

Enkele aandachtspunten aangaande de omgang met IPR-regels en vreemd recht volgens het voorgestelde Boek 10 BW

Een nationale IPR-codificatie in een context van europeanisatie van het IPR

*Prof. dr. V. Van Den Eeckhout**

1 Inleiding. Codificeren of niet codificeren? Codificeren!

1.1 Een nationale codificatie in een context van europeanisatie van het IPR

Codificeren of niet codificeren? Het antwoord op de principiële vraag het Nederlandse internationaal privaatrecht (IPR) al dan niet te codificeren is lange tijd voorwerp geweest van discussie.¹ Die discussie moet anno 2010 blijkbaar als gesloten worden beschouwd: de eindfase van het proces tot codificatie van het Nederlandse IPR is ingezet door het indienen van het wetsvoorstel tot invoering van een Boek 10 in het Burgerlijk Wetboek.² Daarmee lijkt anno 2010 hoegenaamd niet meer getornd te kunnen worden aan de beslissing tot codificatie van het Nederlandse IPR.

Recente IPR-ontwikkelingen hebben aan de beslissing tot codificatie geen afbreuk kunnen doen. Die recente ontwikkelingen situeren zich niet zozeer op het nationaal-Nederlandse spoor, als wel op het supranationaal-Europese spoor. In de voorbije jaren kreeg Nederland immers op ingrijpende wijze te maken met het onstuimige proces van europeanisatie van het IPR. ‘Europa’ mengt zich in het IPR, dit zowel via uitvaardiging van Europese IPR-regelgeving als inmenging in het IPR door het Europese Hof van Justitie.³ Onderkenning van deze ontwikkeling, die anno 2010 zeker nog geen eindpunt heeft bereikt, heeft de Nederlandse wetgever er niet van weerhou-

den een nationaal codificatieproces door te voeren. De Nederlandse wetgever heeft er bewust voor gekozen ook in de huidige tijd van gestage Europese beïnvloeding van het Nederlandse IPR het proces van codificatie door te zetten.

1.2 *Ambtshalve c.q. facultatieve toepassing van IPR-regels en vreemd recht; de problematiek van het in te schakelen surrogaatrecht in geval van niet-kenbaar en terzijde geschoven vreemd recht*

In deze bijdrage behandel ik enkele bijzondere aspecten van omgang met IPR-regels c.q. vreemd recht volgens het voorgestelde Boek 10 BW. Ik ga met name in op de vraag naar ambtshalve dan wel facultatieve toepassing van IPR-regels en vreemd recht, evenals op twee complicaties die zich kunnen voordoen bij de toepassing van vreemd recht: enerzijds de complicatie dat vreemd recht niet kenbaar is, anderzijds de complicatie dat vreemd recht terzijde wordt geschoven omwille van strijdigheid met de openbare orde; deze beide complicaties zijn vergelijkbaar in zoverre de rechter in beide genoemde gevallen een ander recht dan het door de verwijzingsregel aangewezen vreemd recht – een zogenaamd ‘surrogaatrecht’ – moet toepassen.

Ik zal telkens aangeven of in het voorgestelde Boek 10 BW in een regeling is voorzien en zo ja, welke regeling dat is. Aansluitend en afrondend formuleer ik enkele opmerkingen vanuit Europees perspectief over de door de Nederlandse wetgever gemaakte keuzes.

2 Alles wetgevend reguleren of niet alles wetgevend reguleren? Een afgewogen keuze

2.1 *Ambtshalve dan wel facultatieve toepassing van IPR-regels en vreemd recht: art. 2 Boek 10 BW*

Als Boek 10 BW in werking treedt, zal aan toepassing van de Nederlandse verwijzingsregels in internationale rechtsverhou-

* Prof. dr. V. Van Den Eeckhout is professor ‘Vergelijkend en Europees internationaal privaatrecht’ aan de Universiteit Antwerpen en universitair hoofddocent internationaal privaatrecht aan de Universiteit Leiden.

1. Zie bijv. M.V. Polak en Th. M. de Boer, Naar een gecodificeerd internationaal privaatrecht (!?), Mededelingen van de NVIR, Deventer: Kluwer 1990.
2. Wetsvoorstel Boek 10 Burgerlijk Wetboek (Internationaal Privaatrecht), Kamerstukken II 2009/10, 32 137, nr. 2.
3. De controle door het Hof van Justitie vindt zowel plaats in de zin van controle door het Hof op de toepassing van Europese IPR-regels, als op de verenigbaarheid van nationale IPR-regels met Europees recht.

