

Buitenlands recht in Belgische rechtbanken: roeien met korte riemen

Jinske Verhellen¹

Inleiding	23
I. Cassatiearrest van 29 oktober 2015: geen nieuwe werkwijze	24
A. Vaststellen buitenlands recht in het kader van de erkenning en uitvoerbaarheid van een buitenlands vonnis	24
B. Artikel 15 WIPR	24
C. Van artikel 15 WIPR en cassatiecontrole naar de moeilijkheden in de praktijk	25
II. Toegang tot en informatie over het buitenlands recht	26
A. Magistraten roeien met korte riemen	26
1. Structureel gebrek aan ondersteuning opvangen via de partijen?	26
2. Europees justitieel netwerk	27
3. Verdrag van Londen 1968	28
B. Pragmatische keuze voor de toepassing van de lex fori	29
C. Nadenken over de toekomst	30
Bij wijze van conclusie	32

SAMENVATTING

Het Wetboek van internationaal privaatrecht bepaalt dat de rechter buitenlands recht als recht en niet als feit moet beschouwen. Dit impliceert dat de rechter, en dus niet de partijen, de inhoud van het buitenlands recht moet vaststellen en toepassen (iura novit curia). Bovendien moet de rechter het buitenlandse recht toepassen volgens de in het buitenland gevolgde interpretatie. Deze bijdrage neemt het arrest van het Hof van Cassatie van 29 oktober 2015 als uitgangspunt en gaat vervolgens in op verschillende moeilijkheden en uitdagingen in verband met de toegang tot en toepassing van het buitenlands recht.

RÉSUMÉ

Le Code de droit international privé dispose que le juge doit considérer le droit étranger comme un vrai droit et non pas comme un simple fait. Cela implique que le juge lui-même, et donc pas les parties, doit constater et appliquer le contenu du droit étranger (iura novit curia). Le juge doit par ailleurs appliquer le droit étranger selon l'interprétation reçue à l'étranger. La présente contribution se penche d'abord sur l'arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2015. Ensuite, le texte décortique les défis et difficultés divers concernant l'accès au droit étranger et son application.

INLEIDING

In een steeds meer globaliserende wereld moeten hoven en rechtbanken regelmatig buitenlands recht toepassen en interpreteren². Dan rijst uiteraard de vraag hoe en waar rechters dit recht moeten vinden, hoe zij het buitenlands recht moeten begrijpen en interpreteren, en vooral waar betrouwbare en actuele informatie over dat buitenlands recht te vinden is. De vragen lijken eenvoudig, de antwoorden zijn het allerm minst ... alleen al omdat het om veel meer gaat dan het vinden van de wettelijke bepalingen van het toepasselijk buitenlands

recht alleen. Buitenlands recht toepassen impliceert niet alleen kennis van de buitenlandse wetgeving, maar ook van de buitenlandse rechtspraak en rechtsleer.

De voorbije maanden stelde ik bij een aantal magistraten een zekere ongerustheid vast. Ze hadden het over advocaten die plots verwijzen naar een “nieuw” arrest van het Hof van Cassatie dat hen oplegt om zelf het buitenlands recht op te zoeken... iets wat die magistraten overlaten aan de partijen.

¹ Docent UGent.

² Het thema beroert niet alleen magistraten in België; zie bv. de lopende lezingenreeks bij het Franse Hof van Cassatie over de toepassing van buitenlands recht, www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/colloques_venir_52/tm_application_mr521.html (laatst geraadpleegd op 7 september 2017).

Voorliggende bijdrage zal dit cassatiearrest van 29 oktober 2015³ als uitgangspunt nemen en ingaan op de vraag of dit arrest wel zo nieuw is (I.). Vervolgens worden enkele moei-

lijkheden en uitdagingen in verband met de toegang tot en informatie over het buitenlands recht onder de loep genomen (II.).

I. CASSATIEARREST VAN 29 OKTOBER 2015: GEEN NIEUWE WERKWIJZE

A. Vaststellen buitenlands recht in het kader van de erkenning en uitvoerbaarheid van een buitenlands vonnis

Het arrest van 29 oktober 2015 ging over de erkenning en uitvoerbaarheid in België van een vonnis uit Californië en de toepassing van de controlegronden in artikel 25 WIPR⁴. Een van die controlegronden heeft te maken met het definitief karakter van het buitenlandse vonnis. Artikel 25, § 1, 4^o bepaalt dat een buitenlandse rechterlijke beslissing niet kan worden erkend of uitvoerbaar verklaard indien zij overeenkomstig het recht van de staat waar de beslissing werd gewezen, nog vatbaar is voor een gewoon rechtsmiddel.

Het hof van beroep te Brussel had geoordeeld dat de eisende partij moest aantonen dat het verstekvonnis uit Californië niet definitief was. Het Hof van Cassatie vernietigde de uitspraak van het hof van beroep omdat de feitenrechter zelf de inhoud van het buitenlands recht moet vaststellen en dit niet mag overlaten aan de partijen. *In casu* had het hof van beroep zelf moeten onderzoeken of het vonnis volgens het recht van Californië nog vatbaar was voor een rechtsmiddel. Deze opdracht voor de feitenrechter is voorzien bij wet, meer bepaald in artikel 15 WIPR. Het cassatiearrest verwijst expliciet naar deze spilbepaling over de toepassing van buitenlands recht door de Belgische rechter. Zoals hierna zal duidelijk worden, legt het cassatiearrest van 29 oktober 2015 geen nieuwe werkwijze op.

B. Artikel 15 WIPR

Met artikel 15 WIPR codificeerde de wetgever in 2004 eerdere ontwikkelingen in de rechtspraak. Hij gaf het alom gekende *Babcock*-arrest van 9 oktober 1980 een wettelijke grondslag⁵. Hoewel opgenomen in het WIPR bepaalt artikel 15 hoe de Belgische rechter buitenlands recht moet

toepassen, óók wanneer dit buitenlands recht wordt aangegeven door verwijzingsregels in verordeningen en verdragen. Er bestaan immers geen Europese regels over de manier waarop nationale rechters het buitenlands recht moeten toepassen en interpreteren.

Artikel 15, § 1 WIPR bepaalt dat de inhoud van het door het WIPR aangewezen buitenlands recht door de rechter wordt vastgesteld. Artikel 15 bevestigt de regel dat rechters het buitenlands recht als recht en niet als feit moeten beschouwen⁶. Dit impliceert dat de rechter, en dus niet de partijen, de inhoud van het buitenlands recht moet vaststellen en toepassen (*iura novit curia*). Hieruit vloeit voort dat de toepassing van buitenlands recht door de feitenrechter het voorwerp kan uitmaken van cassatiecontrole. Daarbij is, op straffe van niet-ontvankelijkheid van het cassatiemiddel, vereist dat niet enkel de schending van het buitenlands recht wordt aangevoerd, maar ook de schending van de verwijzingsregel die leidde tot de toepassing van het buitenlands recht. Het Hof van Cassatie heeft dit reeds in meerdere arresten bevestigd: “*Wanneer de feitenrechter een vreemde wet toepast, moet hij de draagwijdte ervan bepalen door rekening te houden met de uitlegging die zij krijgt in het land van oorsprong. Het Hof toetst of de beslissing van de feitenrechter met die uitlegging strookt. De schending van de vreemde wet wordt echter enkel via de verwijzingsregel bij het Hof aanhangig gemaakt.*”⁷. Er bestaat wel discussie over de vraag of deze redenering ook opgaat wanneer het buitenlands recht wordt aangewezen door verwijzingsregels in Europese verordeningen⁸. Er wordt geargumenteed dat door de primauté van het Europees recht de schending van het buitenlands recht volstaat zonder dat partijen ook de schending van de verwijzingsregels moeten aanvoeren⁹.

