



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Europeanisatie van het ipr: aanleiding tot herleving van discussies over facultatief ipr, of finale doodsteek voor facultatief ipr?

Eeckhout, V. van den

Citation

Eeckhout, V. van den. (2008). Europeanisatie van het ipr: aanleiding tot herleving van discussies over facultatief ipr, of finale doodsteek voor facultatief ipr? *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, (3), 258-262. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13448>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13448>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Europeanisatie van het ipr: aanleiding tot herleving van discussies over facultatief ipr, of finale doodsteek voor facultatief ipr?

1. Inleiding: miskening van ipr-regels

Internationaal privaatrecht (hierna 'ipr') is een rechtstak die traditioneel wordt voorgesteld als een discipline die is voorbehouden aan enkele ingewijden. Soms blijkt de onwetendheid over ipr-regels¹ zo groot, dat mensen er zelfs niet op bedacht zijn dat ipr-regels toepassing ambiëren: ook al vertoont de rechtsverhouding een internationaal karakter en is vandaar vereist dat ipr-regels worden ingeschakeld, toch wordt er soms als vanzelf van uit gegaan dat de aangesproken rechter sowieso bevoegd is en het recht van het forum zal toepassen. Dergelijke miskening van de ipr-problematiek wordt in de procedure zelf niet altijd doorprikt: het gebeurt dat noch partijen, noch hun advocaten, noch de rechter zich bewust zijn van de ipr-vragen die de zaak doet rijzen en dat eenieder de zaak behandelt alsof het een puur interne zaak betreft.² Soms ook wordt *bewust* gedaan 'alsof de neus bloedt'. De vraag rijst of dergelijke onbewuste of bewuste miskening van ipr-regels toelaatbaar is.

Stelt men deze vraag en gaat men in op pro en contra, dan komen we terecht op een terrein waarbij de discussies van oudsher draaien rond de mogelijkheden tot inschakeling van een specifiek ipr-leerstuk, met name 'de leer van het facultatief ipr'. Bij hantering van facultatief ipr wordt aanvaard dat verwijzingsregels niet ingeschakeld worden c.q. niet hoeven ingeschakeld te worden.

Over het leerstuk van het facultatief ipr is al veel geschreven en gediscussieerd.³ Anno 2008 moeten deze discussies gesitueerd worden in een context van 'europeanisatie van het ipr'. In dit stormachtig en alles en eenieder overrompelend proces van europeanisatie van het ipr, wordt enerzijds op grote schaal en in ijlingwekkend tempo Europese ipr-regelgeving geproduceerd – die veelal reeds bestaande ipr-regelgeving naar een tweede plan schuift of zelfs opsloort – en wordt anderzijds door het Hof van Justitie nationale ipr-regelgeving getoetst op conformiteit met Europees recht – waarbij nationale ipr-regelgeving soms onverenigbaar wordt bevonden. De vraag rijst in hoeverre, naar aanleiding van deze toenevende europeanisering van het ipr, nieuwe inzichten kunnen worden ontwikkeld over het leerstuk van – en de mogelijke inschakeling van – facultatief ipr. Is denkbaar dat discussies omtrent de leer van het facultatieve ipr naar de toekomst toe, in een context van europeanisatie van het ipr, een heropleving zullen kennen, of is het fenomeen van de europeanisatie van het ipr fataal voor de leer en discussies daarover? Ik beperk

me hierna tot het aanstippen van de problematiek en het naar voren brengen van enkele aandachtspunten.

2. Aloude discussies omtrent de leer van het facultatief ipr

Waar gaat het om bij facultatief ipr? Facultatief ipr is het systeem waarin de rechter het conflictenrecht alleen toepast als een der partijen zich erop beroept. In zijn meest zuivere vorm wordt onder facultatief conflictenrecht een stelsel verstaan waarin de rechter, bij gebreke van een beroep door een der partijen op buitenlands recht, het conflictenrecht niet alleen buiten toepassing laat, maar partijen daarop ook niet hoeft te attenderen. Vooral dit type facultatief ipr is in het verleden al zwaar bekritiseerd. Een van de bezwaren tegen facultatief ipr is de omstandigheid dat uit het feit dat partijen in hun processtukken over het conflictenrechtelijke vraagstuk zwijgen en eventueel aan forale rechtsregels refereren, moeilijk kan worden afgeleid dat zij hun eis en verweer uitsluitend volgens het materieel recht van het forum beoordeeld willen zien en dat zij hun rechtsstrijd in die zin hebben willen begrenzen: hun opstelling zou immers ook andere oorzaken kunnen hebben, zoals, precies, dat zij mogelijk het conflictenrechtelijke vraagstuk over het hoofd hebben gezien, of dat zij er ten onrechte vanuit zijn gegaan dat de conflictregel naar Nederlands recht verwijst.

