



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

And the winner is ...? Hoe het afliep met de grondslagenstrijd in het IPR

de Boer, T.M.

Publication date

2012

Document Version

Final published version

Published in

Offerhauskring vijftig jaar: jubileumbundel ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus' (1962-2012)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Boer, T. M. (2012). And the winner is ...? Hoe het afliep met de grondslagenstrijd in het IPR. In A. A. H. van Hoek, R. J. Q. Klomp, M. B. M. Loos, A. E. Oderkerk, J. A. Pontier, & J. W. Rutgers (Eds.), *Offerhauskring vijftig jaar: jubileumbundel ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus' (1962-2012)* (pp. 35-44). Boom Juridische uitgevers.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

And the winner is ...? Hoe het afliep met de grondslagenstrijd in het IPR

Th.M. de Boer

1. *Het begin van de strijd*

Op 18 mei 1965 hield H.U. Jessurun d'Oliveira een lezing voor de Offerhauskring getiteld 'Internationale verkeersongelukken – Het slagveld van een grondslagenstrijd in het IPR'.¹ Hij beschreef daarin verschillende benaderingen van het conflictenrechtelijk keuzeprobleem op het terrein van de onrechtmatige daad die in de jaren vijftig en (begin) zestig werden gepropageerd als alternatief voor de gevestigde *lex loci delicti*-aanpak. Het internationale verkeersongeluk fungeerde daarbij als prototype van IPR-gevallen die niet bevredigend konden worden opgelost met behulp van de toen geldende verwijzingsregels. In de visie van D'Oliveira betrof de grondslagenstrijd primair de controverse tussen voorstanders van de klassieke methode, waarin het eigen recht en buitenlands recht op gelijke voet voor toepassing in aanmerking komen, en de aanhangers van de 'forale leer', die de toepasselijkheid van de *lex fori* tot uitgangspunt namen en het accent verschoven van het conflictenrecht naar het internationaal bevoegdheidsrecht. Tot de strijders in het eerste kamp behoorden de auteurs die pleitten voor meer flexibiliteit in het verwijzingsprocédé (Hijmans, Morris), meer aandacht voor de 'soziale Umwelt' of het 'milieu social' van de rechtsverhouding (Binder, Bourel), of voor beperking van de werkingssfeer van de *lex loci*-regel via de afsplitsing van voor- of nevenvragen (Strömholm). Daartegenover stonden de voorvechters van een *lex fori*-benadering, die zij ofwel koppelden aan ideeën over 'natuurlijke fora' (Drion, Ehrenzweig) ofwel aan een 'governmental interest' van de forumstaat (Currie).

Wat al deze auteurs met elkaar verbond, was hun onvrede met de bestaande conflictenrechtelijke methode, die gekenmerkt werd door regelblindheid, abstractie en neutraliteit. Zowel het Savigniaanse verwijzingsmodel als de eerste Amerikaanse *Restatement of Conflict of Laws* berustte op het *regelblinde* uitgangspunt dat de inhoud van de bij de casus betrokken rechtstelsels geen rol mag spelen bij de aanwijzing van het toepasselijk recht. Voorts hadden zij met elkaar gemeen dat hun conflictregels *abstraheren* van de concrete omstandigheden van het geval: van alle plaatsbepalende factoren die de casus te zien geeft, mag alleen het in de verwijzingsregel genoemde aanknopingspunt in aanmerking worden genomen; alle andere blijven buiten beeld. De *neutraliteit*, ten slotte, berust op de gedachte dat alle rechtstelsels ter wereld op gelijke voet voor toepassing in aanmerking moeten komen, wil er sprake kunnen zijn van gelijke oplossingen in verschillende landen: de beoogde *Entscheidungsharmonie* of *uniformity of result* sluit een voorkeursbehandeling van de *lex fori* uit.

1. Gepubliceerd in de reeks IPR, nr. 3, Amsterdam: Scheltema & Holkema, 1965.

Het verzet tegen deze uitgangspunten was nog maar net begonnen toen D'Oliveira zijn Offerhauslezing hield. Zijn boekje werd gepubliceerd in 1965, nog wel op tijd voor een vermelding van de geruchtmakende uitspraak van de hoogste New Yorkse rechter in de zaak *Babcock v. Jackson*, maar te vroeg voor een goed begrip van de oorzaken en de omvang van de grondslagenstrijd. Achteraf gezien blijkt het terrein van de internationale verkeersongevallen slechts een van de slagvelden te zijn geweest waar die strijd is uitgevochten. Minstens zo zwaar is er gestreden om de partijautonomie, zowel in het contractenrecht als daarbuiten, en om de wijze waarop in het conflictenrechtelijk procedé rekening kan worden gehouden met publieke belangen enerzijds en de belangen van zwakkeren in de samenleving anderzijds. De erkenning van de conflictenrechtelijke rechtskeuze, geflankeerd door het leerstuk van de voorrangregels, de opkomst van het beschermings- en begunstigingsbeginsel en, meer in het algemeen, de aanvaarding van de gedachte dat het verwijzingsresultaat óók door materieelrechtelijke waarden en belangen wordt beïnvloed, zijn wat mij betreft belangrijker resultaten van de grondslagenstrijd dan de versoepeling van de *lex loci delicti*-regel en de opsplitsing van de verwijzingscategorie onrechtmatige daad in een aantal subcategorieën. Maar dat kon D'Oliveira in 1965 allemaal nog niet weten.

