

Sierd J. Schaafsma

IPR EN EPR

Over wisselwerking, eenheid en verscheidenheid



Universiteit
Leiden

Bij ons leer je de wereld kennen

IPR EN EPR

Over wisselwerking, eenheid en verscheidenheid

Oratie uitgesproken door

prof.mr. S.J. Schaafsma

bij de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar in het
internationaal privaatrecht
aan de Universiteit Leiden
op vrijdag 11 april 2014



Universiteit
Leiden

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	3
1.1. Internationalisering in het privaatrecht	3
1.2. Wat is EPR?	3
2. IPR en EPR: welke oplossing is beter?	4
2.1. De IPR-oplossing: verscheidenheid	4
2.2. De EPR-oplossing: eenheid	6
3. Wisselwerking tussen IPR en EPR	8
3.1. IPR-regeling met EPR-ondersteuning	8
3.2. EPR-regeling met IPR-ondersteuning	8
3.3. IPR en EPR: tussenvormen	10
4. Conclusie.....	11
5. Dankwoorden	12

Het manuscript voor deze rede is afgesloten op 1 april 2014.

© S.J. Schaafsma, 2014, Leiden University Press, Leiden

Deze rede is opgenomen in de reeks van gedrukte redes van de Universiteit Leiden.

Mijnheer de rector magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,

1. Inleiding

1.1. Internationalisering in het privaatrecht

De wereld wordt steeds internationaler, het internationale rechtsverkeer neemt toe: steeds meer internationale overeenkomsten, meer internationale huwelijken. Die vaststelling is niet erg grensverleggend. Tegelijkertijd zijn de grenzen niet verlegd: we leven nog steeds in een wereld van soevereine staten, met ieder zijn eigen (privaat)recht. Hoe moet, gegeven die twee vaststellingen, dat steeds toenemende *inter-nationale* rechtsverkeer worden geregeld? Internationale rechtsverhoudingen roepen door hun internationale karakter een aantal vragen op, en daarmee betreden we het werkteerren van het internationaal privaatrecht (het 'IPR'). Een van de kernvragen waar het IPR zich mee bezig houdt, is die van het 'conflictenrecht', namelijk: welk recht is van toepassing in een internationaal geval? Als de Nederlandse Spoorwegen hogesnelheidstreinen kopen bij een treinenbouwer in Italië, welk recht is dan van toepassing op deze koopovereenkomst? Welk recht bepaalt of die overeenkomst kan worden ontbonden omdat de treinen niet deugdelijk zijn, is dat bijvoorbeeld Nederlands of Italiaans recht?¹ We noemen dat het 'conflictenrechtelijke keuzeprobleem': er moet een keuze gemaakt worden welke van de in aanmerking komende nationale rechtsstelsels van toepassing is op een internationaal geval.

Er zijn in de loop van de geschiedenis verschillende benaderingen en oplossingen ontwikkeld voor het conflictenrechtelijke keuzeprobleem, zoals vanaf de Middeleeuwen de statutenleer, later de *lex fori*-leer, de *governmental interest analysis* en het huidige systeem van verwijzingsregels dat is gebaseerd op de ideeën van Von Savigny.² Al deze systemen en benaderingen proberen een zo goed mogelijk antwoord te vinden op het conflictenrechtelijke keuzeprobleem.

Er is daarnaast nóg een antwoord denkbaar op het conflictenrechtelijke keuzeprobleem: eenmaking (unificatie) van privaatrecht. Als in verschillende landen hetzelfde privaatrecht geldt (een 'supranationaal burgerlijk wetboek'), dan doet het conflictenrechtelijk keuzeprobleem zich niet voor. Dan is dat eenvormige privaatrecht ('EPR') van toepassing. Er hoeft dan geen keuze te worden gemaakt tussen verschillende nationale rechtsstelsels. Er is dus geen IPR (althans geen conflictenrecht) nodig, want er hoeft geen keuze te worden gemaakt voor een nationaal rechtsstelsel. Eenmaking van privaatrecht is geen nieuw fenomeen³, maar komt in onze huidige in soevereine staten georganiseerde wereld, steeds meer in beeld: sinds de tweede helft van de negentiende eeuw - nadat op nationaal vlak codificaties tot stand waren gebracht - wordt geijverd voor eenmaking op internationaal vlak. Door verdragen, en tegenwoordig ook binnen de kaders van de Europese Unie.⁴ Een actueel en belangrijk voorbeeld is het voorstel van de Europese Commissie om het kooprecht in Europa te unificeren: een gemeenschappelijk Europees kooprecht.⁵

Over eenvormig privaatrecht en zijn relatie met het IPR wil ik vandaag graag spreken. Over IPR en EPR.

1.2. Wat is EPR?

Wat is EPR? Onder 'eenvormig privaatrecht' kan worden begrepen het geheel van privaatrechtelijke rechtsregels die in tenminste twee staten gelijkkluidend gelden en naar aard en doel ook bedoeld zijn om zo te gelden.⁶

Dergelijk eenvormig privaatrecht is er in soorten en maten. Ik zou dat ruim willen nemen. Van soft law (zoals *lex mercatoria* en de Principles of European Contract Law⁷) tot hard recht (zoals het CMR-verdrag betreffende internationaal goederenvervoer over de weg⁸). Van *opting-in* regelingen (zoals het eerdergenoemde gemeenschappelijk Europees kooprecht, waar de contractspartijen voor kunnen kiezen) tot *opting-out* regelingen (zoals het Weens Koopverdrag, dat binnen

zijn toepassingsgebied geldt tenzij partijen het uitsluiten⁹). Van eenvormig privaatrecht dat alleen in internationale gevallen van toepassing is (zoals de Berner Conventie voor het auteursrecht¹⁰) tot eenvormig privaatrecht dat altijd - óók in nationale gevallen - van toepassing is (zoals het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom¹¹).

Eenvormige privaatrechtelijke regels kunnen in verschillende instrumenten zijn neergelegd. Vaak gaat het om een verdrag¹², maar het kan ook een Europese Verordening zijn, of een Europese Richtlijn, die immers dwingt tot harmonisatie van privaatrecht in de lidstaten.¹³ Ook de uitleg van eenvormig privaatrecht door daartoe bevoegde supranationale rechters (zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Benelux-Gerechtshof) zou ik tot eenvormig privaatrecht willen rekenen. De EPR-aanvullende functie van het Hof van Justitie kan m.i. niet worden onderschat.

Eenvormig privaatrecht ontwikkelt zich dus - u heeft zojuist enkele voorbeelden gehoord - met name op handelsrechtelijke terreinen zoals het internationale kooprecht, het intellectuele-eigendomsrecht en het vervoerrecht.

Tot eenvormig privaatrecht kunnen ook eenvormige IPR-regels worden gerekend.¹⁴ Dan gaat het om unificatie van IPR-regels. IPR als EPR dus. Daarmee wordt het ideaal bereikt van ons huidige, door Von Savigny ontworpen conflictenrecht, namelijk de 'internationale beslissingsharmonie': in welk land men ook aanklopt, overal zal de vraag welk recht van toepassing is op een bepaalde rechtsverhouding, hetzelfde antwoord krijgen. Nederland speelt in dit verband een bijzondere rol, als gastland van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, welke internationale organisatie zich de voortschrijdende unificatie van het IPR ten doel stelt.¹⁵ En in Leiden was Meijers, van 1910 tot 1950 hoogleraar burgerlijk recht en IPR hier ter stede¹⁶, de geestelijk vader van een poging om na de Tweede Wereldoorlog binnen de Benelux het IPR te unificeren. Momenteel wordt de unificatie van

het IPR, op vele rechtsgebieden, krachtig ter hand genomen door de Europese Unie, die sinds het Verdrag van Amsterdam van 1997 daartoe bevoegd is - en we mogen er van uitgaan dat binnen afzienbare tijd het IPR in Europa voor een groot deel is geünificeerd. De Europese Commissie speelt al met de gedachte aan één Europese IPR-codificatie.¹⁷

Deze categorie eenvormige regels reken ik vandaag niet tot EPR. Ik richt mij op de verhouding tussen eenvormig *materieel* privaatrecht en IPR. Preciezer gezegd: tussen internationaal eenvormig materieel privaatrecht en geünificeerd IPR.