De leer van het facultatief ipr kent naast principiële tegenstanders ook grote pleitbezorgers. Deze pleitbezorgers proberen bezwaren tegen facultatief ipr te ontkrachten. Bekend is het pleidooi voor facultatief ipr van de Nederlander De Boer in zijn in 1996 gepubliceerde '*Cours*'.⁴ De Boer gaf in die bijdrage als zijn mening te kennen dat ook het *bezwaar dat middels hantering van facultatief ipr het proces van unificatie van ipr kan worden gefrustreerd* – partijen zouden immers kunnen terugvallen op foraal recht terwijl een verdrag mogelijk verwijst naar vreemd recht – niet zwaarwegend is, dit gezien de volgens De Boer povere resultaten op het vlak van unificatie van de Haagse Conferentie, de Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand, de Raad van Europa en andere internationale organisaties.

* Prof. Dr. Veerle Van Den Eeckhout is universitair hoofddocente Internationaal Privaatrecht aan de Universiteit Leiden, en professor Vergelijkend conflictenrecht/Vergelijkend en Europees internationaal privaatrecht aan de Universiteit Antwerpen.

1 Over dwalingen in het ipr, met bijzondere aandacht voor dwalingen in een context van europeanisatie van het ipr, zie uitgebreid V. Van Den Eeckhout, 'Iedereen wordt geacht de wet te kennen. Maar wie wordt anno 2008 geacht alle Europese ipr-regels te kennen? – Dwaling in een context van europeanisatie van het ipr', te verschijnen.

2 Zie ook de verdere referenties (ook naar Franse en Belgische onderzoeken en literatuur) in V. Van Den Eeckhout, 'Thuisbrengen van een op drift geraakte rechtsverhouding. Buitenlandse rechtswaarden in het personen- en familierecht', in: M.-C. Foblets e.a. (red.), *Migranten kleuren het recht in. Over de bijdrage van nieuwe minderheden tot het recht*, Leuven: Acco 1997, p. 173-175. De misvatting dat zonder meer het recht van het forum dient te worden toegepast, kan overigens ook nog wel te wijten zijn aan een verkeerde inschatting van de *afbakening* tussen interne en internationale gevallen, kortom gevallen waarbij zich concreet een ipr-vraag voordoet.

3 Zie vooral Th.M. de Boer, 'Facultative Choice of Law. The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law', 257 *Recueil des cours* 1996, p. 225-427, speciaal p. 362-366. Zie voor een korte bespreking o.a. L. Strikwerda, 'Naar een facultatief conflictenrecht?', *NJB* 1997, p. 1970-1971. Zie recenter o.a. L.Th.L.G. Pellis, 'Ambtshalve toepassing van recht. Daag de wetgever uit nu het nog kan!', *WPNR* 2003 (6537), p. 449-454.

4 Zie De Boer 1996 (zie noot 3).

Een voorstander van facultatief ipr als De Boer ziet overigens zeer wel mogelijkheden facultatief ipr in te schakelen ten aanzien van conflictregels die in verdragen zijn vastgelegd: op basis van rechtspraak van het Hof van Justitie – de zaak *Van Schijndel*, waarbij het Hof een prejudiciële vraag van de Nederlandse Hoge Raad omtrent de ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht beantwoordde en aangaf dat nationaal recht bepaalt in welke mate nationale gerechten een verplichting hebben om gemeenschapsrecht ambtshalve toe te passen in een procedure betreffende rechten die ter vrije dispositie staan van partijen –, concludeert De Boer dat, in wezen, de procedurele status van ipr-verdragen bepaald wordt door de principes van procesrecht van de forumstaat, en niet door internationaal recht. 'Unless the convention contains specific rules on the extent and the manner of its application in civil litigation, international law does not interfere with the principle of procedural freedom of disposition', aldus De Boer.⁵