dingen geen ontsnappen mogelijk zijn: overeenkomstig art. 2 van het voorgestelde Boek 10 BW – geplaatst in Titel 1 Algemene Bepalingen – moeten IPR-regels ambtshalve toegepast worden. Negeren van de verwijzingsregels van Boek 10 BW is dan ook uit den boze. Ook vreemd recht moet overeenkomstig art. 2 Boek 10 BW ambtshalve toegepast worden.⁴ De regel geformuleerd in art. 2 Boek 10 BW sluit aan bij de in Nederland reeds gangbare visie dat IPR-regels en vreemd recht ambtshalve moeten worden toegepast. Tot nog toe werd deze leer van ambtshalve toepassing van verwijzingsregels en vreemd recht gebaseerd op art. 25 *Rechtsvordering*, waarin – louter – is bepaald dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult. In art. 2 Boek 10 BW nu is een expliciete IPR-regel geformuleerd. De regel is geformuleerd zonder mogelijkheid tot het maken van een uitzondering. Aan de oproep van Pellis⁵ een opening tot flexibiliteit te laten, is geen gehoor gegeven. Op het punt van ambtshalve toepassing van IPR-regels en vreemd recht heeft de Nederlandse wetgever duidelijk een strikte regeling willen invoeren, waaraan door de Nederlandse rechter geen afbreuk mag worden gedaan.⁶

2.2 De vraag naar het toe te passen surrogaatrecht in geval van niet-kenbaar en terzijde geschoven vreemd recht: geen wettelijke regeling

a Het zich afhouden van uitvaardiging van een wettelijke regeling

Ik ga hierna in op twee types complicatie van toepassing van vreemd recht waaromtrent door de Boek 10-wetgever voor een andere benadering is gekozen, met name de complicatie dat vreemd recht niet kenbaar is evenals de complicatie dat vreemd recht terzijde wordt geschoven omwille van strijdigheid met de openbare orde. In deze beide gevallen zal de rechter een ander recht – een surrogaatrecht – moeten toepassen. Maar de wetgever heeft er bewust van afgezien in het wetsvoorstel tot codificatie van het Nederlandse IPR een wettelijke regel aangaande het in te schakelen surrogaatrecht in Boek 10

BW op te nemen.⁷ Men heeft beleidsvrijheid willen laten aan de rechter.

De reden voor het zich afhouden van opname van een wettelijke regel over die aspecten in Boek 10 BW is blijkbaar *niet* dat geoordeeld wordt dat het om *procesrechtelijke* kwesties zou gaan die elders in het Nederlandse recht een regeling zouden moeten krijgen: zoals ik hierna zal aangeven, wordt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van een Boek 10 in het Burgerlijk Wetboek (hierna ‘memorie’)⁸ immers gewag gemaakt van het welbewust niet-opnemen van een algemene wettelijke regeling hieromtrent in Boek 10 BW, dit onder het motto dat men het oordeel over de te volgen handelwijze het beste kan overlaten aan de rechter. Men wil het aan de rechter overlaten per geval te kunnen oordelen hoe het beste te handelen. Aan de Nederlandse rechter wordt dan geen welbepaalde handelwijze voorgeschreven.

b De problematiek van het niet-kenbare recht

Een eerste complicatie bij toepassing van vreemd recht waarvan in de memorie op deze wijze gewag wordt gemaakt, is de complicatie van kenbaarheid van vreemd recht.

In de memorie komt de vraag naar de te volgen handelwijze indien buitenlands recht niet kan worden vastgesteld aan de orde bij de toelichting bij art. 2 Boek 10 BW – de problematiek van het ambtshalve toepassen van de IPR-regel en vreemd recht. In dat kader wordt vooreerst gewezen op diverse mogelijkheden om toegang te krijgen tot buitenlands recht,⁹ maar wordt vervolgens gesteld dat het uiteraard niet is uitgesloten dat in een bepaald geval de rechter toch niet in staat is de inhoud van het toepasselijke buitenlandse recht met voldoende zekerheid vast te stellen.¹⁰ In de memorie wordt hierbij verwezen naar een rapport van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht,¹¹ waarin is aangegeven welke verschillende opvattingen in dat geval verdedigd worden; van een heersende leer zou niet kunnen worden gesproken. Bij deze stand van zaken verdient het de voorkeur geen wettelijke regel te formuleren¹² en het aan de praktijk over te laten een voor

4. Vermeldenswaardig hierbij is dat overeenkomstig art. 79 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) in Nederland wel cassatiecontrole mogelijk wordt geacht op juiste toepassing van verwijzingsregels, maar niet op juiste toepassing van vreemd recht. Zie hierover V. Van Den Eckhout, ‘The Netherlands’ in G. Palao Moreno, J.L. Iglesias Buhigues en C. Esplugues Mota (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich: Sellier European Law Publishers, te verschijnen – een uitgebreide versie van dit rapport, daterend van juli 2009, is te raadplegen op <www.law.leidenuniv.nl/org/privaatrecht/bpr/privaat/medewerkers/eckhoutvanden.html> evenals <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1662313>. In dit rapport plaats ik ook een aantal kanttekeningen bij de ‘rigiditeit’ van de regel van ambtshalve toepassing van IPR-regels en vreemd recht in Nederland.