2. *Het heetst van de strijd: de jaren zestig en zeventig*

Terugkijkend kunnen we constateren dat de grondslagenstrijd alles bij elkaar zo'n dertig jaar heeft geduurd, ruwweg van begin jaren zestig tot eind jaren tachtig van de vorige eeuw. Deze periode wordt niet zozeer gemarkeerd door de verschijning van kritische publicaties over de grondslagen van het conflictenrecht als wel door de effecten daarvan in rechtspraak en wetgeving. Pas in de jaren zestig was de tijd kennelijk rijp voor de fundamentele veranderingen die al in de drie daaraan voorafgaande decennia waren bepleit door Cavers en Currie in de Verenigde Staten, in Nederland door Hijmans en De Winter, in Duitsland door Wengler en Zweigert, om slechts enkele wegbereiders te noemen. De strijd begon namelijk pas echt nadat de New Yorkse Court of Appeals besloten had het rigide verwijzingsmodel te verruilen voor een aanpak waarin niet alleen rekening gehouden kon worden met de concrete omstandigheden van het geval, maar ook met de materiële belangen die aan inhoudelijk verschillende *rules of decision* ten grondslag liggen. *Babcock v. Jackson*² deed aan beide zijden van de Atlantische oceaan een storm opsteken die pas in de jaren tachtig begon te luwen.

In de Verenigde Staten wonnen de voorstanders van een 'policy-oriented choice-of-law approach' al snel terrein. Toegejuicht door een groot aantal schrijvers – die overigens hevig verdeeld waren over de invulling van de nieuwe aanpak – verwierpen de Amerikaanse rechters in meerderheid de traditionele

2. 12 N.Y.2d 473, 240 N.Y.S.2d 743, 191 N.E.2d 279 (1963).

verwijzingsregels voor onrechtmatige daden en contracten.³ Zij wisten zich wat dat betreft gesteund door de in 1971 verschenen *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. Geschoeid op de leest van de klassieke verwijzingsmethode, verwijzen de conflictregels van de Restatement doorgaans naar het recht van de staat waarmee de casus, gelet op een aantal met name genoemde concrete omstandigheden, de ‘most significant relationship’ heeft. Niettemin kan het verwijzingsresultaat worden beïnvloed door een aantal niet-geografische factoren, opgesomd in § 6, waaronder niet alleen de rechtszekerheid en de verwachtingen van partijen, maar ook de ‘relevant policies’ van de betrokken staten, met name de forumstaat, en ‘the basic policies underlying the particular field of law’. Deze catalogus van ‘choice of law principles’ – al dan niet in combinatie met Leflar’s ‘choice-influencing considerations’⁴ of de ‘comparative impairment analysis’ van Baxter⁵ – heeft zonder twijfel bijgedragen aan het eclectische karakter van het hedendaagse Amerikaanse conflictenrecht, maar dat neemt niet weg dat de omslag in het conflictenrechtelijk denken die zich in de rechtspraak van de jaren zeventig en tachtig manifesteert, sterk bevorderd is door het gezag van de Restatement.

Intussen was er ook een tegenbeweging op gang gekomen, met name in Europa. Een van de eersten die zich tegen de uit Amerika overgewaaide ideeën keerde, was Gerhard Kegel. In zijn *cours général* voor de Académie de Droit International in 1964, onder de veelzeggende titel ‘*The Crisis of Conflict of Laws*’⁶, veegde hij de vloer aan met iedere IPR-theorie die haaks stond op zijn visie dat het conflictenrecht uitsluitend moet streven naar ‘internationalprivatrechtelijke Gerechtigheid’ en dat materieelrechtelijke waarden en belangen geen rol behoren te spelen in het verwijzingsprocédé: niet het ‘sachlich beste Recht’, maar het ‘räumlich beste Recht’ moet worden toegepast.⁷ In Nederland keerde o.a. Dubbink⁸ zich tegen de Amerikaanse theorieën, die geen waarborg zouden bieden voor rechtvaardige

3. De *lex loci delicti*-regel was in 1977 in de helft van de deelstaten al verlaten, in 1998 was dat aantal opgelopen tot 41. Op het terrein van het contractenrecht duurde het iets langer: in 1984 gold de *lex loci contractus*-regel nog in de helft van de deelstaten, maar in 1999 waren er nog maar 8 staten waar de rechtspraak aan deze regel vasthield. Vgl. Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers & Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, 3d ed., St. Paul, Minn.: West Group, 2000, p. 68-75 (met tabellen).

4. In 1966 publiceerde Robert A. Leflar, hoogleraar aan New York University, een artikel – ‘Choice-influencing Considerations in Conflicts Law’, 41 *N.Y.U. L.Rev.* 267-327 – waarin hij een ‘practical working basis for choice-of-law decisions’ presenteerde, die hij beschouwde als een adequate beschrijving van ‘the real reasons ... for the law as it currently operates’. Zijn *choice-influencing considerations* vallen goeddeels samen met de *choice-of-law principles* van de Restatement, met uitzondering van de *better law consideration* die in de Restatement niet wordt genoemd, maar waarnaar niettemin in de Amerikaanse rechtspraak veelvuldig wordt verwezen.