Ook al ziet De Boer dus zelfs mogelijkheden tot verenigbaarheid van facultatief ipr met verdragsrechtelijk ipr, vanuit nationaal-Nederlands perspectief bekeken wordt facultatief ipr gewoonlijk afgewezen als zijnde onverenigbaar met Nederlands procesrecht, in het bijzonder artikel 25 Rv. Zo ook besloot Mostermans⁶ in een recente publicatie waarbij zij nader inging op de toelaatbaarheid van hantering van facultatief ipr in Nederland. In haar behandeling van de vraag of een facultatief conflictenrecht verenigbaar is met het Nederlandse procesrecht, maakt Mostermans overigens wel een onderscheid tussen, enerzijds, procedures over rechten en plichten die ter vrije dispositie van partijen staan en, anderzijds, procedures over aan de partijdispositie onttrokken kwesties. Mostermans blijkt facultatief ipr hetzij overbodig en onnodig, hetzij onwenselijk te vinden. Wat betreft de toelaatbaarheid en wenselijkheid van een facultatief conflictenrecht voor procedures over aan de partijdispositie onttrokken kwesties, zoals statuskwesties, – de tweede categorie – merkt Mostermans immers op dat voor enkele van de daaronder te klasseren onderwerpen de conflictregel vaak al Nederlands recht als toepasselijk aanwijst, en vandaar de vraag of het conflictenrecht facultatief moet worden toegepast 'hier dus nauwelijks betekenis (heeft)'. Voor het overige, aldus Mostermans, verdient het facultatief conflictenrecht hier zonder meer afwijzing. Wat betreft de eerste categorie, is invoering van een facultatief ipr volgens Mostermans niet echt nodig: in procedures over ter vrije beschikking staande rechten en verplichtingen hebben partijen immers doorgaans de mogelijkheid in de procedure alsnog een rechtskeuze voor de *lex fori* uit te brengen. 'Willen zij een beoordeling naar buitenlands recht vermijden (...) dan zullen zij zo'n keuze zeker uitbrengen', aldus Mostermans.⁷ Wat betreft de mogelijkheid tot het uitbrengen van een rechtskeuze voor Nederlands recht,⁸ is dan uiteraard wel vereist dat partijen het over zo'n rechtskeuze eens zijn – zij het eventueel louter in die zin dat de keuze van de ene partij door de andere partij onweersproken blijft⁹ – en dat de mogelijkheid tot rechtskeuze nog, tijdig, openstaat.

Ook in buurland België¹⁰ wordt traditioneel de visie aangehangen dat verwijzingsregels ambtshalve moeten worden toegepast. In het recent ingevoerde Belgische ipr-wetboek ('WIPR') wordt impliciet aangesloten bij de opvatting dat het ambtshalve inroepen van de verwijzingsregel een verplichting is voor de rechter, aldus Pertegas in haar commentaar bij artikel 15 van de ipr-codex, inzake 'de toepassing van buitenlands recht'.¹¹ Zoals Pertegas daar aangeeft,

'roept het vraagstuk naar de toepasselijkheid van buitenlands recht voorafgaandelijk de vraag op naar de al dan niet ambtshalve toepassing van

de verwijzingsregel. Is de verwijzingsregel die het buitenlandse recht toepasselijk verklaart ambtshalve van toepassing of enkel indien het internationaal privaatrechtelijke probleem door de partijen opgeworpen wordt?'