De ambtshalve toepassing van het buitenlands recht sluit niet uit dat de rechter een beroep kan doen op de hulp van de partijen. De wetgever heeft deze mogelijkheid expliciet in de

³. Cass. 29 oktober 2015, C.14.0338.N, *Tijdschrift@ipr.be* 2015, nr. 4, 17.

⁴. Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht (BS 27 juli 2004).

⁵. Cass. 9 oktober 1980, *JT* 1981, 70, *Arr. Cass.* 1980-81, 142 en *RW* 1981-82, 1472. Zie *MvT*, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 40.

⁶. Voor een vergelijking met andere landen binnen de Europese Unie, zie C. ESPLUGUES, J.L. ESPLUGUES en G. PALAO (eds.), *Application of Foreign Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2011, 409 p. Deze studie geeft een algemeen overzicht van de bestaande situatie in alle EU-lidstaten betreffende de toepassing van buitenlands recht door gerechtelijke en niet-gerechtelijke autoriteiten.

⁷. Cass. 4 november 2010, *RW* 2011-12, 824, noot M. TRAEST. Zie ook: Cass. 3 juni 2004, C.03.0070.N, *Arr. Cass.* 2004, 990; Cass. 14 februari 2005, S.03.0135.F, *Arr. Cass.* 2005, 363; Cass. 18 april 2005, S.04.0018.F, *Arr. Cass.* 2005, 900; Cass. 20 april 2009, C.08.0465.N, *Arr. Cass.* 2009, 1049.

⁸. Bv. verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (*Pb.L.* 4 juli 2008, afl. 177, 6) (hierna: Rome I-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 (*Pb.L.* 31 juli 2007, afl. 199, 40) (hierna: Rome II-Verordening).

⁹. M. TRAEST, “Belgium” in C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS en G. PALAO (eds.), *Application of Foreign Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2011, 130 (zie vooral vn. 11) en 139.

wet opgenomen, maar bepaalt dat dit enkel mogelijk is wanneer de rechter de inhoud niet kan vaststellen (art. 15, § 2 WIPR). Dit mildert het adagium *iura novit curia* in die zin dat het geen volledige uitwerking moet krijgen wanneer het om buitenlands recht gaat.

De taakverdeling is dus duidelijk: de rechter moet zelf de inhoud van het buitenlands recht opzoeken en toepassen, maar hij of zij kan hierbij de hulp van de partijen inroepen¹⁰. Hierbij moeten uiteraard de rechten van verdediging gerespecteerd worden: de rechter moet, na kennis te hebben genomen van de inhoud van het buitenlands recht, dit ter kennis brengen van de partijen en eventueel de debatten (her)openen om de partijen de mogelijkheid te bieden hierover te concluderen¹¹. Een illustratie hiervan vinden we in een maritieme zaak waar het hof van beroep te Antwerpen inging op het verzoek van de partijen om de debatten te heropenen indien het hof tot de toepasselijkheid van het Engels recht zou besluiten – wat het geval was¹².

Artikel 15 legt niet alleen de taakverdeling vast, maar vult ook de opdracht van de rechter heel concreet in. Artikel 15, § 1, tweede lid WIPR schrijft voor dat het buitenlands recht moet worden toegepast volgens de in het buitenland gevolgde interpretatie. Het volstaat dus niet om de wettekst te kennen; de rechter moet ook de buitenlandse rechtspraak en doctrine kennen¹³. Of, zoals Wautelet het treffend verwoordt, de rechter moet rekening houden met het hele systeem waarbinnen de toepasselijke rechtsregel functioneert en waarvan men dus de globale architectuur moet begrijpen¹⁴. De Belgische rechter moet dus rechtspreken zoals dit zou gebeuren in het land waarvan het recht toepasselijk is. Ook hier is enige nuancering nodig.

De cassatiecontrole op de toepassing van buitenlands recht is immers anders dan deze op de toepassing van het Belgisch recht. De feitenrechter mag het buitenlands recht niet toepassen op een manier die kennelijk anders is dan de toepassing ervan in het land van herkomst. In een cassatiearrest van

18 maart 2013 was de interpretatie van een bepaling van de Congolese *Code du travail* aan de orde in een geschil over de niet-uitbetaling van een loon en de verjaring van deze vordering uit arbeidsovereenkomst¹⁵. Er was controverse in Congo over de interpretatie van deze wettelijke bepaling. Het bestreden arrest van het hof van beroep te Brussel koos voor een bepaalde uitlegging en baseerde zich hiervoor op de wetgevende evolutie in Congo, de *memorie van toelichting* bij de Congolese *Code du travail*, de Congolese doctrine en recente rechtspraak van de hoven van beroep te Kinshasa-Gombe en Kinshasa-Matete. Het Hof van Cassatie oordeelde dat zijn opdracht erin bestaat om na te gaan of de beslissing van de feitenrechter overeenstemt met de uitlegging die gegeven wordt in het land van oorsprong. Na te hebben vastgesteld dat de bewuste wettelijke bepaling voorwerp van discussie was in Congo, oordeelde het Hof van Cassatie dat het hof van beroep aan de Congolese bepaling geen uitlegging gaf die “gelet op de verdeeldheid binnen de Congolese rechtspraak, kennelijk niet overeenstemt met de uitlegging die de bepaling in Congo krijgt”. Anders gezegd, het Hof van Cassatie maakte duidelijk dat wanneer een bepaling van het buitenlands recht voor meerdere interpretaties vatbaar is, het niet zijn taak is om dit interpretatievraagstuk te beslechten, maar eerder om na te gaan of de interpretatie van de Belgische feitenrechter redelijkerwijze kan worden aanvaard¹⁶. Anders dan het hoger vermeldde cassatiearrest van 29 oktober 2015 kan dit arrest wel gelezen worden als een nieuwe ontwikkeling, of beter een verdere verfijning van de taak van de feitenrechter bij de toepassing van buitenlands recht.

C. Van artikel 15 WIPR en cassatiecontrole naar de moeilijkheden in de praktijk

Vele auteurs schreven al over de ongetwijfeld interessante vraag of men buitenlands recht als feit dan wel als recht moet beschouwen¹⁷. Zoals gezegd, komt dit onderscheid in essen-

¹⁰. Het arrest *Babcock* kon men nog strikter interpreteren in die zin dat partijen de rechter niet moeten helpen. Ze mogen wel behulpzaam zijn. Zie J. ERAUW, “De ambtshalve toepassing van vreemd recht en de cassatiecontrole op die toepassing”, *RW* 1981-82, 1459.

¹¹. *MvT, Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 40.

¹². Antwerpen (4^{de} k.) 4 november 2013, *Tijdschrift@ipr.be* 2017, nr. 3, 22.

¹³. Verslag Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, 39.

¹⁴. P. WAUTELET, “Aux confins de la ‘norme’: quelques réflexions sur le statut du droit étranger en droit international privé belge” in P. MARTENS (ed.), *Liber Amicorum Paul Martens. L’humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Brussel, Larcier, 2007, 653.

¹⁵. Cass. 18 maart 2013, C.12.0031.F, *Arr.Cass.* 2013, 750.