5. L.Th.L.G. Pellis, *Ambtshalve toepassing van recht*. Daag de wetgever uit nu het nog kan!, WPNR 2003 (6537), p. 449-454.

6. Voor een analyse van de situatie in diverse andere landen, zie G. Palao Moreno, J.L. Iglesias Buhigues en C. Esplugues Mota (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich: Sellier European Law Publishers, te verschijnen.

7. Dit in tegenstelling tot sommige buitenlandse wetgevers die een *lex-foi* gericht wettelijke regeling hebben uitvaardigd. Vergelijk bijvoorbeeld in de Belgische IPR-codex art. 15, par. 2, tweede zin ‘Wanneer het kenmerk onmogelijk is de inhoud van buitenlands recht tijdig vast te stellen, wordt Belgisch recht toegepast’ en art. 21, ‘(...) Wanneer een bepaling van buitenlands recht niet wordt toegepast wegens deze onverenigbaarheid, wordt een andere relevante bepaling van dat recht of, indien nodig, van Belgisch recht toegepast.’

8. Kamerstukken II 2009/10, 32 137, nr. 3 (MvT).

9. Kamerstukken II 2009/10, 32 137, nr. 3 (MvT), p. 8-10.

10. Zie ook voor het aanstippen van dergelijke moeilijkheden o.a. L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Kluwer: Deventer 2008, nr. 35, met o.a. verwijzing naar naar Rb. Alkmaar 14 maart 1985, NIPR 1985, nr. 365 b en Rb. Arnhem 3 augustus 1995 NIPR 1995 nr. 495.

11. Zie het rapport *Algemene Bepalingen van juni 2002 van de Staatscommissie internationaal privaatrecht*, nr. 34, te raadplegen via <www.rijks-overheid.nl>.

12. Althans geen ‘algemene’ wettelijke bepaling: wel is een specifieke regeling over omgang met buitenlands recht, indien dit recht niet kan worden vastgesteld, opgenomen in het voorgestelde art. 23 van Boek 10 BW, waar het IPR-bepalingen inzake namenrecht betreft. Deze bepaling luidt overeenkomstig het huidige art. 5 lid 1 Wet Conflictenrecht Namen.

het concrete geval passende oplossing te hanteren, aldus nog de memorie. In de memorie wordt vervolgens nog wel een opsomming gegeven van een aantal mogelijke benaderingen: toepassing van eenvormig recht en algemene rechtsbeginselen, toepassing van een, wel te achterhalen, verwant rechtstelsel, of toepassing van de *lex fori*.

Inderdaad worden, zoals in de memorie aangegeven,¹³ in de Nederlandse *literatuur* verschillende opvattingen verdedigd omtrent het in te schakelen surrogaatrecht in geval van niet-kenbaar vreemd recht. Het *onontvankelijk* verklaren van een vordering als reactie op ervaren moeilijkheden bij vaststelling van vreemd recht wordt overigens duidelijk *afgewezen* door de Nederlandse doctrine.¹⁴

In haar studie van de Nederlandse *rechtspraktijk* gaf Geeroms¹⁵ in 2004 aan dat de Nederlandse rechter wel een voorkeur lijkt te hebben voor toepassing van de Nederlandse *lex fori* als 'surrogaatrecht'. Vermeldenswaard daarbij is nog wel dat de Rechtbank Alkmaar¹⁶ in 1996 in twee uitspraken Nederlands recht als surrogaatrecht toepasselijk verklaarde in situaties dat vreemd recht niet kenbaar was, maar dan wel via hantering van een *subsidiare* aanknopingsfactor die *in casu* leidde tot het toepasselijk verklaren van Nederlands recht.

c De problematiek van het met de openbare orde strijdige recht

Een tweede complicatie bij toepassing van vreemd recht waarvan op gelijkaardige manier in de memorie gewag wordt gemaakt, doet zich voor indien vreemd recht terzijde wordt geschoven omwille van strijdigheid met de exceptie van internationale openbare orde.¹⁷ In dat geval kiest de Nederlandse

wetgever ook ervoor om geen expliciete wettelijke regeling omtrent het in te schakelen surrogaatrecht op te nemen. Dit komt naar voren in de memorie, met name in de toelichting bij het voorgestelde art. 6 Boek 10 BW – de bepaling betreffende de exceptie van internationale openbare orde, evenals art. 2 Boek 10 BW geplaatst in Titel 1 Algemene bepalingen.