- 5 De Boer 1996, p. 362 (zie noot 3): 'In reply to a prejudicial question by the Dutch Hoge Raad on the ex officio application of community law, the Court held that national law determines to what extent national courts have an obligation to apply community law on their own motion in an action concerning rights of which the parties are free to dispose' en 'It may not be too bold to conclude from these observations that the procedural status of choice-of-law conventions is determined by the principles of civil procedure prevailing in the forum State, and not by international law. Unless the convention contains specific rules on the extent and the manner of its application in civil litigation, international law does not interfere with the principle of procedural freedom of disposition. The Member States may have bound themselves to adhere to the régime of the convention, but that does not mean that they have surrendered their procedural rules and principles. For these reasons, I am convinced that international law does not stand in the way of facultative choice of law.' Over de ambtshalve toepassing van Europees recht, zie nog recent HvJ EG 17 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 tot en met C-225/05 (*Van der Weerd*) (zie hierover o.a. R. Wesseling en N. Neij, 'Kroniek van het Europees Recht', *NJB* 2008, p. 979-988 en H.J. Sniijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt', *WPNR* 2008 (6761), p. 541-552.
- 6 P.M.M. Mostermans, 'Bedenkingen tegen een facultatief conflictenrecht', in: R. Kottling e.a. (red.), *Voorkeur voor de lex fori*, Kluwer: Deventer 2004, p. 37-57, ook verschenen als P.M.M. Mostermans, 'Optional (facultative) choice of law? Reflections from a Dutch perspective', *NILR* 2004, p. 393-410. Maar zie, voor een betoog dat naar de toekomst toe ruimte zou moeten worden gecreëerd voor facultatief ipr, Pellis 2003 (zie noot 3) naar aanleiding van het rapport van de Staatscommissie IPR en meer bepaald art. 2 van de 'voorgestelde algemene bepalingen' in een toekomstige ipr-codex. Art. 2 van het 'Voorontwerp van Wet houdende Consolidatie van regelgeving internationaal privaatrecht, stand per 1 november 2003' (te vinden op <www.justitie.nl>) met als opschrift 'Ambtshalve toepassing' luidt als volgt: 'De rechter past regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht ambtshalve toe.' Het rapport van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht aan de Minister van Justitie inzake de Algemene Bepalingen Wet Internationaal Privaatrecht' (d.d. 1 juni 2002) is eveneens te vinden op <www.justitie.nl>.
- 7 Mostermans 2004, p. 57 (zie noot 6). Zie ook Mostermans, p. 49 waar zij aangeeft dat als het conflictenrecht partijen de mogelijkheid laat een rechtskeuze voor Nederlands recht uit te brengen en als zij hiervan ten processe alsnog gebruik maken, zij daarmee dan het wellicht toepasselijke buitenlands recht in elk geval *welbewust* uitschakelen, hetgeen onder een stelsel van facultatief conflictenrecht in zijn meest zuivere vorm niet noodzakelijk zo behoeft te zijn.
- 8 Wel moet worden opgemerkt dat de door middel van rechtskeuze bekomen toepasselijkheid van Nederlands recht mogelijk nog wel doorkruist zal worden door toepasselijkheid van buitenlandse dwingende regels of voorrangsregels.
- 9 Zie ook over impliciete rechtskeuzes in verhouding tot 'ipr-bewustzijn' P.M.M. Mostermans, *De processuele behandeling van het conflictenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, vierde hoofdstuk.
- 10 In zijn in 1996 gepubliceerde 'Cours' (zie *supra*, noot 3) besprak De Boer de status van het conflictenrecht in diverse landen (zie bv. p. 256), en gaf daarbij te kennen dat in het *common law* systeem een vorm van facultatief ipr wordt gehanteerd (zie p. 258 e.v.), dit terwijl in de meeste continentaal Europese landen verwijzingsregels ambtshalve dienen te worden toegepast (met als uitzondering Frankrijk, dat een soort 'tussensysteem' kent, zie p. 265).
- 11 M. Pertegas Sender, 'Commentaar bij artikel 15', in: J. Erauw e.a. (red.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen: Intersentia 2006, onder verwijzing naar een arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 9 oktober 1980. Voor een rechtsvergelijkende analyse van de procedurele status van vreemd recht, zie ook S. Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Het WIPR sluit impliciet aan bij de opvatting van het Hof van Cassatie dat in het arrest van 9 oktober 1980, het ambtshalve invoeren van de verwijzingsregel als een verplichting voor de rechter oplegde. Door de toegenomen rol van de wilsautonomie mag de rechter echter niet aandringen wanneer de partijen met kennis van zaken, in een geschil waarin partijen beschikken, afstand doen van de verwijzingsregel. Het volstaat om de partijen te informeren over het internationale karakter van het geschil en de potentiële gevolgen hiervan op het vlak van het toepasselijke recht.¹¹

Uit voorgaande passage blijkt hoezeer het vraagstuk van de procedurele status van verwijzingsregels aansluit bij – en als het ware voorafgaat aan – het vraagstuk van de procedurele status van buitenlands recht. Het betreft hier weliswaar twee verschillende onderwerpen, maar het eerste vormt wel als het ware de premisse van het tweede. In deze bijdrage beperk ik mij tot de positionering van het vraagstuk van de procedurele status van verwijzingsregels in Europese context.¹²

3. De leer van het facultatief ipr in een context van europeanisatie van het ipr

Ipr-ontwikkelingen spelen zich sinds enkele jaren af in een context van 'europeanisatie van het ipr'. Dit sensationele proces van europeanisatie wordt mede gelegitimeerd vanuit streefdoelen van bevordering van rechtszekerheid en voorspelbaarheid, stimulering van het internationaal handelsverkeer, vergemakkelijking van het leven van de burger. Door de uniforme aanpak van ipr-regels, zou ipr er uiteindelijk eenvoudiger op moeten worden, zouden rechtsonderhorigen in mindere mate belemmeringen ondervinden veroorzaakt door verwickelingen op het vlak van moeilijk kenbare ipr-regels etc.

Maar, ook in de hypothese van europeanisatie van het ipr, wordt men nog steeds geconfronteerd met de moeilijkheid dat toch, eerst en vooral – nog voor inschakeling van enige ipr-bron of -regel – een besef aanwezig moet zijn dat ipr-regels toepassing vereisen. Ook na europeanisatie van het ipr is nog steeds vereist dat mensen zich realiseren dat een situatie voorhanden is waarvoor ipr-regels dienen ingeschakeld te worden. Welnu, indien hantering van facultatief ipr wordt toegelaten, kan hantering van dit leerstuk soelaas bieden voor gevallen waarin partijen ipr als discipline hadden miskend. Ook zou facultatief ipr een opvangmogelijkheid kunnen bieden voor de hypothese dat partijen zich mogelijk wel bewust zijn van de ipr-problematiek, maar de zaak liever afhandelen als ware het een puur interne rechtsverhouding.

