

## ARTIKELEN

# Boek 10 BW – een grote stap in de codificatie van het internationaal privaatrecht

## Achtergronden en enige kanttekeningen

*A.V.M. Struycken*

De Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek, een wet van 19 mei 2011 (Stb. 272), treedt in werking op 1 januari 2012 ingevolge het koninklijk besluit van 28 juni 2011 (Stb. 340). Boek 10 behelst de codificatie van een zeer groot deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht (IPR). Het wetsvoorstel 32 137 is goedgekeurd met algemene stemmen door de Tweede Kamer op 28 september 2010 en door de Eerste Kamer op 17 mei 2011.<sup>1</sup>

Het heeft zin bij de totstandkoming van Boek 10 Burgerlijk Wetboek (BW) stil te staan. Wetgeving op het gebied van het IPR wekt niet ieders enthousiasme, laat staan een codificatie van het IPR. Een echte codificatie strekt ver: zij veronderstelt een systematische samenhang die niet zo eenvoudig is te verwerkelijken. De inpassing van het dan toch gecodificeerde IPR in het BW steunt voorts op een niet evidente keuze.

Deze beschouwing is een uitwerking van voordrachten gehouden voor leden van de rechterlijke macht te Arnhem op 16 november 2010 en te Groningen op 11 januari 2011. Schrijver dezes is in zekere mate betrokken geweest bij de totstandkoming van Boek 10. Sedert 1976 was hij namelijk lid, sedert 1 januari 1995 voorzitter, van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, zulks tot 1 januari 2011. Als voorzitter vond hij geen vrijheid zijn persoonlijke denkbeelden te doen gelden anders dan door ze op het hem geschikt voorkomende moment te ventileren. Sommige van de door de Staatscommissie uitgesproken oordelen en van de in het wetsvoorstel ingenomen standpunten sporen niet met die persoonlijke denkbeelden. Hij ziet geen goede reden om daarvan niet terloops blijk te geven.

De opzet van het hierna volgende is als volgt:

- I De uitwendige geschiedenis: van Code Civil 1804 tot Boek 10 BW
  - A de oudere geschiedenis (nrs. 1-2)
  - B de nieuwe geschiedenis (nrs. 3-15)
- II Codificatie
  - A Algemeen (nrs. 16-26)

1 Over het wetsvoorstel zijn reeksen artikelen verschenen in WPNR (2009) 6819 - (2010) 6852, NIPR 2010, themanummer 28/3, Maandblad voor Vermogensrecht, 2010, themanummer 7/8, en Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht 2010, nr. 12; zie ook S.J. Schaafsma, NJB 2011, 1, p. 14-15, en M.V. Polak, *Ars Aequi* 2011, 4, p. 274-282.

A.V.M. Struycken

- a Autonomie van regelingen van andere herkomst (nrs. 18-22)
- b De marge van vrijheid voor de rechter (nrs. 23-26)
- B Boek 10 BW: is het BW een goed onderdak voor de IPR-codificatie?
  - a Verdient het IPR een afzonderlijk wetboek? (nrs. 29-33)
  - b Overheveling van IPR-bepalingen van Boeken 1-8 (nrs. 34-36)
  - c De redelijkheid en billijkheid (nrs. 37-38)
- III Boek 10 BW Titel 1 Algemene bepalingen (nrs. 39-75)

## I De uitwendige geschiedenis: van Code Civil 1804 tot boek 10 BW

### A *De oudere geschiedenis*

1. De geschiedenis van het IPR als deel van de rechtswetenschap gaat terug tot de dertiende eeuw, het begin van de Renaissance in Italië, met name Bologna. Het Romeinse recht werd opnieuw bestudeerd door de 'Glossatoren' en de 'Post-Glossatoren'. Het IPR ontwikkelde zich als een tak van hun wetenschap. Deze tak richtte zich op de grenzen van het toepassingsgebied van de 'statuta', de wetten van de verschillende Italiaanse steden. Die vraagstelling heeft de geesten sedertdien beziggehouden, of het nu ging om wetten van steden, provinciën of soevereine staten. De zeventiende eeuw is die van de 'Hollandse School', met coryphéeën als Ulric Huber, Paul en Johannes Voet. Sedertdien is de term 'conflictus legum' in zwang, en vandaar de termen 'conflictenrecht' en 'conflictregel', 'Kollisionsnorm', 'règle de conflit de lois'.

Als beginpunt van het voor deze studie relevante verleden mag gelden artikel 3 van de Code Civil 1804:

'Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.'

Het artikel is de neerslag van de oude statutenleer.<sup>2</sup> Het heeft onmiskenbaar gediend als vertrekpunt voor de artikelen 6, 7 en 8 Wet houdende 'Algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk' van 1829 (Stb. 28), bekend als de Wet AB.

Daarnaast verdient artikel 9 AB de aandacht. Het is een welbewust gekozen variant van artikel 11 Code Civil (zie hierna, nr. 69).

2. In de tweede helft van de negentiende eeuw groeide onder juristen het bewustzijn van de noodzaak het internationaal recht te ontwikkelen en van internationale samenwerking tot dat doel. In 1873 werden het Institut de Droit International (IDI) en de International Law Association (ILA) opgericht. De Italiaan Pas-

2 J. Kosters, *Internationaal Burgerlijk recht* 1917, p. 38 en 50, J.-P. Niboyet, *Cours de d.i.p. français* 1949, nos 412-414, J. Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, nrs. 5-25 (25. Il y a une troisième espèce de dispositions coutumières, qui concernent la forme des actes ...).

quale Stanislao Mancini (1817-1889) heeft daarbij een dominante rol vervuld,<sup>3</sup> evenals T.M.C. Asser.<sup>4</sup> Deze laatste heeft de Nederlandse regering bereid gevonden diplomatieke conferenties bijeen te roepen met het doel het internationaal privaatrecht door middel van verdragen te codificeren. Dat was het begin van Den Haag als 'legal capital of the world'. Asser zelf was de stuwende kracht achter de vier conferenties die vóór de Eerste Wereldoorlog hebben plaatsgevonden, de Haagse Conferenties van 1893, 1894, 1900 en 1905.<sup>5</sup> Daaruit is de hierna (nr 15(a)) nader te vermelden internationale organisatie ontstaan, de 'Haagse Conferentie' (hierna 'HC').

J. Kusters heeft nadien een boek uitgebracht onder de titel *Internationaal Burgerlijk Recht* (1917). Het was lange tijd het standaardwerk over het Nederlandse IPR.<sup>6</sup> Een standaardwerk is het nog.

### *B De nieuwe geschiedenis*

3. In 1947 hebben I. Kisch en W. Blackstone preadviezen voor de NJV uitgebracht over de wenselijkheid van wijziging van onze wetgeving rakende het internationaal privaatrecht. Het verhaal gaat dat E.M. Meijers, belast bij KB van 18 april 1947 met het opstellen van een nieuw BW, in de gedachtenwisseling van de jaarvergadering van de NJV aanleiding heeft gevonden om ook nog een ontwerp voor een IPR-wet met memorie van toelichting op te stellen. Hij heeft het tegen eind 1947 aan de minister van Justitie gepresenteerd. Het werd nooit gepubliceerd.

4. Bij Protocol van 17 april 1948 is een BeNeLux-studiecommissie voor de eenmaking van het recht ingesteld. Het ontwerp van Meijers is daar ingebracht.<sup>7</sup> Een voor de hand liggend motief daarvoor was dat het codificeren van IPR bij voorkeur niet nationaal maar internationaal geschiedt. Uit die studiecommissie is

3 P.S. Mancini, *De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles*, *Journal de Droit International Privé et de la Jurisprudence comparée* 1874, p. 221-230, 285-304.

4 Johan W. Westenberg, Tobias Michael Carel Asser (1838-1913), Een pragmatisch jurist, in: L. Kooijmans (red.), *Een Brandpunt van Geleerdheid in de Hoofdstad*, De Universiteit van Amsterdam rond 1900 in vijftien portretten, Hilversum/Amsterdam: Uitgeverij Verloren/Amsterdam University Press 1992, p. 53-76; C.C.A. Voskuil, Tobias Michael Carel Asser, in: *Livre du Centenaire de l'Institut de Droit International Évolutions et Perspectives du Droit International*, Munich: Bâle 1873 (het artikel is opnieuw verschenen in 1985 als een deel van de serie biografieën gepubliceerd door het T.M.C. Asser Instituut, Den Haag).

5 P. Vlas, *On the Development of Private International Law in the Netherlands, From Asser's Days to the Codification of Dutch Private International Law (1910-2010)*, NILR 2010, speciaal nummer t.g.v. 100 jaar NVIR, p. 167-182.

6 J. van Rijn van Alkemade, Ende dispereert niet, in: A.V.M. Struycken, *Op recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 283-301 (p. 289): 'Ik aarzel daarom niet om aan Kusters naast Asser een bijzondere plaats toe te kennen in de historische ontwikkeling van het vaderlandse IPR van een min of meer abstract en in dogmatische discussies verzandend geleerdenrecht naar een codificatie van conflictenregels die in de rechtspraktijk hun waarde bewijzen.'

7 G.J.W. Steenhoff, *De Wetenschap van het Internationaal Privaatrecht in Nederland tussen 1862 en 1962*, Zwolle 1994, p. 300. Het Protocol is gepubliceerd in *Handelingen II 1948/49*, 1000, IV, nr. 10 en *Trb.* 1976, 56, p. 71.

A.V.M. Struycken

voortgekomen het BeNeLux Verdrag tot het invoeren van een eenvormige wet (EW) betreffende het internationaal privaatrecht,<sup>8</sup> gesloten in Den Haag 11 mei 1951, dus vlak vóór de Zevende Zitting van de Haagse Conferentie 7-31 oktober 1951!

Het verdrag is alleen door Luxemburg geratificeerd. Voor België was het probleem dat het zich genoodzaakt had gezien een met de EW-regeling van de echtscheiding (art. 6-8) onverenigbare wet van 27 juni 1960 ('Wet Rolin') aan te nemen.<sup>9</sup> Probleem voor Nederland was de EW-regeling inzake rechtspersonen (art. 3), houdende de leer van de werkelijke zetel. Nederland heeft de wet van 7 oktober 1959 aangenomen:<sup>10</sup> 'Nederland is niet een land welks wet de werkelijke zetel in aanmerking neemt, (...)' Het is de uitvoeringswet van het HC Verdrag 1 juni 1956.<sup>11</sup>

5. De noodzaak iets aan het IPR te doen is wel begrepen blijkens een wijziging in 1963 aangebracht in artikel 99 RO (thans art. 79 lid 1 RO). Die strekte tot uitbreiding van de cassatiegronden. Cassatie was voortaan mogelijk in geval van 'schending van het recht', niet meer slechts in geval van 'schending of verkeerde toepassing van de wet'. Beoogd was mede een welbewuste uitbreiding tot het ongeschreven IPR, zij het 'met uitzondering van het recht van vreemde staten'.<sup>12</sup> De Hoge Raad wist weliswaar voordien die beperking soms te omzeilen (vgl. HR 2 april 1942 (Jurgens - Van Heesch)),<sup>13</sup> maar hij was nu eindelijk niet meer geremd om een leidende rol te vervullen in de ontwikkeling van het Nederlandse IPR. Voorbeelden daarvan vindt men in: HR 9 december 1965 (Noorse echtscheiding: beslissing 'op grond van de ongeschreven beginselen van het Nederlandse internationaal privaatrecht'),<sup>14</sup> HR 13 mei 1966 (Alnati),<sup>15</sup> HR 10 december 1977 (Chelouche/Van Leer).<sup>16</sup> De Hoge Raad heeft ook wel inspiratie gevonden in de EW Benelux.<sup>17</sup>

6. In BeNeLux-verband werd het project EW op de agenda gehouden. Een nieuwe, ambtelijke versie dateert van 1966.<sup>18</sup> Uiteindelijk is een nieuw verdrag tot stand gekomen: Brussel, 3 juli 1969.<sup>19</sup> De Staatscommissie voor het internationaal pri-

8 Trb. 1951, 125.

9 Cass. 16 februari 1955 (Rossi), *Ars Aequi* 1954, 55, p. 249 m.nt. G. van Hecke.

10 Stb. 1959, 347.

11 Trb. 1956, 131.

12 A.V.M. Struycken, *Revue critique de droit international privé* (hierna: *Revue critique*) 1964, p. 185-187.

13 NJ 1942, 468.

14 NJ 1967, 3 m.nt. HB, *Het Personeel Statuut* 1965, p. 22 m.nt. A.V.M. Struycken.

15 NJ 1967, 3 m.nt. HB, *Revue critique* 1967, p. 522 m.nt. A.V.M. Struycken.

16 NJ 1977, 275 m.nt. JCS, *Ars Aequi* 1977, p. 195 m.nt. H.U. Jessurun d'Oliveira, zie ook Hof Amsterdam 10 juli 1975, NJ 1975, 459, *Ars Aequi* 1976, p. 100 m.nt. H.U. Jessurun d'Oliveira.

17 HR 17 april 1964 (Escomptobank), NJ 1965, 22 m.nt. GJS, HR 12 februari 1965 (Erljiman), NJ 1965, 199.

18 WPNR (1968) 5011, p. 416a-416d.

19 Trb. 1969, 167, toelichting Trb. 1970, 16.

vaatrecht heeft daarover echter een afwijzend advies uitgebracht.<sup>20</sup> De NVIR heeft daaraan vervolgens op 1 mei 1971 een vergadering gewijd op basis van enige discussienota's.<sup>21</sup> Dit verdrag is ook niet geratificeerd.

De verwachting van ratificatie werd in Nederland wel levendig gehouden. Echter, reeds in september 1967 is – heimelijk voor de IPR goegemeente – namens de BeNeLux-landen aan de EEG voorgesteld een IPR-codificatie voor de EEG na te streven, op basis van de tekst van de EW. Door de EEG is dit afgewezen. De EEG wenste zich te concentreren op kerngebieden ('secteurs de grande importance économique'). Aldus directeur-generaal Vogelaar (EEG Commissie).<sup>22</sup> Eerst in 1976 werd bekendgemaakt – middels een brief van de staatssecretaris van Justitie aan de Staten-Generaal d.d. 11 oktober 1976 (NB: vlak vóór het reeds genoemde arrest Chelouche/Van Leer!) – dat de BeNeLux-ministers van Justitie reeds op 26 november 1973 hadden besloten van ratificatie van de EW-verdragen IPR (1951, 1969) af te zien.<sup>23</sup> Vanaf 1976 was de baan vrij.

7. Inmiddels waren ook enige oude Haagse Verdragen, uit de dagen van T.M.C. Asser, als zijnde uit de tijd, opgezegd.<sup>24</sup> Het gaat om het Huwelijksverdrag 1902 en het Voogdijverdrag 1902. Die zijn buiten werking getreden per 1 juni 1979; voorts zijn het Huwelijksgevolgenverdrag 1905 en het Curateleverdrag 1905 buiten werking getreden per 23 augustus 1977.<sup>25</sup>

Bij de opzegging van het Huwelijksgevolgenverdrag is verzuimd een overgangsregeling te treffen voor de gevolgen van die opzegging voor de echtparen wier huwelijksregime in de termen van het verdrag viel. Naderhand bleek dat er niet één, maar twee vragen waren te beantwoorden: eerstens welke echtparen precies vallen onder dat verdrag, en voorts wat geldt voor die echtparen sedert de opzegging van het verdrag. De Hoge Raad heeft daarover belangwekkende beslissingen gegeven.<sup>26</sup> Deze zijn nog van belang voor die, dus vóór 23 augustus 1977 gehuwde, echtparen.

Het Haagse Echtscheidingsverdrag van 1902 was reeds opgezegd per 1 juni 1969.<sup>27</sup>

20 Van Sasse van Ysselt (ministerie van Justitie), vergadering 1 mei 1971 NVIR, Geschrift nr. 64, p. 9-11.

21 C.D. van Boeschoten, L.I. de Winter, H.U. Jessurun d'Oliveira, J.K. Franx, J.C. Schultsz, J.E.J.Th. Deelen, B. Sluyters en I. Kisch, NVIR Geschrift nr. 63, februari 1971, Geschrift nr. 64 houdende het verslag.