Daar wordt onder meer verwezen naar de problematiek die voorlag bij de Hoge Raad in de zaak die leidde tot de uitspraak van 9 november 2001.¹⁸ In casu was een Marokkaanse vrouw er jarenlang in geslaagd haar Marokkaanse man af te houden van een mogelijkheid tot echtscheiding door te stellen dat op het verzoek van de man tot echtscheiding Marokkaans recht van toepassing was, maar dat echtscheidingsrecht desondanks niet kon worden toegepast omwille van het discriminatoire karakter ervan. De man kon pas in cassatie, na jarenlang procederen, een echtscheiding verkrijgen: de Hoge Raad meende de lacune, geschapen door de onmogelijkheid vreemd recht toe te passen, te mogen opvullen door Nederlands echtscheidingsrecht toe te passen. Tot voordien was de man met lege handen te komen staan. Hij bevond zich in een patstelling tot de Hoge Raad soelaas bood.¹⁹

Hier blijkt hoezeer de zaak die voorlag bij de Hoge Raad niet alleen illustratief is voor problemen van botsing van vreemd recht met de openbare orde, maar ook voor problemen die kunnen ontstaan indien de lacune die ontstaat bij terzijde

13. Onder verwijzing naar de diverse opvattingen zoals weergegeven in het rapport Algemene Bepalingen van juni 2002 van de Staatscommissie internationaal privaatrecht, nr. 34; zie ook Strikwerda 2008, nr. 35; omtrent het voorstel tot inschakeling van eenvormig recht en algemene rechtsbeginselen, zie K. Boele-Woelki, 'De toepassing van een surrogaatrecht' in: G.E. Schmidt, M. Sumampouw e.a. (eds.), *Het NIPR Geannoteerd. Annotaties opgedragen aan Dr. Mathilde Sumampouw*, Den Haag: TMC Asser Instituut 1996 (onder verwijzing naar een eerdere, Duitse, publicatie van H. Kotz). Verder in de memorie (p. 10, onder nr. 4) volgen overigens nog wel enkele opmerkingen over de specifieke situatie van 'een kort geding procedure'.

14. S. Geeroms, *Foreign law in civil litigation: a comparative and functional analysis*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 100-101 en p. 200; H.U. Jessurun D'Oliveira, *De antikiesregel: een paar aspecten van de behandeling van buitenlands recht in het burgerlijk proces*, Deventer: Kluwer 1971, p. 109 en K. Boele-Woelki, 1996, mede naar aanleiding van twee uitspraken van de Rechtbank Den Haag (Rb. Den Haag 5 april 1994, NIPR 1994, 373 evenals Rb. Den Haag 14 december 1991, NIPR 1992, 326, beide aangaande Pakistaans recht – waarbij tegelijk de complicatie speelde dat het toepasselijke Pakistaanse recht afhankelijk bleek van een eventuele religie van partijen en daaromtrent door eiseres geen informatie was verschaft).

15. Geeroms 2004, p. 207. Zie ook voor rechtspraak in die zin K. Boele-Woelki, 1996, p. 7-8. Voor verwijzingen naar en bespreking van Nederlandse rechtspraak waarbij de rechter ervoor koos een 'verwant' rechtstelsel toe te passen, zie ook K. Boele-Woelki, 1996, p. 8-9.

16. Rb. Alkmaar 15 mei 1996 NIPR 1996 nr. 363 a (Somalisch recht), met vermelding aldaar van Rb. Alkmaar 23 mei 1996, met gelijkaardige overwegingen omtrent Iraaks recht. In beide uitspraken werd afgestapt van aanknopingsfactor aan het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit, maar overgestapt op een aanknopingsfactor die leidde tot toepassing van Nederlands huwelijksgoederenrecht.

17. Zoals weergegeven door Strikwerda 2008, p. 52 kan middels inzet van de exceptie van openbare orde voorbehoud gemaakt worden op toepassing van vreemd recht: 'Onze bereidheid onder omstandigheden de toepassing van het eigen recht in te ruilen voor vreemd recht mag en kan haar grenzen vinden, daar waar het vreemde recht in strijd komt met beginselen en waarden die in onze rechtsorde voor fundamenteel worden gehouden', aldus Strikwerda.