¹⁶. P. WAUTELET, “Foreign Law in Belgian Courts: Ambition vs Reality”, te raadplegen op: <http://ssrn.com/abstract=2521332> of <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2521332>, randnr. 42. Zie ook P. WAUTELET, “Belgium: Foreign Law in Belgian Courts – From Theory to Practice” in Y. NISHITANI (ed.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?*, Springer, 2017, 63-92.

¹⁷. Zie o.m. S. CORNELOUP, “Rechtsermittlung im Internationalen Privatrecht der EU: Überlegungen aus Frankreich”, *RechtsZ* 2014, 844-862; T.M. DE BOER, “Facultative Choice of Law: the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, T. 257, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1996, 223-427; C. ESPLUGUES MOTA, “Harmonization of private international law in Europe and application of foreign law: the ‘Madrid principles’ of 2010”, *Yearbook of Private International Law* 2011, 273-297; T.C. HARTLEY, “Pleading and proof of foreign law: the major European systems compared”, *International and Comparative Law Quarterly* 1996, 271-292; M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign law in national courts. A comparative perspective”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, T. 304, Den Haag, Martinus Nijhoff, 2003, 181-376; S. LALANI, “Establishing the content of foreign law: a comparative study”, *MJ* 2013, 75-112; K. LENAERTS, “Le statut du droit étranger en droit international privé belge. Vers un nouvel équilibre?” in R. VANDER ELST (ed.), *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Brussel, Nemesis, 1986, 529-555; J. MCCOMISH, “Pleading and proving foreign law in Australia”, *Melbourne University Law Review* 2007, 400-442; H. STORME, “Vreemd recht voor Belgische rechter”, *NJW* 2005, 1154-1166; M. TRAEST, “Belgium” in C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS en G. PALAO (eds.), *Application of Foreign Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2011, 129-143.

tie neer op de vraag wie verantwoordelijk is voor het vaststellen van het buitenlands recht: de rechter of de partijen.

Ik wil hier kort verwijzen naar een interessante rechtsvergelijkende studie met een gedetailleerd overzicht van de verschillende posities die de landen van de Europese Unie innemen ten aanzien van buitenlands recht¹⁸. De studie beschrijft de traditionele tweeledige opdeling (buitenlands recht als feit of buitenlands recht als recht)¹⁹ en voegt hier een derde categorie aan toe (de hybride aard van het buitenlands recht)²⁰. De studie stelt dat deze classificatie niet echt stand houdt en bovendien relatief en onzeker is. De meeste EU-lidstaten ondersteunen “*a convoluted treatment of foreign law before their courts which is deepened by the fears, prejudices and temptations that the application of foreign law entails to the judge*”²¹.

Hoe interessant dergelijke discussies en classificaties ook

zijn, de focus van deze bijdrage ligt op het “hoe”, eerder dan op het “wie”²². Hoe wordt buitenlands recht gevonden? Hoe wordt de inhoud van het buitenlands recht vastgesteld? Hoe moet het toepasselijk buitenlands recht begrepen en geïnterpreteerd worden? De juridische discussie over het statuut van het buitenlands recht en over de vraag wie (rechter of partijen) verantwoordelijk is voor de vaststelling van het buitenlands recht verstomt immers wanneer men de moeilijkheden met betrekking tot de toegang tot en informatie over het buitenlands recht in overweging neemt. Eerder schreef ik dat deze theoretische discussie weinig bestaansreden heeft wanneer een van haar premissen, het buitenlands recht zelf, ontoegankelijk is²³. De eigenlijke discussie moet m.i. gaan over de toegang tot kwaliteitsvolle en actuele informatie over het buitenlands recht. Wanneer rechters het levend buitenlands recht moeten toepassen, dan moet ook geregeld zijn hoe zij dit recht kunnen vinden én begrijpen.

II. TOEGANG TOT EN INFORMATIE OVER HET BUITENLANDS RECHT

A. Magistraten roeien met korte riemen

1. Structureel gebrek aan ondersteuning opvangen via de partijen?

Wanneer de verwijzingsregels van het IPR buitenlands recht aanwijzen, moeten rechters kwaliteitsvolle en up-to-date-informatie over dat buitenlands recht vinden. In de praktijk lijkt de taakverdeling die artikel 15 WIPR voorschrijft, te zijn omgekeerd. Belgische rechters hebben altijd beroep gedaan op de partijen om de inhoud van het buitenlands recht (mee) op te sporen, wat hun ongerustheid verklaart wanneer advocaten de bal terugkaatsen (recent blijkbaar naar aanleiding van het hogervermelde cassatiearrest).

Het verschil tussen de wet en de praktijk is vooral een gevolg van de afwezigheid van structurele ondersteuning van de magistraten. Er zijn geen overkoepelende initiatieven binnen de FOD Justitie of FOD Buitenlandse Zaken waar magistraten met vragen over buitenlands recht terecht kunnen. Ook twee supranationale instrumenten werken onvoldoende en lijken in de praktijk weinig gekend²⁴: het Verdrag van Londen van 7 juni 1968 (Raad van Europa) en het Europees justitieel netwerk (Europese Unie). Op deze twee mechanismen kom ik hieronder uitgebreider terug.

Magistraten moeten bijgevolg roeien met de riemen die ze hebben. Hierbij lijkt de hulp van de partijen essentieel en zelfs onmisbaar. Zo stellen vele rechters vandaag een eigen bibliotheek van buitenlands recht samen. Zij recupereren daarvoor vaak gegevens die zij in hun dossiers van de partijen hebben gekregen. Zij kunnen die informatie dan gebruiken in latere zaken. Ik verwijs naar eerder onderzoek waarin meerdere rechters werden geïnterviewd en een van de geïnterviewde rechters het als volgt verwoordde:

“*Je vindt wetgeving in bundels terug omdat mensen dat aanreiken (...) Je ziet het in de stukkenbundels van de advocaten en dat wordt hier allemaal gespaard. Wij hebben hier een kast met zaken van vreemd recht en wetgeving. (...) Een beetje sprokkelen (...) naar best vermogen. (...) Als je vreemd recht moet toepassen, dan is het een beetje ploeteren, en dan vraag je aan de mensen om documentatie voor te leggen. Je weet dan nog altijd niet of het op dat moment de juiste wetgeving is. (...) Je krijgt een uittreksel (...) je weet dan totaal niet of het juist is... ze kunnen het volgens mij zo vertekenen en een eigen wetboek brouwen. Maar ja, op dat moment ben je al blij dat je iets kunt lezen.*”²⁵

De vraag is inderdaad hoe accuraat deze dossier-gebonden verzamelingen wel zijn. Bovendien, zoals gezegd, buiten-

¹⁸. C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS en G. PALAO (eds.), *Application of Foreign Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2011, 409 p.

¹⁹. Buitenlands recht als recht, zoals in België, Bulgarije, Duitsland, Estland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Italië, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, de Scandinavische landen, Slovenië en Slowakije en Tsjechië. Buitenlands recht als feit, zoals in Cyprus, Ierland, Luxemburg, Malta, Spanje en het Verenigd Koninkrijk.

²⁰. Zoals in Letland, Litouwen en Nederland.

²¹. C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS en G. PALAO (eds.), *Application of Foreign Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2011, 9.

²². Zie ook S. LALANI, “A proposed model to facilitate access to foreign law”, *Yearbook of Private International Law* 2013, 299.

²³. J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, 171, nr. 271.

²⁴. M. TRAEST, “Belgium” in C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS en G. PALAO (eds.), *Application of Foreign Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2011, 134.