22 Verdrag Rome 19 juni 1980 (EVO), toelichting Giuliano/Lagarde, inleidende opmerkingen, par. 1 en 2.

23 Trb. 1976, 181, 182, Kamerstuk 2329, nr. 7, NTIR 1976, p. 248-255, NJB 1976, p. 260-261.

24 Reeds bepleit door L.I. de Winter, NJB 1963, p. 405-413 en opnieuw door C.C.A. Voskuil, Jeugdrecht op een keerpunt (opstellenbundel voor J. Wiarda), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1974, p. 106-126.

25 Zie voor de vier verdragen Trb. 1977, 57, 58, 59, 60. Het ontwerp van wet voor de goedkeuring van de opzegging dateert van 13 oktober 1976, Kamerstuk 14 165. De goedkeuring is zonder commentaar van de beide Kamers verkregen.

26 Voor wat betreft de eerste vraag: HR 19 maart 1993 (Rhodesië/Zimbabwe), r.o. 3.3, NJ 1994, 187 m.nt. JCS; voor wat betreft de tweede vraag: HR 27 maart 1981 (Haagse Italianen), NJ 1981, 335 m.nt. JCS.

27 Trb. 1968, 115, Stb. 1968, 131.

A.V.M. Struycken

8. Volgens de memorie van toelichting, nr. 1.2, bij het wetsvoorstel voor Boek 10 BW heeft minister J. de Ruiter in 1979 zijn goedkeuring gehecht aan het voornemen om een zo volledig mogelijke wettelijke regeling van het Nederlands internationaal privaatrecht tot stand te brengen. In een brief van 26 mei 1982 van mr. J. van Rijn van Alkemade, ministerie van Justitie, aan de voorzitter van de Staatscommissie, J.C. Schultsz, wordt daarover opgemerkt: 'Dat aan het interne besluit van de Minister [J. de Ruiter; AS] geen verdere bekendheid is gegeven vindt in de eerste plaats zijn grond in de overweging dat het nooit verstandig is voornemens naar buiten te brengen op een moment dat er nog onvoldoende zekerheid bestaat dat men er ook in zal slagen, dat projekt daadwerkelijk binnen redelijke tijd nadien van de grond te krijgen. De ervaringen met de Benelux-eenvormige wet stemden voorts tot grote voorzichtigheid (...) . Gezien de als het ware klassieke controversen over codificatie van het internationaal privaatrecht, was tenslotte het gevaar niet geheel denkbeeldig dat in de wetenschappelijke wereld een penne-strijd daarover zou ontbranden die wellicht op de gehele onderneming een negatief effect zou kunnen hebben.'

9. Het ministerie, niet ongevoelig voor de behoeften van de praktijk, meende niet te kunnen wachten op een gehele codificatie. Dat blijkt uit onder meer de volgende wetten:

- de Wet van 25 maart 1981, in verband met de bekrachtiging van de verdragen van Den Haag (HC) en Luxemburg (CIEC) betreffende de IPR-echtscheiding,<sup>28</sup> zulks na een opmerkelijke ontwikkeling van de jurisprudentie van de HR;
- de Wet van 10 maart 1982 tot goedkeuring van het HC Testamentsvormenverdrag 1961,<sup>29</sup> plus de uitvoeringswet van dezelfde datum.<sup>30</sup> Bij deze laatste wet is het beruchte artikel 992 BW (oud), wereldwijd bekend, geschrapt. De laatste versie van het eerste lid van dat artikel luidt: 'Behoudens het in de volgende artikelen van deze afdeling bepaalde kan een Nederlands onderdaan die zich in een vreemd land bevindt, geen andere uiterste wil maken dan bij authentieke akte en met inachtneming van de formaliteiten welke in het land waar de akte verleden wordt, gebruikelijk zijn.'<sup>31</sup>

10. In de genoemde brief van 26 mei 1982 van mr. J. van Rijn van Alkemade geeft hij het departementale standpunt over codificatie als volgt weer:

'In de opvatting van het departement bestaat er een dringende behoefte aan een gedetailleerde en in beginsel zo compleet mogelijke wetgeving op het gebied van het internationaal privaatrecht. Deze behoefte doet zich te meer gevoelen nu de vernieuwing van het gecodificeerde burgerlijke recht in de

28 Stb. 1981, 166.

29 Stb. 1982, 87.

30 Stb. 1982, 88.

31 J.K. Franx, *De vorm van internationale testamenten*, *Offerhauskring* 1966, HR 20 januari 1961, NJ 1964, 381 m.nt. DJV, HR 22 januari 1965 (Maurits van Kattendijke), NJ 1966, 291 m.nt. JHB.

nabije toekomst daadwerkelijk zijn beslag zal krijgen. In omringende landen – Oostenrijk, de Duitse Bondsrepubliek, Zwitserland – is recentelijk codificatie van het internationaal privaatrecht verwezenlijkt of in een vergevorderd stadium van voorbereiding. Nu het werk aan de eenvormige Benelux-wet over dit onderwerp niet is voortgezet en tevens een aantal oude Haagse verdragen door Nederland zijn opgezegd, ligt de weg vrij voor – en is tevens de behoefte vergroot aan – een aan de eisen van de tijd beantwoordende nationale wetgeving op dit terrein. In verband daarmee heeft Minister De Ruiter enige jaren terug zijn goedkeuring gegeven aan een plan om tot een dergelijke wetgeving te komen.’

Niet lang daarna, in 1982, is het ‘blauwe boek’ tot stand gekomen, een tekst voor een wet plus een uitvoerige toelichting. Het was een aanzet voor een codificatie. Er was nog geen sprake van een Boek 10 BW. Het blauwe boek – ‘slechts een eerste neerslag van een zuiver ambtelijke gedachtenoefening, die dan ook in geen enkel opzicht mag worden beschouwd als uitdrukking van opvattingen of beleidsvoornemens van de bewindslieden van Justitie’<sup>32</sup> – werd daarom slechts in beperkte kring verspreid.<sup>33</sup> Op de omslag is vermeld dat het de stand van oktober 1982 weergeeft.

In een brief van 10 mei 1983 aan de minister spreekt de Staatscommissie uit dat zij het in beginsel wenselijk acht te komen tot een enigszins omvattende codificatie van het Nederlandse IPR, dit in overeenstemming met een hoofdelijke stemming in de vergadering van de Staatscommissie van 16 april 1983. De grootst mogelijke meerderheid was vóór. Niettemin kan niet worden ontkend dat de Staatscommissie werd geteisterd door een zekere mate van lethargie. De secretaris van de Staatscommissie, mr. J.H.A. van Loon, de latere S-G van de Haagse Conferentie, heeft discreet maar vasthoudend pogingen gedaan om die lethargie te overwinnen, onder meer door documentatie aan te leveren over codificatie in het buitenland.

In de vergadering van de Staatscommissie van 3 september 1983 legde mr. Van Rijn van Alkemade er ‘de nadruk op dat het grote codificatie-project de komende jaren niet tot een algehele stilstand van de i.p.r.-regelgeving in Nederland mag leiden. Het Departement wil daarom doorgaan met het ratificeren van bepaalde verdragen en het opstellen van wettelijke regels voor deelgebieden van het i.p.r.’. In de vergadering van de Staatscommissie van 28 april 1984, waaraan minister van Justitie F. Korthals Altes deelnam, verklaarde deze dat het voornemen tot codificatie van het IPR intact bleef ondanks het algemene beleidsvoornemen van ‘deregulering’. Van Rijn van Alkemade herinnert eraan dat minister Korthals Altes in 1986 het voornemen tot codificatie aankondigde, en maakt melding van passages van Kamerstukken uit de periode 1989-1991, waarvan de auteur zich laat raden.<sup>34</sup>

32 Notulen van de Staatscommissievergadering 11 mei 1985, p. 8.

33 Zulks tot een aanvankelijk ongenoegen van het Kamerlid mr. Kosto, die daarover vragen heeft gesteld op 16 maart 1983. Hij was daarvoor getipt door Jessurun d’Oliveira, lid van de Staatscommissie. Deze is daarover streng onderhouden in de Staatscommissie, NTBR 2005, p. 426.

34 Van Rijn van Alkemade, NVIR Geschrift nr. 102 (verslag bespreking preadviezen 1990), p. 22, en in: Struycken 1996, p. 293, noot 22.

A.V.M. Struycken

11. Voorstanders van codificatie zijn onder andere M.V. Polak,<sup>35</sup> L. Strikwerda<sup>36</sup> en J.C. Schultsz.<sup>37</sup> Er is nog altijd weerstand tegen codificatie in de doctrine: Th.M. de Boer,<sup>38</sup> H.U. Jessurun d'Oliveira<sup>39</sup> en P. Vonken.<sup>40</sup>

12. De wetgeving gaat door, op basis van de idee van 'aanbouwwetgeving': wetten houdende een regeling van deelgebieden van het IPR, al dan niet in verband met een Haags of een ander verdrag: de Wet CR (= conflictenrecht) namen 3 juli 1989,<sup>41</sup> ter uitvoering van het CIEC-Verdrag van München 5 september 1980,<sup>42</sup> de Wet CR huwelijk 7 september 1989,<sup>43</sup> ter uitvoering van het HC Verdrag 14 maart 1978,<sup>44</sup> de Wet CR huwelijksvermogensregime 20 november 1991, ter uitvoering van het andere HC Verdrag 14 maart 1978,<sup>45</sup> de Wet CR huwelijksbetrekkingen 16 september 1993.<sup>46</sup>

13. In een brief van 30 januari 1992 van Van Rijn van Alkemade aan de voorzitter van de Staatscommissie IPR, J.C. Schultsz, inzake het besluit van de bewindslieden wordt het volgende meegedeeld: 'Het internationaal privaatrecht zal als onderdeel van het algemeen privaatrecht een plaats krijgen in het (nieuwe) Burgerlijk Wetboek. In beginsel wordt gedacht aan plaatsing in Boek 10, dat het B.W. dan zou afsluiten.' Is dat besluit genomen in de slipstream van de euphorie over de inwerkingtreding per 1 januari 1992 van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe BW?<sup>47</sup> De Staatscommissie is daarover niet geraadpleegd.

35 M.V. Polak, *Codificatie van het internationaal privaatrecht*, NJB 1988, p. 695-698, M.V. Polak, *preadvies NVIR 1990*, Geschrift nr. 101, M.V. Polak, *Unificatie en codificatie: samen voor ons eigen!*, NJB 1993, p. 681-684.

36 L. Strikwerda, *Vier IPR-dissertaties*, NJB 1988, p. 1444-1448.

37 NVIR 1991, Geschrift nr. 102 (verslag bespreking preadviezen), p. 23-25.

38 Th.M. de Boer, *Vast en Zeker? De betrekkelijke waarde van een IPR-codificatie (inaug. rede)*, Kluwer 1998, Th.M. de Boer, *preadvies NVIR 1990*, Geschrift nr. 101, Th.M. de Boer, NJB 1993, p. 686.

39 H.U. Jessurun d'Oliveira, *Codification et Unification du droit international privé. Problèmes de Coexistence, Liber amicorum J.G. Sauveplanne*, Kluwer 1984, p. 117-130 (p. 128), H.U. Jessurun d'Oliveira, *Is een codificatie van het Nederlandse IPR nog wel zinvol? Oftewel, geloven we nog in boek 10 BW?*, NTBR 2005, p. 425-428. Dit artikel was aanleiding voor Kamervragen van Kamerlid Van der Laan, 27 januari 2006, kenmerk 2050607050.

40 A.P.M.J. Vonken, *Boek 10 BW: meer - incomplete - consolidatie dan codificatie van het Nederlandse internationaal privaatrecht. Een bekommernisvolle bespiegeling over een legislatieve IPR-surplace*, NIPR 2010, 3, p. 399-409.

41 Stb. 1989, 288, Stb. 1991, 628.

42 Trb. 1981, 72.

43 Stb. 1989, 392.

44 Trb. 1978, 137, Trb. 1991, 44.

45 Trb. 1988, 130, Trb. 1992, 123.

46 Stb. 1993, 514.

47 Het denkbeeld komt uit de koker van A.S. Hartkamp, interview *Ars Aequi* 1991, p. 1115, zie M.V. Polak, *Studiedag Schets* 1993, NIPR 1994, p. 13, NJB 1993, p. 682. Instemming van Van Rijn van Alkemade 1996, p. 300-301.



Het ‘rode boekje’, ‘Schets van een algemene wet betreffende het internationaal privaatrecht’, verschijnt augustus 1992.<sup>48</sup> In het voorwoord komt tot uiting dat die algemene wet een boek van het nieuwe BW moet worden. Deze Schets is, anders dan het hiervoor (nr. 10) genoemde ‘blauwe boek’, niet voorzien van een toelichting. Het is een IPR-testament van Van Rijn (1928-2010), die eind maart 1993 met pensioen is gegaan.<sup>49</sup>

In de lijn van de keuze voor een Boek 10 past de benoeming in 1995 van de Regeeringscommissaris voor onder meer Boek 10, mr. P. Neleman, sedert 1989 raadsheer in de Hoge Raad.<sup>50</sup>

14. Na het terugtreden van Van Rijn van Alkemade heeft mw. mr. D. van Itersson, tot haar terugtreden in 2009, een zeer werkzaam aandeel genomen in de departementale voorbereiding van de IPR-wetgeving, onder andere: de Wet CR erfopvolging c.a., 4 september 1996,<sup>51</sup> mede ter uitvoering van het HC Verdrag 1 augustus 1989,<sup>52</sup> de Wet CR adoptie 3 juli 2003,<sup>53</sup> mede ter uitvoering van het HC Verdrag van 29 mei 1993<sup>54</sup> en de Wet CR goederenrecht 25 februari 2008.<sup>55</sup>

15. De schets van het tijdperk van de nieuwe geschiedenis is niet volledig zonder met nadruk melding te maken van *internationale ontwikkelingen*, afgezien van het BeNeLux-project.

Te vermelden vallen: (a) de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht (HC), (b) de Commission Internationale de l'État Civil (CIEC), en (c) de EEG, thans EU.

#### *a De Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht (HC)*

De Nederlandse regering heeft in 1951 een diplomatieke conferentie bijeengeroepen als ‘Zevende Zitting’ van de Haagse Conferentie, waarvoor T.M.C. Asser in de jaren negentig in de negentiende eeuw de initiatiefnemer was. Voorzitter werd de Amsterdamse hoogleraar mr. J. Offerhaus. Bij verdrag werd een constitutie vastgesteld voor de internationale organisatie, bekend als het ‘statuut’ van de Conferentie.

48 Uitgave NIPR 1992, nr. 3: tekst p. 451-476; D. Kokkini-Iatridou & K. Boele-Woelki, *Opmerkingen over de Schets en een vergelijkende studie naar algemene bepalingen en niet-contractuele verbintenissen*, p. 477-550. Zie ook K. Boele-Woelki, *IPRax* 1995, p. 264-271. De tekst is ook verschenen in WPNR (1993), p. 605-612. In dezelfde jaargang van WPNR 6103-6116 een reeks artikelen over de Schets: I.S. Joppe, M.V. Polak, B.E. Reinhartz, A.R. van Maas de Bie, A.P.M.J. Vonken, L.F.A. Steffens; een studiedag is gehouden op 10 december 1993, op initiatief van het T.M.C. Asser Instituut, preadviezen A.V.M. Struycken, J.H.A. van Loon, M.V. Polak, K. Siehr, J.C. Schultz, A.E. von Overbeck, H. Duintjer Tebbens, J. Erauw, P. Vlas, H. van Houttete, gebundeld in NIPR, speciale aflevering, 1994.

49 Zijn terugtreden was aanleiding voor het doen verschijnen van de hem aangeboden bundel *Grensoverschrijdend privaatrecht*, Kluwer 1993.