18. HR 9 November 2001, NJ 2002, 279 m.nt. Th.M. de Boer. De Boer wijst er in zijn annotatie bij deze uitspraak o.a. op dat de Hoge Raad ook had kunnen overstappen naar een 'subsidiare' verwijzingsregel. Men leze in deze context ook voor een uiteenzetting van diverse mogelijkheden V. Van Den Eeckhout, *Toepasselijk recht en te verwachten erkenningsproblemen. Enkele opmerkingen in nationaal en Europees perspectief*, *Migrantenrecht* 2007, p. 193-206 betreffende de uitspraak van de Hoge Raad van 15 september 2006, NJ 2006, 505, in een analyse van het betoog dat toepassing van vreemd recht strijdig zou zijn met de Nederlandse internationale openbare orde indien de Nederlandse uitspraak in het buitenland niet erkend zou worden; ik bespreek daarbij de diverse denkbare handelwijzen in de hypothese dat dergelijk betoog gehoor had gekregen.

19. Zie hierover V. Van Den Eeckhout, 'Gelijkheid' in het internationaal privaatrecht. Een kritiek op de gangbare structureren van het debat, *Nemesis* 2003, p. 177-189 en p. 183. De uitspraak van de Hoge Raad van 9 november 2001 waarbij Nederlands echtscheidingsrecht als *lex fori* werd ingeschakeld na terzijde schuiven van Marokkaans recht werd door De Boer overigens wel begrepen als zou, zeker sindsdien, de *lex fori* over zeer sterke papieren beschikken. Zie ook over de interpretatie van De Boer Th.L.G. Pellis, *Ambtshalve toepassing van recht. Daag de wetgever uit nu het nog kan!*, WPNR 2003 (6537), p. 449-454.

schuiven van vreemd recht vervolgens *niet* wordt ingevuld door een welbepaald surrogaatrecht.²⁰

In de memorie wordt in de bespreking bij art. 6 van Boek 10 BW – de bepaling dus betreffende de exceptie van internationale openbare orde – onder punt 4 verwezen naar de problematiek die voorlag aan de Hoge Raad in deze zaak: ‘Indien zich, zoals licht het geval zal kunnen zijn, geen ander (vreemd) recht als toepasselijk aandient, zal toepassing van de *lex fori*, dus Nederlands recht, een voor de hand liggende mogelijkheid vormen om de ontstane leemte op te vullen.’ Zodoende wordt in de memorie aangestipt dat verwikkelingen als degene die aan de basis lagen van de uitspraak van de Hoge Raad in zijn arrest van 9 november 2001 naar de toekomst toe vermeden moeten worden; hier wordt enige aanduiding en richtinggevend informatie gegeven. Maar overigens kiest de wetgever er ook hier – zoals wanneer buitenlands recht niet kan worden toegepast omdat het niet kan worden vastgesteld en de vraag rijst naar het toe te passen surrogaatrecht – voor geen wettelijke regeling uit te vaardigen en de beslissing over de te volgen handelwijze over te laten aan de rechter: ‘(...) verdient het geen aanbeveling in de wet algemene regels te geven voor het aanwijzen van het toepasselijke recht in geval van een geslaagd beroep op de openbare orde. De beslissing hieromtrent moet worden overgelaten aan de rechter, die in het voorliggende geval met inachtneming van de omstandigheden een beslissing zal kunnen nemen.’ Zo wordt ook hier aan de Nederlandse rechter flexibiliteit geboden.

d Een illustratie van het actuele belang van de problematiek: de beoordeling van aansprakelijkheid van Nederlandse moederbedrijven

Als het van de Nederlandse wetgever afhangt, mag de Nederlandse rechter dus in beide voornoemde gevallen – zowel indien vreemd recht niet kan worden toegepast door moeilijkheden op het vlak van kenbaarheid van vreemd recht als indien vreemd recht niet kan worden toegepast omwille van strijdigheid met de openbare orde – zelf, geval per geval, beslissen welk recht wordt ingeschakeld. Aan advocaten wordt zodoende de kans geboden voor de Nederlandse rechter een

betoog te houden omtrent de na te volgen handelwijze,²¹ waarbij de uiteindelijke beslissing in handen van de rechter ligt. De beslissing van de Nederlandse rechter inzake de na te volgen handelwijze kan grote gevolgen hebben voor de beslechting van het geschil. Dat belang laat zich overigens zeker niet alleen kennen in familierechtelijke zaken. Illustratief voor het belang van de problematiek, ook buiten het familierecht, is de thematiek van aansprakelijkheid van Nederlandse moederbedrijven voor schending van internationaal erkende normen door hun in het buitenland opererende dochters, zoals die momenteel in de belangstelling staat: volgens een in december 2009 openbaar gemaakt onderzoeksrapport²² is, vanuit Nederlands IPR-oogpunt beschouwd, de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van moederbedrijven voor in het buitenland door hun dochterbedrijven begane schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten in wezen te beoordelen naar buitenlands recht. De onderzoekers maken daarbij wel gewag van de mogelijkheid de exceptie van internationale orde zoals voorzien in art. 26 Rome II-verordening²³ in te roepen. Bij inschakeling van art. 26 Rome II-verordening kan volgens hen na terzijdestelling van het buitenlandse recht Nederlands recht als surrogaatrecht toegepast worden. Bij toepassing van de Rome II-verordening komt zodoende de handelwijze omtrent het in te schakelen recht na terzijdestelling van vreemd recht als cruciaal naar voren.

