

Een bespiegeling over de exceptieclausule van art. 10:8 BW, toegespitst op de incorporatieleer

Ondernemingsrecht 2019/95

Volgens de in art. 10:118 BW verankerde incorporatieleer wordt een corporatie beheerst door het recht van het land naar welks recht zij is opgericht. In de literatuur wordt door sommige auteurs ter discussie gesteld of een corporatie die uitsluitend haar (statuaire) zetel in Nederland heeft, maar die zelf nageenog geen activiteiten in Nederland uitoefent, door het Nederlandse incorporatierecht moet worden beheerst. Een zelfde twijfel wordt geuit met betrekking tot een Nederlandse beschermingsstichting, die is opgericht in het kader van de bescherming van een (eveneens) Nederlandse vennootschap die geen reële band met Nederland onderhoudt.

Een inbreuk op het krachtens art. 10:118 BW geldende (*in casu* Nederlandse) incorporatierecht met betrekking tot de corporatie wordt in deze opvatting gebaseerd op de exceptieclausule van art. 10:8 BW. De uitkomst van deze ruime uitleg van art. 10:8 BW is dat de corporatie wordt beheerst door het rechtstelsel van het land waarmee deze corporatie het nauwst is verbonden.

In dit artikel wordt daarentegen verdedigd dat de exceptieclausule van art. 10:8 BW *restrictief* dient te worden uitgelegd, zodat die het (*in casu*) toepasselijke Nederlandse incorporatierecht niet kan uitschakelen. Hiervoor pleit het argument dat voor toepassing van art. 10:8 BW is vereist dat de te corrigeren verwijzingsregel berust op het beginsel van de 'nauwste verbondenheid'. De incorporatieleer vindt echter niet haar grondslag in dit beginsel, maar is ingegeven door de rechtszekerheid, door economische belangen en door de vrijheid van partijen het op de corporatie toepasselijke recht te kiezen. Een tweede argument verschaft art. 10:8 lid 2 BW; daaruit volgt dat de exceptieclausule van art. 10:8 lid 1 BW niet van toepassing is in geval van een rechtskeuze. Het feit dat partijen de vrijheid hebben om de plaats van oprichting van de corporatie (in Nederland) te kiezen, leidt immers *de facto* tot een vrije keuze van het toepasselijke (Nederlandse) incorporatierecht.

1. Algemeen

In de Nederlandse doctrine is de afgelopen jaren een levendige discours gevoerd over de kwestie of een (beursgenoteerde) vennootschap, die uitsluitend haar *legal home* in Nederland heeft – in de zin dat uitsluitend de statutaire zetel in Nederland is gevestigd – en die zelf geen of nage-

noeg geen (wezenlijke) activiteiten in Nederland uitoefent, wel door het Nederlandse incorporatierecht moet worden beheerst.

Enkele auteurs verdedigen met verve de opvatting dat voor een dergelijke 'formeel *binnenlandse* vennootschap' met meervoudige nationaliteit een uitzondering op het krachtens art. 10:118 BW geldende Nederlandse incorporatierecht moet worden gemaakt.² Dit standpunt wordt door deze auteurs geschraagd met een beroep op een ruime interpretatie van de in art. 10:8 BW verankerde exceptieclausule. Art. 10:8 lid 1 BW biedt een correctiemechanisme voor een bepaalde categorie van gevallen, te weten die waarin toepassing van een verwijzingsregel die berust op de aanknopingsfactor van de nauwe band niet tot een 'passend' resultaat leidt. Het gaat dan om een situatie waarin, gelet op alle omstandigheden van het geval, kennelijk de in de regel veronderstelde nauwe band "slechts in zeer geringe mate bestaat" en "met een ander recht een veel nauwere band bestaat". Het door de verwijzingsregel aangewezen recht blijft dan buiten toepassing en in plaats daarvan dient het recht waarmee de veel nauwere band bestaat te worden toegepast. Uit art. 10:8 lid 2 BW volgt dat de exceptieclausule van lid 1 niet kan worden toegepast in het geval van een geldige rechtskeuze van partijen. Anders gezegd: het door partijen gekozen recht kan niet opzij worden gezet voor een ander recht dat nauwer met de rechtsverhouding is verbonden.

Andere auteurs huldigen daarentegen de (meer courante) opvatting dat de exceptieclausule van art. 10:8 BW niet kan worden gehanteerd om het (*in casu*) Nederlandse incorporatierecht uit te schakelen, óók niet wanneer de desbetreffende 'formeel *binnenlandse* vennootschap' een veel nauwere band met een ander rechtstelsel heeft.³

Een zelfde in de Nederlandse doctrine gerezen tweespalt bestaat over de vraag of het Nederlandse incorporatierecht van toepassing is op een naar Nederlands recht opgerichte *beschermingsstichting* die in het kader van de bescherming van een dergelijke 'formeel *binnenlandse* vennootschap' met meervoudige nationaliteit is opgericht, en of bij de beant-

2 In die zin H.L.E. Verhagen in zijn noot onder HR 21 juni 2013, *JOR* 2013/238 (par. 5); Asser/Kramer & Verhagen, *Internationaal vermogensrecht*, 10-III 2015/8; G.N.H. Kemperink & K.H.M. de Roo, 'Myland and beyond: de positie van de Nederlandse beschermingsstichting van de beursgenoteerde vennootschap met meervoudige nationaliteit', *Ondernemingsrecht* 2016/55, par. 2.4; G.N.H. Kemperink & K.H.M. de Roo, 'De bom, de gifpijl en het incorporatiestelsel', *Ondernemingsrecht* 2016/93, par. 8.