2. IPR en EPR: welke oplossing is beter?

Welke oplossing van het conflictenrechtelijke keuzeprobleem is nu beter? De IPR-oplossing, die kort gezegd een bepaald nationaal rechtsstelsel wil selecteren, of de EPR-oplossing, die de rechtsstelsels gelijk wil maken? Voordat u mij, als hoogleraar IPR, als partijdig aanmerkt: ik heb zelf, in deze zaal, nog geen vijf jaar geleden in mijn proefschrift over IPR gepleit voor meer EPR in het internationale intellectuele-eigendomsrecht. Deze oratie is geen *oratio pro domo*. Vergelijken wij beide oplossingen nader.

2.1. De IPR-oplossing: *verscheidenheid*

Het IPR wil het conflictenrechtelijke keuzeprobleem oplossen door uit de staalkaart van in aanmerking komende rechtsstelsels, er één te selecteren die op de internationale rechtsverhouding van toepassing is. Daarbij is het uitgangspunt van ons huidige IPR dat het recht van het land dat het nauwst betrokken is bij de internationale rechtsverhouding, daarop van toepassing is. Het IPR is er op gericht, ter wille van de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid, voor elke type internationale rechtsverhouding het nauwst betrokken land op te sporen. In de loop der tijd is dat uitgangspunt verfijnd, en hier en daar aangevuld en bijgesteld waardoor bijvoorbeeld ook rekening kan worden gehouden met de belangen van partijen (partijautonomie), belangen van een zwakker geachte partij (het beschermings- en begunstigingsbeginsel)

en statelijke belangen (voorrangsregels). Zo is een redelijk evenwichtig en bruikbaar systeem ontstaan dat een doelmatige, voorspelbare en rechtvaardige regeling van het internationale rechtsverkeer ten doel heeft.

Wat zijn de belangrijkste problemen van het IPR als oplossing?¹⁸

In de eerste plaats heeft het IPR de reputatie een moeilijk en ondoorgroendelijk rechtsgebied te zijn. Is dat zo? Het IPR kent enkele complexe leerstukken, zoals kwalificatie, aanpassing, de voorvraag. Maar in de praktijk wordt de soep meestal niet zo heet gegeten als zij in de handboeken wordt opgediend. Dat neemt echter niet weg dat men, net als elders in het recht, de hanteerbaarheid van het systeem wel in het oog dient te blijven houden.¹⁹

Een wezenlijker punt betreft de rechtsverscheidenheid waar het IPR zijn bestaan aan dankt.²⁰ Het IPR is gebouwd in en voor een wereld met soevereine staten, autonome rechtsgemeenschappen. Als overal ter wereld hetzelfde privaatrecht zou gelden, zou er geen IPR nodig zijn. Althans: geen conflictenrecht. De drie andere hoofdonderdelen van het IPR (bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging, internationale rechtshulp) blijven natuurlijk wel nodig. IPR (conflictenrecht) bestaat dus bij de gratie van rechtsverscheidenheid, bij de gratie van het bestaan van autonome rechtsgemeenschappen die hun eigen regels stellen. Dat is de *raison d'être* van het IPR. Het respect voor die rechtsverscheidenheid is tegelijkertijd, al heel lang, een wezenskenmerk van het IPR: IPR is gebouwd op de bereidheid om vreemd recht toe te passen, de bereidheid om het recht van een ander land toe te passen, en daarmee de waarde- en doelvoorstellen van dat andere land, de waarde- en doelvoorstellen die een buitenlandse wetgever in zijn privaatrecht heeft neergelegd, te laten prevaleren boven de onze. Respect voor het vreemde recht is het fundament van het IPR.²¹ En dat is, denk ik, een groot goed.

Tegelijkertijd is er ook een keerzijde. In de eerste plaats kan het toepassen van vreemd recht lastig zijn. De rechter (of een andere rechtstoepasser) moet de inhoud van het buitenlandse recht achterhalen, begrijpen en op de juiste wijze toepassen. Zelf heb ik, in mijn hoedanigheid van rechter, bijvoorbeeld Syrisch onrechtmatige-daadsrecht, Sovjet-privatiseringsrecht en Iraaks documentair krediet-recht toegepast.²² Niet gemakkelijk, maar ook niet onoverkomelijk. Dat neemt niet weg dat dit een serieus punt is waar verbetering mogelijk is. Er is weliswaar het zogeheten Inlichtingenverdrag uit 1968, op grond waarvan de rechter bij buitenlandse autoriteiten inlichtingen over buitenlands recht kan inwinnen, maar die route wordt niet veel bewandeld.²³ Een snellere en directere uitwisseling van informatie, waarbij rechters uit verschillende landen rechtstreeks met elkaar communiceren, zou - daargelaten hoe dat procedureel moet worden vormgegeven, en naast organisaties als het Internationaal Juridisch Instituut - het toepassen van buitenlands recht vergemakkelijken en verbeteren.²⁴

Daarnaast is er een meer fundamentele kwestie. IPR bestaat, als gezegd, bij de gratie van rechtsverscheidenheid. Rechtsverscheidenheid betekent dat, al naar gelang het toepasselijke recht, de materiële uitkomst kan verschillen. Bijvoorbeeld: als Nederlands recht op de overeenkomst van toepassing is, kan zij worden ontbonden. Denkbaar is dat als niet het Nederlandse maar het Italiaanse recht van toepassing zou zijn, de overeenkomst niet kan worden ontbonden. Is dat vreemd, is dat een keerzijde van het IPR? Nee. IPR zoekt, *gegeven* de bestaande rechtsverscheidenheid, naar het nauwst betrokken rechtstelsel. En als blijkt dat de overeenkomst nu eenmaal het nauwst verbonden is met Italië - of partijen hebben gekozen voor Italiaans recht - dan is het niet vreemd dat Italiaans recht bepaalt of ontbinding mogelijk is. Maar is die onderliggende rechtsverscheidenheid dan eigenlijk niet onwenselijk in een globaliserende wereld? Is eenvormig privaatrecht eigenlijk niet een 'idealere' oplossing? De rechter hoeft dan geen vreemd recht toe te passen (alleen het EPR)

en de materiële uitkomst is (als het goed is) hetzelfde. Het ideaal van de internationale beslissingsharmonie wordt dan op materieelrechtelijk vlak gerealiseerd. En - voor wie de geschiedenis lineair opvat - toont de geschiedenis niet een tendens naar unificatie? Waar in de Republiek der Verenigde Nederlanden de provincies, de streken en de steden hun eigen rechtsregels stelden, daar geldt in Nederland nu toch ook één Nederlands recht?²⁵

Deze gedachte - de vaak onuitgesproken gedachte dat rechtsverscheidenheid onwenselijk is en dat EPR daarom de voorkeur verdient - is niet nieuw. Toen in 1883 de verdragsopstellers van de Berner Conventie aan het werk gingen, stelden zij zich de vraag of een codificatie van uniform materieel auteursrecht niet te verkiezen was boven een verdrag op basis van IPR en non-discriminatie.²⁶ EPR dus als einddoel, IPR als *second best solution*. Toch kwamen zij spoedig van de koude kermis thuis. De Berner Conventie werd een IPR-verdrag, met beetje EPR als bodem.²⁷ Meer EPR bleek onbereikbaar: de verdragsluitende staten hielden vast aan hun eigen opvattingen over auteursrecht.