Maar in de Rome II-verordening zelf is niet voorgeschreven welk recht dient te worden toegepast na terzijdeschuiven van het toepasselijk vreemd recht op basis van art. 26 Rome II-verordening. Wel wordt in de *toelichting* bij het voorstel van de Rome II-verordening²⁴ vermeld: ‘De openbare orde-exceptie maakt het de rechter mogelijk de bepalingen van het door de collisiereguleer aangewezen vreemde recht terzijde te stellen *en het recht van zijn eigen land daarvoor in de plaats te stellen* indien de toepassing van het vreemde recht in het concrete geval strijdig zou zijn met de openbare orde van zijn land’ (curs. vvde). Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Rome II-verordening zou dus kunnen worden opgemaakt dat het in de verwachting van de Europese wetgever ligt dat leemtes worden opgevuld door de *lex fori*. Maar voor zover bij een in Nederland gevoerde procedure in Nederland gekeken wordt naar de visie van de Nederlandse wetgever op het vlak

20. Uiteraard, indien op basis van de exceptie van internationale openbare orde een in vreemd recht geïncorporeerd ‘verbod’ wordt terzijde gesteld, rijst niet per se een probleem van surrogaatrecht: de bepaling uit het vreemde recht kan dan eenvoudigweg genegeerd worden (zie bijv. art. 3 van de Wet Conflictenrecht Huwelijk – cfr. Art. 29 lid 2 Codex, onder titel 3 ‘Het Huwelijk’. Zie ook de verwijzing in de memorie bij art. 10:6 BW naar de problematiek van ‘burgerlijke dood’ en huwelijksbeletsels gebaseerd op raciaal onderscheid. Zie bijvoorbeeld in deze context ook art. 46 lid 2 Belgische IPR-codex in verband met de hypothese dat het normaal toepasselijk buitenlands recht geen mogelijkheid voorziet een huwelijk te sluiten tussen personen van hetzelfde geslacht). En is sprake van inschakeling van een ‘positieve openbare orde’ – een techniek die sterk aanleunt bij de techniek van inschakeling van een voorrangregel – dan is ook niet werkelijk sprake van een probleem van surrogaatrecht (zie bijvoorbeeld in deze context ook art. 55 par. 3 van de Belgische IPR-codex, betreffende de situatie dat het normaal toepasselijke recht de instelling van de echtscheiding niet kent. In dat geval verklaart de codex het recht van toepassing dat is aangewezen op grond van het criterium dat op subsidiaire wijze in par. 1 is vastgesteld). Maar wordt een bepaling uit het vreemde recht terzijde geschoven zodat een ‘lacune’ ontstaat, dan kan de vraag rijzen naar het vervolgens toe te passen recht.

21. Bovendien valt niet uit te sluiten dat advocaten de Nederlandse omgang met deze problematiek – daarin begrepen de manier waarop in Nederland flexibiliteit wordt geboden – betrekken in een strategische afweging in Nederland dan wel in een ander land een procedure te beginnen.

22. A.G. Castermans en J.A. van der Weide, De juridische verantwoordelijkheid van Nederlandse moederbedrijven voor de betrokkenheid van dochters bij schendingen van fundamentele, internationale erkende rechten, te raadplegen via <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2009/12/21/2-rapport.html> evenals A.G. Castermans en J.A. van der Weide, Een tramlijn door Jeruzalem. Verantwoord ondernemen vanuit Nederland, *Ars Aequi* 2010, p. 404–412.

23. Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), Pb EU 2007, L199/40.

24. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), COM(2003) 427, p. 32.

van het in te schakelen surrogaatrecht, blijkt dat de Nederlandse wetgever bij een in Nederland gevoerde procedure niet *per se* de *lex fori* toegepast wil zien, maar voorstander blijkt te zijn van een meer casusgerichte aanpak – zie met name de overwegingen hieromtrent in de memorie bij het voorstel tot invoering van Boek 10 BW.