5. De *comparative impairment analysis* biedt een alternatief voor Currie’s niet erg bevredigende oplossing van *true conflicts* die gebaseerd is op het primaat van de *lex fori*. In Baxters *analysis* moeten de conflicterende belangen tegen elkaar worden afgewogen: de rechter moet onderzoeken ‘to which extent the purpose underlying a rule will be furthered by application or impaired by nonapplication’: William F. Baxter, ‘Choice of Law and the Federal System’, 16 *Stanf. L.Rev.* 1-42 (1963). Zijn ideeën vonden aanvankelijk alleen weerklank in Californië, later ook in enkele andere staten.

6. *Recueil des Cours*, Vol. 112 (164), p. 94-268.

7. Gerhard Kegel, *Internationales Privatrecht, Ein Studienbuch*, 4. Aufl., München: Beck, 1977, p. 54-64; dezelfde opvatting wordt ook in de latere drukken van Kegels handboek verdedigd, ook in de 9e druk bewerkt door Klaus Schurig, p. 131-148. Zie ook E. Cohen Henriquez, *I.P.R. Trends*, Deventer: Kluwer, 1980, p. 35-43, die een onderscheid maakt tussen de ‘verwijzende rechtvaardigheid’ van het IPR en de ‘verdelende rechtvaardigheid’ van het materiële recht.

8. C.W. Dubbink, ‘Het rechtvaardigheidsgehalte van het internationaal privaatrecht’, in: *Speculum Langemeier*, 31 *rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle; Tjeenk Willink, 1973, p. 63-72. Kritiek op de Amerikaanse alternatieven kwam voorts van Lous-souarn, Jayme, Ferrer-Correia en De Vitta. Vgl. Th.M. de Boer, ‘Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe’, in: *Forty Years On*, Deventer: Kluwer, 1990, p. 1-14, p. 3.

uitkomsten en bovendien tot grote onzekerheid zouden leiden: ‘De doelmatigheid, die het internationaal privaatrecht óók moet nastreven, vergt voorspelbaarheid van de toe te passen wet’. Zijns inziens bood het destijds geldende conflictenrecht voldoende mogelijkheden om onrechtvaardige resultaten te redresseren.

Dit tegengeluid werd echter al gauw overstemd door de protesten van een menigte jongere IPR-beoefenaren, die in allerlei toonaarden betoogden dat het Savigniaanse model had afgedaan en hoognodig vervangen moest worden. In het Duitse taalgebied waren dat schrijvers als Gutzwiller, Joerges, Zweigert en Juenger.⁹ In Nederland kwam de kritiek vooral uit Amsterdamse hoek, met name van Deelen, Jessurun d’Oliveira, Strikwerda, Kotting en mijzelf.¹⁰ Het is overigens opvallend dat de Europese critici zich hoofdzakelijk beperkten tot het afbreken van ‘de ruïne van een paradigma’, zonder daar een duidelijk methodologisch alternatief tegenover te stellen. Strikwerda was eigenlijk de enige die onomwonden koos voor Currie’s interest analysis. De andere auteurs kwamen niet veel verder dan het aanbevelen van incidentele retouches, die weliswaar materieelrechtelijk geïnspireerd waren maar geen radicale breuk met het verwijzingsmodel betekenden. Waar de een de oplossing zocht in een flexibele aanknopingsfactor, zag de ander meer heil in de begunstiging van een wenselijk geacht verwijzingsresultaat. Weer een ander beschouwde de leer van de ‘règles d’application immédiate’, zoals voorrangregels toen nog heetten, als een onmisbare aanvulling op de conflictregels in de categorie contractenrecht, terwijl nóg een ander pleitte voor het loslaten van de neutraliteit van het Savigniaanse conflictenrecht. Methodologisch zaten de dwarsliggers bepaald niet op één lijn.¹¹

Toch kan niet gezegd worden dat de kritiek zonder effect is gebleven. Een belangrijke doorbraak in de strijd tegen de gevestigde IPR-orde kwam al in 1966, in een baanbrekende beslissing van de Nederlandse Hoge Raad. In het *Alnati*-arrest¹² werd niet alleen de conflictenrechtelijke rechtskeuze in het contractenrecht expliciet aanvaard, maar bovendien – en vooral daarom heeft *Alnati* wereldwijd de aandacht getrokken – werd er ruimte geschapen voor een materieelrechtelijke benadering van het con-

9. Peter Max Gutzwiller, ‘Von Ziel und Methode des IPR’, *Schw.Jb.Int.R.* 1968, p. 161-196; Christian Joerges, *Zum Funktionswandel des Kollisionsrecht. Die ‘Governmental Interest Analysis’ und die Krise des Internationalen Privatrechts*, Berlin/Tübingen: De Gruyter, 1971; Konrad Zweigert, *Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten*, *RabelsZ* 1973, p. 435-452; Friedrich K. Juenger, *Zum Wandel des international Privatrechts*, Karlsruhe: C.F. Müller, 1974, met een naschrift van Gerhard Kegel: ‘Wandel auf dünnem Eis’ (2e druk 1976).