²⁵. J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, 111-112, nr. 183.

lands recht toepassen vereist zoveel meer dan het opsporen van de wettelijke bepalingen alleen. Het vereist van de rechters dat zij ook het buitenlands recht “in actie”²⁶, het levend buitenlands recht onderzoeken. Dit legt een zware last op de schouders van de rechters²⁷. De wettelijke mogelijkheid om beroep te doen op de hulp van de partijen, is dan zonder meer aantrekkelijk en m.i. ook verdedigbaar wanneer partijen een keuze hebben gemaakt voor de toepassing van het buitenlands recht. Artikel 15 WIPR maakt weliswaar geen onderscheid naargelang het buitenlands recht wordt aangewezen door een objectieve, dan wel een subjectieve verwijzingsregel. Toch is het aannemelijk dat een keuze van partijen voor buitenlands recht impliceert dat zij dit recht kennen en misschien wel in hun bezit hebben. Het blijft uiteraard aan de rechter om erover te waken dat dit recht correct wordt toegepast.

Een dergelijke rechtskeuze, die in commerciële zaken niet uitzonderlijk is, sluit evenwel niet uit dat de rechter voor lastige interpretatievraagstukken kan worden geplaatst. Een illustratie hiervan is te vinden in een arrest van 4 november 2013 van het hof van beroep te Antwerpen²⁸. In deze zaak hadden de partijen voor het Engelse recht gekozen. Nadat het hof besloot tot de geldigheid van deze rechtskeuze, ontstond discussie over de interpretatie van het Engelse recht. “Partijen hebben spontaan en naar best vermogen, de inhoud van het toepasselijke Engelse recht, waarvan de bronnen ook hier te lande vlot toegankelijk zijn, voorgebracht en zij hebben zich ingespannen om de draagwijdte van de toepasselijke regels naar Engels recht te duiden.” Partijen legden elk een *expert opinion* voor.

In commerciële zaken komt de hulp van partijen inderdaad vaak onder de vorm van expertadviezen. Anders dan in familië zaken doen partijen in commerciële zaken regelmatig beroep op experts. Bedrijven, verzekeringsmaatschappijen, enz. hebben hiervoor nu eenmaal meer middelen dan bijvoorbeeld een man die zijn vaderschap wil laten vaststellen en de inhoud van het toepasselijk buitenlands recht moet aanleveren. Dit neemt uiteraard niet weg dat ook in commerciële zaken de kosten voor de expertadviezen hoog kunnen

oplopen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een arrest van het hof van beroep te Antwerpen waarin een van de partijen een hogere rechtsplegingsvergoeding vroeg omwille van de expertisen en vertaalkosten die betaald werden in de procedures in België en in Duitsland. Voor het hof maakten deze kosten echter “op zich geen reden uit om een maximumbedrag aan rechtsplegingsvergoeding toe te kennen”²⁹.

Het beroep op de hulp van partijen is echter niet zonder risico's. Een eerste reëel risico is dat de door de partijen aanleverde informatie over het buitenlands recht, inclusief de expertadviezen, gekleurd is. Zelfs wanneer deze informatie aan tegenspraak is onderworpen, blijft het uiteindelijk altijd aan de rechter om zelf de inhoud van het buitenlands recht te verifiëren³⁰. Om die reden zouden onafhankelijke adviezen een betere optie zijn, bijvoorbeeld adviezen van academici of onafhankelijke onderzoeksinstituten. Dergelijke adviezen kunnen bovendien publiek worden gemaakt, waardoor men deze ook buiten de context van een specifieke rechtszaak kan gebruiken³¹. Een tweede risico is dat de vaststelling van het buitenlands recht afhankelijk wordt gemaakt van de medewerking van de partijen. Dit kan uiteraard niet het geval zijn. De wetgever creëerde de mogelijkheid voor de rechter om een beroep te doen op de partijen, maar wanneer de partijen er – na de eventuele heropening van de debatten – niet in slagen het buitenlands recht voor te leggen, kan dit niet leiden tot rechtsweigeren. De opdracht voor de rechter blijft, hoe groot ook. De vraag is dan welke instrumenten rechters dan nog ter beschikking hebben om buitenlands recht te vinden.

2. Europees justitieel netwerk

Het Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken (EJN) heeft tot doel de justitiële samenwerking tussen de lidstaten van de Europese Unie te vereenvoudigen en te verbeteren. Het EJN startte zijn werkzaamheden op 1 december 2002³². Met uitzondering van Denemarken nemen alle EU-lidstaten deel aan dit netwerk. Het EJN werkt met contactpunten per land en beschikt over een ruim gedocumenteerde

26. T.M. DE BOER, “Facultative Choice of Law: the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, T. 257, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1996, 306.

27. Zie ook J. ERAUW, “Something funny happened to foreign law on its way to the forum” in M. SUMAMPOUW, L. BARNHOORN, J. FREEDBERG-SWARTZBURG, J. TROMM en J. WADE (eds.), *Law and Reality. Essays on national and international procedural law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 73; P. WAUTELET, “Foreign Law in Belgian Courts: Ambition vs Reality”, november 2014, te raadplegen op <http://ssrn.com/abstract=2521332> of <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2521332>.

28. Antwerpen (4^{de} k.) 4 november 2013, *Tijdschrift@ipr.be* 2017, nr. 3, 22.

29. Antwerpen (4^{de} k.) 17 juni 2013, *Tijdschrift@ipr.be* 2017, nr. 3, 43.

30. Zie bv. Antwerpen (4^{de} k.) 4 november 2013, *Tijdschrift@ipr.be* 2017, nr. 3, 22. Het hof oordeelde dat het zich wel kon “steunen op een ‘opinie’ van een door één van de partijen geraadpleegde rechtsdeskundige die aan tegenspraak werd onderworpen”. Maar het hof oordeelde verder: “Het hof kan zijn rechtsmacht echter niet uitbesteden en het beoordeelt de zaak zelf aan de hand van alle overtuigingsstukken waarvan het kennis vermag te nemen.”

31. J. VERHELLEN (ed.), *Wet en praktijk in het familiaal IPR. Verslag van de rondetafels – voorjaar 2013*, Brugge, die Keure, 47. Probleem bij academische adviesverlening is wel dat deze meestal gebeurt door medewerkers met een tijdelijk statuut, waardoor de continuïteit in de specialisatie en expertise niet gegarandeerd is. Bovendien is het academisch klimaat voor dergelijke dienstverlening niet optimaal. Een goede *legal opinion* vraagt evenveel werk en kennis als een wetenschappelijke publicatie. In tegenstelling tot publicaties worden *legal opinions* nauwelijks tot niet “gevaloriseerd”.

32. Beschikking 2001/470/CE van 28 mei 2001 tot oprichting van een Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken (*Pb.L.* 27 juni 2001, afl. 174, 25).

website³³. Elke lidstaat moet zelf de pagina over zijn eigen nationaal rechtssysteem onderhouden en regelmatig bijwerken. De nationale contactpunten van het netwerk spelen hierbij een coördinerende rol³⁴.

De website van het Europees justitieel netwerk biedt echter geen afdoende oplossing voor het probleem van het buitenlands recht: de informatie is beperkt tot het recht van de lidstaten van de Europese Unie (behalve Denemarken); de wettelijke bepalingen zijn onvoldoende aangevuld met rechtspraak en andere rechtsbronnen; voor veel domeinen van het recht worden (nog) geen informatiepagina's bijgehouden (bv. over het contractenrecht, het arbeidsrecht)³⁵; de website is niet altijd even actueel en de functie en de mogelijkheden van het netwerk is nog te weinig gekend waardoor het niet ten volle wordt benut³⁶.