3 Het Europese perspectief. Unificeren of niet unificeren?

De vraag kan worden gesteld hoe, bekeken vanuit Europees perspectief, de Nederlandse visie c.q. praktijk zou kunnen worden gewaardeerd.²⁵ Welnu, in het proces van europeanisatie van het IPR spelen onmiskenbaar velerlei overwegingen, onder meer op het vlak van het bevorderen van rechtszekerheid, voorspelbaarheid en eenvormigheid van beslissingen. Gewogen vanuit het Europese streefdoel van het *bevorderen van rechtszekerheid en voorspelbaarheid*, zou het overlaten van flexibiliteit aan de rechter als problematisch kunnen worden aangemerkt. Wel kan hiertegen worden opgeworpen dat de Europese wetgever zelf bij het uitvaardigen van IPR-regelgeving her en der ook al welbewust enige flexibiliteit aan de rechter heeft toegelaten.²⁶ In zoverre de Nederlandse rechter middels het toelaten van een casuïstische oplossing toegelaten wordt recht te doen aan de eigenheid van het geval, zou zodoende ook kunnen worden gesteld dat het overlaten van enige appreciatiemarge aan de rechter zeer wel past in de Europese context.

Wat betreft het punt van *eenvormigheid* bij toepassing van IPR-regels – het streefdoel dat de hantering van IPR-regels c.q. de uitkomst van een procedure niet verschilt indien de procedure bij deze dan wel gene Europese rechter wordt gevoerd – moet wel het volgende worden aangestipt: stel dat in Europa in alle landen systematisch de *lex fori* toepasselijk zou worden verklaard; dan zou enerzijds weliswaar kunnen worden gesproken van toepassing van een uniforme regeling, maar is het anderzijds ook zo dat juist dan tot een verschillende materieel-rechtelijke uitkomst kan worden gekomen. De toegepaste *lex fori* zal immers verschillen naar gelang de procedure bij de rechter van deze of gene Europese lidstaat wordt gevoerd. Zodoende zou dus uiteindelijk juist meer diversiteit – en meer

mogelijkheden tot forumshopping – ontstaan.²⁷ Het hogervermelde voorstel waarvan Boele-Woelki²⁸ gewag maakte tot toepassing van ‘eenvormig recht en algemene rechtsbeginselen’ – zij het in een bespreking van de problematiek van surrogaatrecht indien zich het probleem voordoet van *kenbaarheid* van vreemd recht – past in die zin beter bij de dynamiek van europeanisatie. Uiteraard zou aandacht voor dit voorstel in deze context wel een hele reeks nieuwe vragen doen rijzen: waaraan zou in dit verband immers concreet moeten gedacht bij toepassing van ‘eenvormig recht en algemene rechtsbeginselen’?

Dat het op dit ogenblik wel eens zou kunnen gebeuren dat in diverse Europese landen op uiteenlopende manieren wordt omgegaan met vreemd recht c.q. dat in diverse Europese landen door een welbepaalde omgang met vreemd recht tot een verschillend eindresultaat wordt gekomen bij toepassing van de Rome II-verordening, lijkt wel degelijk onderkend te zijn door de Europese instanties. Opvallend is immers dat in de herzieningsclausule die is opgenomen in de Rome II-verordening evenals in de in bijlage bij de Rome II-verordening opgenomen Verklaring, het punt van omgang met vreemd recht bij toepassing van de Rome II-verordening op de agenda is gezet. Art. 30 lid 1 onder i) Rome II-verordening luidt als volgt:

‘Uiterlijk op 20 augustus 2011 brengt de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité verslag uit over de toepassing van deze verordening. Het verslag gaat indien nodig vergezeld van voorstellen tot aanpassing van deze verordening. Dit verslag bevat: i) een studie naar de gevolgen van de wijze waarop het vreemde recht in de verschillende rechtsgebieden wordt behandeld en over de mate waarin de rechters in de lidstaten vreemd recht in de praktijk overeenkomstig deze verordening toepassen.’²⁹

Mede in aansluiting daarop loopt een door de Europese Commissie gesubsidieerd project,³⁰ waarin de omgang met vreemd recht in diverse Europese landen wordt bestudeerd en geïnventariseerd. Daarin wordt, onder meer, nagegaan wat de handelwijze is in de onderscheiden lidstaten inzake ambtshalve dan wel facultatieve inschakeling van verwijzingsregels, inzake handelwijze indien vreemd recht wordt terzijdegesteld omwil-

25. Omtrent de ‘ambtshalve’ toepassing van IPR-regels en vreemd recht bekeken vanuit Europees perspectief, zie reeds V. Van Den Eckhout, Europeanisatie van het IPR: aanleiding tot herleving van discussies over facultatief IPR, of finale doodsteek voor facultatief IPR?, NIPR 2008, p. 258-262.

