weet wat het beginpunt is geweest. Wij knoopten bij echtgenoten met een verschillende nationaliteit aan bij de nationale wet van de man, maar dat werd in strijd met de gelijkwaardigheid van man en vrouw gevonden. Dus we moesten voor dat geval iets anders vinden. Daar zijn we zo buitengewoon ingewikkeld over gaan doen dat we inmiddels een regeling hebben die een normaal mens nauwelijks meer kan bevatten.

Is er een theoretische grondslag te vinden voor de leer van de karakteristieke prestatie?

Laat ik er dit van zeggen. Het is in de praktijk een buitengewoon makkelijk hanteerbare verwijzingsregel gebleken. Er wordt aangeknoopt bij het recht van het land van de woonplaats van degeen die de karakteristieke prestatie van de overeenkomst verricht. Die plaats is veelal niet moeilijk te achterhalen. Maar het feit dat die leer

makkelijk te hanteren is, verklaart natuurlijk nog niet waarom aangeknoopt moet worden aan de karakteristieke prestatie. De grondslag is inderdaad zwak. Op zichzelf is juist dat je overeenkomsten kan classificeren of onderscheiden naar de prestaties die zo'n overeenkomst meebrengt. Een koopovereenkomst onderscheidt zich van een huurovereenkomst omdat de karakteristieke prestatie anders is. Dat de meeste overeenkomsten daartegenover een prestatie kennen die uitsluitend bestaat in het betalen van geld, is uit classificatieoogpunt oninteressant. Maar dat wil nog niet zeggen dat die kant van de overeenkomst maatschappelijk niet belangrijk is. Als je dat ziet, valt ook niet te verklaren waarom je dan de aanknopingsfactor bij de karakteristieke prestatie moet leggen. Dat is niet per definitie de economisch belangrijkste prestatie, het is de prestatie die de overeenkomst typeert. Dat is dus zwak. Maar goed, we hebben nu de leer van de karakteristieke prestatie. Daar ben ik blij mee, want voordat we die leer hadden, was het een geweldig rommeltje. Niemand kon er een touw aan vastknopen. Het is prima dat we met het internationale overeenkomstenrecht in betrekkelijk rustig vaarwater zijn terechtgekomen. Dit alles neemt overigens niet weg dat een evenwichtssituatie kan bestaan, waarvan gezegd zou kunnen worden dat de zaak even nauw betrokken is bij beide landen. Maar dat is de knoop die de conflictregel doorhakt. Daar moet je je dan maar bij neerleggen. Als het helemaal uit de hand loopt, als een ander rechtsstelsel evident veel nauwer betrokken is, dan moet dat anders. Dat heeft de Hoge Raad ook uitgemaakt in het Balenpers-arrest. Maar in beginsel staat uit oogpunt van rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het ipr de leer van de karakteristieke prestatie voorop.

In het Balenpers-arrest heeft de Hoge Raad artikel 4 lid 5 EVO in ruime mate beperkt. Wij hadden het idee dat u in uw conclusie een nog beperktere oplossing gaf, omdat u daar aangaf dat het in de toevalligheid van de vestiging zit, terwijl de Hoge Raad spreekt over reële aanknopingswaarde.

Ik heb altijd gemeend dat ik ongeveer hetzelfde dacht over de zaak als de Hoge Raad. Ik zie daar geen verschil tussen. Wat ik bedoel is het volgende: de verwijzingsregel gaat uit van de vestigingsplaats van de karakteristieke prestatie. Daar kijk je slechts vanaf als er iets loos is met de vestigingsplaats. Ofwel omdat deze toevallig is, of-

wel omdat het een duurverhouding is en de prestatie van de karakteristieke prestatie buiten het land van zijn vestiging wordt verricht. Dat zijn overigens niet dingen die ik zomaar uit de lucht pluk, want dat lag al besloten in de rechtspraak van de Hoge Raad.

De Hoge Raad is in dit arrest behoorlijk expliciet en geeft een vrij principiële, naar mijn idee ook goede, oplossing voor dit probleem. Het spijtige is nu dat inmiddels duidelijk is dat rechters in andere Lidstaten van het EVO een heel andere kant op gaan. Dat is een probleem. Er zijn wel protocollen waarbij de interpretatiebevoegdheid van het verdrag is opgedragen aan het Hof van Justitie, maar die zijn nog steeds niet in werking. De hoogste nationale rechters zijn dus degenen die uiteindelijk het verdrag interpreteren. Het verdrag kent een heel open regeling.