50 KB 3 maart 1995, Stcrt. 23 mei 1995, p. 88.

51 Stb. 1996, 457.

52 Trb. 1994, 49.

53 Stb. 2003, 283.

54 Trb. 1993, 197.

55 Stb. 2008, 70.

A.V.M. Struycken

Secretaris-generaal werd mr. M.H. van Hoogstraten (1913-1980).<sup>56</sup> Deze werd in 1968 opgevolgd als S-G door Georges A.L. Droz (1931-2004), deze op zijn beurt in 1996 door mr. J.H.A. van Loon.

De voortvarendheid van de Haagse Conferentie was mede een grond voor het beëindigen van het werk aan de EW BeNeLux. In 1993 werd het honderdjarig bestaan van de Conferentie gevierd.<sup>57</sup> In 2007 werd de XXIste Zitting gehouden. Inmiddels heeft de HC zeventig lidstaten, plus de EU. Sinds 1951 zijn achtendertig verdragen tot stand gekomen. Daarvan zijn er vele door Nederland geratificeerd.

#### *b De CIEC*

De Commission Internationale de l'État Civil werd opgericht in 1950 door vijf staten.<sup>58</sup> Zij heeft inmiddels veertien lidstaten en enige staten met waarnemerstatus. Jhr. mr. Th.K.M.J. van Sasse van Ysselt (1908-2004), ministerie van Justitie, was een van de initiatiefnemers en tot zijn terugtreden in 1973 een van de drijvende krachten.<sup>59</sup>

De organisatie heeft meer dan dertig verdragen tot stand gebracht op het terrein van de burgerlijke stand en het familierecht. De meeste zijn door Nederland geratificeerd, onder andere het Namenverdrag van München, 5 september 1980.<sup>60</sup>

#### *c EU*

Aanvankelijk was de competentie van de EEG inzake het IPR beperkt. Artikel 220 EEG-Verdrag diende als basis voor het EEX (verdrag) 1968. De EEG-grondslag voor het EVO, het EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1980 (Trb. 1980, 156), was minder duidelijk. Her en der vindt men IPR-bepalingen in richtlijnen die hun grondslag vonden in verschillende verdragsartikelen.

De competentie van de (inmiddels) EG werd ingrijpend uitgebreid bij het Verdrag van Amsterdam, in werking getreden op 1 mei 1999. Van belang waren met name de artikelen 61-69, in het bijzonder artikel 65.

Dit artikel 65 is de juridische basis voor een reeks verordeningen, zoals EEX, Brussel II (inmiddels IIbis), Rome I en Rome II.<sup>61</sup> Het artikel 65 is met een uitbreiding teruggekomen in artikel 81 Verdrag van Lissabon inzake de werking van de EU. Met name is weggevallen de beperkende clausule van het oude artikel 65 'voor zover nodig voor de goede werking van de interne markt'. De baan is dus nu vrij voor een alomvattende EU-codificatie van het IPR.

56 Biografische gegevens in Maandblad voor de medewerkers van Buitenlandse Zaken, februari 1978, p. 6-10, van de hand van mw. mr. D.S. van Heukelom.

57 NJB 1993, 18, speciaal nummer, met bijdragen van H.U. Jessurun d'Oliveira, J.C. Schultsz, H. Duintjer Tebbens, L. Strikwerda, C.W. Dubbink, M.V. Polak en Th.M. de Boer.

58 Protocol Bern 25 september 1950, Stb. K 566 (BeNeLux, Frankrijk en Zwitserland).

59 A.V.M. Struycken, In memoriam, NIPR 2005, p. 1-3.

60 Trb. 1981, 72; A.V.M. Struycken, Het Personeel Statuut 1981, p. 2-9, 18-23.

61 A.V.M. Struycken, Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement, General Course, Hague Academy of International Law, Volume 311 (hierna: General Course), nr. 145.

## II Codificatie

### A Algemeen

16. Codificatie is meer dan het willekeurig bundelen van een aantal verspreide wetteksten. Het gaat om het bijeenbrengen daarvan in een zinnige samenhang die tot uiting komt in een systeem.<sup>62</sup> Vereist is in ieder geval dat inconsistenties, tegenstrijdigheden, worden vermeden. Vereist is voorts dat de onderdelen in onderling verband kunnen en mogen worden verstaan en uitgelegd tegen de achtergrond van hoofdlijnen, beginselen en algemene bepalingen. In verband met het nieuwe BW wordt wel gesproken van een ‘gelaagde structuur’.

Een codificatie kan nooit volledig zijn. Zie de wijze woorden van J.E.M. Portalis.<sup>63</sup> Niet alle problemen die zullen rijzen, zullen een gereed antwoord vinden in een daarop toegespitste bepaling. Het onderliggende systeem moet dan voldoende krachtig ontwikkeld zijn om een oplossing te vinden ‘die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen’.<sup>64</sup> Dus rechtsvinding bij wege van analogie uit kracht van het systeem moet redelijkerwijs mogelijk zijn. De uitkomst van analogische rechtsvinding is wellicht niet bindend – het systeem moet niet worden verabsoluteerd –, maar zulk een uitkomst geeft te denken en afwijking daarvan vergt een degelijke motivering.

De wetgever kan niet alles overzien en voorzien. Dit is geen afgang voor de wetgever. Hij moet rekenen op de rechter, die onmisbaar is voor de rechtsvorming. De rechter die aldus zijn rol vervult, gaat zijn taak niet te buiten en betreedt niet op ongepaste wijze het domein van de wetgever. Vage normen kunnen voor de wijze wetgever onder omstandigheden het maximaal te bereiken resultaat zijn. Legislatieve hybris moet worden vermeden.

17. Aan twee, met het voorgaande samenhangende, punten moet hier aandacht worden besteed: (a) de autonomie van sommige regels en regelingen afkomstig uit andere bronnen van wetgeving, en (b) een aan de rechter uitdrukkelijk vergunde marge van vrijheid om van de wet af te wijken.

#### a Autonomie van regelingen van andere herkomst

18. Met het concept van codificatie is onverenigbaar dat sommige bepalingen of reeksen van bepalingen in een wetboek worden opgenomen die niet deel zijn van het systeem en niet in het kader van het systeem van het wetboek mogen worden verstaan en uitgelegd.

62 Over codificatie in het algemeen: speciaal nummer van NJB 1988, p. 657-714, Walter Van Gerven & Steven Lierman, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen Deel*, Veertig jaar later, 2010, nrs. 69-71, 220, 231.

63 ‘L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C’est au magistrat et au juriconsulte, pénétré de l’esprit général des lois, à en diriger l’application.’, citaat uit de *Discours préliminaire*; zie P.C. Kop, *Legisme en Privaatrechtswetenschap, Rechtshistorische Cahiers*, 1982, nr. 3, p. 68. Zie ook Portalis, *Exposé général*, 1801, tekst in *Ars Aequi 1958-1959*, p. 45-54.

64 HR 30 januari 1959 (Quint/te Poel), NJ 1959, 548 m.nt. DJV, *Ars Aequi 1958-1959*, p. 171 m.nt. JHB.

A.V.M. Struycken

Verdragen tot eenmaking van materieel recht of van internationaal privaatrecht beogen immers tussen de verdragsluitende staten eenheid van recht tot stand te brengen en vervolgens in stand te houden. Die eenheid loopt gevaar indien iedere verdragsstaat de eenvormige bepalingen uitlegt in samenhang met zijn overige interne recht.

Een wetgever, gehouden de verdragen correct toe te (doen) passen, moet dat gevaar ook bezweren door geen misverstand op te roepen. Dat misverstand ontstaat allicht indien bepalingen afkomstig uit verdragen worden ingevoegd in de nationale codificatie op zodanige wijze dat hun herkomst voor de lezer verborgen blijft. Kort gezegd: bepalingen afkomstig uit verdragen dienen in het geheel van het recht van een staat *autonomie* te genieten ten opzichte van zijn overige interne recht (en ten opzichte van andere verdragen), zulks om de beoogde eenheid van recht tussen de staten die partij zijn bij het betrokken verdrag te handhaven.<sup>65</sup> Zulke bepalingen moeten worden uitgelegd zoals zou mogen worden verwacht van een supra-nationaal gerecht dat daartoe door de verdragsstaten is of zou kunnen worden opgericht.<sup>66</sup> Zij zijn een *corpus alienum* ten opzichte van de nationale codificatie.

Dat geldt ook waar een verdrag van toepassing wordt verklaard dat volkenrechtelijk nog niet in werking is getreden, zoals HC Erfrechtverdrag 1989 in artikel 10:145 lid 2 BW.

De autonomie van de verdragsregelingen verzet zich ertegen dat op grond van de (Nederlandse) redelijkheid en billijkheid wordt afgeweken van wat zulk een regeling voorschrijft of veroorlooft (zie nader hierna, nrs. 38-39). Het punt werd aangestipt in Hof Amsterdam (Handelskamer) 16 maart 2010 (Stromboli M/ Costanza M),<sup>67</sup> in een zaak betreffende het Beslagverdrag Brussel 1952. Het hof constateert, kennelijk met instemming:

‘4.6. Partijen zijn het er blijkens het ter gelegenheid van de behandeling in hoger beroep gevoerd debat over eens dat het Verdrag geen ruimte biedt om een daarin voorziene beperking van de beslagmogelijkheden van een crediteur niet toepasselijk te achten omdat deze consequentie naar Nederlands recht (op grond van, kort gezegd, de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid) onaanvaardbaar zou zijn.’

19. Hetzelfde geldt voor regelingen van de EG, niet zijnde richtlijnen.

Het Hof van Justitie EU heeft vele malen geïnsisteerd op de autonome uitleg te geven aan het EEX, bijvoorbeeld in Rutton/Cross Medical (1997):

‘12. Vervolgens zij opgemerkt, dat uit vaste rechtspraak blijkt (zie onder meer arrest van 13 juli 1993, zaak C-125/92, Mulox/IBC, Jurispr. 1993, blz. I-4075,

65 A.V.M. Struycken, *Veelheid van rechtsbronnen: één IPR?*, *Ars Aequi* 1996, p. 347-354, A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nrs. 85-91, A.E. Oderkerk, *Een lappendeken van interpretatiemethoden in de context van het Ontwerp Boek 10 BW*, *NIPR* 2010, 3, p. 437-446.

66 HvJ EU, *Grote Kamer*, 15 maart 2011, zaak C-29/10 (Koelzsch/Luxemburg), punt 33, 41, *Jurispr. nyp*, NJ 2011, 246 m.nt. M.V. Polak, legde EVO uit in samenhang met EEX-verdrag.

67 S&S 2011, 26.

r.o. 10), dat het Hof de in het Executieverdrag gebruikte bewoordingen in beginsel autonoom uitlegt, teneinde de volle werking van dit verdrag te verzekeren, gelet op de doelstelling van het art. 220 EEG-Verdrag ter uitvoering waarvan het is opgesteld.<sup>68</sup>

Zie in het algemeen over autonome uitleg van EU-recht HvJ EU 22 oktober 2009, zaak C-116/08 (Meerts/Proost), punt 41:

‘De eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en het gelijkheidsbeginsel vereisen evenwel dat de bewoordingen van een bepaling van het gemeenschapsrecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Gemeenschap autonoom en uniform worden uitgelegd, rekening houdend met de context van die bepaling en het doel van de betrokken regeling (zie onder meer ...).’<sup>69</sup>

Vage regels mogen door de nationale wetgever zelfs niet worden geconcretiseerd. Dat valt te leren uit een arrest inzake Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.<sup>70</sup> Artikel 6(1) geeft een vage omschrijving van het toepassingsgebied: ‘a close connection with the territory of the Member States’. Spanje had gemeend die vage omschrijving in zijn uitvoeringswet te moeten concretiseren. Onjuist volgens het Hof; het komt dan ook tot de conclusie (punt 36): ‘the Kingdom of Spain has failed to fulfil its obligations under that directive’.

Het Verdrag van Montreal 28 mei 1999 inzake internationaal luchtvervoer<sup>71</sup> is in werking getreden voor EG/EU als ‘REIO’ (Regional Economic Integration Organisation) per 28 juni 2004.<sup>72</sup> Het Hof van Justitie EU eerbiedigt de autonomie – ten opzichte van het overige EU-recht – van de verdragen met derde landen waarbij de EU partij is.<sup>73</sup>

68 HvJ EG 9 januari 1997, C-383/95, Jurispr. 57, NJ 1997, 717 m.nt. ThMdB.

69 HvJ EU 22 oktober 2009, Jurispr. I-10063, NJ 2010, 66 m.nt. M.R. Mok, HvJ EU 22 december 2010, zaak C-497/10 PPU, punt 45. Voorts HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-5/08 (Infopaq International/Danske Dagblades Forening), punt 27-28, Jurispr. I-6569, NJ 2011, 288.

70 HvJ EG 9 september 2004, zaak C-7003 (Spanje/Commissie), Jurispr. I-7999.

71 Trb. 2000, 32, Trb. 2001, 91, 107.

72 HvJ EU 10 januari 2006, zaak C-344/04 (Queen vs. Dept. Transport), Jurispr. I-403, NJ 2006, 372 m.nt. M.R. Mok, J.H.J. Teunissen, o.c., p. 176-178.

73 HvJ EU 6 mei 2010, zaak C-63/09 (Walz/Clickair), punt 21-31, Jurispr. nyp, NJ 2010, 430 m.nt. M.R. Mok, S&S 2010, 129, over de autonomie van het Verdrag van Montreal inzake luchtvervoer in het geheel van het Unierecht: ‘20 Aangezien de bepalingen van dit verdrag vanaf de datum van inwerkingtreding ervan een integrerend bestanddeel van de rechtsorde van de Unie vormen, is het Hof bevoegd om een prejudiciële beslissing te geven over de uitlegging ervan (zie ...). 21. Daar het Verdrag van Montreal geen enkele definitie bevat van het begrip ‘schade’ (...), dient meteen te worden beklemtoond dat, gelet op het doel van dit verdrag, te weten het brengen van eenheid in de bepalingen inzake het internationale luchtvervoer, deze term autonoom en op eenvormige wijze moet worden uitgelegd, niettegenstaande de verschillende betekenissen die in de nationale rechtsorden van de staten die partij zijn bij dit verdrag, aan dit concept zijn gegeven.’

A.V.M. Struycken

20. Artikel 10:154 BW: Rome I wordt van overeenkomstige toepassing verklaard op verbintenissen die buiten de werkingsfeer van Rome I en de ter zake geldende verdragen vallen, en die als verbintenissen uit overeenkomst kunnen worden aangemerkt.

Artikel 10:159 BW: Rome II behelst een overeenkomstige bepaling voor verbintenissen uit onrechtmatige daad. Het beginsel van autonomie geldt ook hier, maar een prejudiciële beslissing van HvJ EU kan niet worden gevraagd voor hetgeen van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

21. De gedragslijn van de wetgever is niet steeds onberispelijk geweest. De Grondwet kent sedert 1953 bepalingen die zich ontwikkeld hebben tot de artikelen 93-94 van de huidige Grondwet: Artikel 93: 'Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt' en artikel 94: 'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.'

De wetgever dient misverstanden te vermijden over de consequenties van die grondwettelijke bepalingen. Onduidelijk is soms voor de lezer welke bepalingen van de Nederlandse uitvoeringswet afkomstig zijn uit het betrokken verdrag, en welke een Nederlandse toevoeging zijn.