Onwenselijk? Het is nu eenmaal een feit dat rechtsgemeenschappen, landen, verschillend zijn en hun eigen ontwikkeling doormaken. Ieder land kent zijn eigen sociaaleconomische en maatschappelijke krachtenveld, en kiest daarvoor - en mag daarvoor ook kiezen - een bepaalde oplossing, een bepaalde ordening, die men terugvindt in het privaatrecht van dat land.²⁸ Zo is het Nederlandse arbeidsrecht toegesneden op de sociaaleconomische verhoudingen in onze polder; voor een ontslagrecht naar Anglo-Amerikaanse snit krijgt men hier de handen niet op elkaar. Dit geldt voor alle delen van het privaatrecht, voor sommige in sterkere mate (zoals het familierecht, denk bijvoorbeeld aan het huwelijk en echtscheiding), voor andere in mindere mate (zoals het overeenkomstenrecht). Die (historisch gegroeide) diversiteit in het privaatrecht is een gegeven, en is daarnaast - waar rechtsgemeenschappen er recht op hebben hun eigen

ontwikkeling door te maken - niet *per se* onwenselijk.

De IPR-oplossing, zo kunnen wij concluderen, respecteert die verscheidenheid, en probeert daarin zo doelmatig, voorspelbaar en rechtvaardig mogelijk een rechtsstelsel te selecteren. Daarbij is de voornaamste keerzijde van het IPR, zo zagen wij, dat het toepassen van vreemd recht voor de rechtstoepassers moeilijk kan zijn.

2.2. De EPR-oplossing: eenheid

Nu eenvormig privaatrecht, EPR, als oplossing. EPR streeft, net als IPR, naar rechtszekerheid en voorspelbaarheid in het internationale rechtsverkeer en gaat daarin een stap verder dan het IPR doordat EPR rechtsgelijkheid creëert. Het eerdergenoemde ideaal van de internationale beslissingsharmonie wordt, als gezegd, op materieelrechtelijk vlak gerealiseerd. Daar komt bij dat EPR kan worden toegesneden op de particulariteiten van het internationale geval: er kan meer rekening worden gehouden met de specifieke eigenschappen van het internationale geval.²⁹ Ten slotte heeft EPR het voordeel dat het de moeilijkheden bij het toepassen van vreemd recht vermijdt. Weliswaar moet de rechter (of een andere rechtstoepasser) ander recht toepassen dan zijn eigen vertrouwde recht (namelijk dat EPR), maar dat zou op den duur makkelijker moeten zijn dan in steeds wisselende gevallen, steeds een ander vreemd rechtsstelsel toepassen.

EPR heeft dus een aantal belangrijke voordelen. Wat zijn de problemen van het EPR?

Een eerste probleem betreft de uitleg van EPR. EPR geldt in verschillende landen, en het gevaar bestaat dat dat EPR in die verschillende landen verschillend wordt uitgelegd. Dat gevaar verwezenlijkt zich ook daadwerkelijk. Veelzeggend is de titel van een recente publicatie over dit probleem in het kader van het Weens Koopverdrag: 'Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente'.³⁰ Vrij

vertaald: 'eilanddenken en lex fori-neiging ondanks een uniform kooprecht'. Waar de uitleg van EPR uiteen gaat lopen, komt dat de nagestreefde rechtsgelijkheid natuurlijk bepaald niet ten goede. Dit probleem kan worden ondervangen door een supranationaal gerecht te creëren, maar daarover bereiken EPR-verdragsluitende staten doorgaans geen overeenstemming. Een uitzondering is de Europese Unie, waar het Hof van Justitie deze taak kan vervullen. Feit blijft echter wel dat deze rechter een lange periode nodig zal hebben om EPR te laten uitkristalliseren. In dit verband moet ook worden vermeld dat EPR vaak niet flexibel is. Doorgaans is EPR neergelegd in verdragen - en het aanpassen van een verdrag is meestal een moeizame en langdurige aangelegenheid. Het CMR-verdrag uit 1956, de Berner Conventie, voor het laatst gewijzigd in 1979, het zijn verdragen met EPR dat niet altijd meer *up-to-date* is gelet op nieuwe maatschappelijke of technologische ontwikkelingen. Waar aanpassing van achterhaald EPR vaak niet mogelijk is, zal 'dynamische verdragsuitleg' nodig zijn, en daarmee neemt het gevaar toe dat die uitleg per land verschilt.

Een tweede probleem is dat EPR geen betrekking heeft op het procesrecht. Procesrecht blijft nationaal recht, de *lex fori* processus. Procesrecht kan echter vaak een belangrijke rol spelen bij de uiteindelijke uitkomst van een geschil, denk aan stelplicht, bewijs, enz. Waar procesrecht niet geünificeerd wordt, kunnen - ondanks eenvormig materieel recht - verschillende uitkomsten ontstaan.³¹ En ook dat komt de nagestreefde rechtsgelijkheid niet ten goede.³²

Ten slotte is er het probleem van haalbaarheid. EPR komt normaal gesproken tot stand tussen staten.³³ Er moet dus overeenstemming over worden bereikt tussen die staten, en dat is vaak niet gemakkelijk. Het kan een waterig compromis opleveren (dan lijdt de kwaliteit van het EPR er onder) en het kan ook eenvoudig onhaalbaar zijn om overeenstemming te bereiken.

Unificatie van recht betekent immers óók het inleveren van eigen stokpaardjes. Nu zal dat in bijvoorbeeld het overeenkomstenrecht minder problemen opleveren dan in bijvoorbeeld het familierecht. Niettemin: hoe gesteld zijn wij, in Nederland, op bijvoorbeeld ons systeem van open normen dat ons verbintenissenrecht kenmerkt, inclusief de daarin besloten liggende taakverdeling tussen wetgever en rechter? Moet het Hof van Justitie de scepter gaan zwaaien over het kooprecht in plaats van de Hoge Raad? Ruilen wij *sans soucis* onze Haviltex-maatstaf, die misschien wel voortkomt uit het poldermodel, in voor striktere uitlegmaatstaven? Het zijn vragen, ik weet de antwoorden niet.