3 In die zin P. Vlas, *IPR en BW* (Mon. BW nr. A27), 2015/33; P. Vlas, *Rechtspersonen*, *Praktijkreeks IPR*, deel 9, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2017, nr. 18 en 305; J.W. Rutgers & M. Zilinsky, 'Boekbespreking Asser/Kramer & Verhagen 2015', *WPNR* 2016/7091, nr. 1b; A.J.S.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, *Serie Recht en Praktijk ONDR* 8, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 247; C.D.J. Bulten, in haar noot onder HR 21 juni 2013, *Ondernemingsrecht* 2014/9, par. 4; A.A. Bootsma, J.B.S. Hijink, L. in 't Veld, 'Een bom onder het Nederlandse incorporatiestelsel?', *Ondernemingsrecht* 2016/91, par. 15-17; P. Olden & L. Groothuis, 'Delaware aan de Noordzee moet *inversions* verwelkomen', *Ondernemingsrecht* 2016/92 (p. 449-450); Asser/Vonken, *Algemeen deel IPR*, 10-1 2018/432-435.

1 Paul Vonken is voormalig universitair hoofddocent IPR aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Lodewijk Vonken is advocaat te Amsterdam.

woording van deze vraag de exceptieclausule van art. 10:8 BW een rol kan spelen.

Een grondige, deugdelijke beantwoording van het hierboven geschetste type casus vereist in de eerste plaats dat de exceptieclausule van art. 10:8 BW, summierlijk, wordt geplaatst in de context van het klassieke, Savigniaanse verwijzingsprocedé. Tegen deze achtergrond zullen vervolgens de *rechtsgrond* van de exceptieclausule en de *verschillende functies* van de exceptieclausule de revue passeren. Ingezoomd zal daarna worden op de exceptieclausule van art. 10:8 BW en op de voorwaarden en toepassingscriteria die deze wettelijke bepaling stelt. Ten slotte zullen deze in art. 10:8 BW vervatte voorwaarden en criteria gerelateerd worden aan de in art. 10:118 BW verankerde incorporatieleer. Het geheel zal worden afgerond met enkele conclusies.

2. Uitgangspunt: het klassieke, Savigniaanse verwijzingsprocedé

2.1 Algemeen

Voor wat betreft verdragen, verordeningen en nationale codificaties op het terrein van het conflictenrecht, kan geconstateerd worden dat in deze instrumenten nog steeds een dominante plaats is ingeruimd voor het klassieke, Savigniaanse verwijzingsprocedé. Dit procedé is doorgaans dat van de meerszijdige, objectieve verwijzingsregel aan de hand waarvan het nationale rechtsstelsel wordt gevonden waarmee de desbetreffende rechtsverhouding de 'sterkste verbondenheid' heeft.

Deze verwijzingsregels geven voor iedere categorie van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen – de verwijzingscategorie, bijvoorbeeld een overeenkomst of een onrechtmatige daad – aan, welk rechtsstelsel het 'sterkst' met de rechtsverhouding is verbonden, en zij doen dit via een (vaak) vaste aanknopingsfactor, zoals de gewone verblijfplaats van (een der) partijen of de *locus* van de onrechtmatige daad, die geacht wordt de verknochtheid tussen deze rechtsverhouding en een bepaalde rechtsorde uit te drukken. Anders geformuleerd: de desbetreffende rechtsverhouding dient zoveel mogelijk te worden ondergebracht bij het rechtsstelsel van het land waarin het 'zwaartepunt' van deze rechtsverhouding kan worden gesitueerd.⁴ Deze theorie ontmoeten wij reeds bij de Duitse rechtsgeleerde Friedrich Carl von Savigny⁵ en komt tot uitdrukking in het postulaat dat: "bei jedem Rechtsverhältniss dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniss seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist", met andere woorden: "worin dasselbe seinem Sitz hat".⁶

4 Zie nader Asser/Vonken 10-1 2018/202 e.v.

5 Zie Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band VIII, Berlijn: Veit 1849.

6 Zie over de geschiedenis van Von Savigny, L. Strikwerda, *Semipubliekrecht in het conflictenrecht, Verkenningen op een kruispunt van methoden*, (diss. Amsterdam UVA), Alphen aan de Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 112 e.v.; Verhagen, in: Asser/Vonken 10-1 2018/354 e.v.

2.2 Pluralisme van verwijzingsprocedés

Naast dit meest gangbare klassieke, Savigniaanse verwijzingsprocedé kent het contemporaine conflictenrecht enkele verwijzingsprocedés die niet primair gericht zijn op het opsporen van het 'sterkst verbonden' rechtsstelsel.

In de eerste plaats hanteert de wetgever, in het bijzonder de Europese, frequent eenzijdige verwijzingsregels (zie nader nr. 6.2.2. onder a).

Ook kent het conflictenrecht voorschriften die zich in het grensgebied van publiek- en privaatrecht bevinden. Deze zogenoemde semipubliekrechtelijke voorschriften, die als 'voorrangsregels' kunnen worden bestempeld, vallen buiten het bereik van de klassieke verwijzingsregels; het internationale geldingsbereik ervan dient steeds te worden vastgesteld aan de hand van een bijzonder verwijzingsprocedé (de *scope rule*), dat is afgestemd op de specifieke aard en functie van het desbetreffende publiekrechtelijke voorschrift. Bij de vraag of een dergelijke voorrangsregel toepassing kan claimen, speelt de functie en de inhoud van het semipubliekrechtelijke voorschrift een cruciale rol en is irrelevant of het voorschrift al dan niet deel uitmaakt van het door de normale verwijzingsregel als toepasselijk aangewezen recht (zie nader 6.2.2. onder a).

Voorts kan in dit verband genoemd worden het verwijzingsprocedé dat – met behulp van subsidiaire en alternatieve aanknopingspunten – gericht is op het begunstigen van een bepaald materieelrechtelijk resultaat (zie nader nr. 6.2.2. onder b).

Daarnaast zijn er ook allerhande (subjectieve) verwijzingsregels die partijen de mogelijkheid bieden, vaak onder bepaalde voorwaarden, tot het doen van een (conflictenrechtelijke) rechtskeuze (zie nader nr. 6.2.2. onder c).