Maar, in hoeverre kan in de hypothese van europeanisatie van ipr de leer van het facultatief ipr gehanteerd worden, zo rijst de vraag.

Welnu, hoger signaleerde ik al dat De Boer in 1996 als zijn mening te kennen gaf dat het bezwaar dat middels hantering van facultatief ipr het unificatieproces wordt gefrustreerd niet als zwaarwegend moet worden beschouwd, gezien de povere resultaten van ipr-unificatie. Zou hij, zo rijst de vraag, dit bezwaar hoger inschatten in verhouding tot de grootscheepse Europese unificatie van ipr-regels zoals die zich nu voordoet – anno 2008 kan zeker niet meer gesproken worden van povere resultaten op het vlak van unificatie van het ipr, maar vindt integendeel een sensationele Europese unificatie van het ipr plaats? Hijzelf waarschijnlijk niet, zo lijkt het, want in een zeer recente publicatie¹³ bepleit De Boer inzake het 'voorstel Rome III' – bij gebreke van rechtskeuze – een veralgemeende toepasselijkheid van de *lex fori*,¹⁴ en, als dat niet kan worden gerealiseerd, prijst hij – laconiek – facultatief ipr als 'second best' oplossing aan.

Gezien zijn visie¹⁵ over de mogelijkheid facultatief ipr in te schakelen in verhouding tot ipr-regels van europeesrechtelijk

ke origine, zou dan wel alleszins in die landen waar, traditioneel, facultatief ipr wordt afgewezen, een kentering op dat vlak nodig zijn – en zouden landen waar, traditioneel, wel facultatief ipr wordt gehanteerd, dit ook nog steeds in confrontatie met Europese ipr-regels kunnen volhouden.¹⁶ Zo zou dan, middels hantering van facultatief ipr, een kans worden geboden desgewenst te ontsnappen aan Europese ipr-regels.

Maar is het sowieso wel aanvaardbaar dat nationale rechters op zodanige manier mogelijk proberen 'onderuit te komen' aan het Europese unificatieproces,¹⁷ dit door (Europese) ipr-regels eenvoudigweg te negeren?

Het is alleszins denkbaar dat, als facultatief ipr zou worden toegelaten, dergelijke 'Europees-ipr-vermijdende' praktijken zouden gaan plaatsvinden. Immers, ik herinner hier vooreerst aan Mostermans' opmerking dat in materies die niet ter dispositie staan van partijen sowieso toch veelal de *lex fori* toepasselijk is en facultatief ipr dan ook overbodig is. Welnu, hier moet worden aangetekend dat in materies die in sommige landen traditioneel aangemerkt zijn als niet ter beschikking staande van partijen en sowieso ter beoordeling vallend onder de *lex fori*, onder Europees ipr niet per se de *lex fori* toe-

12 Voor enkele opmerkingen over perikelen inzake toepasselijk recht en toepassing van vreemd recht in Europese context, zie ook wel mijn bijdrage V. Van Den Eeckhout, 'Toepasselijk recht en te verwachten erkenningsproblemen. Enkele opmerkingen in nationaal en Europees perspectief', *Migrantenrecht* 2007, p. 193-206. Over het verband tussen het vraagstuk van ambtshalve toepassing van ipr en ambtshalve toepassing van vreemd recht, mét – zeer kort – enkele opmerkingen over 'in internationaal en Europees verband tot stand gekomen regelingen' (zie met name nr. 33 en 34 van de bijdrage), zie ook Pellis 2003, p. 449-454 (zie noot 3) en het Rapport zelf van de Staatscommissie IPR inzake de Algemene Bepalingen Wet Internationaal Privaatrecht, p. 17, nr. 31 (zie noot 6). Vermeldenswaard in deze context is dat bij de publicatie van de 'Rome II' verordening (Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *PbEU* 2007, L 199/40) een 'Verklaring van de Commissie betreffende de behandeling van vreemd recht' verscheen (zie ook de herzieningsclausule zoals opgenomen in art. 30, lid 1, i) van de verordening), waarin wordt gesteld: 'De Commissie is zich bewust van de verschillende praktijken die in de lidstaten met betrekking tot de behandeling van vreemd recht worden gevolgd, en zal uiterlijk vier jaar na de inwerkingtreding van de verordening "Rome II" en hoe dan ook zodra deze beschikbaar is een horizontale studie bekendmaken over de toepassing van vreemd recht in burgerlijke en handelszaken door de rechter van de lidstaten, met inachtneming van de doelstellingen van het Haagse Programma. Zij is tevens bereid om zo nodig passende maatregelen te treffen.'