Met haalbaarheid hangt ook draagvlak samen. Dat voor unificatie ook *draagvlak* nodig is, lijkt vanzelfsprekend. Toch is dat is niet altijd het geval. Zo werden in de jaren '90 de ontwikkelingslanden voor het blok gezet. Wilden zij meedoen aan de Wereldhandelsorganisatie, dan dienden zij ook het zogeheten TRIPs-Verdrag te accepteren.³⁴ Dat verdrag legt allerlei minimumnormen van intellectuele-eigendomsrecht vast, EPR dus - maar de vraag is of dat EPR wel in het belang is van ontwikkelingslanden, of dat EPR niet leidt tot hogere prijzen voor studieboeken, voor medicijnen, en minder ontwikkelingsmogelijkheden voor de eigen industrie.³⁵

Een bijzonder geval is, als het over draagvlak gaat, de Europese Unie. Komt het ooit van een Europees Burgerlijk Wetboek? Het gemeenschappelijk Europees kooprecht waar ik zojuist aan refereerde, is een duidelijke eerste stap in die richting. Zijn de Europese lidstaten al zo ver naar elkaar toegegroeid dat er sprake is van één redelijk homogeen rechtsgemeenschap die een Europees BW verdient? En moet dat proces van eenwording worden bespoedigd? Of zet men, zoals de Britse politiek-filosoof John Gray stelt, de belangrijke verworvenheden van de Europese integratie juist op het spel door te snel van stapel te lopen en daardoor virulente tegenkrachten op te roepen?³⁶ Wat is wijsheid? Mij dunkt is een goede onderbouwing van de noodzaak om tot EPR te komen in ieder geval wijs.

De balans over EPR opmakend: EPR als oplossing van het conflictenrechtelijke keuzeprobleem is, in zijn streven naar rechtsgelijkheid, ambitieuzer dan het IPR, maar kent ook een aantal problemen: uiteenlopende uitleg, verstarring, een procesrecht-deficit, en haalbaarheid. Daarnaast - en daar kom ik nu op - is EPR onvolledig en kan het niet zonder IPR. Om dat te illustreren neem ik u mee naar een aantal vormen van interactie tussen IPR en EPR.

3. Wisselwerking tussen IPR en EPR

Wanneer we de wisselwerking tussen IPR en EPR onderzoeken, laat zich een spectrum ontwaren, waarbij aan het ene uiterste sprake is van een IPR-regeling ondersteund door EPR, en aan het andere uiterste een EPR-regeling ondersteund door IPR, met daartussenin verschillende tussenvormen.³⁷

3.1. IPR-regeling met EPR-ondersteuning

Ik begin aan de ene kant van het spectrum met de IPR-regeling ondersteund door EPR. Op zichzelf kan het IPR het internationale geval zelfstandig regelen zonder de hulp van het EPR. Maar in sommige gevallen kan de toepassing van de IPR-regel(ing) worden vergemakkelijkt door daar EPR aan toe te voegen.³⁸

Een voorbeeld. Partijen bij een overeenkomst kunnen daarin een rechter aanwijzen die bevoegd is om te oordelen over eventuele geschillen die uit de overeenkomst voortvloeien. Die forumkeuze wordt beschouwd als een aparte overeenkomst, en artikel 23 van de EEX-Verordening staat zo'n forumkeuze toe.³⁹ Wat nu als een van partijen zich er op beroept dat de forumkeuze-overeenkomst niet geldig is, of niet tot stand is gekomen wegens een wilsgebrek?

De louter IPR-georiënteerde oplossing zou zijn: wij verlaten tijdelijk de bevoegdheidsvraag, stappen naar het conflictenrecht, bepalen welk recht van toepassing is op de forumkeuze-overeenkomst. Volgens de heersende opvatting zal dat, op grond van artikel 4 lid 3 van de Rome I-Verordening,

die niet van toepassing is⁴⁰, maar die volgens Nederlands IPR wél analoog moet worden toegepast⁴¹, het recht zijn dat op de hoofdovereenkomst van toepassing is. Dat recht passen we toe op de vraag of de forumkeuze-overeenkomst geldig is, en met dat resultaat keren we terug naar de bevoegdheidsvraag waar het om te doen was. Er zit dus een 'conflictenrechtelijke lus' in de toepassing van de bevoegdheidsregel, en dat maakt de toepassing complexer. Hier kan EPR uitkomst bieden. Als die conflictenrechtelijke lus in de toepassing van de bevoegdheidsregel wordt vervangen door een eenvormige regeling - eenvormig recht betreffende de geldigheid van de forumkeuze-overeenkomst - maakt dat de zaak eenvoudiger. Artikel 23 EEX-Verordening bevat een basis voor dergelijk EPR, en het Hof van Justitie rekt die basis op zodat dat EPR de IPR-regel beter kan ondersteunen.⁴²

EPR, zo zien we, kan dus een nuttige rol spelen om de toepassing van een IPR-regel te vergemakkelijken. EPR kan de toepassing van IPR beter hanteerbaar maken.

3.2. EPR-regeling met IPR-ondersteuning

Nu het andere uiterste van het spectrum: EPR ondersteund door IPR.

Bij EPR gaat het om codificatie van materieel privaatrecht op bepaalde terreinen. Een wereldwijd uniform privaatrecht dat een volledige regeling van het privaatrecht behelst, is er niet en komt er voorlopig niet. EPR regelt bepaalde (deel)terreinen, zoals de internationale handelskoop van roerende zaken of delen van het auteursrecht. Anders gezegd: het materiële toepassingsgebied van EPR is beperkt. Die onvolledigheid ziet men in alle bestaande EPR-regelingen: het Weens Koopverdrag, het CMR-verdrag, het Cognossemensverdrag, enz., het zijn allemaal *deel*codificaties. Voor alles wat buiten dat materiële toepassingsgebied ligt, zal dus een nationaal rechtsstelsel moeten voorzien in een regeling, en is IPR nodig om te bepalen welk rechtsstelsel dat moet zijn. Zo geeft de Gemeenschapsmerkenverordening een regeling over een

veelheid van merkenrechtelijke aspecten (geldigheid, inbreuk, enz.), maar niet over de goederenrechtelijke aspecten van het merk.⁴³ Daarvoor is een IPR-regel opgenomen: artikel 16 van de Gemeenschapsmerkenverordening bevat een conflictregel die een nationaal rechtsstelsel aanwijst voor deze vragen. De EPR-regeling bevat dus, voor kwesties die buiten haar materiële toepassingsgebied vallen, een IPR-regel.⁴⁴ In dit voorbeeld, deze EPR-regeling, is daar over nagedacht, maar dat is niet altijd het geval. Het zojuist geschetste probleem doet zich bijvoorbeeld ook voor ten aanzien van een Benelux-merk, maar de desbetreffende regeling (het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom) voorziet niet in een conflictregel.⁴⁵

EPR is dus begrensd in zijn materiële toepassingsgebied en daarbuiten zal het IPR een oplossing moeten genereren.

Maar ook binnen zijn materiële toepassingsgebied is EPR niet volledig. Recht bevat nu eenmaal lacunes, en dat geldt zeker ook voor EPR, dat immers vaak het product van compromissen is en ook nog niet de kristallisatiegraad heeft kunnen bereiken die geavanceerde nationale rechtsstelsels al wel hebben bereikt. Die lacunes moeten aan de hand van een of andere maatstaf worden opgevuld. Welke maatstaf? EPR-regelingen bepalen doorgaans dat lacunes moeten worden opgevuld aan de hand van algemene beginselen waar die EPR-regeling op berust. Dat is een tamelijke vage instructie, en daarom wordt - bijvoorbeeld in het Weens Koopverdrag - daaronder vaak een IPR-vangnet gespannen: bij ontstentenis van algemene beginselen moeten de lacunes worden opgevuld aan de hand van het nationale recht dat volgens het IPR van toepassing is.⁴⁶ Ook hier zien we dus weer IPR als noodzakelijke ondersteuning van EPR.

EPR kent niet alleen beperkingen van zijn materiële toepassingsgebied, maar ook van zijn formele toepassingsgebied.