Ten slotte ontmoeten wij een (groeiend) aantal regels van materieel IPR. Dit is een verwijzingsregel met een materiële norm die (een onderdeel van) de internationale rechtsverhouding rechtstreeks regelt (zie nader nr. 6.2.2. onder d).

3. De rechtsgrond voor een exceptieclausule

Hierboven is geconstateerd dat volgens het klassieke, Savigniaanse verwijzingsprocedé steeds het nationale rechtsstelsel dient te worden gevonden waarmee de desbetreffende rechtsverhouding de sterkste band heeft. Dit 'sterkst verbonden' rechtsstelsel wordt nu niet gevonden via een afweging *in concreto* van allerlei objectief-geografische factoren en van conflictenrechtelijke of materieelrechtelijke belangen. Telkens moeten daarentegen bepaalde categorieën rechtsvragen worden geformuleerd, waarin een *typische* belangenconstellatie kan worden vastgesteld en waarvoor de noodzakelijke afweging van deze objectief-geografische factoren en belangen *bij voorbaat* en *in abstracto* worden gemaakt. De rechtszekerheid eist deze noodgedwongen reductie van de conflictenrechtelijke vraagstelling.⁷

Echter, waar gehakt wordt, vallen spaanders. Niet uitgesloten is immers dat deze reductie voor een bepaald type rechtsverhouding tot een minder passend verwijzingsresultaat

7 Zie over deze 'belangen' uitvoerig Asser/Vonken 10-1 2018/205-245.

taat leidt. Daarbij komt, dat denkbaar is dat met betrekking tot een bepaald onderwerp de relevante factoren en belangen niet eenduidig in een bepaalde richting wijzen, maar dat de rechtsverhouding een meer of mindere betrokkenheid heeft met twee rechtsordes.⁸

Voor een relativering en flexibiliteit van het klassieke verwijzingsprocedé pleit ook een argument van rechtspolitieke aard. De vraag kan immers worden gesteld of het niet de voorkeur verdient om ook aan de rechter in bepaalde omstandigheden een zekere rol te verlenen bij de verdere rechtsontwikkeling van het conflictenrecht. Het recht vormt ongetwijfeld een systeem, een geheel van logisch passende regels, maar dit systeem is tegelijk, uit zijn aard, niet “af” en kan dat ook niet zijn, omdat het de grondslag is van beslissingen die als zelfstandig element iets nieuws toevoegen aan dat systeem. In de woorden van Scholten: “Wij kunnen dat ook zo uitdrukken: het systeem is ‘dynamisch’, niet ‘statisch’ te zien”. Dit bracht Scholten ertoe te spreken van een “open” systeem.⁹ Vanuit deze invalshoek benaderd, is de openheid van het IPR-systeem niets bijzonders, maar slechts een onderdeel van de ‘openheid’ van het algemene rechtssysteem.

Kortom: de *a priori* vastgestelde, abstracte verwijzingsregel kan niet steeds bevredigend alle feitenconstellaties afleveren bij het ‘sterkst verbonden’ recht; het is bijgevolg alleszins pleitbaar in uitzonderingsgevallen – via een exceptieclausule – de rechtstoepasser de mogelijkheid te bieden het door de abstracte verwijzingsregel aangewezen recht buiten toepassing te laten en hiervoor in de plaats een ander recht toe te passen waarmee de rechtsverhouding een ‘sterkere verbondenheid’ heeft.

4. Diverse functies en typen exceptieclausules

4.1 Conflictenrechtelijke exceptieclausule

De exceptieclausule kan verschillende functies hebben.¹⁰ Hierbij kan een differentiatie worden aangebracht tussen enerzijds zogenoemde *conflictenrechtelijke* exceptieclausules waarvan de functie is het bewerken van een betere ‘lokalisering’ van de rechtsverhouding en anderzijds zogenoemde *materieelrechtelijke* exceptieclausules die ertoe strekken om een rechtsstelsel toe te passen dat naar inhoud of toepassingsresultaat gemeten een betere, billijkere oplossing biedt.

De meeste van de in IPR-regelgeving opgenomen exceptieclausules zijn conflictenrechtelijke (*open*) excepties of excepties in enge zin. De functie van dit type exceptie is dat zij de in de verwijzingsregel gehanteerde aanknopingsfactor kunnen corrigeren, doch uitsluitend in het geval dit leidt tot een betere ‘lokalisering’ van de rechtsverhouding, anders geformuleerd: tot het opsporen van de rechtsorde/staat waarmee de desbetreffende rechtsverhouding een kenne-

lijk nauwere verbondenheid heeft. De inhoud van het aangewezen recht en het beoogde concrete, materiële resultaat dienen buiten beschouwing te blijven.

De hierboven genoemde conflictenrechtelijke exceptieclausules kunnen, op hun beurt, weer worden onderscheiden in *bijzondere* en *algemene* exceptieclausules. Een voorbeeld van een bijzondere exceptieclausule biedt art. 4 lid 3 en art. 8 lid 4 Rome I, die betrekking hebben op overeenkomsten, respectievelijk individuele arbeidsovereenkomsten.¹¹ Uit dit art. 4 lid 3 volgt dat, indien uit alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het in art. 4 lid 1 of lid 2 bedoelde land, het recht van dat andere land van toepassing is.¹²

Tot deze categorie bijzondere exceptieclausules kan ook gerekend worden de ‘in beginsel’-clausule die de Hoge Raad in een reeks arresten bezigt bij het formuleren van een (min of meer uitvoerig) IPR-regelcomplex. Aldus wordt onderkend dat er gevallen kunnen zijn, waarin de toepassing van deze verwijzingsregels niet steeds resulteert in een ‘passende’ oplossing.¹³

Een ander type bijzondere (conflictenrechtelijke) exceptieclausule verschaft de zogenoemde *onvoorzienbaarheids-exceptie* van art. 7 Haags Productaansprakelijkheidsverdrag 1973. Eenzelfde onvoorzienbaarheidsexceptie treffen wij aan in art. 5 lid 1 laatste zin Rome II.