10. J.E.J.Th. Deelen, *De blinddoek van Von Savigny* (oratie Tilburg), Geschriften Offerhauskring (hors série), Amsterdam: Scheltema & Holkema, 1966; herdrukt in: *Audienda Verba, Een selectie uit het werk van Prof. mr. J.E.J.Th. Deelen*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1989, p. 64-82; H.U. Jessurun d’Oliveira, *De ruïne van een paradigma: de konfliktregel*, oratie UvA, Deventer: Kluwer, 1976; Luc Strikwerda, *Semipubliekrecht in het conflictenrecht, Verkenningen op een kruispunt van methoden*, diss., Alphen aan den Rijn: Samsom, 1978; Roelof Kotting, ‘Autonomie en pseudo-autonomie’, in: *Partij-invloed in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer, 1974, p. 23-30; *id.*, ‘Lex fori: zwerfkei of hoeksteen?’, *NJB* 1985, p. 1345-1346; Th.M. de Boer, Een dreigend faillissement; het tekort van het internationaal privaatrecht, *WPNR* 5348 (1976), p. 285-291; *id.*, De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht: ontwikkelingen in de jaren zeventig, *NJB* 1980, p. 785-796.

11. Om die reden was er ook geen sprake van een ‘Amsterdamse School’, voor zover van die term de suggestie uitgaat dat de daartoe gerekende schrijvers één bepaalde IPR-aanpak voorstonden. Vgl. L. Strikwerda, ‘The Amsterdam School – does it exist?’, in: *Forty Years On, supra* noot 8, p. 165-170.

12. HR 13 mei 1966, *NJ* 1967/3, m.nt. HB.

flictenrechtelijk keuzeprobleem. Het door de conflictregel bepaalde verwijzingsresultaat kan doorbroken worden door een regel van materieel recht die, gelet op het belang dat de regel beoogt te beschermen, in het concrete geval gelding pretendeert. De Hoge Raad endosseerde hiermee een bilaterale variant van de ‘bijzondere aanknopingsleer’, waarin de geldingspretentie van zowel eigen als buitenlandse voorrangregels kan worden gehonoreerd. Methodologisch is de leer van de voorrangregels nauw verwant met de Amerikaanse interest analysis, zij het dat deze benadering in Europa gereserveerd is gebleven voor regels met een (semi)publiekrechtelijk karakter.¹³

Maar ook het conflictregelmodel begon langzaam te veranderen. Dat blijkt vooral uit de (ontwerp)verdragen die begin jaren zeventig het licht zagen. In de eerste plaats vertonen zij een grotere variëteit in de aanknopingsmogelijkheden, die enerzijds gestalte krijgt in aparte verwijzingsregels voor verschillende feitenconstellaties¹⁴, anderzijds in exceptieclausules voor atypische gevallen.¹⁵ De rigiditeit van de abstracte verwijzingsregel wordt hierdoor aanmerkelijk verzacht. In de tweede plaats staan sommige regels niet langer in het teken van de nauwste verbondenheid, maar weerspiegelen zij de beschermende functie van het materiële recht: het beginsel van de ‘functionele aanknopning’ (tegenwoordig beter bekend als het beschermingsbeginsel) wint terrein in verwijzingscategorieën die structureel zwakkeren betreffen.¹⁶ Nog sterker komt de relatie met het materiële recht tot uitdrukking in conflictregels die gericht zijn op het bereiken van een vooropgesteld materieelrechtelijk resultaat en daartoe een keuze bieden tussen verschillende aanknopingsfactoren.¹⁷ Het begunstigingsbeginsel, dat tot dusver een betrekkelijk neutrale rol speelde in de beoordeling van vormkwesties¹⁸, blijkt ook te kunnen worden ingezet ter bevordering van ‘the basic policies underlying the particular field of law’, om met de Restatement te spreken.

In de daaropvolgende jaren zet deze ontwikkeling zich gestaag door. Het EEG-Overeenkomstenverdrag 1980 (EVO) bevestigt de receptie van allerlei ideeën die begin jaren zestig alleen nog maar in theorie bestonden: de conflictenrechtelijke rechtskeuze (art. 3), de versoepeling van de aanknopings-

13. De verwachting dat het leerstuk ‘de bom onder het savignyaanse regelmodel zal blijken te zijn en dat het dit uiteindelijk geheel zal verdringen’ (H.U. Jessurun d’Oliveira, Internationaal overeenkomstenrecht, preadvies, *Mededelingen NVIR*, nr. 71, 1975, p. 114; *id.*, *supra* noot 10, p. 23: ‘... waarbij tenslotte de conflictregelmethode integraal verlaten zal moeten worden’) is intussen door de werkelijkheid achterhaald. Het leerstuk heeft eerder aan belang ingeboet, zoals onder meer tot uitdrukking komt in art. 9 lid 3 Verordening Rome I.

14. Vgl. art. 3 en 4 Haags Verkeersongevallenverdrag 1971 of art. 4, 5 en 6 Haags Productenaansprakelijkheidsverdrag 1973.