De verdragen inzake wissel- en chèquerecht, Genève 7 juni 1930,<sup>74</sup> 19 maart 1931,<sup>75</sup> zijn destijds overgenomen in het Wetboek van Koophandel (WvK); dat is nu verwarrend, zeker waar bepalingen van het WvK zijn aangepast aan het nieuwe BW.<sup>76</sup> Verdragen inzake vervoerrecht worden – helaas – geïncorporeerd in Boek 8 BW, zo de Hague Visby Rules 1924-1968, artikel 8:371 e.v. BW.<sup>77</sup> De wetgever zal opnieuw een standpunt moeten bepalen met betrekking tot de 'Rotterdam Rules', vervat in het Verdrag van Rotterdam van 23 september 2009: 'Convention for contracts on the international carriage of goods wholly or partly by sea (Rotterdam Rules)'.<sup>78</sup> Daarbij zal de wetgever in acht hebben te nemen hetgeen de Hoge Raad nog onlangs overwoog (HR 1 april 2011 (Clara Wichmann/

74 Stb. 1933, 699.

75 Stb. 1934, 210.

76 Bijv. art. 167a en 167b WvK, gewijzigd bij invoering van het NBW, A.S. Hartkamp, NJB 1983, 33, p. 1072.

77 Preadviezen Ver. Handelsrecht/Ned Ver. Zeerecht en Vervoersrecht 2010: J.H.J. Teunissen, preadvies Rotterdam Rules, p. 171 e.v. (p. 173-176).

78 Tekst Rotterdam Rules, p. 190-232, J.H.J. Teunissen, o.c., p. 171-188.

Staat))<sup>79</sup> omtrent de betekenis van artikel 93 Gw, in de lijn van HR 30 mei 1986 (NS/FNV).<sup>80</sup> Dat is van belang voor de autonomie.

22. Verdragsteksten houdende eenvormig recht moeten als autonoom worden aangemerkt, ongeacht of het betreffende verdrag rechtstreekse werking heeft. Dus ook als omzetting in Nederlandse wettelijke bepalingen noodzakelijk is of wordt geacht, doet de eis van autonomie zich gelden.

*b Het spanningsveld tussen algemeen luidende regels en recht doen in het concrete geval: de marge van vrijheid voor de rechter*

23. De codificatie van het IPR heeft weerstand opgeroepen. Er is en was een algemene huiver dat de variëteit van gevallen zo groot en zo onvoorzienbaar is dat algemene regels noodzakelijk tekortschieten. Het zou de voorkeur hebben de beslissing aan de rechter over te laten. Dat herinnert aan de huiver voor wetgeving op het terrein van het (interne) privaatrecht. De common law is een precedentenrecht, bij uitzondering gecorrigeerd door ‘statutes’. Napoleon heeft doorgezet met de Code Civil 1804.

Aan nationale regels van IPR kleeft dan nog het bezwaar dat buiten het land van die regels, voor ons buiten Nederland, IPR-problemen dikwijls anders worden opgelost. Niettemin, er is behoefte aan regels, zo stelde C.W. Dubbink in de bundel voor procureur-generaal G.E. Langemeijer:<sup>81</sup> ‘Het gaat in het internationaal privaatrecht niet alleen en zelfs niet in de eerste plaats om het beslissen van geschillen. De betrokken partijen dienen ook buiten proces te weten hoe hun rechtspositie is, althans moeten zij dit met deskundige hulp te weten kunnen komen.’

24. Een tussenoplossing is het vaststellen van regels met een ontsnappingsmogelijkheid.<sup>82</sup> Opmerkelijk is dat de Hoge Raad menigmaal regels van IPR heeft geformuleerd met toevoeging van de zinsnede ‘in beginsel’. Dat kan worden verstaan als zulk een ontsnappingsmogelijkheid. Van een welbewuste gedragslijn van de Hoge Raad in dezen is niet gebleken.

Voorbeelden daarvan vindt men in: HR 13 mei 1966 (Alnati) (‘in het algemeen’), hiervoor genoemd (nr. 6), HR 19 november 1993 (COVA), r.o. 4.2, derde alinea,<sup>83</sup>

79 HR 1 april 2011 (Clara Wichmann c.s.), r.o. 3.3.3, nr. 09/04671, NJB 2011, 16, p. 1064: ‘Nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Vrouwenverdrag valt af te leiden, dat de Verdragsluitende Staten zijn overeengekomen dat aan artikel 11 lid 2, onder b, geen rechtstreekse werking mag worden toegekend, is voor het antwoord op de vraag of die verdragbepaling rechtstreekse werking heeft, de inhoud van die bepaling beslissend: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren. (...) Van belang is of een bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door de rechter te worden toegepast’ (cursivering AS).

80 HR 30 mei 1986 (NS/FNV), NJ 1986, 688.

81 C.W. Dubbink, *Het rechtvaardigheidsgehalte van het internationaal privaatrecht*, ‘Speculum Langemeijer’, W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 63-72.

82 P.H. Neuhaus, *Grundbegriffe des IPR*, 1976, p. 112, P. Lagarde, *Cours général, Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours*, 1986-I, tome 196, nrs. 116-119.

83 NJ 1994, 622 m.nt. JCS, *Ars Aequi* 1994, p. 165 m.nt. ThMdB.

HR 23 februari 1996 (*Total/Blue Aegean*), r.o. 3.4.3.<sup>84</sup> Zie echter over de Wet CR onrechtmatige daad HR 12 november 2004, r.o. 3.4: ‘ (...) geen ruimte voor toepassing van een algemene exceptie ten behoeve van een in het concrete geval nauwer betrokken rechtsstelsel.’<sup>85</sup> De Hoge Raad houdt het gebruik van de mogelijkheid van afwijking wel in de hand.<sup>86</sup>

25. De idee van het vaststellen van regels met een ontsnappingsmogelijkheid is te vinden in de volgende wetten:

- De *Zwitserse* IPR-wet 18 december 1987, artikel 15:<sup>87</sup>

‘1. Das Recht, auf das dieses Gesetz verweist, ist ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn nach den gesamten Umständen offensichtlich ist, dass der Sachverhalt mit diesem Recht in nur geringem, mit einem anderen Recht jedoch in viel engerem Zusammenhang steht.

2. Diese Bestimmung ist nicht anwendbar, wenn eine Rechtswahl vorliegt.’
- De *Oostenrijkse* IPR-wet (IPRG) 18 juni 1978:

‘§ 1(1) Sachverhalte mit Auslandsberührung sind in privatrechtlicher Hinsicht nach der Rechtsordnung zu beurteilen, zu der die stärkste Beziehung besteht.

(2) Die in diesem Bundesgesetz erhaltenen besonderen Regelungen über die anzuwendende Rechtsordnung (Verweisungsnormen) sind als Ausdruck dieses Grundsatzes anzusehen.’<sup>88</sup>
- De *Belgische* IPR-wet 16 juli 2004, artikel 19:

‘§ 1. Het door deze wet aangewezen recht is uitzonderlijk niet van toepassing wanneer uit het geheel van de omstandigheden kennelijk blijkt dat het geval slechts een zeer zwakke band heeft met de Staat waarvan het recht is aangewezen maar zeer nauw is verbonden met een andere Staat. In dit geval wordt het recht van deze andere Staat toegepast.

Bij de toepassing van het eerste lid wordt inzonderheid rekening gehouden met:

de nood aan voorspelbaarheid van het toepasselijke recht; en

de omstandigheid dat de betrokken rechtsverhouding geldig tot stand kwam volgens de regels van internationaal privaatrecht van Staten waarmee die rechtsverhouding verbonden was bij haar totstandkoming.

§2. Paragraaf 1 is niet van toepassing in geval van rechtskeuze door de partijen overeenkomstig de bepalingen van deze wet, of in geval de aanwijzing van het toepasselijke recht steunt op de inhoud ervan.’<sup>89</sup>

84 NJ 1997, 276 m.nt. ThMdB, *Ars Aequi* 1996, p. 642 m.nt. P. Vlas.

85 NJ 2005, 552 m.nt. ThMdB, *Ars Aequi* 2005, 1, p. 38 m.nt. M.V. Polak, S&S 2004, 40.

86 A.V.M. Struycken, noot *Revue critique* 1980, p. 731-740, HR 14 mei 1976 (bantoe echtscheiding: huwelijksvermogensrecht), NJ 1977, 335, HR 26 januari 1996 (echtscheiding Frankrijk), r.o. 3.3, NJ 1997, 258 m.nt. ThMdB.

87 A.E. von Overbeck, *Yearbook Private International Law* 1999, p. 119 e.v. (p. 127-133).

88 Oberster Gerichtshof 21 november 1989, *IPRax* 1991, p. 194, m.nt. F. Schwind op p. 201.

89 Het laatste gedeelte heeft betrekking op favorbepalingen, zie J. Erauw e.a. (red.), *Wetboek IPR* becommentarieerd, Antwerpen/Brussel: Intersentia/Bruylant 2006, p. 105.



- *EVO 1980*, artikel 4 lid 5, waarover HR 25 september 1992 (balenpers),<sup>90</sup> HR 28 maart 2008 (ICF, prejudiciële vraag),<sup>91</sup> HvJ EG, Grote Kamer, 6 oktober 2009, zaak C-133/08<sup>92</sup> en HR 17 oktober 2008 (Baros/Embrica).<sup>93</sup>
- *Rome I*, artikel 4 lid 3 en *Rome II*, artikel 4 lid 3.

In de lijn hiervan is in Boek 10 BW opgenomen artikel 10:8.

Artikel 10:8:

‘1. Het recht dat is aangewezen door een wettelijke regel die berust op een veronderstelde nauwe band met dat recht, blijft bij uitzondering buiten toepassing, indien, gelet op alle omstandigheden van het geval, kennelijk de in die regel veronderstelde nauwe band slechts in zeer geringe mate bestaat, en met een ander recht een veel nauwere band bestaat. In dat geval wordt dat andere recht toegepast.

2. Lid 1 is niet van toepassing ingeval van een geldige rechtskeuze van partijen.’

26. Zulke bepalingen zeggen iets over de betekenis van de methode van de conflictregel. De traditionele conflictregel is een instrument om het toepasselijke recht aan te wijzen. Beoogd wordt een verband te leggen tussen bepaalde rechtsvragen en het recht van een bepaald land. Dat geschiedt in de regel door middel van aanwijzing van de nauwste band. Bijvoorbeeld: questies van zakenrecht worden onderworpen aan het recht van het land van ligging van de zaak, van de ‘situs’: de *lex rei sitae*. De methode van de conflictregel is niet meer dan een methode, zij levert niet met mathematische zekerheid het wenselijke resultaat op. Als de wetgever die methode hanteert, dient hij dat te doen met een zekere bescheidenheid, in het bewustzijn van de beperkingen van de methode.<sup>94</sup> Door de woorden ‘in beginsel’ te gebruiken bij de formulering van een verwijzingsregel geeft de Hoge Raad te kennen zich van die beperkingen bewust te zijn.

*B Boek 10 BW: is het BW een goed onderdak voor de IPR-codificatie?*

27. Het oogmerk van een echte codificatie, en niet van een systeemloze bundeling, komt tot uiting in de nieuwe titel 1, algemene bepalingen. Op de onmisbaarheid van zulk een titel is door sceptici ten aanzien van het codificatieproject steeds de nadruk gelegd. Van Rijn van Alkemade relativeerde dat. Een korte titel zou toereikend zijn. Hij wees – niet geheel overtuigend – op het ontbreken van een systematische samenhang tussen de Haagse Verdragen.<sup>95</sup> Hoezeer ook inconsistenties tussen de Haagse verdragen worden vermeden, een systematische

90 NJ 1992, 750, *Ars Aequi* 1993, p. 207 m.nt. ThMdB, NIPR 1993, 105, A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nrs. 316-326.

91 NJ 2008, 191, S&S 2008, 80.

92 *Jurispr.* I-9687, NJ 2010, 168.

93 NJ 2009, 474 m.nt. H.J. Snijders.

94 A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nr. 306.

95 Van Rijn van Alkemade 1996, p. 295-298.

A.V.M. Struycken

samenhang wordt niet nagestreefd. Ieder verdrag staat op zichzelf. Aan deze verdragen ligt dus niet een reeks algemene bepalingen ten grondslag.

Voor een beschouwing van de bepalingen van titel 1, zie nader hierna, onder III.

28. De keuze voor Boek 10 BW vraagt om commentaar:

- a. een afzonderlijk wetboek dat mede de IPR-bepalingen van procesrecht bevat, geniet de voorkeur;
- b. eenmaal gegeven Boek 10 BW, zouden alle bepalingen opgenomen in de andere boeken van het BW die alleen in een internationale context kunnen functioneren, moeten worden overgebracht naar Boek 10;
- c. moet de redelijkheid en billijkheid ook doorwerken in Boek 10?

a. *Verdient het IPR een afzonderlijk wetboek?*

29. Zou een afzonderlijk IPR-wetboek dat mede procesrecht omvat, de voorkeur moeten hebben? Voorbeelden daarvan zijn de Zwitserse (1987), de Italiaanse (1995) en de Belgische IPR-wet (2004). Ook het 'blauwe boek' van 1982 (zie hiervoor (nr. 10)) ging in die richting.

Een dogmatisch (a.1) en een didactisch (a.2) argument gelden ten gunste van een alomvattend afzonderlijk IPR-wetboek:

30. (a.1) Het dogmatisch argument voor een alomvattende IPR-wet

De keuze die is gemaakt, ligt in de lijn van de vanouds bestaande tweedeling in het interne recht tussen BW en Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).<sup>96</sup> Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor Boek 10 (Inleiding 1.3) hebben 'uiteindelijk overwegingen van doelmatigheid en praktische bruikbaarheid de doorslag' gegeven. Daar staat het volgende tegenover. In het IPR worden we geconfronteerd met het gegeven dat het recht van andere staten anders is, of door toedoen van de vreemde wetgever of de vreemde hoogste rechter op ieder moment anders kan worden. Men bedenke daarbij het volgende: iedere staat heeft zijn eigen juridische waarheid, iedere staat is baas in eigen huis.<sup>97</sup> Als iemand zegt dat een auto van hem is, zal dat wel waar zijn voor de Nederlandse verhoudingen, maar als hij de grens overgaat, moet hij maar afwachten wat de plaatselijke rechter daarvan vindt. Dat geldt ook voor de geldigheid van een huwelijk, de bindende kracht van gesloten contracten, de verkrijging krachtens erfrecht, enzovoort. Wat de Nederlandse juridische waarheid inhoudt, bepaalt desgevraagd de Nederlandse rechter, met inachtneming van het in Nederland geldende recht.

De vreemde rechter houdt zich echter aan zijn eigen juridische waarheid. Het kan groot materieelrechtelijk verschil maken of een IPR-probleem door de Nederlandse rechter dan wel door een vreemde rechter wordt beslist.

Binnen Nederland lopen de rechters in de Nederlandse pas. De regeling van de bevoegdheid in het puur binnenlands verkeer heeft daarom een andere betekenis dan de regeling van de rechtsmacht in het internationale verkeer. *In het interna-*

96 M.V. Polak, *Studiedag Schets* 1993, NIPR 1994, p. 15-16, P. Vlas, *ibidem*, p. 61-71.

97 A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nrs. 32-54, 545-547, M.H. ten Wolde, NIPR 2010, 3, p. 434-435.

*tionale verkeer gaat het, bij de afbakening van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, om de grenzen, gesteld of te stellen aan het doen gelden van de Nederlandse juridische waarheid in tegenstelling tot de allicht anders luidende juridische waarheid van vreemde staten. Dat is een aan het IPR eigen, bij uitstek materieelrechtelijk gegeven. Dat behoort bepalend te zijn voor de plaats die in de codificatie wordt gegeven aan de rechtsmachtbepalingen (en, doelmatigheidshalve, aan de bepalingen die daarmee samenhangen, zoals die betreffende betekening over de landsgrens en beslag in internationale gevallen).*

31. Die materieelrechtelijke betekenis is te demonstreren aan een voorbeeld. Men zie artikel 10:159:

‘Op verbintenissen die buiten de werkingssfeer van de verordening “Rome II” en de terzake geldende verdragen vallen en die als onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt, zijn de bepalingen van “Rome II” van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat op verbintenissen voortvloeiende uit de uitoefening van Nederlands openbaar gezag Nederlands recht van toepassing is.’