Als laatste voorbeeld van een bijzondere exceptieclausule kan hier worden genoemd de techniek van de *accessoire aanknopng*. Zie bijvoorbeeld art. 4 lid 3, tweede zin Rome II, waarin een specifieke regeling voor de zogenoemde *accessoire aanknopng* van de onrechtmatige daad is geïntroduceerd. Deze bepaling luidt:

‘Een kennelijk nauwere band met een ander land zou met name kunnen berusten op een reeds bestaande, nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen de partijen, zoals een overeenkomst.’

Ook deze accessoire aanknopng heeft het karakter van een correctiemechanisme dat het verwijzingsresultaat van de abstracte verwijzingsregel terzijde kan stellen; anders gezegd: de accessoire aanknopng is hier een *species* van het *genus* exceptieclausule. Wanneer bijvoorbeeld tussen dader en benadeelde van een onrechtmatige daad tevens een andersoortige rechtsverhouding bestaat – stel een vervoerovereenkomst – kan een ‘conflictenrechtelijke natrekking’ wenselijk zijn, in die zin dat de vordering uit onrechtmatige

8 Zo kan een onderneming haar hoofdbestuur hebben in het ene land, haar productiefaciliteiten overwegend in een ander land, terwijl haar belangrijkste afzetmarkt zich kan bevinden in een derde land.

9 Zie Asser/Scholten, *Algemeen deel*, 3^e druk 1974, p. 77.

10 Zie nader over het correctiemechanisme van de exceptieclausule in het IPR, Asser/Vonken 10-1 2018/422-452.

11 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (‘Rome I’), *PbEU* 2008, L 177.

12 In Rome II (Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (‘Rome II’) *PbEU* 2007, L 1999) is een soortgelijke exceptieclausule op de algemene verwijzingsregel van art. 4 lid 1 opgenomen in art. 4 lid 3, eerste zin. Zie ook de specifieke exceptieclausule van art. 5 Haags Alimentatieprotocol 2007.

13 Zie bijvoorbeeld HR 16 maart 1990, *NJ* 1991/575 (*Bredius*); HR 7 april 1989, *NJ* 1990/347 (*Sabah*), HR 19 november 1993, *NJ* 1994/622 (*COVA*) en HR 23 februari 1996, *NJ* 1997/276 (*Total/Blue Aegeon*).

daad wordt geabsorbeerd door het recht dat de andere, aan de onrechtmatige daad voorafgaande, rechtsverhouding beheerst.¹⁴

Anders dan een bijzondere exceptieclausule heeft een *algemene* exceptieclausule niet betrekking op een bepaald onderwerp, maar geldt als algemene uitzonderingsregel voor, in beginsel, alle in de (nationale) codificatie vervatte verwijzingsregels. Als een treffende illustratie van een dergelijke algemene exceptieclausule kan genoemd worden het in nr. 1 genoemde art. 10:8 BW, waarvoor art. 15 Zwitserse IPR-wet van 1988 model heeft gestaan.¹⁵

4.2 De materieelrechtelijke exceptieclausule

4.2.1 Algemeen

Anders dan de conflictenrechtelijke exceptieclausule kan de materieelrechtelijke clausule niet alleen de in de verwijzingsregel gebezigde aanknopingsfactor corrigeren, maar daarnaast ook het verwijzingsresultaat wanneer dat resultaat in het concrete geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet acceptabel is. Een illustratief, 'berucht' voorbeeld van dit type clausule biedt art. 8 van de door het Ministerie in augustus 1992 gepubliceerde 'Schets van een algemene wet betreffende het internationaal privaatrecht' van 1992 (naar de kleur van het omslag aangeduid als het 'rode boekje'). Dit art. 8 luidde:

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

Terwijl in art. 8 eerste zin van deze Schets de openbare orde-exceptie zijn neerslag heeft gevonden, is in art. 8 tweede zin een op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gebaseerde algemene onaanvaardbaarheidsclausule opgenomen. De wetgever heeft zich hierbij, zo leert de toelichting, laten inspireren door art. 3:166 lid 3 jo. art. 6:2 BW. De clausule van de tweede zin – die dus de redelijkheid en billijkheid als correctiefactor heeft – wordt, als een 'verbijzondering' van de openbare orde, gekoppeld aan de eerste zin.¹⁶

14 Zie met betrekking tot dit (correctie-)mechanisme van de accessoire aanknopings, *Asser/Vonken 10-1* 2018/453-463, en, toegespitst op art. 4 lid 3 tweede zin Rome I, *Asser/Kramer & Verhagen 10-III* 2015/1150 en 1200.

15 Van de hierboven genoemde *open* exceptieclausules dienen te worden onderscheiden de zogenoemde *gesloten* exceptieclausules. Een gesloten exceptieclausule bevat zelf de aanknopingsfactor op grond waarvan dient te worden afgeweken van de primaire verwijzingsregel. Een voorbeeld biedt art. 4 lid 2 Rome II, waarin als toepasselijk recht op de onrechtmatige daad in afwijking van de *lex loci damni* van art. 4 lid 1 Rome II, wordt aangewezen het recht van het land waar zowel dader als slachtoffer hun gewone verblijfplaats hebben.

16 Zie van J. Rijn van Alkemade, 'Artikel 2 Boek 6 NBW en het Internationaal Privaatrecht', in *Liber Amicorum NBW*, opstellen aangeboden aan mr. B.C. de Die, 1991, p. 105; P. Vlas, *Internationaal Privaatrecht in de spiegel van het Nieuwe BW*, oratie VU 1989, p. 11.