15. Vgl. art. 4, 10 en 13 van het in 1972 gepubliceerde Voorontwerp van een (EEG-)Verdrag nopens de wetten die van toepassing zijn op verbintenissen uit overeenkomst en op niet-contractuele verbintenissen, afgedrukt in *Mededelingen NVIR* nr. 71, 1975, p. 129 e.v., dat uiteindelijk heeft geresulteerd – zonder conflictregels voor niet-contractuele verbintenissen – in het EEG-Overeenkomstenverdrag 1980. Zie ook art. 15 Haags Alimentatieverdrag 1973.

16. Vgl. art 4 Haags Alimentatieverdrag 1973; art. 5 sub a Voorontwerp EEG-Verbintenissenverdrag (*supra* noot 15).

17. Vgl. art. 1 CIEC-Overeenkomst inzake wettiging door huwelijk 1970; art. 9 Haags Verkeersongevallenverdrag 1971; art. 5 en 6 Haags Alimentatieverdrag 1973.

18. Op grond van de *favor negotii* aanvaardde de Hoge Raad de ‘facultatieve werking’ van art. 10 Wet AB in HR 2 april 1942, *NJ* 1942, 468 (*Jurgens Verbruggen/Van Heesch*). Dit beginsel ligt eveneens ten grondslag aan art. 1 Haags Testamentsvormenverdrag 1961 en aan art. 18 Voorontwerp EEG-Verbintenissenverdrag (in uitgebreidere vorm overgenomen in art. 9 lid 1 EEG-Overeenkomstenverdrag 1980 en vervolgens in art. 11 lid 1 Verordening Rome I).

factor (art. 4 lid 5 en art. 6 lid 2 laatste zin), aanknopingsfactoren waarin materieelrechtelijke waarden en belangen zijn verdisconteerd (art. 5 en 6) en ruimte voor toepassing van bepalingen van ‘bijzonder dwingend recht’ (art. 7). Het beginsel van de partijautonomie was intussen ook buiten het contractenrecht aanvaard, eerst in het huwelijksgoederenrecht¹⁹, later ook – althans in Nederland – op het terrein van de echtscheiding, de alimentatie en het erfrecht. Daaruit blijkt trouwens nog weer eens dat het IPR zich sterker ging oriënteren op de inhoud van het materiële recht: de keuzevrijheid vindt haar rechtvaardiging primair in de internrechtelijke dispositievrijheid van partijen.²⁰ Waar die ontbreekt, is een conflictenrechtelijke rechtskeuze niet toegestaan of strekt zij hooguit ten voordele van structureel zwakkeren.²¹

Ook het begunstigingsbeginsel won terrein. In 1978 werd in Zwitserland het ontwerp van een wet op het internationaal privaatrecht gelanceerd, dat alom gezien werd als een toonbeeld van vernieuwing. Die bleek niet alleen uit de bepalingen waarin een onverbloemde voorkeur voor de *lex fori* tot uitdrukking werd gebracht, maar ook uit de *Alternativanknüpfungen* die in het ontwerp waren opgenomen voor enkele categorieën van het familierecht en voor een tweetal onrechtmatige daadstypen. In beide soorten bepalingen is het beginsel van de nauwste verbondenheid verlaten ten gunste van een materieelrechtelijk georiënteerde aanknopning, gericht op de aanwijzing van de (Zwitserse) ‘better law’.²² In Nederland laait tezelfdertijd de grondslagenstrijd weer even op, met als inzet de begunstiging van slachtoffers van milieudelicten. De vraag welk recht toepasselijk is als milieuschade veroorzaakt wordt in een ander land dan dat waar de schade intreedt, was op dat moment actueel in de Kalimijnenzaak²³, en volgens Jessurun d’Oliveira – tevens voorzitter van de stichting die in dat proces een van de eisende partijen was – konden we dat probleem het beste oplossen door het slachtoffer een keuzerecht toe te kennen. In die opvatting stond hij in Nederland voorlopig betrekkelijk alleen.²⁴ Pas later zou hij bijval krijgen van Schaafsma²⁵, maar noch de Hoge Raad noch de Nederlandse wetgever bleek bereid te zijn

19. Vgl. art. 3 en 6 Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978. De Hoge Raad had de rechtskeuze op dit terrein al in 1976 aanvaard in het *Chelouche/Van Leer*-arrest (HR 10 december 1976, *NJ* 1977/275, m.nt. JCS), wellicht geïnspireerd door de ten tijde van de uitspraak al gepubliceerde tekst van het verdrag.

20. Vgl. Ellen Mostermans, ‘Party Autonomy: Why and When?’, in: *Forty Years On, supra* noot 8, p. 123-141.

21. Vgl. art. 5 lid 2 en art. 6 lid 1 EVO (inmiddels vervangen door art. 6 lid 2 en art. 8 lid 1 Verordening Rome I), die onmiskenbaar gericht zijn op de bescherming van consumenten, respectievelijk werknemers. Niet geheel duidelijk is of deze bepalingen de conflictenrechtelijke rechtskeuze wel toestaan als het gekozen recht gunstiger blijkt te zijn voor de zwakkere contractspartij dan het objectief toepasselijke recht of dat zij uitsluitend een materieelrechtelijke rechtskeuze tolereren.