Dat is natuurlijk vrij slordig bij een verdrag dat beoogt tot éénmaking te komen

Zelfs de verwijzingsregel van de leer van de karakteristieke prestatie heeft een open eind. Dat biedt allerlei ruimte aan de rechter, met name bij zijn oordeel over de verhouding tussen de leer van de karakteristieke prestatie en het beginsel van de nauwste betrokkenheid. Is het een uitzondering op de hoofdregel of omgekeerd? Nu blijkt dat een aantal landen, bijvoorbeeld Denemarken, toch uitgaat van die open verwijzingsregel (artikel 4 lid 1 EVO) en dus het nauwst betrokken recht toepast. Dan komt de leer van de karakteristieke prestatie niet eens ter sprake. Dat soort geluiden waren we ook al tegengekomen in de Engelse literatuur. Het is een heel andere benadering. Dat is natuurlijk vrij slordig bij een verdrag dat beoogt tot éénmaking te komen.

Bij een internationale onrechtmatige daad kunnen plaats van handelen en plaats van intreden van het gevolg, uiteenlopen. Aanknopen bij de lex loci delicti werkt dan niet omdat er meerdere loci zijn. Ziet u hiervoor een oplossing?

Er zijn eigenlijk twee soorten oplossingen. Je kan zeggen: ik ga uit van de *lex loci delicti*-regel en ik moet voor dit bijzondere geval, het probleem van de meervoudige *locus*, nader definiëren wat ik onder *locus delicti* begrijp. Dan kan ik kiezen voor het *Erfolgsort*, het land waar de schade intreedt, omdat ik vind dat het modern onrechtmatige daadsrecht meer om schadeafwikkeling

en minder om gedragsbeïnvloeding draait. Dat zou een oplossing zijn waar ik achter zou kunnen staan. Een andere oplossing is: in dit geval werkt de *lex loci delicti*-regel niet, dus we moeten naar een andersoortige conflictregel toe. We kunnen dan aanknopen bij de wet van de woonplaats van het slachtoffer, zoals De Boer vroeger wel eens beweerd heeft. Of, zoals in het internationale milieuaansprakelijkheidsrecht wel wordt verdedigd, dat het slachtoffer mag kiezen welke wet van toepassing is. Een vergelijkbare oplossing is dat de rechter de voor het milieu meest gunstige wet moet toepassen, dus een soort begunstigingsbeginsel. Dan wordt naar een ander soort aanknopingsbeginsel uitgeweken. Maar ik heb al gezegd dat het begunstigingsbeginsel mij niet echt kan bekoren, dus op voorhand zou ik een voorkeur hebben voor toepassing van de wet van het *Erfolgsort*.

De jaren erna, dat was de periode dat we de buit binnen hadden moeten halen

De Boer heeft ooit de jaren '70 getypeerd als 'een streven naar consolidatie van het in de jaren '60 verworvene.' Is daar al veel in veranderd?

De jaren '60 en '70 zijn, achteraf gezien, de jaren van het vermaatschappijlijken van het ipr geweest. Het bewust worden van de tegenstelling tussen de traditionele grondslagen van het ipr en de functie van het ipr. Dé exponent van die ontwikkeling was professor De Winter. Met name d'Oliveira en Deelen en ook De Boer zelf, hebben dat verder doorgedacht. Zij hebben ook verder gekeken, met name naar hoe dat in Amerika ging. Daar was immers een complete revolutie in het ipr uitgebroken. Dus die ideeën zijn binnengekomen en dat heeft de boel losgemaakt. De jaren erna, dat was de periode dat we de buit bin-

nen hadden moeten halen. Het teleurstellende is dat het daar eigenlijk nooit van gekomen is. We zijn wel eclecticisch geworden, we zijn bereid alle mogelijke ideeën op ons te laten inwerken, maar we zijn niet bereid geweest een keuze te maken. We hebben van alle walletjes tegelijk willen eten.

Er is een streven om tot regelgeving te komen. In zoverre is er sprake van consolidatie, maar dat we het over de vernieuwing van ons ipr eensgevoerd zijn, dat we weten in welke richting we het ipr moeten laten gaan, daar ben ik niet van overtuigd. Om op Amerika terug te komen, daar is nu ook een zekere consolidatie ingetreden, maar dat daar een consensus is ontstaan over hoe het ipr zich moet ontwikkelen, kan ik niet zeggen. Misschien heeft De Boer wel gelijk als hij zegt: we moeten niet codificeren, zolang nog niet duidelijk is in welke richting het ipr zich ontwikkelt.

U vindt het dus tijd om stelling te nemen en keuzes te maken?

Ik vind dat de wetgever keuzes *moet* maken. De wetgever *kan* niet alleen maar consolideren in de zin van: er is een regel en die regel zullen we dan ook maar in de wet zetten. Nee, de wetgever zal z'n keuze moeten bepalen. Anders is het geen goede wetgeving. Ik heb een grote voorkeur voor een wetgevingsproces zoals dat in Zwitserland

In Nederland is er allemaal teveel blijven hangen

heeft plaatsgevonden, waar de wetgever wel duidelijke keuzes heeft gemaakt. Met de gemaakte keuze kan je het eens zijn of niet, maar daar is de richting wel bepaald. In Nederland is er allemaal teveel blijven hangen. Wat dat betreft ben ik nogal teleurgesteld in de ontwikkeling.