In de eerste plaats is EPR doorgaans beperkt tot internationale gevallen. EPR dat is beperkt tot internationale gevallen, is nu eenmaal 'haalbaarder' dan EPR dat ook in zuiver nationale gevallen van toepassing is. Doorgaans definieert de EPR-regeling wat onder een 'internationaal geval' moet worden verstaan. Als dat een beperkte definitie is, ontstaat een categorie gevallen die enerzijds niet internationaal genoeg zijn om onder de EPR-regeling vallen, maar anderzijds niet nationaal genoeg zijn om als binnenlands geval onder nationaal recht te vallen.⁴⁷ In dat tussengebied, buiten die grens van het formele toepassingsgebied van het EPR, zal het IPR dus moeten bepalen welk recht van toepassing is.

In de tweede plaats regelt EPR niet alle (volgens zijn definitie) internationale gevallen maar alleen internationale gevallen die op een of andere manier een raakvlak hebben met de aangesloten verdragslanden. Het Weens Koopverdrag is, simpel gezegd, bijvoorbeeld van toepassing indien koper en verkoper beiden in een verdragsland zijn gevestigd. Op een overeenkomst⁴⁸ tussen een koper in Nederland en een verkoper in Frankrijk (beide landen zijn aangesloten) is dus het EPR van het Weens Koopverdrag van toepassing. Is de verkoper daarentegen in Engeland gevestigd (niet aangesloten), dan is het Weens Koopverdrag niet van toepassing. Daar zal, door het IPR, dus een nationaal rechtsstelsel moeten worden aangewezen dat op de overeenkomst van toepassing is. Ook daar zien we dus weer een grens van het formele toepassingsgebied van het EPR, buiten welke grens het IPR begint.⁴⁹

We zien dus dat, met de komst van het EPR, een drieregime-systeem ontstaat. Voor nationale gevallen is er het nationale recht, voor internationale gevallen die onder de EPR-regeling vallen, is er die EPR-regeling en voor de andere internationale gevallen moet het IPR een nationaal rechtsstelsel vinden. Zo creëert EPR dus een drie- in plaats van een tweeregime-systeem. Of dat de overzichtelijkheid en hanteerbaarheid van de totaliteit ten goede komt, hangt af van de inrichting van

(het toepassingsgebied van) dat EPR-regime en de aansluiting met het IPR.

We hebben nu gezien dat EPR niet volledig is omdat het beperkt is in materieel en formeel opzicht en omdat het lacunes bevat, en dat IPR nodig is om buiten die grenzen een oplossing te genereren. Betekent dat dat binnen die grenzen het EPR ongestoord zijn loop kan hebben? Nee, ook hier komt IPR in beeld.

Zo kan IPR de armslag van optioneel EPR beperken. Ik kan dat het beste illustreren aan de hand van een voorbeeld: wederom de koopovereenkomst, als bedoeld in het Weens Koopverdrag, tussen een verkoper in Engeland en een koper in Nederland. We zagen al eerder dat dit geval niet onder het Weens Koopverdrag valt. Maar partijen kunnen, zo mag worden aangenomen, door een rechtskeuze dit verdrag op de overeenkomst toepasselijk verklaren ('*opting in*'). Nederland is aangesloten bij dit verdrag, dus de Nederlandse rechter zal deze EPR-regeling in dit geval zonder omwegen toepassen; IPR komt niet in beeld. Maar stel dat het geschil wordt voorgelegd aan de Engelse rechter. Het Verenigd Koninkrijk is niet aangesloten bij het Weens Koopverdrag, de Engelse rechter zal dat verdrag dus niet rechtstreeks toepassen, maar zal zich eerst afvragen of partijen een rechtskeuze voor dit EPR mogen maken. Hij zal dan te rade gaan in een IPR-regeling, de Rome I-Verordening, en hij vindt daar als antwoord dat contractpartijen weliswaar een rechtskeuze voor EPR kunnen maken, maar dat die rechtskeuze de dwingende regels van het objectief toepasselijke nationale recht onverlet laat.⁵⁰ Het is, in IPR-termen, slechts een materieelrechtelijke rechtskeuze, geen conflictenrechtelijke rechtskeuze. De Engelse rechter zal dus het Weens Koopverdrag toepassen én de dwingendrechtelijke regels van het toepasselijke nationale recht (in dit geval Engels recht). IPR verkleint hier dus de armslag van de EPR-regeling, waarbij ook nog de interactie met een ander onderdeel van het IPR - het bevoegdheidsrecht - van belang is.

Daarnaast rijdt het IPR ook nog op een andere manier het EPR in de wielen, namelijk door voorrangregels, regels van (semi-) publiekrecht die, op grond van een eigen conflictenrechtelijk procedé, dwars door het toepasselijke recht heen breken - of dat nu een nationaal rechtsstelsel is of een EPR-regeling. Ook hier valt dus niet te ontsnappen aan IPR.

Terugblikkend: de EPR-oplossing kent verschillende beperkingen, we hebben die grenzen verkend en gezien dat voor de EPR-oplossing om uiteenlopende redenen IPR-ondersteuning noodzakelijk is en blijft. Een goede EPR-oplossing kan niet zonder goede aansluiting met het IPR.

3.3. IPR en EPR: tussenvormen

We hebben nu beide uitersten van het spectrum verkend. De IPR-oplossing met EPR-ondersteuning en de EPR-oplossing met IPR-ondersteuning. Daartussen bevinden zich verschillende gradaties en tussenvormen. Er zijn IPR-oplossingen met een bodempje van EPR - zoals de Berner Conventie voor het auteursrecht in haar jonge jaren. En er zijn oplossingen waarbij het EPR de boventoon voert, maar waar voor het resterende deel het IPR wordt of moet worden ingeschakeld. Zo bevatten de Hague Visby Rules betreffende vervoer van goederen over zee onder cognossement een vaste kern EPR maar kent deze regeling daarnaast ruimte voor nationale wetgevers voor aanvullingen en aanpassing; voor dat deel zal IPR moeten worden ingeschakeld.⁵¹

Een bijzondere tussenvorm is het voorgenomen gemeenschappelijk Europees kooprecht dat ik al eerder noemde en dat ik hierna afkort tot 'GEKR'. De Europese Commissie heeft in 2011 een voorstel voor een verordening ingediend dat onlangs, met amendementen, door het Europees Parlement in eerste lezing is goedgekeurd.⁵² GEKR heeft alleen betrekking op bepaalde typen koopovereenkomsten die een grensoverschrijdend karakter hebben (het gaat, zo is de gedachte nu, met name om online-overeenkomsten) en het geeft daarvoor een niet-volledige kooprecht-regeling.⁵³

Deze EPR-oplossing werkt, simpel gezegd, als volgt. GEKR wordt in de nationale rechtsordes van de lidstaten een rechtstreeks toepasselijke ‘tweede regeling’ die een integrerend bestanddeel vormt van die rechtsordes. Het staat dus naast het ‘gewone’ nationale kooprecht. In Nederland is er dus het BW en GEKR, in Duitsland het BGB en GEKR, enz. Contractspartijen kunnen kiezen voor GEKR. In dat geval is dat kooprecht van toepassing en dat kooprecht verdringt dan in zoverre het primaire nationale kooprecht.⁵⁴ Dat brengt eenheid, ook vanuit het oogpunt van consumentenbescherming, zo is de gedachte, want GEKR is in alle lidstaten identiek. Voordeel is met name, samengevat, dat handelaren zich niet hoeven te verdiepen in verschillende rechtsstelsels - dat scheelt tijd en geld.