Maar er is meer dan de website alleen. Voor de behandeling van vragen over de inhoud van een buitenlandse wet kan ook gebruik gemaakt worden van het netwerk van nationale contactpunten: er “wordt in principe contact gelegd via e-mail tussen aan de ene kant het Belgische contactpunt en de Belgische rechter die de vraag in het kader van een lopende procedure heeft gesteld en aan de andere kant de contactpunten van de betrokken lidstaten”³⁷. Deze mogelijkheid moet ongetwijfeld nog meer benut worden³⁸. Rechteren moeten dan wel aanvaarden dat zij informatie mogen gebruiken die niet door de partijen werd aangereikt. Indien nodig kunnen zij de debatten heropenen om de partijen hierover te horen. Uit een rondetafelgesprek in 2013 bleek dat vele rechters in België hiertoe een psychologische drempel moeten overwinnen³⁹.

3. Verdrag van Londen 1968

Het Verdrag van Londen van 7 juni 1968 lijkt op het eerste

gezicht een veelbelovend instrument om buitenlands recht te vinden⁴⁰. Meer dan 40 lidstaten van de Raad van Europa en verschillende niet-lidstaten, zoals Marokko, hebben dit verdrag geratificeerd⁴¹. Hoven en rechtbanken kunnen beroep doen op dit verdrag om informatie te verzamelen over buitenlands recht. Verzoeken tot informatie worden behandeld door de nationale verbindingsorganen. In België treedt de FOD Justitie op als ontvangend orgaan (voor vragen uit het buitenland over het Belgisch recht) en moeten de vragen die aan het buitenland zijn gericht langs de FOD Buitenlandse Zaken passeren. Belgische rechters kunnen in principe in het kader van dit verdrag via de FOD Buitenlandse Zaken inlichtingen verkrijgen over het recht van een ander land, tenminste als dat land ook partij is bij het verdrag. De woordkeuze “in principe” is hier heel bewust. Het ontbreekt de FOD Buitenlandse Zaken immers aan middelen om adequaat op dergelijke verzoeken te antwoorden⁴².

Een rechtsvergelijkende studie van het *Institut Suisse de Droit Comparé* stelt expliciet dat het verdrag in de praktijk niet tot nauwelijks wordt gebruikt: “*The Convention provides an example of a promising mechanism of cooperation, whose potential remains unknown and unused in the European Judicial Area.*” De studie legt een aantal zwaktes van het verdrag bloot: 1) het algemene gebrek aan kennis bij het gerechtelijk apparaat in Europa van het bestaan en de voordelen van dit verdrag; 2) het beperkt aantal potentiële gebruikers omdat het mechanisme van het verdrag enkel openstaat voor de gerechtelijke autoriteiten van de verdragsstaten en 3) het gebrek aan een oplossing voor een essentieel probleem in de praktijk, namelijk de kosten die verbonden zijn aan het verwerven van informatie over buitenlands recht⁴³. Kortom, ook het verdrag van Londen biedt te weinig hulp aan magistraten die geconfronteerd worden met zaken waarin zij buitenlands recht moeten toepassen. Dit werd reeds in meerdere publicaties aangehaald⁴⁴.

³³. Zie http://ec.europa.eu/civiljustice/index_nl.htm, die momenteel herzien wordt met het oog op de overstap naar het Europees e-justitieportaal (<https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=nl>). Het Europees e-justitieportaal moet zich ontwikkelen tot een alomvattende website op het vlak van justitie.

³⁴. Zie https://e-justice.europa.eu/content_information_on_national_law_information_sheets-439-nl.do (laatst geraadpleegd op 5 september 2017).

³⁵. Zie https://e-justice.europa.eu/content_information_on_national_law_information_sheets-439-en.do (laatst geraadpleegd op 5 september 2017).

³⁶. M. PERTEGÁS SENDER, “Artikel 15. Toepassing van buitenlands recht” in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ en P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd. Le Code de Droit International Privé commenté*, Antwerpen-Oxford-Brussel, Intersentia-Bruylant, 2006, 86.

³⁷. Zie https://e-justice.europa.eu/content_about_the_network-431-be-nl.do?member=1 (laatst geraadpleegd op 17 augustus 2017).

³⁸. Zie https://e-justice.europa.eu/content_judges_and_other_judicial_authorities-437-nl.do, waar aangegeven wordt hoe rechters contact kunnen opnemen met de nationale contactpunten (laatst geraadpleegd op 17 augustus 2017).

³⁹. J. VERHELLEN (ed.), *Wet en praktijk in het familiaal IPR. Verslag van de rondetafels – voorjaar 2013*, Brugge, die Keure, 47.

⁴⁰. Europese overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht, gesloten te Londen op 7 juni 1968 (BS 23 november 1973).

⁴¹. Zie www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/062 (laatst geraadpleegd op 5 september 2017).

⁴². J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, nrs. 182 en 185 – recent ook nog bevestigd aan de auteur.

⁴³. The application of foreign law in civil matters in the EU Member States and its perspectives for the future (JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4), Part I Legal Analysis, 2011, 34, te raadplegen op ec.europa.eu/justice/civil/files/foreign_law_en.pdf (laatst geraadpleegd op 5 september 2017).

⁴⁴. C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS en G. PALAO (eds.), *Application of Foreign Law*, Sellier, 2011, 56; M. JANTERÁ-JAREBORG, “Foreign law in national courts. A comparative perspective”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, T. 304, Den Haag, Martinus Nijhoff, 2003, 314-318; K. SIEHR, “Application of foreign law in European private international law” in M. PIERS, H. STORME en J. VERHELLEN (eds.), *Liber Amicorum Johan Erauw*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 166-167; H.D. TEBBENS, “New Impulses for the Ascertainment of Foreign Law in Civil Proceedings: a Question of (inter)networking?” in K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER en S.C. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Den Haag, Eleven International, 2010, 638-639.

B. Pragmatische keuze voor de toepassing van de *lex fori*

Zoals gezegd mag de ontoegankelijkheid of de onvindbaarheid van het buitenlands recht in geen geval leiden tot rechtsweigering. Zonder de nodige structurele ondersteuning ligt een frequentere toepassing van het eigen recht (de *lex fori*) dan ook voor de hand.

Dergelijke pragmatische op-het-eigen-land gerichte houding staat evenwel op gespannen voet met de toenemende internationalisering van rechtsrelaties. Bovendien zou dit “*afbreuk doen aan de essentie en de eigenheid van het internationaal privaatrecht, dat immers uitgaat van de wezenlijke premisse dat buitenlands recht tot toepassing moet of kan komen voor onze Belgische rechtbanken*”⁴⁵. Anderzijds mag, zoals Jänterä-Jareborg het treffend formuleert, recht(vaardigheid) niet verdwijnen wanneer buitenlands recht het woord neemt⁴⁶. Buitenlands recht toepassen wanneer rechters weinig tot geen kennis hebben van het buitenlands recht is misschien nog slechter dan terugplooiën op het eigen recht.

Naast de mogelijkheid voor partijen om via een rechtskeuze de toepassing van de *lex fori* mogelijk te maken⁴⁷, zien we in de praktijk dat rechters vaak zoeken naar manieren om uit te komen bij het meer vertrouwde eigen recht. Tijdens de voorbereidingen van het WIPR wees Erauw op de inspanningen van rechters om buitenlands recht te zoeken, maar ook op de “*hele trukendoos*” waarmee rechters proberen “*de scherpe kanten af te vijlen*”⁴⁸. Wanneer rechters onvoldoende toegang hebben tot het buitenlands recht, ligt het gebruik van vluchtmechanismen voor de hand. Rechters zoeken naar manieren om niet het buitenlands, maar het Belgisch recht toe te passen⁴⁹.