Voor een dergelijke materieelrechtelijke – aan het beginsel van de redelijkheid en billijkheid in de zin van het materiële (Nederlandse) privaatrecht ontleende – exceptieclausule bestaat, zo wordt heden ten dage algemeen aanvaard, geen deugdelijke rechtsgrond. Gesignaleerd zij in dit verband vooreerst dat de exceptieclausule van art. 10:8 BW door de wetgever weloverwogen is ingebed in het gangbare verwijzingsprocedé (van Boek 10 BW), in die zin dat het als correctief fungeert op het krachtens de normaal toepasselijke verwijzingsregel aangewezen recht.¹⁷ Dit impliceert dat de exceptieclausule er niet (primaair) toe mag strekken het *in concreto* meest billijke resultaat te bereiken. Een dergelijke 'better law approach' in het kader van de exceptieclausule, die eenzijdig georiënteerd is op het materieelrechtelijke beginsel van de redelijkheid en billijkheid, staat ook haaks op de in (sommige) Haagse IPR-verdragen, Europese IPR-verordeningen en nationale IPR-codificaties opgenomen exceptieclausules die steeds een conflictenrechtelijk karakter hebben. Daarbij komt het bezwaar dat een dergelijke clausule op gespannen voet kan staan met de rechtszekerheid; deze clausule zal er immers toe kunnen leiden dat het toepasselijke recht niet *vooraf* kenbaar is voor partijen, maar eerst *achteraf* wordt vastgesteld door de rechter. Ook kan een dergelijke clausule strijdig zijn met de internationale beslissingsharmonie, in die zin dat het criterium van de redelijkheid en billijkheid wordt ingevuld aan de hand van rechtsopvattingen en beginselen die (voornamelijk) zijn ontleend aan de rechtsorde van het eigen forum: wat zou voor de Nederlandse rechtstoepasser het oriëntatiepunt zijn voor die redelijkheid en billijkheid? Kan dat een ander recht zijn dan het Nederlandse?^{18, 19}

5. De exceptieclausule van art. 10:8 BW

5.1 Nadere afbakening en invulling van de exceptieclausule

5.1.1 Algemeen

Nationale (Nederlandse) exceptieclausules – hier toegespitst op art. 10:8 BW – zijn niet van toepassing op verwijzingsregels in voor Nederland bindende verdragsregelings-

17 Zie MVT, *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 18; Staatscommissie IPR, *Advies* 2002, nr. 70-72.

18 In gelijke zin onder meer H.L.J. Roelvink, 'Artikel 6:2 BW en het Nederlandse IPR', in: *Feestbundel Jaap van Rijn van Alkemade* 1993, p. 219, p. 312; L. Strikwerda, *RMThemis* 1993, p. 165; Th. M. de Boer, 'Dwaling in het internationale huwelijksgoederenrecht', in: *Met recht verkregen (Bundel Joppe)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 1; A.V.M. Struycken, 'Boek 10 BW – een grote stap in de codificatie van het internationaal privaatrecht. Achtergronden en enige kanttekeningen', *VrA* 2011 (8)2, p. 24; P. Vlas, *IPR en BW* (Mon. BW nr. A27) 2015/39; A.V.M. Struycken, *RabelsZ* 2014, p. 592, p. 605; P. Lagarde, *Recueil des cours* 1986, Tome 196, p. 122; A.E. Von Overbeck, *NIPR Special* 1994, p. 40; J.D. González Campos, *Recueil des cours* 2000, Tome 287, p. 343; M. Keller & D. Girsberger, *IPRG Kommentar* 2004, ad. art. 15, nr. 90.

19 In het Nederlandse conflictenrecht ontmoeten wij een variant van dit type materieelrechtelijke exceptieclausule (slechts) in enkele arresten van de Hoge Raad op het terrein van het huwelijksvermogensrecht (zie HR 19 maart 1993, *NJ* 1994/187, m. nt. J.C. Schultsz (*Zimbabwe*)) en in geval van toepassing van de uitsluitingsclausule in de zin van art. 1:94 lid 2 onder a BW (zie HR 17 februari 2017, *NJ* 2017/175) in het kader van het leerstuk van de aanpassing; zie *Asser/Vonken 10-1* 2018/418 en 421.

gen, aangezien deze verdragsregels voorrang hebben boven nationale wettelijke regels; daaronder vallen ook IPR-regels die zijn opgenomen in Boek 10 BW. Voor wat het in verdragen verankerde regels betreft, vloeit dit voort uit art. 93 en 94 Gw. Evenmin kan deze exceptieclausule verwijzingsregels uit EU-regelingen corrigeren, aangezien de voorrang van regels van de EU (mede) voortvloeit uit het Unierecht.²⁰ Vergelijk ook art. 10:1 BW, waarin is bepaald dat de in Boek 10 BW vervatte regels van internationaal privaatrecht de werking van voor Nederland bindende internationale en Europese regelingen onverlet laten.

De exceptieclausule van art. 10:8 BW is voorts niet van toepassing op in Nederland geldende commune regels van rechtsmacht van de rechter (bijvoorbeeld art. 1-14 Rv) en andere regels van procesrecht, bijvoorbeeld art. 10:2 BW (ambtshalve toepassing) en art. 10:3 BW (wijze van procederen).

Evenals voor de andere regels van conflictenrecht moet de in Boek 10 BW vervatte exceptieclausule *ambtshalve* worden toegepast; zie ook art. 10:2 BW. De omstandigheid dat het hier een exceptieclausule betreft, biedt onvoldoende grond voor een andere opvatting (zie de MvT, *Kamerstukken II 2009/10*, 32137, 3, p. 18).

De exceptieclausule mag niet worden gehanteerd om telkens de *lex fori*²¹ toe te passen wanneer toepassing van het buitenlandse recht op onoverkomelijke problemen stuit. De clausule verdient daarentegen toepassing te vinden zowel ten gunste als ten nadele van de *lex fori*. De bepaling is, anders gezegd, neutraal, in die zin, dat ongeacht welk recht door de verwijzingsregel wordt aangewezen – ook als dit de *lex fori* is – dit recht door deze bepaling opzijgezet kan worden ten gunste van een ander recht waarmee de casus een veel nauwere band heeft.