De laatste woorden (‘met dien verstande dat ...’) zijn op het laatste moment toegevoegd. Daarbij is gedacht aan casus als die waarin bijvoorbeeld De Nederlandse Bank als toezichthouder aansprakelijk zou worden gesteld voor schade die in het buitenland is veroorzaakt. Toepassing van de regels van Rome II zou kunnen leiden tot toepasselijkheid van buitenlands recht. Dat heeft men willen vermijden. Vandaar de toevoeging. De Nederlandse rechter heeft dus Nederlands recht toe te passen. Desgevraagd heeft de Staatscommissie in haar advies erop gewezen dat Nederland niet in de hand heeft welk recht een vreemde rechter zou toepassen indien die voor zulk een aansprakelijkheid met betrekking tot een Nederlandse toezichthouder zou worden geadieerd.<sup>98</sup>

32. Vreemde rechters en ambtenaren van de burgerlijke stand staan in dienst van hun eigen juridische waarheid. Uitspraken van vreemde rechters hebben in Nederland rechtens slechts betekenis voor zover het Nederlandse recht dat bepaalt. Erkenning in Nederland van hun beslissingen en akten heeft in de eerste plaats een *materieelrechtelijke* impact.

Deze constatering zou moeten leiden tot de beslissing dat het karakter van het IPR ten volle wettigt alle wettelijke bepalingen die *slechts* op het internationale rechtsverkeer betrekking *kunnen* hebben, ook de procesrechtelijke, in één afzonderlijk wetboek samen te brengen. Het hiervoor bedoelde, aan het IPR eigen, materieelrechtelijk gegeven is een kerngegeven dat in het systeem van de codificatie prominent naar voren had dienen te komen.

33. (a.2) Het didactische argument

<sup>98</sup> Staatscommissie, advies 2 maart 2010, punt 7. R.M. Wibier, Het wordt hoog tijd voor een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van DNB, *Ars Aequi* 2011, 1, p. 32-36.

A.V.M. Struycken

Het IPR is een terrein dat voor vele juristen niet vertrouwd is. Codificatie heeft het doel het recht overzichtelijk en toegankelijk te maken door de systematische samenhangen op doeltreffende wijze onder de aandacht te brengen. De smalle opzet van Boek 10 BW spoort niet met die doelstelling. Een alomvattend IPR-wetboek verdient de voorkeur.

34. Als men het mooie getal 10 wil koesteren, is het beter Boek 10 BW te bestemmen voor het faillissementsrecht.<sup>99</sup> De huidige Faillissementswet 1893 is een afzonderlijke wet omdat die wet systematisch niet thuishoorde in het Wetboek van Koophandel. Die nieuwe wet moest ook gelden voor niet-kooplieden, anders dan voorheen: het derde boek oud, WvK, gold uitsluitend voor 'kooplieden'. Toen gold voor niet-kooplieden een andere regeling ('staat van kenlijk onvermogen'). Dat argument is nu vervallen. Alles pleit ervoor het faillissementsrecht in het BW onder te brengen. De systematiek van de codificatie wordt aldus geperfectioneerd en didactisch is het beter.

*b. Overheveling van IPR-bepalingen van Boeken 1-8*

35. Eenmaal gegeven de opzet van boek 10 BW, behoren alle bepalingen van IPR die nu verspreid voorkomen in de Boeken 1-8 overgeplaatst te worden naar Boek 10. De wetgever dient met zichzelf consistent te zijn. Die opruiming in de Boeken 1-8 is achterwege gebleven. Zo creëert hij bovendien voor zichzelf de verleiding ook in de toekomst nog IPR-bepalingen in te voegen in de Boeken 1-8 en in dezen een opportunistische gedragslijn te volgen, zulks ten detrimente van de overzichtelijkheid en de systematische samenhang van het IPR.

36. De bepalingen van IPR die zijn blijven staan in de Boeken 1-8, blijven bepalingen van IPR. De uitleg daarvan dient dan ook plaats te vinden in het kader van Boek 10, met name van de titel algemene bepalingen.

Dat geldt ook voor IPR-bepalingen die nog elders in de wetgeving, buiten het BW, zijn blijven staan, zoals artikel 4 Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag<sup>100</sup> en artikel 25 lid 2 Kadasterwet.

37. Een voorbeeld van een op te ruimen bepaling is artikel 6:79 BW. Het luidt: 'Is de schuldeiser wiens schuldenaar door een hem niet toe te rekenen oorzaak verhinderd is na te komen, desondanks in staat zelf zich door executie of verrekening het verschuldigde te verschaffen, dan is hij daartoe bevoegd.'

De bepaling stamt uit het ontwerp-Meijers, artikel 6.1.10.3 tweede lid. Zij maakte deel uit van Afdeling 10 over verrekening. In een voetnoot bij de toelichting op dat tweede lid wordt verwezen naar HR 2 november 1917.<sup>101</sup> Daaruit blijkt het IPR-karakter van de bepaling.

99 A.V.M. Struycken, *Veelheid van rechtsbronnen: één IPR?*, *Ars Aequi* 1996, p. 347-354 (p. 347-348).

100 HR 30 mei 1980 (Reisbureau Zuid-Europa), NJ 1980, 634.

101 NJ 1917, 1136, W 10194, WPNR 2500 m.nt. EMM, J. Kusters & C.W. Dubbink, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1962, p. 386-387, Parl. Gesch. Boek 6, p. 486.

Het arrest betreft een koopcontract gesloten door een Duitse verkoper in Düsseldorf en een Britse koper in Glasgow: dit contract was strijdig met de Engelse ‘Trading with the Enemy Proclamation’. Deze Proclamation ‘vermag de loop des rechts hier te lande niet te keren’, volgens de Hoge Raad. Dus: geen overmacht, maar betalen, was de boodschap voor de Britse koper!

De bepaling is later overgeplaatst naar Afdeling 8, ‘De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis’, van Boek 6 BW. In de MvA wordt over de bepaling opgemerkt: ‘De gevallen waarin zij in de praktijk toepassing zal kunnen vinden, zullen zich vooral voordoen in verband met buitenlandse voorschriften die het verrichten van de prestatie ook hier te lande verbieden in die mate dat de schuldenaar wanneer hij zelf tot de prestatie zou overgaan, in zijn eigen land strafbaar is.’<sup>102</sup>

Dit is een voorschrift dat betrekking heeft op de houding aan te nemen ten opzichte van buitenlandse voorrangregels.<sup>103</sup> Het houdt verband met artikel 10:7 lid 3 BW en had, als het al gehandhaafd zou moeten worden, daarheen moeten worden overgeplaatst. Bovendien, in het domein van Rome I en dat van Rome II is voor toepassing van de bepaling geen plaats, maar wat blijft dan nog over?

### c. *De redelijkheid en billijkheid*

38. In het nieuwe BW is het vereiste van redelijkheid en billijkheid een beginsel dat van invloed is op vrijwel alle privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.<sup>104</sup> De vraag moet worden gesteld of dit beginsel moet worden geacht ook ten grondslag te liggen aan Boek 10. De enkele opname van het IPR in Boek 10 BW suggereert een bevestigend antwoord. Het systeem van een echt wetboek laat zich gelden! Bovendien was de goede trouw al eerder door de Hoge Raad ten tonele gevoerd in de context van het IPR.<sup>105</sup>

In de Schets, van 1992 – zie hiervoor (nr. 13) –, was een artikel 8 opgenomen, luidende:

‘De toepassing van een verwijzingsregel van deze wet of van een een recht waarnaar zulk een verwijzingsregel verwijst blijft achterwege, indien die toepassing zou leiden tot een uitkomst die kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde. [Zulks kan ook dan het geval zijn indien die uitkomst in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.]’

102 Parl. Gesch. Boek 6, p. 275.

103 Asser/Hartkamp 2000(4-I), nrs. 338, 352.

104 Zie voor wat betreft Boek 2 BW onlangs nog HR 28 januari 2011 (Staalbankiers/Elko), conclusie A-G P. Vlas, punt 2.10, 2.11, NJ 2011, 167 m.nt. P. van Schilfgaarde; voorts over art. 2:8 BW Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II), nr. 46. Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2009 (2-II\*), passim.

105 HR 14 november 1924 (bontmantel), NJ 1925, 91, HR 20 maart 1931 (Zwitsers kind 1), NJ 1931, 890, de goudclausule-arresten van de jaren dertig. Zie ook HR 26 januari 1996 (inzake erkenning van een Frans vonnis waarbij een vordering tot echtscheiding was ontzegd), NJ 1997, 258 m.nt. ThMdB.

A.V.M. Struycken

De gedachte weergegeven in de laatste zin, geklemd in vierkante haken, is niet vreemd aan de voor het IPR destijds verantwoordelijke hoofdamtenaar J. van Rijn van Alkemade. Deze had daaraan een artikel gewijd in een bundel voor zijn aftredende collega B.C. de Die.<sup>106</sup> Aan het slot daarvan formuleert hij zijn gedachte in de bewoordingen van de geciteerde zin van artikel 8 van de Schets.

In het 'blauwe boek', 1982 (zie hiervoor (nr. 10)), niet vreemd aan dezelfde auteur, kwam reeds een artikel 13 van die strekking voor, eveneens in vierkante haken. Een toelichting daarbij ontbreekt. De scope van dit artikel 13 is beperkt. Het brengt de redelijkheid en billijkheid slechts in actie als de uitkomst van de toepassing van het aangewezen recht teleurstelt. Artikel 8 van de Schets, 1992, behelst echter ook een correctie op de verwijzingsregel zelf. Dat komt neer op het volgende. Voor zover wordt beoogd de uitkomst van de toepassing van vreemd recht te corrigeren, is het een aanvulling op de traditionele afwerende werking van de openbare orde. Voor zover wordt gedacht aan een correctie van de verwijzingsregel zelf, is het een verruiming van artikel 10:8 (zie hiervoor (nr. 25)).

Van Rijn wijst op de gelijkens tussen artikel 6:2 BW ('in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar') en de escape van HR 1976 Chelouche/Van Leer (gemeenschap van goederen: 'dat dit in de omstandigheden van het onderhavige geval onaanvaardbaar is').<sup>107</sup> In dezelfde lijn P. Vlas.<sup>108</sup>

Het denkbeeld is bestreden door H.L.J. Roelvink, raadsheer in en later vicepresident van de Hoge Raad.<sup>109</sup> Hij onderstreept dat artikel 6:2 lid 2 BW een regel van intern Nederlands recht inhoudt. Het beroep op de openbare orde moet met terughoudendheid worden toegepast: slechts ingeval het toepasselijke vreemde recht tot onaanvaardbare uitkomsten zou leiden. Die terughoudendheid zou worden ondergraven indien bovendien nog een beroep zou kunnen worden gedaan op de redelijkheid en billijkheid, en bovendien: wat zou het oriëntatiepunt zijn voor die redelijkheid en billijkheid? Het Nederlandse interne recht? Zo ook reeds L. Strikwerda.<sup>110</sup>

106 Opstellenbundel B.C. de Die, *Liber amicorum NBW*, 1991, p. 105-110.

107 HR 7 april 1989 (Sabah), NJ 1990, 347 m.nt. JCS: redelijkheid en billijkheid vermeld als grond voor correctie van de uitkomst van de verwijzingsregel voor het huwelijksvermogensrecht. Uitsluitend voor het IPR huwelijksgoederenrecht is de 'onaanvaardbaarheidsexceptie' nog tweemaal ten tonele gevoerd: HR 6 december 1991 (Sinterklaas), r.o. 3.5, NJ 1992, 669 m.nt. JCS, HR 16 september 1994 (Hong Kong), NJ 1995, 169 m.nt. ThMdB. Zie ook Th.M. de Boer, *Ars Aequi* 1994, p. 616-619.

108 P. Vlas, *Internationaal privaatrecht in de sleutel van het nieuwe BW*, rede VU 1989, p. 11, met verwijzing naar J.E.J.Th. Deelen, *IPR en afgebroken onderhandelingen*, *Offerhauskring Handelsrecht* 1984, nr. 18, p. 132-133.

109 H.L.J. Roelvink, *Artikel 6:2 BW en het Nederlandse IPR*, in *Opstellen Van Rijn van Alkemade, 'Grensoverschrijdend privaatrecht'*, Deventer 1993, p. 219-230. Aldus ook A.P.M.J. Vonken, *ibidem*, p. 311, noot 30, en voorts Schultsz, *Von Overbeck e.a.*, *Studiedag 1993*, NIPR 1994, p. 30, 36, 85. Th.M. de Boer, *Ars Aequi* 1994, p. 616-619, noot sub 5 onder HR 19 maart 1993 (Rhodesië/Zimbabwe), NJ 1994, 187, noot sub 4 onder HR 1998 Land Sachsen.

110 L. Strikwerda, *bespreking rede Vlas 1989*, *RMTh* 1993, p. 165-167 (p. 165), en nogmaals *Kroniek IPR*, *NJB* 1995, p. 376-382 (p. 377-378).

De Hoge Raad schoof een beroep op de redelijkheid en billijkheid terzijde in HR 8 mei 1998 (Land Sachsen/Cohen), ad tweede middel, gezien in verband met de conclusie van de A-G Strikwerda, punt 15.<sup>111</sup> C.E. Drion, inmiddels raadsheer in de Hoge Raad, pleitte niet lang geleden echter nog voor een export-pretentie van de redelijkheid en billijkheid.<sup>112</sup>

Zie ook hiervoor (nr. 18 in fine) over het halt houden van de Nederlandse redelijkheid en billijkheid voor de autonome verdragregelingen.

39. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van Boek 10 BW maakt melding van de controversie in paragraaf 2 bij artikel 10:8 en beperkt zich aldus tot de gesuggereerde mogelijkheid van een aanvullende correctie van de verwijzingsregel zelf. Die gedachte wordt afgewezen. Onzekerheid valt anders te vrezen en het opent de weg naar een 'better law approach'.

In de toelichting op artikel 10:6 (openbare orde) (zie hierna (nr. 62)) komt de eventuele aanvullende rol van de redelijkheid en billijkheid niet meer ter sprake. Er is geen reden om aan te nemen dat bedoeld is ruimte te laten bestaan, naast de openbare orde, voor een afwerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

### III Boek 10 BW titel 1 Algemene bepalingen

40. Algemene bepalingen vervat in titel 1.

Het navolgende beperkt zich tot enige der algemene bepalingen vervat in titel 1. De titel Algemene bepalingen steunt op een tekst die is ontwikkeld door de Staatscommissie op basis van een voorontwerp voortgebracht door een subcommissie onder voorzitterschap van mr. H.L.J. Roelvink. Die tekst is afzonderlijk uitgegeven door het ministerie van Justitie.<sup>113,114</sup>

*Verdragen en andere hogere regelingen*

*Artikel 10:1 BW: De in dit Boek en andere wettelijke regelingen vervatte regels van internationaal privaatrecht laten de werking van voor Nederland bindende internationale en communautaire regelingen onverlet.*

41. Het heeft geen zelfstandige betekenis. Het is een – in de terminologie van Erik Jayme – 'narratieve' bepaling ten gerieve van de lezer. Als het zou worden geschrapt, zou het recht niet veranderen. Of toch? De voorrang van verdragsbepalingen vloeit deels voort uit de artikelen 93 en 94 GW, die slechts handelen

111 NJ 1999, 44 m.nt. ThMdB (sub 4). Als Nederlands intern recht van toepassing is in een IPR-casus, kan een rol toekomen aan de redelijkheid en billijkheid; zie voor het huwelijksgoederenrecht HR 19 maart 1993 (Rhodesië/Zimbabwe), NJ 1994, 186 m.nt. JCS, HR 24 juni 2011, LJV BQ1696, NJB 2011, p. 1343 (afl. 26).

112 Coen E. Drion, De status van de redelijkheid en billijkheid, NJB 23 februari 2007, 8, p. 433.

113 Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, Rapport aan de Minister van Justitie, Algemene bepalingen Wet Internationaal privaatrecht, Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 2003, met voorwoord van minister J.P.H. Donner, citeertitel: Staatscommissie IPR: Algemene Bepalingen.

114 WPNR Themanummer (2003) 6537, auteurs P. Vlas, L. Pellis, H.U. Jessurun d'Oliveira, E.N. Frohn, Th.M. de Boer, T.M. Bos, B.J. van het Kaar en J. Erauw.