Deze bijdrage gaat niet uitvoerig in op deze trukendoos. Toch is het nuttig om kort stil te staan bij drie vluchtmechanismen en aan te geven hoe deze niet zomaar gebruikt mogen worden: 1) de vervangende rol van de *lex fori*, 2) de uitzonderingsclausule en 3) de exceptie van de openbare orde.

Ten eerste, wanneer het kennelijk onmogelijk blijkt om de inhoud van het buitenlands recht tijdig vast te stellen, kan de rechter krachtens het laatste lid van artikel 15 WIPR teruggrijpen naar het Belgisch recht. Het Hof van Cassatie nam deze oplossing reeds aan met betrekking tot dringende en voorlopige maatregelen inzake het ouderlijk gezag over kinderen⁵⁰. De wetgever beperkte deze vervangende werking van de *lex fori* echter niet tot dringende maatregelen in kort geding⁵¹. De wetgever legde wel een enge interpretatie van deze bepaling op: het moet “kennelijk” onmogelijk zijn om het buitenlands recht te vinden. Dit impliceert een restrictieve toepassing van deze bepaling die de rechter telkens goed moet motiveren⁵². De motivering zal moeten gaan over de manier waarop de rechter (al dan niet met de hulp van de partijen) heeft gezocht naar het buitenlands recht, de toestand in het land van oorsprong, de rol die de buitenlandse consulaten/ambassades in België (niet) opnemen, de taalkennis die kan verwacht worden van de Belgische rechter, enz.⁵³.

Ten tweede, de verplichting voor de rechter om buitenlands recht toe te passen, kan worden verzacht door de mogelijkheid van de zogenaamde uitzonderingsclausule, zoals voorzien in verschillende verordeningen⁵⁴, verdragen⁵⁵ en artikel 19 WIPR. De uitzonderingsclausule laat de rechter toe om het recht van de nauwere band toe te passen. Wanneer de zaak een zwakke band heeft met de staat waarvan het recht is aangewezen, maar een nauwere band heeft met een andere staat, kan de rechter dit laatste recht toepassen.

De introductie van de uitzonderingsclausule in het WIPR was nieuw in het Belgisch internationaal privaatrecht. Uit de *memorie van toelichting* blijkt dat de wetgever met deze bepaling uiting wou geven aan een algemene doelstelling die inherent is aan het hedendaags conflictenrecht, met name de formulering van verwijzingsregels die een internationale situatie kunnen vatten in functie van haar nauwe verwantschap met een nationale rechtsorde (proximiteitsbeginsel). Wanneer de verwijzingsregel het recht van een bepaald land aanwijst en de band met dit land zeer zwak is en net zeer sterk met een ander land, kan men het recht van dat laatste land toepassen. Dat recht kan buitenlands recht of eigen

45. M. TRAEST, “Vloeit de bron van het vreemde recht niet te overvloedig?” in M. PIERS, H. STORME en J. VERHELLEN (eds.), *Liber Amicorum Johan Erauw*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 215.

46. Zie M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign law in national courts. A comparative perspective”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, T. 304, Den Haag, Martinus Nijhoff, 2003, 196: “*justice should not vanish when foreign law takes the floor*”.

47. Bv. via art. 3 Rome I-Verordening.

48. Zie verslag Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, 39-40. Eerder ook: J. ERAUW, “De ambtshalve toepassing van vreemd recht en de cassatiecontrole op die toepassing”, *RW* 1981-82, 1460.

49. Dit is uiteraard geen louter Belgisch fenomeen, zie bv. voor Nederland: T.M. DE BOER, “De fictie van een neutraal conflictenrecht” in R. KOTTING, J.A. PONTIER en L. STRIKWERDA (eds.), *Voorkeur voor de lex fori*, Deventer, Kluwer, 2004, 209.

50. Cass. 12 december 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 550 en *RW* 1986-87, 99, noot J. ERAUW.

51. Verslag Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, 38-39, *Hand.* Senaat 2003-04, 28 april 2004, nr. 3-53, 8.

52. *MvT, Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 40.

53. Zie ook M. TRAEST, “Belgium” in C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS en G. PALAO (eds.), *Application of Foreign Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2011, 135.

54. Bv. art. 4, 3. Rome I-Verordening; art. 4, 3. Rome II-Verordening.

55. Bv. art. 15, 2. Haags kinderbeschermingsverdrag 1996 (*BS* 19 oktober 1996).

recht zijn. Deze regel leidt dus niet vanzelfsprekend naar de *lex fori*.

Dergelijke uitzonderingsbepaling kan de rechter helpen om een billijke oplossing te zoeken⁵⁶. Dit impliceert het risico op een minder voorspelbare en onzekere uitkomst⁵⁷. In het WIPR is dit (deels) opgevangen door artikel 19 duidelijk als “uitzondering” op te nemen en deze uitzondering een wettelijke grondslag te geven door te bepalen dat de aanwezigheid van de bedoelde (zwakke en nauwe) banden manifest moet zijn (“uit het geheel van de omstandigheden kennelijk blijkt”). Bovendien benadrukte de wetgever de noodzaak van de voorspelbaarheid van het toe te passen recht en van de bescherming van de in het buitenland verworven rechten⁵⁸. De rechterlijke vrijheid moet met andere woorden met de nodige terughoudendheid worden uitgeoefend. Een beroep op artikel 19 WIPR moet met de nodige wijsheid gebeuren en degelijk gemotiveerd worden⁵⁹. In commerciële zaken maken partijen vaak een keuze voor een welbepaald recht. In die situaties is het van belang te weten dat de uitzonderingsclausule niet kan gelden. Het recht dat partijen kiezen, is niet om nauwste-band-redenen uit te schakelen⁶⁰.

Tot slot, wanneer de toepassing van het buitenlands recht zou leiden tot een resultaat dat onverenigbaar is met de internationale openbare orde, kunnen rechters het buitenlands recht terzijde schuiven (zie bv. art. 21 Rome I-Verordening, art. 26 Rome II-Verordening, art. 21 WIPR). Loutere verschillen tussen het Belgisch en het buitenlands recht volstaan niet om tot onverenigbaarheid te besluiten. Het buitenlands recht kan niet toegepast worden omwille van de onaanvaardbare gevolgen. Artikel 21 WIPR legt twee criteria om de onverenigbaarheid met de openbare orde te beoordelen wet- telijk vast: (1) de intensiteit van de aanknop- ping van de situatie met de Belgische rechtsorde (proximiteit) en (2) de ernst van de vermelde gevolgen. De wetgever heeft hierbij een ruime beoordelingsruimte ingebouwd voor de rechter. De wet legt een beoordeling *in concreto* op, waarbij het niet volstaat om het buitenlands recht te vergelijken met het Bel-

gische. De toepassing van deze exceptie mag geen veroorde- ling van het buitenlands recht inhouden wegens de inhoud ervan. Daarom heeft de tekst het over de toepassing van “een bepaling” uit het buitenlands recht⁶¹ die niet kan worden toe- gepast omwille van haar gevolgen⁶². Deze bepaling wordt dan vervangen door een andere bepaling uit dat buitenlands of het Belgisch recht.