13 Zie Th.M. de Boer, 'The second revision of the Brussels II Regulation: jurisdiction and applicable law', in: K. Boele-Woelki en T. Sverdrup (red.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 341.

14 Zie over de consequenties daarvan wel *infra*, voetnoot 17 en 18.

15 Zie *supra*, waar blijkt dat De Boer de mogelijkheid tot hantering van inschakeling van facultatief ipr in verhouding tot supranationale ipr-regels laat afhangen van de houding op nationaal vlak terzake.

16 Voorzover – nog steeds in de visie van De Boer – de Europese regelgeving zelf niet dwingt tot ambtshalve toepassing.

17 Of – beschouwd vanuit het perspectief van partijen – dat partijen zodoende zouden kunnen 'shoppen' en onderuit kunnen komen aan een welbepaalde verwijzingsregel: ook al zou dan in principe in alle lidstaten eenzelfde verwijzingsregel gelden, dan nog zouden partijen door het aanspreken van een rechter van een lidstaat waar de leer van het 'facultatief ipr' wordt gehanteerd het daar geldende materieel recht toepasselijk kunnen maken.

passelijk wordt geacht.¹⁸ Zo bezien zou precies inschakeling van facultatief ipr aan rechters de mogelijkheid kunnen bieden de *lex fori* toe te passen, ook al zou de Europese ipr-regel naar een ander recht verwijzen. Kortom, de mogelijkheid al of niet 'facultatief ipr' in te schakelen krijgt zodoende in c.q. na een proces van europeanisatie van het ipr mogelijk méér betekenis dan voorheen.

Anderzijds moet hierbij wel al direct worden opgemerkt dat daar waar bij unificatie van het ipr *rechtskeuzemogelijkheden* voor de *lex fori* worden opengesteld – ook in domeinen waar in bepaalde nationale ipr-stelsels de materie traditioneel werd beschouwd als niet ter beschikking staande van partijen – op deze manier inschakeling van facultatief ipr wederom welhaast overbodig wordt. Zoals Mostermans eerder opmerkte dat mogelijkheid tot hantering van facultatief ipr welhaast overbodig lijkt in materies die ter dispositie van partijen staan, lijkt deze opmerking ook meer en meer te kunnen opgaan voor materies die voorheen beschouwd werden als niet ter beschikking staand van partijen, maar nu, onder Europees ipr, wel als zodanig worden beschouwd. Uiteraard veronderstelt het uitbrengen van een rechtskeuze wel dat hieromtrent overeenstemming bestaat tussen partijen, en bovendien zal her en der mogelijk ook aan vormvereisten moeten zijn voldaan, of kan de complicatie rijzen dat een rechtskeuze niet 'tijdig' is uitgebracht.

Al bij al: wel of niet mogelijkheid, wenselijkheid, noodzaak tot hantering van facultatief ipr in verhouding tot Europees ipr? ... Het thema krijgt in discussies over de europeanisatie van het ipr voornamelijk nauwelijks aandacht en wordt niet op pregnante wijze naar voren geschoven.

Wel is het zo dat de problematiek van hantering van facultatieve verwijzingsregels in Europese context raakvlakken¹⁹ vertoont met thema's die momenteel wél op pregnante wijze naar voren komen en tot controverse aanleiding geven, zoals de vraag in welke gevallen een nationale overheid de vrijheid heeft al of niet ipr-regels in te schakelen bij de omgang met situaties van multipatridie – dit zowel in familierechtelijke als in niet-familierechtelijke aangelegenheden.²⁰ Overigens zijn er ook raakvlakken met een thema dat voornamelijk niet veel aandacht trekt, maar mogelijk op termijn ook op Europees vlak nog zal gaan spelen, met name de vraag in welke gevallen ipr-regels inzake *erkenning* in Europese context toepassing vereisen, indien bijvoorbeeld een familierechtelijke kwestie dient te worden afgehandeld in het kader van een procedure die een vraag betreft van sociaalrechtelijke aard, of nog, van verblijfsrechtelijke aard.²¹

4. Slot. Europeanisatie van het ipr: aanleiding tot heropleving van discussies over facultatief ipr, of finale doodsteek voor de leer?

Eerder – nog voor het proces van europeanisatie van het ipr van start was gegaan – toonde ik me zelf géén voorstander van facultatief ipr, althans niet facultatief ipr waarbij de rechter, bij gebreke van een beroep door een der partijen op buitenlands recht, het conflictenrecht niet alleen buiten toepassing laat, maar partijen daarop ook niet hoeft te attenderen.²² Een bezwaar tegen facultatief ipr dat ik destijds bijzonder zwaarwegend achtte, is het bezwaar dat aanvaarding van facultatief ipr het risico inhoudt dat de betrokkenen de ipr-dimensie van hun rechtsgeschied eenvoudigweg niet hebben onderkend.