A.V.M. Struycken

over 'een ieder verbindende bepalingen'. Onbeantwoord blijft of bepalingen uit verdragen die niet eenieder verbinden maar eerst moeten worden omgezet in wettelijke bepalingen, ook voorrang hebben.<sup>115</sup>

Voorbeelden daarvan zijn ten eerste de Hague Visby Rules: deze werken niet rechtstreeks volgens de gangbare (maar aanvechtbare) Nederlandse opvatting (HR 8 november 1968 (Portalon)<sup>116</sup>); zoals thans neergelegd in artikel 8:371 BW; en ten tweede het BeNeLux Verdrag EW, artikel 1 lid 1: 'De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich de eenvormige wet (...) in Hun wetgeving op te nemen met ingang van de datum van inwerkingtreding van het Verdrag (...)'. Zulke bepalingen behoeven dus een 'omzetting' in Nederlandse wettelijke bepalingen. Aannemelijk is dat zij, na omzetting, eveneens voorrang hebben boven andere wettelijke bepalingen. Artikel 10:1 zou die betekenis kunnen krijgen.

42. Ten gerieve van de wetstoepasser is in veel artikelen van Boek 10 BW een verwijzing opgenomen naar het ter zake geldende verdrag. Die verwijzing heeft eveneens een narratieve betekenis. Artikel 94 Gw dicteert reeds de prioriteit van de 'een ieder verbindende' verdragsbepalingen. Niet alle verdragen die bepalingen van IPR bevatten zijn vermeld.

43. Voor wat betreft de voorrang van het EU-recht boven het recht van de lidstaten, zie onlangs nog HvJ EU, Grote Kamer, 8 september 2010, zaak C-409/06 (Winner Wetten/Bergheim), punt 53-56, met verwijzing naar Simmenthal (1978, 106/77) en Factortame (1990, C-213/89).<sup>117</sup>

Men dient zich wel te realiseren dat EU-IPR en lidstatelijk IPR iets ongelijksoortigs hebben. Voor de EU is het IPR in sterke mate een instrument voor het vervolmaken van de interne markt.<sup>118</sup> Dat instrumentele karakter ontbreekt in het IPR van de (lid)staten. Lidstaten beogen in het algemeen een goed IPR te ontwikkelen, los van die bijbedoeling.

Bovendien worden beginselen van EU-recht soms gehanteerd ten nadele van gezonde IPR-oplossingen. Zo wordt het verbod van discriminatie tussen de burgers van de lidstaten aangevoerd als argument tegen het gebruik van de nationaliteit als aanknopingspunt voor 'klassieke' verwijzingsregels.<sup>119</sup>

### *Ambtshalve toepassing*

*Artikel 10:2: De regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht worden ambtshalve toegepast.*

115 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, lijkt deze vraag niet in zijn beschouwingen te hebben betrokken.

116 NJ 1969, 10 m.nt. GJS, S&S 1969, 1. Vgl. R.D. Kollwijn, Tien Jaren, p. 331, W.E. Haak, NJB 1970, p. 293 e.v., 346 e.v., S.C.J.J. Kortmann, 'Derden'werking van aansprakelijkheidsbedingen, 1977, p. 84-91, Fleuren 2004, nr. 203.

117 NJ 2010, 646.

118 Th.M. de Boer, NJB 2005, p. 949, H.U. Jessurun d'Oliveira, NTBR 2005, p. 627, A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nrs. 126-140.

119 A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nrs. 141-147.



44. Ambtshalve toepassing: de rechter is dus niet gehouden te wachten tot een der partijen een beroep doet op toepasselijkheid van vreemd recht. Dit behelst niets nieuws voor Nederland!<sup>120</sup>

Ingeval vreemd recht van toepassing is, dient de rechter zich daarvan op de hoogte te stellen. Hij kan de hulp inroepen van de stichting Internationaal Juridisch Instituut<sup>121</sup> of een deskundigenbericht bevelen (art. 194 e.v. Rv). Partijen kunnen informatie aandragen. De rechter is niet vrij daarin critiekloos te berusten op de grond van ‘gesteld en niet weersproken’. Vreemd recht is wel een feit, maar niet een feit als een ander! Vreemd recht is recht, weliswaar in den vreemde! HR 9 november 1990<sup>122</sup> overwoog in r.o. 5.2.4: ‘(...) De regels inzake het passeren van een aanbod om door het horen van getuigen bewijs te leveren, kunnen te dezen reeds daarom geen toepassing vinden, omdat vreemd recht niet behoort tot de te bewijzen feiten. De rechter moet zich zonodig ambtshalve van de inhoud van het toepasselijke vreemde recht op de hoogte stellen.’ Zie voorts HR 17 december 2010,<sup>123</sup> r.o. 5.1: ‘(...) Het oordeel van het hof dat onvoldoende is gesteld of gebleken dat dit recht leidt tot een ander oordeel dan het Nederlandse recht, miskent dat de rechter hier een zelfstandige taak heeft.’

In geval van tegenstrijdige informatie van partijen over vreemd recht, moet de rechter een knoop doorhakken, (vgl. Hof Den Haag 21 januari 1992 (COVA), r.o. 30-32).<sup>124</sup>

Het artikel zegt iets over de taak van de rechter. Het vindt zijn plaats toch in Boek 10 BW, niet in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering of in de Wet op de rechterlijke organisatie!

*De lex fori beheerst de procedure*

*Artikel 10:3 BW: Op de wijze van procederen ten overstaan van de Nederlandse rechter is het Nederlandse recht van toepassing.*

45. Dit is de oude regel, gebaseerd op het onderscheid tussen *decisoria litis* en *ordinatoria litis*, materieel recht en procesrecht.

De rechtspleging gaat echter niet geheel op in de beslissing van vermogensrechtelijke geschillen, waarvoor die tweedeling zonder problemen kan worden gemaakt. Soms, met name in het familierecht, is de tussenkomst van de rechter of van andere organen verweven in het materiële recht. Het is het terrein van de gracieuze jurisdictie.<sup>125</sup> Is vreemd recht van toepassing, dan moeten ook zulke elementen van vreemd recht worden toegepast. Artikel 3 staat daaraan niet in de weg. Zie aldus de memorie van toelichting.

120 P.M.M. Mostermans, *De processuele behandeling van het conflictenrecht* (diss. UvA), 1996. Zie ook Kamerstukken nieuw bewijsrecht, (Stb. 1988, 9, 10 (K103) MvA, nr. 7, p. 3-4, Nader VV, nr. 1, p. 8, Nadere MvA, nr. 13, p. 20), V. Van Den Eeckhout, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010, nr. 9.

121 Spui 186, 2511 BW, Den Haag, zie website IJI.

122 NJ 1992, 212.

123 NJ 2011, 8.

124 In NJ 1994, 622.

125 A.V.M. Struycken, *De gracieuze jurisdictie in het internationaal privaatrecht*, Kluwer 1970, A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nrs. 464-468.

A.V.M. Struycken

46. De regel geldt ook voor andere ambtsdragers dan de rechter, zoals de notaris en de ambtenaar van de burgerlijke stand. Zij hebben zich te houden aan hun 'lex magistratus'. Een zekere mate van flexibiliteit kan daarbij geboden zijn. Ook zij moeten het naar Nederlands IPR toepasselijke vreemde recht tot zijn recht laten komen.

47. Dit artikel staat ook in Boek 10 BW, en niet in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering of in de Wet op de rechterlijke organisatie!

*Contact met het IPR van vreemde staten, artikelen 10:4, 5 en 9 BW*

48. Deze artikelen brengen ons in contact met het IPR van vreemde staten; artikel 5 gaat over renvoi of herverwijzing, artikel 9 over een substituut voor herverwijzing in de vorm van doorverwijzing (zie hierna (nrs. 49–59)).

Artikel 4 over de voorvraag (Vorfrage, question préalable, incidental question) komt daarna (nrs. 60–61).

*De herverwijzing en het gerechtvaardigd vertrouwen, artikelen 10:5 en 9 BW*

*Artikel 10:5: Onder de toepassing van het recht van een staat wordt verstaan de toepassing van de rechtsregels die in die staat gelden, met uitzondering van het internationaal privaatrecht.*

49. De idee van herverwijzing wordt verduidelijkt met twee casus. De eerste casus is die van de vererving van de nalatenschap van een Fransman met woonplaats in Nederland. De nationale wet is van toepassing (als hij nog niet zo lang woonplaats in Nederland had). Naar Frans IPR is echter de wet van de laatste woonplaats van toepassing (behoudens voor onroerend goed); wat te doen? Denkbaar is dat men zich in zo'n geval laat leiden door het Franse recht en terugkeert naar het Nederlandse recht. Dat is 'herverwijzing' of 'renvoi', en wel in de variant van terugverwijzing.

Voor de Nederlandse rechter is dat misschien aantrekkelijk.<sup>126</sup> Maar het onderliggende probleem van verschil van stelsels van IPR wordt niet opgelost. De Franse rechter die met zo'n geval te maken krijgt, zal zich immers door de wet van de Nederlandse laatste woonplaats laten terugverwijzen naar het Franse recht als de door het Nederlands IPR aangewezen nationale recht. Ieder van de betrokken rechters past aldus zijn eigen recht toe. Eenheid van uitkomst wordt niet bereikt in geval van aanvaarding van renvoi in de vorm van terugverwijzing.<sup>127</sup> Dus biedt renvoi geen oplossing voor dat onderliggende probleem, te weten het conflict van IPR-stelsels, de 'conflict de systèmes'.

De tweede welbekende casus betreft de vererving van de nalatenschap van een Deen met laatste woonplaats in België; naar Nederlands IPR is de Deense wet van toepassing; deze verwijst door naar de wet van de laatste woonplaats, van België

126 Dat vindt het Hof Arnhem kennelijk ook: *aanvaarding* van renvoi in een geval van terugverwijzing door het Oostenrijkse recht naar het Nederlandse recht in een zaak van erkenning van een kind, Hof Arnhem 1 juli 2003, r.o. 4.3. (zie de tekst in HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 622, conclusie A-G Strikwerda, nr. 22).

127 Henri Batiffol, *Aspects philosophiques de droit international privé*, nr. 96, A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nrs. 432-433.

dus. Dit is een voorbeeld van herverwijzing in de vorm van doorverwijzing naar het recht van een derde land. Is deze vorm van herverwijzing dan te aanvaarden? Het Hof Den Haag (23 februari 1942) toonde zich afwijzend, in overeenstemming met de literatuur.<sup>128</sup>

De slotsom moet zijn dat het Nederlandse IPR niet werkt met herverwijzing, noch in de vorm van terugverwijzing, noch in de vorm van doorverwijzing. Dit wordt bevestigd door HR 11 juli 2008 (Kramer/De Jongh), r.o. 3.6.3. in fine,<sup>129</sup> en thans artikel 10:5 BW.

50. Niettemin blijft een probleem staan. Meijers heeft daarop gewezen.<sup>130</sup> De vraag van herverwijzing in de vorm van doorverwijzing heeft betrekking op gevallen die met Nederland nauwelijks een raakpunt hebben. De vraag rijst of het Nederlandse IPR onverkort van toepassing moet zijn op gevallen die met Nederland geen raakpunt of geen raakpunt van betekenis hebben. *Te denken valt aan een splitsing in een 'buitengebied' en een 'binnengebied' naargelang er geen of wel raakpunten van betekenis zijn met Nederland.*

Voorbeeld: een Saoedi trouwt in Abu Dhabi, naar lokaal recht inclusief IPR, in tweede of derde echt, dus polygaam, met een lokale vrouw. Geen van beiden hebben met Nederland iets van doen. Uit dat huwelijk komen kinderen voort. De man doet zaken en verwerft rechten op aandelen in Nederlandse vennootschappen en verwerft Nederlands onroerend goed. Hij overlijdt. Moeten de rechten van de tweede en de derde vrouw en van hun kinderen op de in Nederland gelegen activa worden erkend? Moeten wij de geldigheid/aanvaardbaarheid van dat zoveelste huwelijk wel toetsen aan onze eigen conflictregel? Huiselijk gezegd gaat het om een 'ver van ons bed show'! Eventueel komen we met onze conflictregel er wel uit, plus een gematigde toepassing van het verweermiddel van de openbare orde, maar het mechaniekje van de herverwijzing moet ons niet doen vergeten dat het gaat om vragen die met Nederland geen raakpunt van betekenis hebben, die dus zijn gesitueerd in een buitengebied. Terughoudendheid is geboden.

Een ander bekend oud voorbeeld is dat van een Zwitserse oom en een Zwitserse nicht, beiden wonende in Moskou, die aldaar trouwen. Is het huwelijk geldig naar Nederlands IPR (vóór HC Verdrag 1978)? Naar de nationale wet, Zwitsers intern recht, is zulk een huwelijk niet geldig. Zwitserland en Rusland, de naastbetrokken landen, zijn het echter, ingevolge hun IPR, (destijds) eens over de geldigheid! Daarin is zonder aarzeling te berusten.

Nog een ander voorbeeld: een Zweedse jongen trouwt met een Zweeds meisje. Zij vestigen zich in Parijs. Zij verwerven een zeilboot en een huisje in Friesland. Het huwelijk loopt vast. Moet het huwelijksvermogensregime worden bepaald volgens de Nederlandse IPR-regels, of ligt het in de rede uit te gaan van de eenstemmige Frans-Zweedse opvatting dat het Franse recht als het recht van het eerste huwelijksdomicilie van toepassing is? Toepassing van het Franse recht in zulk een geval heeft de voorkeur.

128 Hof Den Haag 23 februari 1942 (Reyers/Coert), NJ 1942, 327.

129 NJ 2009, 454 m.nt. ThMdB.

130 E.M. Meijers, Het vraagstuk der herverwijzing, WPNR (1938) 3555-3558, VPO II, p. 366-399.

51. De gedachte van een buitengebied heeft haar neerslag gevonden in de door Meijers geïnspireerde EW BeNeLux, artikel 21, tweede lid (1969): 'Is buiten (...) Nederland een rechtsbetrekking ontstaan of tenietgegaan in overeenstemming met de wet, die toepasselijk was volgens het internationaal privaatrecht der landen, die op het ogenblik van dit ontstaan of tenietgaan daarbij wezenlijk betrokken waren, dan wordt dit ontstaan of tenietgaan ook in (...) Nederland erkend, al mocht het in strijd zijn met de krachtens de vorige voorschriften toepasselijke wet.'<sup>131</sup> De tekst is nog vrijwel letterlijk overgenomen in artikel 2 van de Schets van 1992 (zie hiervoor (nr. 13)).

Het denkbeeld van Meijers heeft ook in het buitenland de aandacht getrokken.<sup>132</sup> In de Belgische IPR-wet van 2004 vindt men nog een duidelijk spoor terug in artikel 19 Uitzonderingsclausule (zie hiervoor (nr. 25)), geciteerd: de IPR regels zijn bij uitzondering niet van toepassing; rekening wordt inzonderheid gehouden met: 'de omstandigheid dat de betrokken rechtsverhouding geldig tot stand kwam volgens de regels van internationaal privaatrecht van Staten waarmee die rechtsverhouding verbonden was bij haar totstandkoming'.

52. In Boek 10 BW is Meijers gevolgd voor wat betreft de afwijzing van renvoi, maar heeft men artikel 21 tweede lid EW, dat beoogt een deel van het renvoi probleem – namelijk doorverwijzing – op te lossen, van de kaart geveegd.<sup>133</sup> Daarvoor is echter artikel 10:9 min of meer in de plaats gekomen.<sup>134</sup> Dat leest men echter niet in de memorie van toelichting. Artikel 10:9 luidt:

'Aan een feit waaraan rechtsgevolgen toekomen naar het recht dat toepasselijk is volgens het internationaal privaatrecht van een betrokken vreemde staat, kunnen, ook in afwijking van het naar Nederlands internationaal privaatrecht toepasselijke recht, in Nederland dezelfde rechtsgevolgen worden toegekend voor zover de niet-toekenning van zodanige gevolgen een onaanvaardbare schending zou zijn van het bij partijen levende gerechtvaardigde vertrouwen of van de rechtszekerheid.'