Ik wil hier kort nog wijzen op het verschil tussen de uitzon- deringsclausule en de openbare orde. Via de uitzonderings- clausule kan de rechter het nauwst verbonden recht toepas- sen, wat niet noodzakelijk het eigen recht is. De uitzondering- sclausule vormt een correctief op de verwijzing zelf. Via de openbare orde-exceptie kan het resultaat worden gecorri- geerd, meer bepaald wanneer de toepassing van het aangewe- zen buitenlands recht effecten zou creëren die onaanvaard- baar zijn voor onze rechtsorde. De rechter moet met andere woorden kijken naar de inhoud van het buitenlands recht. Het gebruik van de uitzonderingsclausule daarentegen kan niet afhangen van de inhoud van het normaal toepasselijk recht.

C. Nadenken over de toekomst

De Belgische overheid kan het niet langer uitstellen om (minstens) de informatie en expertise over buitenlands recht te centraliseren. Op dit moment zijn de FOD Buitenlandse Zaken en de FOD Justitie de aanspreekpunten in het kader van het Verdrag van Londen. Ik argumenteerde eerder dat een van beide federale overheidsdiensten in staat moet zijn om hogervermelde taak op te nemen⁶³. Integratie binnen een overheidsdienst garandeert bovendien de toegang tot kwali- teitsvolle informatie voor iedereen, en dus niet alleen voor degenen die de nodige financiële middelen hebben om zich te voorzien van deskundigenadvies.

Tot op heden blijft dergelijke centralisering van informatie en expertise een academische aanbeveling of, zoals een geïn- terviewde rechter het eerder verwoordde, een droom.

⁵⁶. In verband met art. 19 WIPR, zie *MvT, Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 44.

⁵⁷. In verband met art. 19 WIPR werd er tijdens de parlementaire voorbereidingen op gewezen dat de wetgever om billijkheidsredenen koos voor een oplossing die strijdig is met de beginselen van rechtszekerheid en voorspelbaarheid, zie verslag Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, 48. In zijn advies waarschuwde de Raad van State voor deze onzekerheid en onvoorspelbaarheid, die zelfs via de controle van het Hof van Cassatie op de vrijheid van feitenrechters niet zou worden ondervangen. Het Hof van Cassatie verricht immers slechts een marginale toets en zal dus niet nagaan hoe zwak of hoe nauw de band in het concrete geval is. Om die reden was de Raad van State van oordeel dat de wet zelf de grenzen zou moeten bepalen van de uitzonderingen die zij toestaat (adv. RvS, *Parl.St.* Senaat 2001-02, nr. 2-1225/1, 272-273).

⁵⁸. Ingewikkeld geformuleerd, maar dat heeft te maken met het technisch karakter van deze regel, aldus Fallon (zie verslag Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, 267).

⁵⁹. *MvT, Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 44; verslag Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, 48.

⁶⁰. In de Rome I-Verordening bv. is de uitzonderingsclausule opgenomen in de bepaling die het recht aanwijst bij gebrek aan rechtskeuze door de par- tijen, art. 4. In verband met art. 19 WIPR, zie *MvT, Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 44.

⁶¹. Voor art. 21 WIPR, zie *MvT, Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 49; verslag Senaatscommissie, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, 53. Ook art. 21 Rome I en art. 26 Rome II spreken over het terzijde schuiven van een bepaling van het aangewezen recht.

⁶². *Hand.* Senaat 2003-04, 28 april 2004, nr. 3-53, 10.

⁶³. J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, 172, nr. 273. Bespreking van deze aanbeveling tijdens rondetafels met praktijkmensen, zie H. ENGLERT en J. DE MEYER, “L’application du droit étranger et le rattachement à la loi nationale en DIP” in J. VERHELLEN (ed.) *Loi et pratique en DIP familial. Compte rendu des tables rondes printemps 2013*, Brugge, die Keure, 2013, 39-40.

Rechter eerste aanleg:

“De quoi aurait-on-besoin? Quelque chose d’utopique, quelque chose de complètement utopique. C’est peut-être par le biais d’internet puisqu’on a quand même cet outil magique. Un endroit où seraient centralisées les informations les plus récentes de chaque pays (...). Les modifications légales bien sûr, mais aussi, c’est là que ça devient utopique, les revirements de jurisprudence et les trucs comme ça. Un outil dont nous pourrions vraiment nous servir, je pense à Internet parce qu’effectivement on a la possibilité d’aller faire de la recherche assez facilement étant entendu (...)

Vraagsteller: *Et vous auriez tous le même outil?*

*Ah c’est pour ça que je dis que ça serait utopique, mais rêvons un petit peu.”*⁶⁴

Utopische droom of niet, de globalisering vraagt om toegang tot het recht van andere landen ... een vraag die in de toekomst wellicht alleen maar groter zal worden⁶⁵. Een vraag die niet zonder meer kan genegeerd worden, zoals nog te vaak het geval is. Een voorbeeld hiervan is het gebrek aan opvolging van de verklaring die de Europese Commissie deed bij de Rome II-Verordening over de behandeling van vreemd recht: *“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 rechters van de lidstaten, met inachtneming van de doelstellingen van het Haagse programma. Zij is tevens bereid om zo nodig passende maatregelen te treffen.”*⁶⁶. De Rome II-Verordening die materieel gaat over het toepasselijk recht inzake niet-contractuele verbintenissen, is reeds van toepassing sedert 11 januari 2009. De aangekondigde studie is nog steeds niet uitgevoerd⁶⁷.

Als in de toekomst op Europees of internationaal niveau de

regels over de toepassing van buitenlands recht worden geharmoniseerd, zullen meer middelen nodig zijn en misschien wel een andere organisatie dan de Raad van Europa of de Europese Unie⁶⁸. Misschien moet er wel (opnieuw) gedacht worden aan een rol voor de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht. Er vonden immers onder auspiciën van de Haagse Conferentie al verschillende expertenbijeenkomsten over dit thema plaats⁶⁹. Een eerste bijeenkomst (februari 2007) concludeerde dat er een duidelijke nood bestond om de toegang tot het buitenlands recht te faciliteren eerder dan de vraag naar harmonisatie van de verschillende benaderingen van het buitenlands recht⁷⁰. De experten stelden dan ook voor om grondig te bestuderen of een nieuw instrument voor grensoverschrijdende samenwerking haalbaar zou zijn. Dit gebeurde aan de hand van een enquête waaraan 30 landen, plus de Europese Unie, deelnamen⁷¹. België nam niet deel. De enquête legde een aantal zaken bloot: verzoeken om informatie op grond van het Verdrag van Londen van 7 juni 1968 nemen veel tijd in beslag; buitenlands recht wordt vooral in het domein van het familierecht toegepast; online bronnen vormen steeds meer een primaire bron van buitenlandse juridische informatie⁷². In een volgende bijeenkomst (oktober 2008) wezen experten ook op de opdracht van vele andere rechtspractici, zoals notarissen. Buitenlands recht vaststellen werd niet langer als enkel een opdracht voor rechters gezien⁷³. Verschillende experten rapporteerden ook over de veelbelovende evoluties van de “paperless world” en de wereldwijde computerisering van de juridische informatie. Deze expertenbijeenkomst leidde tot de conclusie dat de Haagse Conferentie een waardevol platform zou kunnen worden *“for co-operation with legal information institutes and governments, to facilitate access to foreign law and play a co-ordinating role in the various ongoing efforts to establish standards for online legal resources”*. De voorbereidende documenten spreken over een Haags portaal (*“Hague portal on accessing foreign law”*) dat gebruikers zou leiden naar officieel erkende providers van juridische informatie. Dergelijk portaal kan echter maar een deel van het probleem opvangen, aangezien er altijd nood zal blijven aan *“a photograph of the law as*

⁶⁴. J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, 114, nr. 186.