22. Zie art. 42 lid 2 (huwelijksbevoegdheid; thans art. 44 lid 2 IPR-Gesetz 1989); art. 59 lid 3 (echtscheiding, thans art. 61 lid 3 IPRG); art. 70 (erkenning en wettiging; thans art. 72 IPRG); buiten het familierecht: art. 134 (‘Immissionen’, thans art. 138 IPRG); art. 135 (inbreuken op het persoonlijkheidsrecht; thans art. 139 IPRG).

23. Milieuschade in Nederland als gevolg van vervuiling van de Rijn door een in Frankrijk gevestigde onderneming. De zaak leidde niet alleen tot een prejudiciële beslissing betreffende de uitleg van art. 5 sub 3 EEX-verdrag (HvJ EG 30 november 1976, zaak 21/76, *NJ* 1977/494, nt. JCS), maar ook tot een van de eerste uitspraken waarin een conflictenrechtelijke rechtskeuze op het terrein van de onrechtmatige daad werd gehonoreerd (Rb. Rotterdam 8 januari 1979, *NJ* 1979/113).

24. Vgl. Th.M. de Boer, *Alternatieven voor de lex loci delicti*, Offerhauskring, reeks IPR, nr. 13, Deventer: Kluwer, 1982, p. 36, met verwijzingen naar Dubbink, Lemaire en Van Rooij die zich ook al tegen deze oplossing hadden uitgesproken.

25. S.J. Schaafsma, *Vervuiling in het conflictenrecht*, Post Scriptum Reeks, FED/Gouda Quint/ Kluwer/Tjeenk Willink 1994.

een op de *favor laesi* gebaseerde conflictregel te formuleren, óók niet voor milieudelicten.²⁶ Daarentegen werd begunstiging wel aanvaard op een heel ander terrein. In 1981 trad de Wet conflictenrecht echtscheiding in werking, en al leek de daarin neergelegde conflictregel uiterlijk volkomen neutraal, in combinatie met de bevoegdheidsregels van art. 814 (oud) Rv was de toepassing daarvan wel degelijk bevorderlijk voor de *favor divortii* die sinds de introductie van de echtscheidingsgrond duurzame ontwijking in 1971 hoog in het Nederlandse vaandel was komen te staan.

3. De afloop van de strijd: de jaren tachtig

Rond 1980 begint de Amerikaanse *conflicts revolution* haar momentum te verliezen. Weliswaar nam het aantal deelstaten dat zich bij de revolutie aansloot nog steeds toe, maar er heerste grote verdeeldheid over de nu te volgen koers. Verreweg de meeste staten kozen voor de Restatement Second, misschien wel omdat zij met de daarin opgenomen *choice-of-law principles* alle kanten op konden. Sommige staten combineerden Currie's uitgangspunten met Leflar's *choice-influencing considerations*, of met Baxter's *comparative impairment analysis*, of met de *significant contacts test* van de Restatement, of zelfs met traditionele verwijzingsregels. Weer andere kozen voor een *lex fori approach*, doorgaans onder de dekmantel van een *interest analysis*-benadering. Duidelijk is in ieder geval dat geen van de nieuwe methoden integraal en *nation-wide* werd aanvaard: 'If one would have to define the dominant choice-of-law methodology in the United States today, it would have to be called eclecticism', verzochten Kozyris en Symeonides in 1990.²⁷ Daar komt bij dat de Amerikaanse vernieuwingsdrang beperkt is gebleven tot het internationaal vermogensrecht (met name *contracts* en *torts*). Op het terrein van het familierecht is alles bij het oude gebleven: toepassing van de *lex fori* is daar nog steeds het uitgangspunt. Voorts kan geconstateerd worden dat er in Amerika sinds de jaren zestig en zeventig geen methodologische verhandelingen meer verschenen zijn die zo veel invloed op de rechtspraak hebben gehad als de geschriften van Cavers, Currie, Ehrenzweig, Leflar en Baxter. Na hen heeft de revolutie eigenlijk geen krachtige wetenschappelijke impulsen meer gekregen. Wel zijn er voorzichtige pogingen geweest om op basis van materieelrechtelijke gezichtspunten nieuwe verwijzingsregels te formuleren²⁸, en in dat opzicht is het Amerikaanse IPR weer enigszins in Europese richting opgeschoven.

26. Vgl. HR 14 april 1989, *NJ* 1990/712 (*Benckiser*); HR 19 november 1993, *NJ* 1994/622 (*COVA*). Voor wat betreft de wet: zie art. 3 lid 2 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad. Intussen is de *favor laesi* in de categorie milieudelicten toch aanvaard: art. 7 Verordening Rome II.

27. P. John Kozyris & Symeon C. Symeonides, 'Choice of Law in the American Courts in 1989: An Overview', 38 *Am.J.Comp.L.* 602 (1990).

28. Cavers had al eerder geprobeerd *true conflicts* op te lossen met behulp van regel-achtige *principles of preference*; zie David F. Cavers, *The Choice-of-Law Process*, Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press, 1965, p. 114 e.v. Inmiddels heeft deze hervonden voorkeur voor *rules* geresulteerd in een tweetal codificaties van statelijk conflictenrecht (in Louisiana en Oregon), waarin (een- of meerzijdige) conflictregels worden gecombineerd met een aantal algemene bepalingen van methodologische aard.