Hoe is nu de verhouding met het IPR? In de toelichtingen wordt benadrukt dat GEKR het IPR onverlet laat en dat de keuze voor GEKR geen rechtskeuze is zoals we die in het IPR kennen, maar een keuze binnen een toepasselijk rechtsstelsel.⁵⁵ Er is dus sprake van een bepaald toepasselijk nationaal rechtsstelsel - welke dat is wordt bepaald door het IPR, met name de Rome I en II-Verordeningen - maar partijen kunnen (ook) kiezen voor GEKR, en GEKR verdringt dan dat toepasselijke nationale recht. Voor zover GEKR kwesties niet regelt, is dat nationale recht van toepassing.

Is de verhouding EPR-IPR hier nu goed doordacht? Dat vraag ik mij af.⁵⁶

Een voorbeeld. De Rome I-Verordening heeft een universeel formeel toepassingsgebied. Denkbaar is dus dat, op grond van de Rome I-Verordening, het recht van een niet-EU-lidstaat op de overeenkomst van toepassing is. Op de overeenkomst tussen een verkoper in New York en een koper in Nederland is New Yorks recht van toepassing.⁵⁷ Het New Yorkse recht kent geen GEKR; dat is geen integrerend bestanddeel van die rechtsorde. Hoe pakt een keuze voor GEKR - dat een keuze *binnen het*

toepasselijke rechtsstelsel is - dan uit? Is dat dan niet mogelijk, erzij wellicht New Yorks recht dat op een of andere manier en tot op zekere hoogte toestaat?

Een ander voorbeeld betreft de verhouding met artikel 6 van de Rome I-Verordening over consumentenovereenkomsten. Die verhouding roept veel vragen op - onzekerheid dus - en lijkt er toe te kunnen leiden dat op één consumentenovereenkomst *drie* regimes, ieder voor een deel, van toepassing kunnen zijn: (i) GEKR, (ii) het gekozen recht van het land waar de verkoper is gevestigd, en (iii) het recht van het land waar de consument woont. Niet erg overzichtelijk.⁵⁸

Nog een voorbeeld: voorrangregels. Zij kunnen, op grond van artikel 9 Rome I-Verordening, door de toepassing van GEKR heen breken. GEKR brengt, ook om die reden, dus geen volledig uniform kooprecht in de Europese Unie.

Het is een aantal voorbeelden (er zijn er meer, maar ik zal ze u besparen) die duidelijk maken dat dit EPR een complex juridisch kader creëert, dat ook wel is omschreven als ‘could hardly be more complex’.⁵⁹ En dat was nu juist niet de bedoeling. De aansluiting van dit EPR met het IPR verdient verdere overdenking en verbetering.

4. Conclusie

Dit alles overziende - ik kom tot een conclusie - hebben de woorden van Sauveplanne in 1961 nog steeds niet aan kracht ingeboet: IPR en EPR zijn niet tegengesteld maar nevensgeschikt.⁶⁰ Beide zijn instrumenten ter regeling van het internationale rechtsverkeer, en zij vullen elkaar daarbij aan. Geen van beide is volkomen: IPR heeft als voornaamste keerzijde de moeilijkheden van het toepassen van vreemd recht, EPR heeft haalbaarheid en onvolledigheid als voornaamste problemen en kan daarmee niet zonder het IPR. EPR is dus, zo hoop ik *en passant* duidelijk te hebben gemaakt, geen panacee.

Op de vraag die ik in het begin stelde ('welke oplossing is beter?') valt naar mijn mening dan ook geen algemeen antwoord te geven. Per thema - per deelterrein van het privaatrecht - moet worden gezien of het IPR-instrument wordt ingezet, al dan niet ondersteund door EPR, of het EPR-instrument, met daarbij aansluitend IPR. Dat is uiteindelijk een rechtspolitieke keuze, waarbij men zich rekenschap moet geven van de zojuist geschetste beperkingen die nu eenmaal inherent zijn aan elk van beide instrumenten en die - zeker wanneer men voor EPR kiest - vragen om een zorgvuldige afstemming.

Ondertussen neemt de internationalisering verder toe. Er zal meer IPR en meer EPR nodig zijn en ontstaan. De interactie tussen IPR en EPR is daarmee een van de grote uitdagingen waar het IPR als vakgebied voor komt te staan. Dat komt bovenop twee andere uitdagingen waar dit vak momenteel voor staat: de unificatie van het IPR in Europa, waar momenteel veel van de aandacht naar uitgaat, en de aansluiting met het IPR in de rest van de wereld, waarvoor de Haagse Conferentie voor IPR het aangewezen platform is.

Dat zijn, tezamen, drie fascinerende uitdagingen, drie ontwikkelingen waarin ik studenten ook graag meeneem. Drie ontwikkelingen die uiteindelijk moeten leiden tot een coherent systeem, met bouwstenen uit de blokkendoos van het IPR en die van het EPR, dat een doelmatige en rechtvaardige regeling van het internationale rechtsverkeer mogelijk maakt.

5. Dankwoorden

Mijnheer de rector magnificus, mijnheer de decaan, mijne dames en heren van het faculteitsbestuur, ik dank u voor het vertrouwen dat u in mij hebt gesteld. Het is mij een grote eer aan deze universiteit, van oudsher internationaal georiënteerd en vermaard, verbonden te mogen zijn. Dank betuig ik ook graag aan Luc Strikwerda, mijn leermeester wiens colleges mij als student zodanig inspireerden dat ik voor het IPR heb gekozen, aan Martijn Polak, mijn illustere voorganger hier in

Leiden, in wiens voetsporen ik nu mag treden, aan de collega's in Leiden, en de collega's van de rechterlijke macht. Het is een voorrecht om met collega's uit deze twee werelden te mogen samenwerken.

Ten slotte gaat mijn grootste dank uit naar mijn familie, mijn ouders, en in het bijzonder natuurlijk mijn vrouw Eskje en de kinderen. Voor jullie geen IPR, geen EPR, maar - veel mooier nog - UPR: Uitgebreid Papa Ravotten.

Ik dank u voor uw aandacht.