⁶⁵. Of, zoals KNUDSEN het treffend verwoordde op de bijeenkomst “Access to foreign law in civil and commercial matters”, gezamenlijk georganiseerd door de Europese Commissie en de Haagse Conferentie (februari 2012): *“In a global village there is a need to know foreign law.”* Zie Meeting Report “Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters”, te raadplegen op www.hcch.net/upload/xs2foreignlaw_rpt.pdf, 24 (laatst geraadpleegd op 24 augustus 2017).

⁶⁶. *Pb.L.* 31 juli 2007, afl. 199, 49.

⁶⁷. Of minstens niet gepubliceerd.

⁶⁸. Zie ook M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign law in national courts. A comparative perspective”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, T. 304, Den Haag, Martinus Nijhoff, 2003, 318.

⁶⁹. Prel. Doc. Nr. 11A van maart 2009, “Assessing the content of foreign law and the need for the development of a global instrument in this area – a possible way ahead”, te raadplegen op www.hcch.net (laatst geraadpleegd op 24 augustus 2017).

⁷⁰. In een voorbereidende nota had de Haagse Conferentie drie benaderingen naast elkaar geplaatst: de passieve “fact approach”, de actieve “law approach” en de tussenliggende “discretionary approach”, zie Prel. Doc. Nr. 21A van maart 2007, “Feasibility study on the treatment of foreign law. Report on the meeting of 23-24 February 2007”, te raadplegen op www.hcch.net (laatst geraadpleegd op 7 september 2017).

⁷¹. Prel. Doc. Nr. 25 van oktober 2007, “Feasibility study on the treatment of foreign law. Questionnaire”, niet meer terug te vinden.

⁷². Prel. Doc. Nr. 9A en 9B van maart 2008, “Feasibility study on the treatment of foreign law. Summary of the responses to the questionnaire”, te raadplegen op www.hcch.net (laatst geraadpleegd op 24 augustus 2017).

⁷³. Prel. Doc. Nr. 11B van maart 2009, “Assessing the content of foreign law. Report of the meeting of experts on global co-operation on the provision of online legal information on national laws”, 6, te raadplegen op www.hcch.net (laatst geraadpleegd op 24 augustus 2017).

*applied at a certain time in a particular context*⁷⁴. Naast dit platform voor meer samenwerking werd ook gesproken over een nieuw mondiaal instrument dat een systeem zou moeten voorzien voor informatieverzoeken in de context van een specifiek geschil. Of dergelijk systeem moet werken via het gekende systeem van de Centrale Autoriteiten, dan wel via rechtstreekse samenwerking tussen gerechtelijke instanties of een combinatie van beide, werd nog opengelaten⁷⁵. De Haagse Conferentie lanceerde wel de denkpijpe van een nieuw mondiaal verdrag⁷⁶.

Voorlopig hebben deze werkzaamheden in de schoot van de Haagse Conferentie nog niet tot concrete resultaten geleid. Een expertenbijeenkomst die de Haagse Conferentie en de Europese Commissie gezamenlijk organiseerden in februari 2012, zette de problematiek opnieuw op de agenda. Expertens uit 35 landen en verschillende internationale organisaties discussieerden over de (moeilijke) toegang tot buitenlands recht in burgerlijke en handelszaken en over de vraag of een

bindend instrument nodig is of niet. De discussies leidden tot een aantal interessante – weliswaar algemene – conclusies en aanbevelingen. Zo bevestigden de experten de groeiende behoefte aan (het faciliteren van) de toegang tot buitenlands recht en de nood aan ontwikkeling van “*co-operative mechanisms*” op wereldschaal. De toegang tot buitenlands recht vormt immers een belangrijke component van de “*access to justice*” en is fundamenteel in de rechtstaat. De experten beklemtoonden opnieuw dat een eventueel verdrag – complementair aan andere instrumenten – de focus moet leggen op het faciliteren van de toegang tot buitenlands recht “*and should not attempt to harmonise the status of foreign law in national procedures*”⁷⁷.

In maart 2015 werd dit onderwerp van de agenda van de Haagse Conferentie gehaald, “*with the understanding that this issue may be revisited at a later stage*”⁷⁸. Dit was een verrassend besluit.

BIJ WIJZE VAN CONCLUSIE

Hoven en rechtbanken moeten instrumenten hebben om buitenlands recht te vinden en te begrijpen. Het feit dat deze instrumenten er niet zijn – of minstens niet goed functioneren – kan niet langer afgedaan worden als een louter logistiek probleem dat de magistraten dan maar zelf moeten oplossen.

De toegang tot en informatie over het buitenlands recht is een van de grootste uitdagingen voor het internationaal privaatrecht. Het raakt haar immers in haar essentie. Laat ons hopen dat vroeg of laat dit thema terug op de agenda komt van de Haagse Conferentie⁷⁹.

Ondertussen moet in België werk gemaakt worden van meer centralisering van de informatie over en de expertise in het buitenlands recht. Anders mag de ongerustheid van magistraten – recent nog naar aanleiding van het vermelde cassatiearrest van 29 oktober 2015 – ons niet verbazen en blijft de opdracht voor de rechters om het levend buitenlands recht ambtshalve toe te passen “*een overmoedige stap, vooral in een klein land als België – een land met een verschoonbaar, maar zeer opvallend tekort aan infrastructuur om zulke internationalistische dagdromen in de praktijk te brengen*”⁸⁰.

⁷⁴ Prel. Doc No 11A, “Accessing the content of foreign law and the need for the development of a global instrument in this area – a possible way ahead”, 3-4, te raadplegen op www.hcch.net (laatst geraadpleegd op 7 september 2017).

⁷⁵ Prel. Doc No 11A, “Accessing the content of foreign law and the need for the development of a global instrument in this area – a possible way ahead”, 5, te raadplegen op www.hcch.net (laatst geraadpleegd op 7 september 2017).

⁷⁶ Een verdrag in drie delen: een eerste deel moet focussen op het faciliteren van de vrije toegang tot online juridische informatie over buitenlands recht. Een tweede deel gaat over de behandeling van verzoeken om informatie in concrete zaken waarvoor de online informatie onvoldoende is. Een derde deel moet een mondiaal netwerk van experten uitwerken voor complexere vragen. Zie Prel. Doc No 11A, “Accessing the content of foreign law and the need for the development of a global instrument in this area – a possible way ahead”, 5-6, te raadplegen op www.hcch.net (laatst geraadpleegd op 7 september 2017).

⁷⁷ Zie www.hcch.net/upload/foreignlaw_concl_e.pdf, 2 (laatst geraadpleegd op 24 augustus 2017).

⁷⁸ Conclusions and Recommendations of the Council on General Affairs and Policy of the Conference, 24-26 maart 2015, nr. 11, te raadplegen op www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=400 (laatst geraadpleegd op 24 augustus 2017).

⁷⁹ Zelfs al zien sommigen dit als een *cadeau empoisonné*, zie H.D. TEBBENS, “New Impulses for the Ascertainment of Foreign Law in Civil Proceedings: a Question of (inter)networking?” in K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER en S. SIMEONIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Den Haag, Eleven International, 2010, 650.

⁸⁰ J. ERAUW, *De bron van het vreemde recht vloeit overbodig*, Gent, E.Story-Scientia, 1983, 6.