5.1.2 Het temporele toepassingsgebied

Wat betreft het temporele toepassingsgebied van art. 10:8 BW heeft de wetgever voor de in titel 1 Boek 10 BW opgenomen algemene bepalingen geen regel van overgangsrecht geformuleerd. In de MvT, *Kamerstukken II 2009/10*, 32137, 3, p. 95 wordt dit geschraagd met het argument dat de in deze titel opgenomen bepalingen een codificatie van het huidige ongeschreven recht betreffen. Dit zou dan betekenen dat aan al deze algemene bepalingen, in beginsel, exclusieve (onmiddellijke) werking of zelfs terugwerkende kracht kan worden verleend, en deze derhalve ook kunnen worden toegepast op rechtsverhoudingen die vóór 1 januari 2012 zijn ontstaan. Deze exclusieve werking geldt, zo is alleszins verdedigbaar, echter niet voor de bepalingen die zijn vervat in art. 10:8 BW (exceptieclausule) en art. 10:9 BW (*fait accompli*-exceptie); deze beide bepalingen maken immers geen deel uit van het vóór 1 januari 2012 gegolden hebbende Nederlandse commune IPR; anders gezegd: waren op dat moment nog geen 'geldend recht'.²² Dit betekent

dat aan art. 10:8 BW (en art. 10:9 BW) geen exclusieve werking (of terugwerkende kracht) kan worden toegekend met betrekking tot rechtsverhoudingen/rechtsfeiten die vóór 1 januari 2012 zijn ontstaan. Aan beide bepalingen kan dan ook slechts *eerbiedigende werking* worden toegekend.²³ Wat betreft het onderwerp van de rechtspersonen betekent dit concreet, dat art. 10:8 BW, althans temporeel gezien, – en daargelaten of aan de andere toepassingsvoorwaarden is voldaan (zie nr. 6) – *uitsluitend* van toepassing kan zijn op krachtens art. 10:118 BW ná 1 januari 2012 opgerichte rechtspersonen.

6. Enkele voorwaarden en beperkingen van de exceptieclausule

6.1 Restrictieve toepassing

Uit de bewoordingen van art. 10:8 lid 1 BW volgt dat de exceptieclausule slechts 'bij uitzondering' kan worden ingeroepen om het normaal toepasselijke recht uit te schakelen. Het moet immers 'kennelijk' blijken, 'gelet op alle omstandigheden van het geval' dat sprake is van een nauwe band die 'slechts in zeer geringe mate bestaat' met het normaal aangewezen recht en 'met een ander recht een veel nauwere band bestaat'. Uitsluitend in dat geval dient dat andere recht te worden toegepast. De strekking van deze – cumulatieve – beperking is om aldus het exceptionele karakter van de exceptieclausule te benadrukken: wanneer met verschillende rechtsstelsels een meer of mindere nauwe band bestaat, mag de exceptieclausule niet worden toegepast in het geval slechts een licht aanknopingsoverwicht met het rechtsstelsel van dat andere land bestaat. Kortom: de in Boek 10 BW en andere (nationale) wetgeving vervatte verwijzingsregels mogen niet worden aangemerkt als gemakkelijk weerlegbare vermoedens; de clausule is slechts een 'uitlaatklep' voor exceptionele gevallen. In het geval, daarentegen, de clausule flexibeler – dat wil zeggen: meer extensief – wordt toegepast, zou in te sterke mate afbreuk worden gedaan aan het belang van de proceseconomie en dat van de rechtszekerheid. Dit geldt met name voor rechtsverhoudingen/rechtsfeiten met een duurzaam karakter, bijvoorbeeld op het terrein van het rechtspersonenrecht, het goederenrecht en het huwelijksvermogensrecht; de direct betrokken partijen en derden hebben immers baat bij een zo groot mogelijke zekerheid en voorzienbaarheid ten aanzien van hun huidige en toekomstige rechtspositie.

6.2 Werking exceptieclausule is beperkt tot verwijzingsregels die berusten op beginsel van de 'sterkste verbondenheid'

6.2.1 Algemeen

De exceptieclausule van art. 10:8 BW is onmiskenbaar ingebed in het klassieke, Savigniaanse verwijzingsstelsel. De

20 Zie Asser/Vonken 10-1 2018/123.

21 Dat wil zeggen: toepassing door de rechtstoepasser van het eigen recht.

22 Wat betreft de exceptieclausule kende het Nederlandse IPR tot 1 januari 2012 slechts enkele *bijzondere*, (open) ontsnappingsclausules; zie hierboven nr. 4.1.

23 Zie in het algemeen met betrekking tot deze temporele kwestie (recentelijk), Y.A. Rampersad & J.A. van der Weide, 'Hora ruit, tempus fluit, Boek 10 BW, WCOD, Rome II en het overgangsrecht', *MvV* 2016 (2), p. 51; Asser/Vonken 10-1 2018/92 en 114.

meeste meerzijdige verwijzingsregels, zo is hierboven geconstateerd, zijn gebaseerd op de (Savigniaanse) grondslag, dat het recht waarmee een bepaald type rechtsverhouding de 'sterkste verbondenheid' heeft, dient te worden toegepast. Dit 'sterkst verbonden' recht wordt volgens de heersende leer niet alleen gevonden aan de hand van een aantal objectief-geografische factoren, maar ook met behulp van allerhande conflictenrechtelijke en materieelrechtelijke belangen.²⁴ Dit betekent dat de exceptieclausule van art. 10:8 BW kan worden toegepast op al die verwijzingsregels welke zijn georiënteerd op het vinden van dit 'sterkst verbonden' recht. Onder deze categorie dienen ook verwijzingsregels te worden gerangschikt die op het *beschermingsbeginsel* zijn gebaseerd, daar ook bij dit type regels met een zogenoemde functionele aanknopng steeds het opsporen van het sterkst verbonden recht centraal staat.²⁵