Wel moet ik onderkennen dat het zo is dat één van de redenen waarom ik dat bezwaar zwaarwegend achtte, anno 2008 mogelijk aan belang heeft ingeboet, alleszins toch in Europese context. Immers, destijds betoogde ik dat partijen alleszins op de internationaliteit van hun rechtsverhouding en de daar-

mee samenhangende ipr-problematiek gewezen moeten worden gezien de *neveneffecten van hinkende rechtsverhoudingen*. Ik had daarbij onder meer de situatie voor ogen dat bij toepassing van foraal recht – waarbij toepassing van foraal recht geschiedt middels inschakeling van facultatief ipr – mogelijk hinkende rechtsverhoudingen zouden worden gecreëerd, terwijl denkbaar is dat partijen het ontstaan van hinkende rechtsverhoudingen hadden willen en kunnen vermijden indien hen was gewezen op de ipr-dimensie van hun rechtsverhouding. Welnu, anno 2008 is het onmiskenbaar zo dat een van de hoofdbetrachtingen van Europa in het proces van europeanisatie van het ipr nu precies ligt in het vermijden van hinkende rechtsverhoudingen – het streefdoel van het bevorderen van voorspelbaarheid, rechtszekerheid en 'wederzijdse erkenning' wordt bijzonder zwaarwegend geacht –, en dat één van de manieren waarop men die wederzijdse erkenning probeert te bewerkstelligen bestaat in het uitvaardigen van soepele regels van erkenning c.q. het afdwingen van erkenbaarheid, *ongeacht* het door de rechter op de rechtsverhouding toegepaste recht. In die zin zal anno 2008 allicht het bezwaar dat middels inschakeling van facultatief ipr hinkende rechtsverhoudingen kunnen worden gecreëerd, met alle nadelen vandien, terwijl partijen die nadelen mogelijk liever hadden

18 Een uniform verwijzingsstelsel dat geënt is op de toepasselijkheid van de *lex fori* geeft uiteindelijk als resultaat dat in de onderscheiden rechtsordes heel *divers* zal worden gehandeld, terwijl een van de hoofdbetrachtingen van de EU toch is te bekomen dat in elk van de EU-lidstaten op *uniforme* wijze wordt geredeneerd. Iets anders is wel het bieden van de mogelijkheid aan partijen een rechtskeuze uit te brengen voor, bijvoorbeeld, foraal recht.

19 Zie het dat de onderwerpen sowieso onderscheiden moeten worden. Overigens gaat het in de jurisprudentie inzake omgang met situaties van multipatridie veeleer om de toelaatbaarheid van *inschakeling* van ipr-regels dan om de toelaatbaarheid van negeren van ipr-regels.

20 De nationale houding terzake wordt, indien de casus binnen het bereik van het Hof van Justitie valt, gecontroleerd door het Hof van Justitie. Zie voor jurisprudentie van het Hof van Justitie, o.a. de zaken *Micheletti* (HvJ 7 juli 1992, C-369/90), *Mesbah* (HvJ 11 november 1999, C-179/989), *Devred* (HvJ 14 december 1979, C-257/78), *Gilly* (HvJ 12 mei 1998, C-336/96), *Garcia Avello* (HvJ 2 oktober 2003, C-148/02, NIPR 2004, 2), en *El Yousfi* (HvJ 17 april 2007, C-276/06, USZ 2007/214). Deze rechtspraak van het Hof wordt momenteel op nationaal vlak niet uniform geïnterpreteerd en leidt tot controverses, zie voor rechtspraak op Nederlands-nationaal niveau o.a. Raad van State 29 maart 2006, *JV* 2006/172, m.nt. C. Groenendijk tegenover Rb. 's Gravenhage 18 oktober 2006, *JV* 2006/462, m.nt. P. Boeles (inzake omgang met situaties van multipatridie bij hantering van de Gezinsherenigingsrichtlijn), Raad van State 31 juli 2006, *JV* 2006/355, m.nt. C. Groenendijk (inzake beroep op de associatieovereenkomst EEG-Turkije), Centrale Raad van Beroep 22 augustus 2001, LJN: AD5020 inzake sociaal zekerheidsrecht. Over omgang met multipatridie in Europese ipr-regelgeving zelf (met name in rechtsmachtbepalingen van Brussel II bis), zie een recent gestelde prejudiciële vraag van het Franse Hof van Cassatie, *PbEU* 2008, C-168/08.