Ook in Europa nam de opwinding over de grondslagen van het conflictenrecht in de jaren tachtig langzaam maar zeker af. Het ‘weg met Savigny!’-geroep verstomde, en voor zover er in de literatuur nog aandacht werd besteed aan de conflictenrechtelijke methodologie, richtte de aandacht zich voornamelijk op het leerstuk van de voorrangregels²⁹ en, meer in het algemeen, op de materieelrechtelijke tendenzen die intussen het Europese conflictenrecht waren binnengeslopen.³⁰ Niet veel later kwamen de nabeschouwingen en de evaluaties, waarin doorgaans nogal laatdunkend over de Amerikaanse ontwikkelingen werd geschreven.³¹ Zelf kwam ik destijds tot de conclusie dat de materieelrechtelijk georiënteerde theorieën van de Amerikanen onmiskenbaar hebben bijgedragen tot het Europese compromis tussen waarde vrije aanknoping en doelgerichte belangenafweging, maar dat zij in de praktijk te weinig houvast en teveel interpretatievrijheid bieden om een aanvaardbaar alternatief voor de verwijzingsmethode te kunnen zijn.³²

4. *And the winner is ...*

Wat mij betreft heeft de grondslagenstrijd dus wel degelijk iets goeds opgeleverd, al zullen de strijders van weleer zich de uitkomst waarschijnlijk anders hebben voorgesteld. Het paradigma van de verwijzingsregel is zeker niet vervangen door een methode die uitsluitend op een analyse en/of afweging van materieelrechtelijke belangen is gericht. Evenmin hebben de voorvechters van een *lex fori*-benadering hun doel bereikt: de oplossing van wetsconflicten wordt nog altijd gezocht in selectiecriteria ter bepaling van de *proper law*, en niet in de aanwijzing van een *proper forum*. In zoverre heeft het progressieve kamp de grondslagenstrijd beslist verloren. Sommige commentatoren menen dat de strijd alleen maar verliezers heeft opgeleverd, nu de eenduidigheid van het klassieke conflictregelmodel blijkt te zijn opgeofferd aan een methodologische chaos, waarin elementen van uiteenlopende theorieën zijn samengevoegd tot een onwerkbaar geheel. In de IPR-literatuur hebben de termen ‘methodenpluralisme’ en ‘*eclecticism*’ doorgaans een negatieve bijklank, alsof men betreurt dat het conflictenrecht niet langer door één enkel methodologisch principe wordt beheerst. Ik kan daar wel mee instemmen voor zover het methodenpluralisme zich in een en dezelfde conflictregel manifesteert³³ of gebruikt wordt

29. Zie bijv. Jan C. Schultz, ‘Dutch Antecedents and Parallels to Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980’, *RabelsZ* 1983, p. 267-283. W.E. Haak, ‘Plaats en invloed van “publiekrechtelijke” regels in het IPR’, *WPNR* 5717 en 5718 (1984), p. 669-674 en p. 689-695; R. Kottling, ‘Extraterritoriale wetgeving en internationaal privaatrecht, preadvies, *Mededelingen NVIR* nr. 89, 1984, p. 111-147; R. van Rooij, ‘Conflict of Laws and Public Law’, in: *Netherlands Reports to the XIIth International Congress of Comparative Law*, The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 1986, p. 175-188.

30. Zie Th.M. de Boer, ‘De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht’, *NJB* 1980, p. 785-796; L. Strikwerda, *Naar een gereduceerd conflictenrecht, iets over bescherming, begunstiging en better law in het internationaal privaatrecht*, oratie RUG, Groningen: Wolters-Noordhoff, 1986.

31. Edoardo Vitta, ‘The Impact in Europe of the American “Conflicts Revolution”’, 30 *Am.J.Comp.L.* 1-18 (1982); J.G. Sauveplanne, ‘New Trends in the Doctrine of Private International Law and their Impact on Court Practice’, *Recueil des Cours*, vol. 175, p. 9-98 (1986); Erik Jayme, ‘The American Conflicts Revolution and its Impact on European Private International Law’, in: *Forty Years On*, supra noot 8, p. 15-27.

32. Th.M. de Boer, *Beyond Lex Loci Delicti, Conflicts Methodology and Multistate Torts in American Case Law*, diss. UvA, Deventer: Kluwer, 1987, p. 511.

33. Zoals bijv. in art. 1 Wet conflictenrecht echtscheiding, of in art. 5 en 6 EVO (thans art. 6 en 8 Verordening Rome I); zie: L. Strikwerda, ‘De hanteerbaarheid van het IPR – enkele opmerkingen over de uitleg van artikel 6 lid 1 EVO’, in:

om het beginsel van de nauwste verbondenheid te verpakken in een soort belangenanalyse.³⁴ Maar voor het overige zie ik meer voor- dan nadelen in de verscheidenheid van methodologische uitgangspunten waarop het huidige conflictenrecht berust. Daardoor kunnen tegenstellingen die eerder onoverbrugbaar leken immers op een redelijke manier met elkaar worden verzoend. Het verwijzingsmodel hoeft niet te worden afgeschaft als daarin óók rekening gehouden kan worden met de concrete omstandigheden, met de verwachtingen en wensen van partijen en met de waarden en belangen die aan het materiële recht van de betrokken staten ten grondslag liggen. Ik denk dat het huidige conflictenrecht grosso modo aan al deze wensen tegemoetkomt – met dank aan het methodenpluralisme ...