6.2.2 Enkele typen verwijzingsprocedures die berusten op een andere grondslag

De exceptieclausule van art. 10:8 lid 1 BW mag niet het verwijzingsresultaat corrigeren van verwijzingsregels die berusten op een andere grondslag, zoals eenzijdige verwijzingsregels, op het begunstigingsbeginsel gebaseerde verwijzingsregels, en materiële regels van IPR. Voorts volgt uit art. 10:8 lid 2 BW uitdrukkelijk, dat de exceptieclausule van lid 1 niet van toepassing is in geval van een geldige rechtskeuze van partijen.

a. Eenzijdige verwijzingsregels

De exceptieclausule van art. 10:8 BW mag in de eerste plaats niet worden toegepast op eenzijdige verwijzingsregels die uitsluitend betrekking hebben op het internationale geldingsbereik van het eigen recht (hier: het Nederlandse recht), en niet de vraag behelzen van de eventuele toepasselijkheid van buitenlandse rechtsstelsels. Deze eenzijdige verwijzingsregels worden doorgaans gehanteerd voor rechtsregels die vanwege hun maatschappelijke functie of hun rechtspolitieke lading niet terzijde kunnen worden gesteld (zie bijvoorbeeld art. 10:28 BW, art. 10:30 BW, art. 10:56 lid 1 BW en art. 10:95 lid 3 derde zin BW). Aangezien de ratio die ten grondslag ligt aan dit type eenzijdige verwijzingsregels is, dat de wetgever de eigen nationale belangen door de eigen *lex fori* beter beschermd acht dan door het doorgaans toepasselijke buitenlandse recht, en deze regels aldus niet behoeven te resulteren in de toepasselijkheid van het sterkst betrokken recht, komt dit type eenzijdige regels derhalve niet voor correctie via art. 10:8 BW in aanmerking.

Evenmin geldt de exceptieclausule voor een ander type *eenzijdige* verwijzingsregel: de *scope rule* of 'reikwijdteregel'. Deze regel strekt ertoe het internationale geldingsbereik van slechts één wettelijke regeling van meer of minder

semipubliekrechtelijk karakter – een zogenoemde *voorrangsregel* – nader af te bakenen. Bij dit verwijzingsprocedé van de voorrangsregels is, anders dan bij het klassieke verwijzingsprocedé, niet de *rechtsverhouding* het onderwerp dat bij een bepaald rechtsstelsel dient te worden ondergebracht, maar is het uitgangspunt de toepasselijkheid van de *rechtsregel* zelf. Vastgesteld dient te worden of, via deze scope rule, deze rechtsregel gelet op zijn inhoud en strekking in het voorliggende geval toepassing kan claimen, én dit ongeacht het recht dat voor het overige op de rechtsverhouding van toepassing is. De exceptieclausule van art. 10:8 BW heeft hierbij geen functie.²⁶

Als een *eenzijdige* verwijzingsregel kan ook worden aange merkt de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (WFBV) van 17 december 1997 (*Stb.* 1997, 697). De WFBV bevat regels van materieel Nederlands recht, waaraan formeel buitenlandse kapitaalvennootschappen moeten voldoen. Een van de beperkingen die de WFBV stelt, is dat vereist wordt (zie art. 1) dat de buitenlandse kapitaalvennootschap 'haar werkzaamheden geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht' en, bovendien, dat de vennootschap voorts 'geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt waarnaar zij is opgericht'. Deze beperkingen kunnen weliswaar als een nadere invulling van het criterium van de 'sterkste verbondenheid' (met Nederland) worden gezien. De WFBV strekt echter ook tot bestrijding van het oneigenlijke gebruik van buitenlandse rechtspersonen die door Nederlandse ondernemers als instrument voor hun Nederlandse ondernemersactiviteiten worden gebruikt; de WFBV kan aldus als een bijzondere toepassing van het leerstuk van de voorrangsregels worden beschouwd.²⁷

b. Op het begunstigingsbeginsel gebaseerde verwijzingsregels

De exceptieclausule mag voorts niet worden toegepast bij de op het *begunstigingsbeginsel* gebaseerde verwijzingsregels. De wetgever tracht hier, in de overtuiging dat een bepaald materieel resultaat wenselijk is, dit resultaat bij voorbaat te bevorderen door verschillende wetten subsidiair of alternatief toe te wijzen. In dit type regel wordt aldus eenzijdig, of uitsluitend, beoogd een wet toepasselijk te verklaren, die een bepaalde partij het materieel meest gunstige resultaat verschaft. De exceptieclausule van art. 10:8 BW, die is gericht op het vinden van een recht waarmee de rechtsverhouding een veel sterkere band heeft, is echter per definitie niet geschikt om verwijzingsregels te corrigeren die een vooraf wenselijk geacht resultaat beogen veilig te stellen; deze clausule zou dan immers de strekking van dit type regels kunnen frustreren. Anders gezegd: de functie van de conflictenrechtelijke exceptieclausule verdraagt zich

24 Zie nader met betrekking tot deze objectief-geografische factoren en belangen die in aanmerking kunnen worden genomen bij het opsporen van dit 'sterker verbonden' recht, *Asser/Vonken 10-I* 2018/436-439.

25 Een voorbeeld van een functionele aanknopng met een exceptieclausule van het onderhavige type biedt art. 8 lid 4 Rome I; zie *Asser/Kramer & Verhagen 10-III* 2015/889.

26 Zie bijvoorbeeld de scope rules van art. 4 lid 2 Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (wet van 27 november 1968, *Stb.* 1968, 657; art. 7:616c BW jo. art. 616a BW (Wet aanpak schijnconstructies) en art. 25h lid 2 Auteurswet.