53. De bepaling van artikel 10:9 BW is in het geheel niet gebaseerd op een scheiding tussen een buitengebied en een binnengebied. De bepaling gaat echter veel verder dan artikel 21 lid 2 EW (hiervoor geciteerd in nr. 51):

131 Zie ook art. 11 sub 3 EW. Zie voorts A.E. von Overbeck, *L'influence de Meijers sur le droit international privé*, III, C.3, WPNR (1980) 5504, A.V.M. Struycken, 's Lands wijs 's lands eer, afscheidscollege Nijmegen 2001, nrs. 18-19.

132 A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nr. 438, F. Rigaux, *Cours général, Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours 1989-I*, tome 213, nrs. 110-113.

133 Schrijver dezes heeft als Nederlands gedelegeerde, uitgaande van de gedachte van Meijers, art. 4 van het Haagse Erfrechtverdrag ondersteund. Er is consistentie tussen art. 17 Verdrag en art. 4: renvoi is uitgesloten, maar art. 4 geeft groen licht aan het eenstemmig oordeel van de landen van het buitengebied. In de *Explanatory Report* van Donovan W.M. Waters is dit niet weergegeven. Het Verdrag geldt krachtens art. 10:145 BW.

134 Critisch daarover, terecht, M.H. ten Wolde *De mysteries van het fait accompli* en Boek 10 BW, NIPR 2010, 3, p. 430-436.

- a. het geldt niet alleen voor rechtsfeiten die plaatsvinden buiten Nederland, dus ook eventueel voor rechtsfeiten die zich in Nederland zelf voltrekken;
- b. het geldt niet alleen voor rechtsfeiten waarbij Nederland niet ‘wezenlijk’ is betrokken, maar eventueel ook rechtsfeiten waarbij Nederland wel wezenlijk is betrokken;
- c. geldigheid volgens het IPR van één betrokken staat is voldoende, dus ook als de geldigheid geen steun vindt in het recht van een andere, eveneens betrokken staat;
- d. de werking is facultatief: ‘kunnen’ rechtsgevolgen worden toegekend: door wie?

Het Nederlandse IPR wijkt aldus wel ver terug, zij het slechts indien ten minste één van twee voorwaarden is vervuld: (a) niet-terugwijking zou een onaanvaardbare schending opleveren van het gerechtvaardigde vertrouwen van partijen, (b) niet-terugwijking zou een onaanvaardbare schending opleveren van de rechtszekerheid.

54. Voor wat betreft (a) heeft de Staatscommissie de arresten voor ogen gehad die zij noemt, te weten arresten op het terrein van het huwelijksvermogensrecht:<sup>135</sup> HR 7 april 1989 (Sabah)<sup>136</sup> en HR 19 maart 1993 (Rhodesië/Zimbabwe).<sup>137</sup>

De Staatscommissie, althans de meerderheid daarvan, spreekt in haar toelichting van ‘verschoonbare onbekendheid met het Nederlandse IPR’. Zij wilde niet zo ver gaan als Van Rijn van Alkemade met de correctie van de redelijkheid en billijkheid, vermeld in artikel 8 tweede zin van de Schets 1992 (hiervoor geciteerd (nr. 38)). Zij meende artikel 21 tweede lid EW te moeten afwijzen omdat daarin niet het vereiste van gerechtvaardigd vertrouwen voorkomt.

55. Voor wat betreft (b) wordt de zelfstandige betekenis van de rechtszekerheid naast het gerechtvaardigd vertrouwen van partijen niet geheel helder. Het zou kunnen gaan om de rechtszekerheid vanuit het perspectief van partijen ingeval zij zich van niets bewust zijn geweest en bijgevolg niet kunnen stellen dat zij op iets hebben vertrouwd.

56. De benadering van artikel 10:9 spoort niet met die welke ten grondslag ligt aan een aantal artikelen, te weten:

- artikel 10:24 BW betreffende de geslachtsnaam en de voornamen van een persoon, vastgelegd in een buitenlandse akte;
- artikel 10:31 BW betreffende een in het buitenland gesloten huwelijk;
- artikel 10:100 BW betreffende een buitenlandse beslissing inzake afstamming;
- artikel 10:101 BW betreffende buitenslands tot stand gekomen rechtsfeiten of rechtshandelingen waarbij familierechtelijke afstammingsbetrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd.

135 Th.M. de Boer, WPNR (2003), 6537, nr. 5.

136 NJ 1990, 347 m.nt. JCS.

137 NJ 1994, 187 m.nt. JCS.

A.V.M. Struycken

Deze artikelen houden een terugtreden in van het Nederlandse IPR ten gunste van buitenlands IPR *zults ongeacht of* dat wordt geschraagd door het ‘gerechtvaardigd vertrouwen van partijen’ op hetgeen elders geldig lijkt te zijn tot stand gekomen. Hoe deze bepalingen zich verhouden tot artikel 10:9 BW wordt niet duidelijk gemaakt. Artikel 10:9 BW is van latere datum. Er is een zekere tweesporigheid. Die vraagt om opheldering.<sup>138</sup>

De achtergrond van de genoemde artikelen is een geheel andere. Er is een tijd geweest waarin men het IPR plaatste tegen de achtergrond van de verhouding tussen soevereine staten die elkaar hebben te respecteren. Dat respect bracht in principe mee dat wat in de ene staat geldig is tot stand gekomen, wordt geëerbiedigd in de andere staat. Opzoomer schreef in latere drukken (1873, 1884) van zijn ‘Aanteekening op de Wet houdende Algemeene Bepalingen : ‘Wat in een even soevereinen staat naar het daar geldende recht voltooid is, moet ook in onzen staat als wettig voltooid worden erkend en beschermd.’<sup>139</sup> Deze gedachte ligt mede ten grondslag aan het tamelijk diffuse leerstuk van de verkregen rechten.

Wat er zij van de volkenrechtelijke achtergrond, de idee van respect voor buitenslands tot stand gekomen rechtsfeiten, ‘verkregen rechten’, blijft rondspoken zonder dat nauwkeurig wordt gepreciseerd in hoeverre het eigen IPR terugtreedt. Anders dus Meijers (zie hiervoor (nr. 51)), die daarvoor een oplossing heeft voorgesteld!

57. Artikel 10:24 schiet te ver door. Zie HR 26 september 2008:<sup>140</sup> een stel van Nederlandse nationaliteit met woonplaats in Nederland trouwt in Hongarije in 2004. Volgens de huwelijksakte heeft de vrouw gekozen voor de geslachtsnaam van de man. Dat zint de vrouw niet. Men zou zeggen: jammer dan, maar naar artikel 5a Wet conflictenrecht namen (thans artikel 10:24 BW) geldt de naam vermeld in de Hongaarse akte. De Hoge Raad ziet echter kans, op basis van passages uit de wetsgeschiedenis, te concluderen (r.o. 3.4.2 in fine): ‘Dit wijst veeleer op een bevoegdheid tot registratie van de uit de buitenlandse akte blijkende naam dan op een verplichting die geen uitzondering toelaat behoudens strijd met de openbare orde.’

Opmerkelijk is de rol die aan het vertrouwen van de betrokkene wordt toegekend (r.o. 3.4.3):

‘(...) De in het namenrecht geldende hoofdregel dat de naam wordt beheerst door het nationale recht van de betrokkene, kan tot een onaanvaardbaar resultaat leiden wanneer de betrokkene erop heeft vertrouwd dat zijn naam luidt zoals deze met toepassing van een ander conflictenrecht in zijn geboorteste is vastgelegd of nadien is gewijzigd als gevolg van een wijziging in zijn persoonlijke staat.

138 A.V.M. Struycken, *Locus regit actum*, un nouvel avatar hollandais, *Mélanges Paul Lagarde*, Parijs: Dalloz 2005, p. 765-779.

139 C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de Wet houdende Algemeene Bepalingen*, derde druk 1873, p. 132, vierde druk 1884, p. 139. Voorts Struycken 2001, nr. 17.

140 NJ 2009, 317 m.nt. A.V.M. Struycken. Critisch commentaar van E.C. Maclaine Pont, NIPR 2010, 3, p. 453-454, en van Susan Rutttten, WPNR (2010) 6832.

Er bestaat geen grond voor toepassing van artikel 5a lid 1 wanneer de betrokkene juist erop heeft vertrouwd dat zijn naam wèl luidt zoals volgt uit het ingevolge de hoofdregel toe te passen nationale recht. Van een dergelijk vertrouwen zal in het algemeen sprake kunnen zijn indien zich bij in Nederland wonende Nederlanders in het buitenland zich een wijziging van hun persoonlijke staat voordoet die tot registratie in een buitenlandse akte aanleiding geeft. (...)’

De Hoge Raad heeft op gelijke wijze beslist in een latere, overeenkomstige zaak.<sup>141</sup> In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Boek 10 wordt melding gemaakt van de hiervoor bedoelde beslissing van de Hoge Raad van 26 september 2008. De beslissing heeft geen aanleiding gegeven tot wijziging van artikel 10:24 BW. Alsof die beslissing, uitgaande van het vertrouwen van de betrokkene, niet de grondslag – rechtsfeit buiten Nederland – van artikel 10:24 BW wijzigt!

58. De Hoge Raad besliste, in navolging van A-G Strikwerda, op basis van de wetgeschiedenis van de Wet conflictenrecht namen. Niettemin lijkt het denkbaar dat de Hoge Raad op dezelfde wijze zal beslissen met betrekking tot de andere in nummer 56 genoemde artikelen, in de lijn van artikel 10:9 BW. Een zekere inconsistentie in de codificatie zal aldus kunnen worden weggewerkt.

59. De vraag blijft welke eisen kunnen worden gesteld aan het gerechtvaardigd vertrouwen van justitiabelen/niet-juristen, en met name van hen die niet geverseerd zijn in het IPR. Het is zaak niet al te sentimenteel te doen. Naïveteit en onzorgvuldigheid behoeven niet te worden beloond: *ius vigilantibus scriptum est, non stultis*. Mensen weten heel goed dat ieder land zijn eigen wetgeving – niet alleen belastingrecht, strafrecht en verkeersrecht – en zijn eigen rechters heeft. Ieder land heeft zijn eigen juridische waarheid.<sup>142</sup> Wat geldt in het ene land, geldt niet noodzakelijk ook in het andere land.

*De voorvraag (vooraf te beantwoorden vraag, Vorfrage, question préalable, incidental question)*

*Artikel 10:4 BW: Indien de vraag welke rechtsgevolgen aan een feit toekomen bij wijze van voorvraag in verband met een andere, aan vreemd recht onderworpen vraag moet worden beantwoord, wordt de voorvraag beschouwd als een zelfstandige vraag.*

60. Een voorbeeld: gegeven is dat de naam van een persoon wordt beheerst door zijn nationale wet; de nationale wet bepaalt de naam op basis van de familierechtelijke relaties, bijvoorbeeld de wettige afstamming. Vraag: als het gaat om de naam van een vreemdeling en dus vreemd recht van toepassing is volgens de conflictregel, hoe moet dan, in een internationaal geval, de wettige afstamming worden bepaald? Volgens ons eigen IPR, dus het IPR van de *lex fori*, of volgens het IPR van de vreemde nationale wet die op de naam van toepassing is? In het eerste

141 HR 10 juli 2009, NIPR 2009, 177, JPF 2009, 121 m.nt. E.C. MacLaine Pont.

142 A.V.M. Struycken, General Course (noot 61), nr. 33, M.H. ten Wolde, NIPR 2010, 3, p. 434-435. Begrip voor de conflictenrechtelijke argeloosheid vindt men bij Th.M. de Boer, Een zoo doeltreffend en rechtvaardig mogelijke ordening, KNAW, deel 59, nr. 1, p. 31-33.

A.V.M. Struycken

geval spreekt men van ‘zelfstandige aanknopng’, in het tweede geval van ‘afhankelijke aanknopng’. Wederom gaat het om de vraag, zoals bij renvoi, of het Nederlandse IPR terugwijkt ten gunste van het vreemde IPR.

Het leerstuk is ontdekt in de jaren dertig van de vorige eeuw door Georg Melchior en Wilhelm Wengler. Het probleem is bekend, maar over de oplossing bestaat nog niet een algemeen geldende theorie, ook niet in het buitenland. In het algemeen tendeert men naar een voorkeur voor de zelfstandige aanknopng, maar met een slag om de arm. Het getuigt dus van een legislatieve overmoed om een oplossing te dicteren. Toch is dat de inhoud van artikel 4. De Zwitserse, de Italiaanse en de Belgische IPR-wet hebben zich daaraan niet gewaagd!

Wellicht zal artikel 10:9 BW (zie hiervoor (nr. 52)), een matigende werking kunnen hebben!

61. Zie echter artikel 10:19 lid 1. Dit dicteert afhankelijke aanknopng voor het namenrecht! Het spoort met het CIEC-Verdrag van München 1980. Voor het huwelijk beschikt artikel 10:32 anders: zelfstandige aanknopng. Zie reeds artikel 7 Wet CR huwelijk, dit in verband met artikel 12 HC Huwelijksverdrag 1978.<sup>143</sup>

De volgende casus geeft te denken: een Mercedes cabrio werd gestolen in België in 1992. De Hoge Raad overwoog:

‘Naar Nederlands internationaal privaatrecht wordt de vraag welke vereisten worden gesteld aan overdracht van de eigendom van een zaak, beheerst door het recht van het land waar de zaak zich op het tijdstip van de op eigendoms-overdracht gerichte rechtshandeling bevindt: dit betekent dat de vraag of een rechtshandeling – hier de koopovereenkomst – een geldige eigendomsoverdracht bewerkstelligt, niet moet worden beoordeeld aan de hand van het recht dat op die rechtshandeling van toepassing is, maar aan de hand van het recht van het land waar de zaak zich ten tijde van de rechtshandeling bevindt.’<sup>144</sup>

De hoofdvraag betreft de eigendomsoverdracht: toepasselijk is de *lex rei sitae*, in casu de Belgische wet. Die wet stelt de vereisten voor de geldigheid, in casu een rechtshandeling. De enkele obligatoire overeenkomst is voldoende. Tot zover nog geen voorvraag, maar nu: stel, er is discussie over de geldigheid van die overeenkomst: wordt de geldigheid beoordeeld naar Nederlands IPR of naar Belgisch IPR? Dat is wel een voorvraag. (De geldigheid of ongeldigheid kan ook afhankelijk zijn van een regel van bijzonder dwingend recht of *loi de police*; zie hierna (nr. 64).) De Hoge Raad spreekt zich daarover niet uit, maar afhankelijke aanknopng ligt in de rede: in België gaat geen eigendom over op basis van een in Belgische ogen ongeldig contract (en gaat wel eigendom over op basis van een in Belgische ogen geldig

143 A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nr. 457. Art. 7 Wet CR huwelijk doet afstand van de vrijheid die wordt verschaft door het tweede lid van art. 12 Verdrag.

144 HR 3 september 1999, NJ 2001, 405 m.nt. ThMdB, S&S 2000, 75, *Ars Aequi* 2000, p. 899 m.nt. A.V.M. Struycken (sub 6 en 7), A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nr. 458.



contract dat elders ongeldig wordt geacht).<sup>145</sup> Hoe dient men nu te beslissen op basis van artikel 10:4 BW?

#### *De openbare orde*

*Artikel 10:6 BW: Vreemd recht wordt niet toegepast, voor zover de toepassing ervan kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde.*

62. De term ‘openbare orde’ heeft in het IPR zijn eigen betekenis. Die wijkt af van die van het interne recht. Artikel 6 bevestigt wat vanouds de regel is in het IPR. Het woord ‘kennelijk’ beoogt eraan te herinneren dat op de openbare orde niet lichtvaardig een beroep mag worden gedaan. Men vindt zulk een formulering ook steeds terug in de verdragen van de Haagse Conferentie: ‘manifestement contraire à l’ordre public’.