Daarin schuilt volgens mij dan ook de winst die met de grondslagenstrijd is behaald. Als er een winnaar valt aan te wijzen, dan is het niet een bepaald systeem, een bepaalde stroming of een bepaalde theorie die heeft gezegevierd, maar de in allerlei varianten verkondigde propositie dat de abstracte, regelblinde en neutrale conflictregel onbruikbaar was geworden. Het is de verdienste van de Amerikaanse theoretici geweest dat zij, ook in Europa, de geesten hebben rijp gemaakt voor een verschuiving van het conflictenrechtelijk paradigma in materieelrechtelijke richting. Van de Europeanen kan gezegd worden dat zij compromissen hebben weten te vinden tussen abstractie en realiteit, tussen regelblinde verwijzing en belangenafweging, tussen neutraliteit en *lex forisme*.³⁵ De grondslagenstrijd is dan ook zeker niet voor niets geweest.

5. Besluit

De belangstelling voor de methodologie van het conflictenrecht is sinds de jaren tachtig sterk afgenomen. Na het proefschrift van Jannet Pontier³⁶ in 1997 is er in Nederland geen boek meer verschenen over de grondslagen en methoden van het conflictenrecht. Dat valt misschien te verklaren uit het feit dat de grondslagenstrijd voorbij is en dat de jongste generatie IPR-beoefenaren geen noodzaak meer ziet zich nog bezig te houden met de vraag of er geen betere aanpak van het conflictenrechtelijk keuzeprobleem kan worden bedacht. Ik vind dat jammer. Onderzoek naar de uitgangspunten van het IPR biedt niet alleen een aanzienlijk breder perspectief op de conflictregels voor bijzondere onderwerpen, maar blijft bovendien noodzakelijk omdat politieke verhoudingen en maatschappelijke opvattingen voortdurend veranderen. Hoe belangrijk dat is voor het IPR, blijkt wel uit de sinds het Verdrag van Amsterdam verschoven machtsverhouding tussen de nationale en de Europese wetgever. Niet alleen

Grensoverschrijdend privaatrecht, Opstellen aangeboden aan mr. J. Rijn van Alkemade, Deventer: Kluwer, 1993, p. 245-258.

34. Zoals de Europese Commissie het voorstelde, wordt in de *lex loci damni*-regel van art. 4 Verordening Rome II – in overeenstemming met ‘de moderne opvattingen over wettelijke aansprakelijkheid’ – het belang van de gelaedeerde beschermd, omdat de *lex loci damni* ‘in de meeste gevallen [overeenkomt] met het recht van de gewone verblijfplaats van het slachtoffer’: COM (2003) 427, p. 12/13 in de Nederlandse vertaling.

35. Het bewijs daarvan is te vinden in de codificaties van het conflictenrecht in Zwitserland (1989), België (2004) en de conflictenrechtelijke wetgeving in Nederland tussen 1981 en 2008, thans geconsolideerd in Boek 10 BW.

36. J.A. Pontier, *Conflictenrecht: grondslagen, methoden, beginselen en belangen – Een politiek liberaal perspectief*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1997.

zijn de lidstaten niet langer vrij om IPR-verdragen te sluiten, maar bovendien kunnen zij nolens volens worden gebonden aan IPR-regelingen die in Brussel zijn vastgesteld. Het is de vraag op welke methodologische uitgangspunten dergelijke regelingen kunnen worden gebaseerd. Het feit dat het interne recht van de lidstaten op allerlei punten nog aanzienlijke verschillen vertoont, impliceert dat de waarden en belangen die aan het materiële recht ten grondslag liggen niet altijd kunnen worden verdisconteerd in Europese verwijzingsregels die op het beschermings- of begunstigingsbeginsel berusten: daarvoor lopen de rechtspolitieke gezichtpunten binnen de EU nog vaak teveel uiteen. Het alternatief is een terugkeer naar het waardevrije beginsel van de nauwste verbondenheid, zoals pijnlijk wordt gedemonstreerd door de kleurloze verwijzingsregels voor echtscheiding, neergelegd in de Verordening Rome III. Soortgelijke problemen rijzen bij de formulering van Europese regels die de grenzen van de partijautonomie in het IPR bepalen. De internrechtelijke dispositievrijheid die daarop van invloed is, krijgt immers niet voor ieder onderwerp in alle lidstaten dezelfde ruimte en laat zich dus niet in een uniforme rechtskeuzeregel vertalen. Kortom, de unificatie van het conflictenrecht binnen de Europese Unie roept allerlei methodologische vragen op die niet onbeantwoord mogen blijven, zeker niet als de Europese wetgever zich gaat begeven op terreinen waar uiteenlopende culturele, religieuze of sociale opvattingen hun stempel drukken op het materiële recht van de lidstaten. Juist daar kan een regelblind en neutraal IPR geen optie zijn. Of is de grondslagenstrijd dan toch voor niets gestreden?