Noten

- 1 Of is dat eenvormig privaatrecht? Nederland en Italië zijn beide partij bij het hierna te bespreken Weens Koopverdrag 1980.
- 2 F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts. Band VIII*, Berlijn: Veit 1849.
- 3 Zie nader J.G. Sauveplanne, *Van verscheidenheid naar eenheid van privaatrecht*, Mededelingen KNAW Deel 55, nr. 9, Amsterdam: Noord-Hollandsche 1992.
- 4 Zie ook F. de Ly, *Europese Gemeenschap en privaatrecht* (oratie Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
- 5 Zie nader par. 3.3.
- 6 J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht*, Tübingen: Mohr 1975, p. 1 e.v.; zie ook J.G. Sauveplanne, 'Eenvormig privaatrecht', *RM Themis* 1961, p. 238. Er moet volgens deze definitie dus wel een 'animus unificandi' zijn, de bedoeling om het recht te unificeren. Wanneer twee staten zonder die bedoeling op een bepaald punt dezelfde privaatrechtelijke rechtsregel of -regels kennen (bijvoorbeeld omdat zij sterk in dezelfde rechtstraditie staan), wordt niet over 'eenvormig privaatrecht' gesproken. EPR onderscheidt zich dus 'durch seine auf Einheitlichkeit gerichtete Zielsetzung' (Kropholler, a.w., p. 2). Eenvormigheid van privaatrecht kan ook binnen één staat tot stand gebracht worden, bijvoorbeeld door een federale wet die geldt voor alle deelstaten in een federale staat zoals de Verenigde Staten van Amerika. Dat zou men federaal eenvormig privaatrecht kunnen noemen. Ik beperk mij hier tot *internationaal* eenvormig privaatrecht, dus EPR in tenminste twee soevereine staten.
- 7 Zie ook K. Boele-Woelki, *Principles en IPR* (oratie Utrecht), Lelystad: Vermande 1995.
- 8 Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR), Genève 19 mei 1956, *Trb.* 1957, 84.
- 9 Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, Wenen 11 april 1980, *Trb.* 1981, 184.
- 10 Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, nadien aangevuld en herzien, zie *Trb.* 2006, 158. De conventie geldt alleen in internationale gevallen, zie HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1558, NJ 2002/55 (Vredestein); HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0655, NJ 2009/540; IER 2010/37 m.nt. SJS ('Montis I'), rov. 3.5.2; en HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1881, RvdW 2014/34 ('Montis II'), rov. 6.4.2; S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht. De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 288.
- 11 Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), 's-Gravenhage 25 februari 2005, *Trb.* 2005, 96.
- 12 Of een wet die als bijlage bij een verdrag is gevoegd en die krachtens dat verdrag moet worden ingevoerd.
- 13 J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht*, Tübingen: Mohr 1975, p. 1, spreekt hier over 'Einheits-rahmenrecht'.
- 14 J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht*, Tübingen: Mohr 1975, p. 5.
- 15 Art. 1 van het Statuut van de Haagse Conferentie: 'The purpose of the Hague Conference is to work for the progressive unification of the rules of private international law.'
- 16 G.J.W. Steenhoff, *De wetenschap van het internationaal privaatrecht in Nederland tussen 1862 en 1962*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 190.
- 17 COM(2014)144, waarin de Europese Commissie suggereert: 'The EU should examine whether codification of the existing instruments could be useful, notably in the area of conflict of laws' (p. 8).
- 18 Ik ga hier, als gezegd, uit van geünificeerd IPR. Waar IPR niet is geünificeerd, bestaat het bezwaar dat in dezelfde casus IPR-vragen in verschillende landen verschillend worden beantwoord, waarmee de internationale beslissingsharmonie niet is gediend.

- 19 Vgl. M.V. Polak, *IPR-abracadabra: internationaal privaatrecht voor tovenaars, hogepriesters en mandarijen* (afscheidscollege Leiden), Leiden 2013
- 20 Preciezer gezegd: IPR bestaat bij de gratie van rechtsverscheidenheid en internationaal rechtsverkeer, zie L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 1.
- 21 Zie ook Conclusie A-G Langemeijer voor HR 16 november 1956, *NJ* 1957/1 (De Vries/Van Kroon), en L. Strikwerda, *Naar een gereduceerd conflictenrecht?* (oratie Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1986, p. 23.
- 22 Gerechtshof Den Haag 6 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV8213, *NJF* 2012/145 (Syria Shell Petroleum Development); Gerechtshof Den Haag 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX1515, *IER* 2012/57 (Spirits/Sojuzplodoimport); Gerechtshof Den Haag 30 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO6529, *S&S* 2011/76 (Solvochem/Rasheed Bank).
- 23 Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht, Londen 7 juni 1968, *Trb.* 1968, 142.
- 24 Over het Internationaal Juridisch Instituut, zie R.J. Blauwhoff en J.M.J. Keltjens, 'Rechtsvinding van buitenlands recht: wat wordt er van de rechter verwacht?', *Trema* 2014, p. 19-24.
- 25 J.G. Sauveplanne, *Van verscheidenheid naar eenheid van privaatrecht*, Mededelingen KNAW Deel 55, nr. 9, Amsterdam: Noord-Hollandsche 1992.
- 26 Zie nader S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht. De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 65.
- 27 De voorzitter van de Berner conferentie vatte het in één zin samen: 'Chaque loi répond à un degré de culture et de science juridique aussi bien qu'à la satisfaction d'intérêts qui varient suivant les pays.', zie N. Droz, 'Réponse aux observations du syndicat des sociétés littéraires et artistiques sur le projet de convention internationale relatif à la constitution d'une Union pour la protection des droits d'auteur', *Journal du Droit International Privé et de la Jurisprudence Comparée* 1885, p. 163-164.
- 28 Zie ook W. Alexander, *De betrekkelijke waarde van de intellectuele eigendom* (oratie Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 16.
- 29 Dat geldt voor EPR dat alleen van toepassing is in internationale gevallen. Overigens lijkt dat voordeel wel mee te vallen. Vaak weet nationaal recht die particulariteiten - voor zover aanwezig - wel te absorberen, zie J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht*, Tübingen: Mohr 1975, p. 169.
- 30 F. Ferrari, 'Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente', *Revue critique de Droit International Privé* 2013, p. 323-358.
- 31 In het kader van de Gemeenschapsmodellenverordening unificeerde het Hof van Justitie recentelijk een vraag van bewijslastverdeling, hoewel die verordening geen regels over de bewijsvoering bevat, HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-479/12 (Gautzsch); Verordening (EG) nr. 6/2002 betreffende gemeenschapsmodellen, *PbEU* 2002, L3/1). Het Hof rechtvaardigde die uitbreiding van de werkingssfeer van de verordening met de overweging dat als dit onder het nationale recht van de lidstaten zou vallen, dit ertoe zou kunnen leiden dat de bescherming van de houders van gemeenschapsmodellen verschilt naargelang de betrokken regeling, zodat de doelstelling van een uniforme bescherming waaraan overal op het grondgebied van de Unie dezelfde rechtsgevolgen zijn verbonden niet zou worden bereikt (rov. 40).
- 32 Een opmerkelijke uitzondering in dit verband is het *Unified Patent Court* (Overeenkomst betreffende een eengemaakt octrooigerecht, Brussel 19 februari 2013, *Trb.* 2013, 192). Recentelijk is, na decennia onderhandelen, overeenstemming bereikt over een gemeenschapsoctrooi (EPR dus), en daarvoor is een speciaal gerecht in het