63. De Europese Unie heeft zijn eigen rechtsorde. Het ligt niet op de weg van de Nederlandse wetgever regels van EU-recht vast te stellen of weer te geven. De EU-rechtsorde heeft zijn eigen kernwaarden, dus ook zijn eigen openbare orde.<sup>146</sup> Deze moeten ook door de Nederlandse rechter worden gehandhaafd, en wel met een beroep op die EU-openbare orde, niet op grond van maar hoogstens naar analogie van artikel 10:6 BW. De Nederlandse rechter heeft immers, evenals de rechter van de andere lidstaten, een dubbele functie: zowel zijn eigen Nederlandse recht als het EU-recht zijn voor hem, en voor alle andere Nederlandse overheidsorganen, eigen recht. Anders gezegd: EU-recht is niet vreemd recht, maar eigen recht.

#### *Regels van bijzonder dwingend recht*

*Artikel 10:7 BW:*

1. *Bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn bepalingen aan de inachtneming waarvan een staat zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen, zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overigens van toepassing is.*
2. *De toepassing van het recht waarnaar een verwijzingsregel verwijst, blijft achterwege, voor zover in het gegeven geval bepalingen van Nederlands bijzonder dwingend recht van toepassing zijn.*
3. *Bij de toepassing van het recht waarnaar een verwijzingsregel verwijst, kan gevolg worden toegekend aan bepalingen van bijzonder dwingend recht van een vreemde staat waarmee het geval nauw is verbonden. Bij de beslissing of aan deze bepalingen*

145 Karl Kreuzer, *La propriété mobilière en droit international privé*, Recueil des cours de l’Académie de droit international, 1996, tome 259, p. 107: ‘unselbständige Anknüpfung der Vorfrage der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts’.

146 A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nr. 26, A.V.M. Struycken, *L’ordre public de la Communauté européenne. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz 2008, p. 617-632, met verwijzingen naar publicaties van J. Basedow, voetnoot 6, zie ook de verwijzingen aldaar in noot 15, A.V.M. Struycken, *De openbare orde van de Europese Gemeenschap*, *Crossing Borders, Essays in Honour of Frans van der Velden*, Kluwer 2006, p. 59-70, K. Kreuzer, *RabelsZ* 1979, p. 571-578, Marc Fallon, *Académie de droit international de La Haye*, Recueil des cours, 1995, tome 253, nrs. 147-148.

A.V.M. Struycken

*gen gevolg moet worden toegekend, wordt rekening gehouden met hun aard en strekking alsmede met de gevolgen die uit het toepassen of het niet toepassen van deze bepalingen zouden voortvloeien.*

64. De term 'bijzonder dwingend recht' is ontleend aan de Nederlandse versie van artikel 9 Rome I, voorheen artikel 7 EVO. In de Franse versie komt de term 'lois de police' voor, evenals in de Franse versie van Rome II, artikel 16. Deze term vindt men ook in artikel 3 Code Civil. Daarvan is de vertaling te vinden in de Wet AB van 1829, in artikel 8: 'verordeningen van politie'. Bedoeld zijn wat in Nederland, sinds het Alnati-arrest 1966, 'voorrangsregels' heet. Zij hebben voorrang boven het door de verwijzingsregel eventueel aangewezen vreemde recht, ook boven de regels van dwingend recht van dat vreemde recht. Roy Goode spreekt van 'supermandatory rules'.<sup>147</sup>

De term 'verordeningen van politie' geeft beter aan waarover het gaat. Het herinnert aan het oud-vaderlandse 'justitie en politie'.<sup>148</sup> Politie duidt dan op openbaar bestuur, niet zijnde rechtspleging.<sup>149</sup>

65. Voor Nederland is een goed voorbeeld artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945. Het BBA is een bestuurlijk instrument ter beheersing van de arbeidsmarkt. Het geldt bij voorrang boven het door de verwijzingsregel eventueel aangewezen vreemde recht.

Er is een neiging om te pas en te onpas regels van Nederlands recht die men niet graag opzij gezet wil zien als gevolg van de toepassing van een verwijzingsregel, te kwalificeren als 'voorrangsregel'. Dat is een verkapt misbruik van de openbare orde!

De Hoge Raad heeft ooit duidelijke taal gesproken over de uitzonderingspositie van de voorrangsregels:

'Naar moet worden aangenomen, strekt immers het BBA nog steeds ter bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland, waarbij met name het in art. 6 van dat besluit gestelde vereiste zowel in het belang van de betrokken werknemers als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag beoogt te voorkomen. Met name wanneer – zoals, naar zal blijken, te dezen moet worden aangenomen – de arbeidsovereenkomst naar Nederlands internationaal privaatrecht wordt beheerst door vreemd recht, betekent toepasselijk oordelen van het BBA, en in het bijzonder van de artt. 6 en 9 van dat besluit, een *doorkruising* van dat recht die *rechtvaardiging* behoeft. Zulk een rechtvaardiging kan enkel daarin worden gevonden dat de sociaal-economische verhoudingen in Nederland in zodanige mate bij het gegeven geval zijn betrokken dat de belangen welke het BBA beoogt te beschermen, *zwaarder moeten wegen* dan het belang dat het op de arbeids-

147 Roy Goode, *Commercial Law* (derde druk), Penguin Books 2004, p. 1094, 1101.

148 J.Ph. de Monté VerLoren & J.R. Spruit, *Hoofdlijnen van de rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden*, 1972, p. 155, 170, 172, A.S. de Blécourt & H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, 1950, nr. 20.

149 A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nrs. 9, 399-424.

overeenkomst *toepasselijke vreemde recht zo volledig mogelijk tot gelding komt*.<sup>150</sup> (cursivering toegevoegd; AS).

De betekenis van deze benadering van voorrangsregels door de Hoge Raad beperkt zich niet tot het BBA en internationale arbeidscontracten! De geciteerde passage geeft aan het arrest het karakter van standaardarrest.

66. *Lois de police* van EU-herkomst – zeer talrijk als instrumenten ter verwerking van de doelstellingen van de EEG, de EG, nu de EU – zijn niet begrepen onder artikel 10:7 BW. Het is niet aan de Nederlandse wetgever om zich in te laten met de vaststelling en het doen gelden van EU-rechtsregels (behoudens de implementatie van richtlijnen).

Rome I is een EU-verordening, evenals Rome II. Zij dekken niet het gehele terrein van het privaatrecht. Vandaar dat het wenselijk is geoordeeld om voor wat daarbuiten valt met artikel 10:7 een overeenkomstige bepaling als artikel 9 Rome I en artikel 16 Rome II vast te stellen.

67. Evenals Rome I, en voordien EVO, maakt artikel 10:7 BW ruimte voor buitenlandse verordeningen van politie.

Voor wat betreft Rome I is dat een strijdpunt geweest.<sup>151</sup> Met name de Londense City heeft zich daartegen hardnekkig en met enige succes verzet. Dat verklaart ook dat in Rome II, artikel 16, een overeenkomstige bepaling ontbreekt. Artikel 9 lid 3 Rome I is veel beperkter dan artikel 10:7 lid 3 BW. Deze laatste bepaling komt overeen met het ruimere artikel 7 lid 1 EVO.

Artikel 10:7 BW zal niet mogen worden toegepast in het toepassingsgebied van Rome I en dat van Rome II.

Als gezegd (zie nr. 37), artikel 6:79 BW had, indien het niet wordt geschrapt, in de nabijheid van artikel 10:7 BW een plaats moeten vinden.

68. Vreemd genoeg wordt in Artikel III van de Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 niet bepaald dat artikel 8 Wet AB (zie hiervoor (nr. 1)) vervalt. Niet wordt toegelicht welke rol aan dat artikel nog toekomt naast artikel 10:7.

69. Over de Wet AB gesproken, even vreemd is dat artikel 9 AB niet is overgeplaatst naar titel 1 van Boek 10 BW! Artikel 9 AB luidt: 'Het burgerlijk regt van het Koninkrijk is hetzelfde voor vreemdelingen als voor de Nederlanders, zolang de wet niet bepaaldelijk het tegendeel vaststelt.' Deze bepaling is weliswaar niet een conflictregel – lange tijd is daarover wel anders gedacht, in de dagen van Diephuis en Opzoomer – maar een non-discriminatie bepaling. Vreemdelingen, zowel natuurlijke personen als rechtspersonen, zijn ten volle rechtsbevoegd. Zij kunnen onroerend goed in eigendom hebben, rechthebbende zijn op aandelen in Nederlandse vennootschappen, lid zijn van besturen van Nederlandse rechtspersonen, door vererving en door verjaring verkrijgen, enzovoort, en zij hebben gelijk-

150 HR 23 oktober 1987 (Sørensen/Aramco), NJ 1988, 842 m.nt. JCS.

151 Raquel Ferreira Correia, NIPR 2009, 4, p. 405-406.

A.V.M. Struycken

kelijk toegang tot de Nederlandse rechter. De vraag welk recht van toepassing is, wordt daarmee niet beantwoord.

Non-discriminatie is een eis van het EU-recht, maar dat werkt slechts ten gunste van onderdanen van de EU-lidstaten.

Het EVRM verbiedt discriminatie in artikel 14: 'Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook (...)' Deze regel zal zich wel uitstrekken tot de materie van de bij EVRM behorende protocollen. EVRM geldt ook voor rechtspersonen.<sup>152</sup> Toch is niet zeker dat het gehele 'burgerlijk recht' in de zin van artikel 9 AB daarmee is afgedekt. In zoverre heeft artikel 9 AB nog nut en betekenis. Het is ook ruimer dan artikel 1:1 eerste lid BW, dat de bevoegdheid tot het genot der burgerlijke rechten beperkt tot allen die zich in Nederland bevinden en zich dus niet uitsprekt, anders dan artikel 9 AB, over het genot der burgerlijke rechten van Nederlanders en vreemdelingen die zich niet in Nederland bevinden.

### *Rechtskeuze*

*Artikel 10:10 BW: Voor zover een rechtskeuze is toegelaten, dient deze uitdrukkelijk te zijn of anderszins voldoende duidelijk te blijken.*

70. Dit is een veralgemening van een regel die zich heeft ontwikkeld in het IPR-contractenrecht (HR 1924 treiler Nicolaas, HR 1965 Escomptobank, HR 1966 Alnati, EVO artikel 3, Rome I artikel 3).

De onverbloemde erkenning van de partijautonomie, in de zin dat partijen bij een internationale overeenkomst de vrijheid hebben de toepasselijke wet te kiezen, is van tamelijk recente datum, en met name in Zuid-Amerika nog geen gemeengoed.

71. Buiten het contractenrecht krijgt de rechtskeuze steeds meer betekenis:

- huwelijksvermogensrecht, HC Verdrag 1978, voor geregistreerde partners: artikel 10:70;
- erfrecht, artikel 10:145 HC Verdrag 1989 (dat nog niet in werking is getreden);
- rechtspersonenrecht, artikel 10:118 BW (leer van de statutaire zetel);
- goederenrecht, artikel 10:128 lid 2 (export) en artikel 10:135 lid 2, (cessie).

72. De regel houdt in dat de rechtskeuze een aanwijsbaar feit moet zijn. Zij is elliptisch: zij zegt niet *expressis verbis* waar het om gaat, namelijk dat uit den boze wordt verklaard de hypothetische of veronderstelde bedoeling van partijen ten aanzien het toepasselijke recht.

Reeds in de tijd van vóór die onverbloemde erkenning van de partijautonomie was een andere stroming waar te nemen. In het Anglo-Amerikaanse recht was het heel gewoon te werken met de 'presumed intention',<sup>153</sup> in het Duitse, later ook het Zwitserse en het Oostenrijkse recht, liet de invloed van F.C. von Savigny zich

<sup>152</sup> EHRM 16 december 1992 (Niemietz/Bondsrepubliek), ECHR Series A, vol. 251-B, Lawson & Schermers, *Leading Cases of the ECtHR*, 1997, p. 493, Comment. 1-9. HvJ EU 22 december 2010, NJ 2011, 129 m.nt. M.R. Mok.

<sup>153</sup> A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nr. 359, A.V.M. Struycken, *Kluwer Contractenrecht X*, nr. 121.

gelden.<sup>154</sup> Deze ging ervan uit dat iedere ‘Obligation’ wordt geregeerd door haar eigen recht, en wel het recht van de plaats van nakoming. Als verbintenissen uit een contract in verschillende landen moeten worden nagekomen, leidt dat bijgevolg tot een ‘Spaltung’, splitsing, van de overeenkomst. Dat is bezwaarlijk. Dat wordt vermeden als partijen een rechtskeuze uitbrengen voor het gehele contract. Om de lastige Spaltung te vermijden was de rechtspraak bereid te werken met de ‘hypothetische Parteiwille’, aanvankelijk de wil die de concrete partijen – subjectief – gehad zouden hebben als zij aan de vraag van het toepasselijke recht hadden gedacht, later – geobjectiveerd – de wil die verstandige mensen zouden hebben gehad.<sup>155</sup>

EVO en nu Rome I sluiten de veronderstelde partijwil uit. Dat is aanvaardbaar omdat er nu een goede regel is voor het geval partijen geen rechtskeuze hebben gedaan, artikel 4 EVO, dat de leer van de karakteristieke prestatie volgt, artikel 4 e.v. Rome I, die een verfijning daarvan inhouden.

De rechtskeuze is een rechtshandeling. Zij moet aanwijsbaar zijn, artikel 3 lid 5 Rome I in verband met artikelen 10, 11, 13. Deze artikelen behelzen het regime van die rechtshandeling. Als gezegd, dat wordt veralgemeend in artikel 10:10. Met een veronderstelde rechtskeuze mag niet (meer) worden gewerkt.

## Conclusie

73. Nu Boek 10 BW in 2011 is vastgesteld, zijn 114 jaren verlopen sinds de instelling van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht. Blijkens het instellings-KB van 20 februari 1897 was de codificatie van het IPR de doelstelling. Het heeft dus lang geduurd, en we zijn nog niet klaar: met name het hoofdstuk erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde rechterlijke beslissingen moet nog ter hand worden genomen. Hetzelfde geldt voor het IPR inzake faillissement/insolventie. Dat vraagt om een weloverwogen regeling, gezien een reeks recente beslissingen van de Hoge Raad en van het Hof Amsterdam.

De Nederlandse codificatie is, na het vastlopen van de BeNeLux EW, pas goed begonnen met de IPR-wet inzake echtscheiding 1980. Terugkijkende kan men vaststellen dat mr. J. van Rijn van Alkemade de drijvende kracht is geweest.<sup>156</sup> Na zijn terugtreden in 1993 heeft mw. mr. D. van Iterson met veel vaardigheid en energie borg gestaan voor de totstandkoming van de meeste deelwetten IPR en, in nauwe samenwerking met de Regeringscommissaris mr. P. Neleman, het wetsvoorstel voor Boek 10 BW, voor háár terugtreden in 2009, gereedgemaakt voor indiening.

154 A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nr. 360.

155 A.V.M. Struycken, *Kluwer Contractenrecht X, Internationaal privaatrecht*, nr. 121, A.V.M. Struycken, *General Course* (noot 61), nrs. 215, 358 - 360.

156 VRvA heeft ook reeds sedert 1976 krachtig het initiatief ondersteund voor een nieuwe regeling van het Nederlandschap. Dat heeft geresulteerd in de Rijkswet van 19 december 1984, Stb. 628 en 629.

A.V.M. Struycken

74. Onder invloed van EU-wetgeving zal Boek 10 BW geleidelijk aan betekenis inboeten. Het kan echter nog even duren voordat het geheel zal zijn verdwenen.

75. De totstandkoming van Boek 10 BW geeft reden voor grote voldoening. Er is ruimte voor kritische kanttekeningen – de *défauts* zijn reparabel met enige legislatieve goede wil –, maar dat mag niet aan het gezicht onttrekken dat het voornaamste deel van het IPR is gecodificeerd en veel toegankelijker is gemaakt voor de vele juristen die niet met het IPR vertrouwd zijn, en ook voor buitenlandse juristen.