26. Bijzonder illustratief hiervoor zijn de zowel in de Rome I-verordening (Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), Pb EU 2008, L77/6; zie met name art. 4 lid 3 evenals art. 8 lid 4) als in de Rome II-verordening (zie met name art. 4 lid 3) opgenomen ‘ontsnappingsclausules’. Zie nog recent over de mogelijke voor- en nadelen van de ontsnappingsclausules, de zaak Intercontainer Interfrigo van het Hof van Justitie (HvJEU C-133/08, 6 oktober 2009), inzake de ontsnappingsclausule van art. 4 lid 5 EVO-verdrag.

27. Zie ook inzake regels van toepasselijk recht, *mutatis mutandis*, G.E. Schmidt, Duidelijkheid en hanteerbaarheid van de Europese wetgeving op het terrein van het internationale familierecht, in: J. Meeusen en G.E. Schmidt, Europees internationaal familierecht/preadviezen, Den Haag: TMC Asser Press 2006, p. 81.

28. Boele-Woelki 1996.

29. Zie in deze context ook twee amendementen van het Europees parlement inzake de Rome II-verordening, met name amendement 42 en 43, weergegeven in het verslag van Diana Wallis (A6-0211/2005, verslag d.d. 27-6-2005) die waren verworpen; zie ook COM(2006)83 final, p. 8 (Gewijzigd voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II)), waarin de afwijzing van de twee amendementen van het Parlement wordt besproken.

30. Het rapport daarvan wordt uitgebracht in het weldra te verschijnen boek G. Palao Moreno, J.L. Iglesias Buhigues en C. Esplugues Mota (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich: Sellier European Law Publishers.

le van strijdigheid met de exceptie van internationale openbare orde enzovoort. In hoeverre op deze terreinen van Europese zijde op termijn daadwerkelijk ook inmenging te verwachten is – al dan niet beperkt tot de problematiek van toepassing van de Rome II-verordening –, is vooralsnog echter niet duidelijk. To codify or not to codify, that *was* the question, to unify or not to unify, that *will be* the question.

4 Afronding. Codificeren, legifereren, unificeren ... in de nabije en verdere toekomst

De afweging wel of niet over te gaan tot codificatie is in handen van de Nederlandse wetgever. Eens de beslissing tot codificatie genomen, moet worden uitgemaakt welke IPR-aspecten in de Codex wel of niet wettelijk geregeld worden en welke appreciatiemarge de rechter krijgt. Inzake omgang met IPR en vreemd recht is in het voorgestelde Boek 10 BW voor een gedifferentieerde benadering gekozen. De Nederlandse wetgever heeft de gelegenheid van de codificatie van het Nederlandse IPR aangegrepen om een expliciete wettelijke regel uit te vaardigen inzake ambtshalve toepassing van IPR-regels en vreemd recht. De Nederlandse wetgever heeft de gelegenheid echter niet willen aangrijpen om een wettelijke regeling uit te vaardigen voor het geval het normaal toepasselijke buitenlandse recht niet kan worden gevonden of nog, het normaal toepasselijke buitenlandse recht niet mag worden toegepast omdat het indruist tegen de internationale openbare orde. Het antwoord op de vraag hoe de rechter moet handelen als het vreemde recht dat hij ambtshalve moet toepassen niet kenbaar is en de vraag hoe de rechter moet handelen als hij oordeelt dat het vreemde recht dat door de toepasselijke conflictregel wordt aangewezen onverenigbaar is met de openbare orde, wordt niet gegeven door de Nederlandse wetgever. Duidelijk is dat de rechter in beide gevallen een welbepaald – ander – recht zal moeten gaan toepassen, maar welk recht dat is, wordt door de Boek 10-wetgever niet voorgeschreven. De te volgen handelwijze wordt door de Nederlandse wetgever – net zoals tot nog toe het geval was – overgelaten aan het oordeel van de rechter.

De invloed van Europa op het IPR is dezer jaren echter groot. Vooralsnog is niet duidelijk in hoeverre van Europese zijde op termijn enige inmenging mag worden verwacht in de regulering van IPR-aspecten die in deze bijdrage aan de orde zijn gesteld – te weten ambtshalve dan wel facultatieve toepassing van IPR-regels en vreemd recht; nadere invulling van het in te schakelen surrogaatrecht indien vreemd recht niet kenbaar is of terzijde geschoven wordt. Die afweging is niet in handen van de Nederlandse wetgever. De uitkomst ervan is wel van invloed op de beleidsruimte die de Nederlandse wetgever en de Nederlandse rechter zich mogen toemeten. Codificatie of niet, en hoe ook de Nederlandse wetgever en rechter IPR-aspecten het best denken te regelen, als die Europese inmenging daadwerkelijk mocht plaatsvinden, zal daar geen ontsnappen aan mogelijk zijn.