- leven geroepen (UPC) met een eigen procesrecht. Of dat navolging krijgt, is de vraag: het gaat hier om een heel specifieke en afgebakende materie.
- 33 Dat ligt anders voor soft law EPR, zie par. 1.2.
- 34 Het TRIPs-Verdrag is een bijlage (Bijlage 1C) bij het Verdrag tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie, Marrakesh 15 april 1994, *Trb.* 1994, 235, en vormt een integrerend onderdeel daarvan (art. II lid 2).
- 35 Zie W. Alexander, *De betrekkelijke waarde van de intellectuele eigendom* (oratie Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
- 36 O.m. in *Buitenhof*, uitzending 2 december 2012.
- 37 Interactie op het vlak van uitleg - de Hoge Raad deed daarover recentelijk een interessante uitspraak - laat ik daarbij korthedshalve achterwege; HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2043, *RvdW* 2014/135 (Brinky/Hazeleger), rov. 3.9.
- 38 In dit verband wordt ook wel over ‘materiële conflictregels’ gesproken, vgl. L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 28.
- 39 Verordening (EG) nr. 44/2001, *PbEG* 2001, L12/1 (EEX-Verordening (‘Brussel I’)).
- 40 Verordening (EG) nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (‘Rome I’), *PbEU* 2008, L177/6; artikel 1 lid 2 sub e Rome I-Verordening.
- 41 Artikel 10:154 BW.
- 42 Zie ook de NJ-noot van L. Strikwerda onder HvJ EU 7 februari 2013, nr. C-543/10, *NJ* 2013/299 (Refcomp/Axa). Overigens zit daar ook een grens aan. Het voert te ver om allerlei leerstukken van overeenkomstenrecht eenvormig in de EEX-Verordening te regelen voor de forumkeuze-overeenkomst. In de nieuwe EEX-Verordening, die in 2015 van toepassing wordt, is er daarom voor gekozen om voor wat betreft de materiële geldigheid van de forumkeuze een conflictregel op te nemen, een IPR-oplossing dus. Art. 25 van de Herschikte EEX-Verordening (Verordening (EU) nr. 1215/2012, *PbEU* 2012, L 351/1). Overigens is daarbij gekozen voor een *Gesamtverweisung* zodat zich renvoi kan voordoen (overweging 20 van de considerans). Een *Sachnormverweisung* was eenvoudiger geweest en ook meer in lijn met andere moderne IPR-regelgeving.
- 43 Verordening (EG) nr. 207/2009 inzake het Gemeenschapsmerk, *PbEU* 2009, L 78/1.
- 44 Een andere zienswijze is dat deze kwesties wel onder haar materiële toepassingsgebied vallen maar vervolgens via een conflictregel worden gedelegeerd naar een nationaal rechtsstelsel. Dat komt in effect op hetzelfde neer.
- 45 Zie in dit verband Hof Den Haag 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX1515, *IER* 2012/57, rov. 8 (Spirits/Sojuzplodoimport).
- 46 Art. 7 Weens Koopverdrag. De eenvormige koopwetten LUVI en LUF van 1964, die voor Nederland in 1992 zijn vervangen door het Weens Koopverdrag, sloten het IPR-vangnet uit (*Trb.* 1964, 117 en 118; art. 2 en 17 LUVI). In de praktijk leverde dat wel problemen op, zie L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1990 (tweede druk), p. 177. Het voorgenomen gemeenschappelijk Europees kooprecht sluit het IPR-vangnet weer uit (COM(2011)635, p. 23 (considerans 29), p. 31 (art. 11), p. 37 (art. 4)).
- 47 Bijv. HR 26 mei 1989, *NJ* 1992/105 m.nt. JCS; zie L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010, p. 93.
- 48 Een overeenkomst als bedoeld in het Weens Koopverdrag.
- 49 In dit verband merk ik terzijde nog een andere vorm van wisselwerking tussen IPR en EPR op. IPR kan ook worden gebruikt om het formele toepassingsgebied van EPR te bepalen c.q. te verruimen. Het Weens Koopverdrag is bijvoorbeeld óók van toepassing, zo meldt artikel 1 lid 1 onder b, ‘wanneer volgens de regels van internationaal privaatrecht het recht van een Verdragsluitende Staat van toepassing is’. Om te bepalen of het EPR van toepassing is, moet men dus IPR toepassen. De uitbreiding van

het formele toepassingsgebied is wel begrijpelijk vanuit de wens om het Weens Koopverdrag een ruimere actieradius mee te geven, maar levert in de praktijk nogal eens problemen op. Deze IPR-lus komt, dunkt mij, de haanteerbaarheid van het EPR niet ten goede.

- 50 Overweging 13 van de considerans van de Rome I-Verordening. Zie ook L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010, p. 118.
- 51 *Trb.* 1985, 122.
- 52 COM(2011)635-636; Verslag Klaus-Heiner Lehne en Luigi Berlinguer van 24 september 2013 over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht (COM(2011)0635 - C7 0329/2011 - 2011/0284(COD)); stemming Europees Parlement 26 februari 2014. De onderhavige bespreking is geënt op het commissievoorstel.
- 53 Zie ook amendement 75 en 76 in het verslag Klaus-Heiner Lehne en Luigi Berlinguer.
- 54 En het verdringt ook ander EPR: het Weens Koopverdrag, zie COM(2011)635, p. 22 (considerans 25).
- 55 COM(2011)635, p. 6-7 en 19 (considerans 10).
- 56 Zie nader S. Whitaker, 'The Proposed 'Common European Sales Law': Legal Framework and the Agreement of the Parties', *Modern Law Review* 2012, p. 758-605.
- 57 Art. 4 lid 1 sub a Rome I-Verordening.
- 58 Stel, een consument in Nederland koopt via internet een fotocamera van een webwinkel in Ierland. Er is een keuze voor Iers recht en GEKR. De ondernemer hoeft zich dan niet meer te verdiepen in andere rechtsstelsels, zo is de gedachte. Is dat zo? Op grond van art. 6 lid 2 Rome I-Verordening mag de keuze voor Iers recht, inclusief (Iers) GEKR, er niet toe leiden dat de consument in Nederland de bescherming verliest die hij op grond van dwingendrechtelijke bepalingen van Nederlands recht verliest. Omvat 'Nederlands recht' hier nu ook het (Nederlandse) GEKR? En zo ja, zijn er dan nog dwingendrechtelijke bepalingen van primair Nederlands recht die meer bescherming aan de consument verlenen

dan GEKR? Als dat het geval is, is op de overeenkomst cumulatief van toepassing: (Iers) GEKR, Iers recht, en eventuele dwingendrechtelijke bepalingen van Nederlands recht die meer bescherming aan de consument verlenen dan (Nederlands) GEKR. Niet erg overzichtelijk. En dat wordt des te klemmender als het gaat om een consument in een niet-EU-lidstaat. Want dat recht kent geen GEKR – en dan kan dus niet gezegd worden dat GEKR en de dwingendrechtelijke bepalingen van dat rechtsstelsel grotendeels samenvallen, zodat men er niet aan ontkomt om uit te zoeken welke dwingendrechtelijke bepalingen van dat rechtsstelsel van toepassing zijn naast (Iers) GEKR en Iers recht.

- 59 S. Whitaker, 'The Proposed 'Common European Sales Law': Legal Framework and the Agreement of the Parties', *Modern Law Review* 2012, p. 604.
- 60 J.G. Sauveplanne, 'Eenvormig privaatrecht', *RM Themis* 1961, p. 231.

PROF. MR. S.J. SCHAAFSMA



Sierd J. Schaafsma (1969) is hoogleraar internationaal privaatrecht aan de Universiteit Leiden en raadsheer in het Gerechtshof Den Haag. Daarvoor was hij eerst advocaat en later medewerker van het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad. In 2009 promoveerde hij in Leiden cum laude op zijn proefschrift over intellectuele eigendom in het conflictenrecht.

De mondialisering leidt tot een toename van het internationale rechtsverkeer: er zijn steeds meer internationale overeenkomsten, meer internationale huwelijken, enz. Dergelijke rechtsverhoudingen roepen door hun internationaliteit een aantal vragen op. Een van die vragen is: welk recht is van toepassing op zo'n internationale rechtsverhouding?

Het internationaal privaatrecht (IPR) geeft een antwoord op die vraag door een bepaald nationaal rechtstelsel als toepasselijk aan te wijzen. Maar er is ook een andere oplossing denkbaar. Men kan ook trachten om, door verdragen of door regelgeving binnen de Europese Unie, het privaatrecht van verschillende landen te unificeren: eenvormig privaatrecht (EPR). Op de internationale rechtsverhouding is dan niet een bepaald nationaal recht van toepassing, maar dat supranationale eenvormige privaatrecht.

Wat is de wisselwerking tussen de IPR- en de EPR-oplossing? Welke is beter? Is er wel een betere oplossing? In zijn inaugurele rede op 11 april 2014 gaat Schaafsma op deze vragen in.



Universiteit
Leiden