21 Zie bv. voor de Nederlandse situatie, in procedures waarin een vraag van sociaalrechtelijke aard centraal stond, en de vraag of (nationale) ipr-regels daarbij genegeerd mochten worden. V. Van Den Eeckhout, 'Uw kinderen zijn uw kinderen niet ... in de zin van artikel 7 AKW', *FJR* 2001, p. 171-176 en, naar aanleiding van nieuwe rechtspraak van de Nederlandse Centrale Raad van Beroep terzake, V. Van Den Eeckhout, 'Erkenbaarheid van een 'erkenning' in sociaalrechtelijke context: redeneren aan de hand van ipr of los van ipr?', *NIPR* 2006, p. 7-10.

22 V. Van Den Eeckhout, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partners. De impulsen van de confrontatie van het I.P.R. met 'gemengde' partnerrelaties voor de ontwikkeling van het conflictenrecht*, Proefschrift KULeuven 1997, p. 485 e.v. en p. 600.

willen vermijden, in een aantal gevallen geneutraliseerd zijn. Maar hebben we het over het Europese streefdoel van het bevorderen van wederzijdse erkenning, dan moet hier wel nog gewezen worden op een ander aspect ervan, dat mogelijk een argument vormt tegen facultatief ipr: in het proces van europeanisatie van het ipr wordt immers voorgehouden dat om de voorspelbaarheid van de uitslag van rechtsgedingen, de rechtszekerheid en de wederzijdse erkenning van beslissingen te bevorderen, ook vereist is dat de in de lidstaten geldende collisieregels hetzelfde nationale recht aanwijzen, ongeacht bij welke rechter het geding aanhangig is gemaakt.²³ Inschakeling van facultatief ipr zou nu precies het streefdoel onderuit kunnen halen dat, waar ook een procedure wordt gestart, een zelfde recht toepasselijk blijkt. Zo zouden voor partijen alsnog shoppingsmogelijkheden openstaan. Over 'shoppingsmogelijkheden' binnen Europa – mogelijkheden die door de Europese regelgever en het Hof van Justitie zowel kunnen worden in het leven geroepen²⁴ als binnen de perken gehouden²⁵ – en mogelijkheden voor nationale overheden om ook bij unificatie van het Europees ipr alsnog een eigen koers te varen, is een controverse gaande.²⁶ Welnu, zal men binnen Europa dit type shoppingsmogelijkheid c.q. deze 'ondermijning' van het unificatieproces willen toelaten, zo ja in welke materies en onder beargumentering van welke motieven, zo benieuwt het mij dan te weten? Facultatief ipr lijkt mijzelf alleszins wel een veeleer *verdoken* manier tot creatie c.q. instandhouding van shoppingsmogelijkheden en behoud van nationale soevereiniteit.

Voorgaande zijn maar enkele van de aandachtspunten die kunnen worden aangestipt bij een eventuele, vernieuwde, discussie over de noodzaak en haalbaarheid van hantering

van facultatief ipr, ditmaal in een context van europeanisatie van het ipr. Vooralsnog is er geen groot debat gaande over dit thema. Maar denkbaar is dat dit naar de toekomst toe wijzigt, en de leer van het facultatieve ipr dan hetzij een heropleving kent, hetzij de finale doodsteek krijgt.

-
- 23 Cfr. nog recent de zesde considerans in de Preamble van de Rome I verordening (Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbin-
tenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEU* 2008, L 177/6.
- 24 Zie bv. ontwikkelingen in het international vennootschapsrecht, in het bijzonder de impact van het arrest *Inspire Art* (HvJ 30 september 2003, zaak C-167/01, *NIPR* 2003, 255).
- 25 Zie bv. de Detacheringsrichtlijn (Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *PbEG* 1997, L 018), waarbij mogelijkheden voor bedrijven voordeel te halen uit verschillen in regeling van het arbeidsrecht tussen lidstaten (hetgeen kan resulteren in een situatie van 'social dumping') binnen de perken worden gehouden.
- 26 Zie bv. de op 2 april 2008 op de weblog <www.conflictoflaws.net> gepubliceerde 'guest editorial' van H. Muir Watt, 'Reshaping Private International Law in a Changing World'; L. de Lima Pinheiro, 'Competition between Legal Systems in the EU and Private International Law', *IPRax* 2008, p. 206-231; V. Van Den Eeckhout, 'Competing Norms and European Private International Law. Sequel to "Promoting Human Rights within the Union: the Role of European Private International Law"', te verschijnen als tweede bijdrage aan het Refgov-project (<refgov.cpd.r.be>), reeds te raadplegen op de site van het project, onder 'Publications', subnetwork 'Fundamental Rights'.