27 Zie met betrekking tot deze WFBV, P. Vlas, *Rechtspersonen*, Praktijkreeks IPR, deel 9, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2017, nr. 83-104; Van Solinge, *T&C Ondernemingsrecht*, WFBV; *Asser/Kramer & Verhagen 10-III* 2015/94-121.

niet met de grondslag van op het begunstigingsbeginsel gebaseerde verwijzingsregels.²⁸

c. *De conflictenrechtelijke rechtskeuze*

In situaties waarin partijen een rechtskeuze doen, is evident dat partijen niet beogen het 'sterkst verbonden' recht aan te wijzen, maar het materiële recht dat partijen het meest geschikt achten om hun rechtsverhouding te beheersen. Noch de vraag naar de hen moverende reden om een bepaald recht te kiezen noch de vraag of de rechtskeuze een redelijk belang dient, mag derhalve door de rechter worden getoetst. Partijen kunnen bijvoorbeeld een recht kiezen dat in het bijzonder is ontwikkeld voor bepaalde typen contracten (zoals het Engelse recht voor overeenkomsten inzake zeevervoer) of een rechtsstelsel dat partijen als 'neutraal' beschouwen. De incorporatieleer biedt de betrokken partijen de vrijheid een vennootschap in te richten naar het recht van een land van hun voorkeur, bijvoorbeeld omdat dat land het stakeholdermodel kent of omdat dat land een goede infrastructuur heeft en een uitstekende rechterlijke macht.²⁹ Kernachtig is dit door Nygh verwoord: "The parties themselves must be the arbitrators of the wisdom of their choice".³⁰ In dit licht ligt het dan ook niet in de rede dat met een beroep op de exceptieclausule het gekozen recht mag worden uitgeschakeld. In die zin bepaalt art. 10:8 lid 2 met zoveel woorden, dat art. 10:8 lid 1 BW niet van toepassing is in geval van een geldige rechtskeuze van partijen.³¹

d. *Materiële regels van IPR*

Een ander, bijzonder verwijzingsprocedé is dat van de materiële of zelfstandige regels van IPR. Hierboven is beschreven dat de klassieke – meerszijdige – verwijzingsregel volstaat met het aanwijzen van het rechtsstelsel van het land waarmee de betreffende rechtsverhouding het sterkst is verbonden. Een materiële regeling voor de rechtsverhouding geeft de klassieke verwijzingsregel niet; dit type verwijzingsregel heeft derhalve een indirect karakter. Materiële of zelfstandige regels van IPR bevatten daarentegen wèl een materiële norm, waarmee (een specifiek deel van) een internationale rechtsverhouding direct wordt geregeld; zij geven hiervoor rechtstreeks aan wat materieel recht is. Zie bijvoorbeeld art. 2:86 en 2:196 BW, art. 2:333b–333e BW, art. 3:31 BW en art. 3:305c BW.

7. De exceptieclausule van art. 10:8 BW in relatie tot het incorporatierecht

7.1 Algemeen

Gewapend met de hierboven beschreven kennis over de rechtsgrond en de functies van art. 10:8 BW dient nu de

vraag te worden beantwoord of de exceptieclausule van art. 10:8 lid 1 BW kan worden toegepast op kwesties die tot het domein van het incorporatierecht behoren. Volgens de in art. 10:118 BW verankerde incorporatieleer wordt een corporatie beheerst door het recht van het land naar welks recht zij is opgericht; die corporatie moet bovendien ook haar (statutaire) zetel in dat land hebben en, bij gebreke daarvan, haar centrum van optreden naar buiten ten tijde van de oprichting.³² In deze context rijst de vraag of de exceptieclausule van art. 10:8 lid 1 BW ook kan worden toegepast om het incorporatierecht, dat ingevolge art. 10:118 BW een rechtspersoon beheerst, ter zijde te stellen in de situatie dat met dit incorporatierecht slechts een 'zeer geringe band' bestaat en met een ander rechtsstelsel een 'veel sterkere band'. Anders gezegd: kan, gelet op de functie van art. 10:8 BW, deze exceptieclausule wel raken aan de incorporatieleer?

Een zelfde type vraag die in dit verband actueel is, betreft de kwestie of de in art. 10:118 BW neergelegde incorporatieleer ook betrekking heeft op de oprichting van een *beschermingsstichting* die in het kader van een (beursgenoteerde) vennootschap met een meervoudige nationaliteit is opgericht. Voor een positieve beantwoording van deze vraag pleit in de eerste plaats dat de beschermingsstichting een cruciale functie heeft bij de bescherming van deze vennootschap. Voorts, zo kan worden betoogd, is de beschermingsstichting – zij het onafhankelijk – nauw verweven met het inwendige bestel en de continuïteit van de vennootschap welks belang zij volgens haar statutaire doelomschrijving moet behartigen.³³ Beide argumenten pleiten ervoor dat het recht dat op de beschermingsstichting van toepassing is, hetzelfde recht is dat de te beschermen vennootschap beheerst. Of via de verwijzingstechniek van de accessoire aanknopng: het recht dat de beschermingsstichting beheerst, dient accessoir te worden aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op de te beschermen vennootschap. Concreet: wanneer sprake is van een naar Nederlands recht opgerichte beschermingsstichting die aan een naar Nederlands recht opgerichte beursgenoteerde vennootschap met een meervoudige nationaliteit is verbonden, worden beide rechtspersonen op grond van art. 10:118 BW door het Nederlandse incorporatierecht beheerst. De brisante vraag is nu of een beroep op de exceptieclausule van art. 10:8 BW kan slagen in het geval het een naar Nederlands recht opgerichte beschermingsstichting betreft die aan een (beursgenoteerde) 'formeel *binnenlandse* vennootschap' is verbonden, anders gezegd: deze naar Nederlands recht opgerichte vennootschap geen of nagenoeg geen (wezenlijke) activiteiten in Nederland uitoefent?

28 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 18; Staatscommissie IPR, *Advies* 2002, nr. 74; Th.M. De Boer, *WPNR* 2003/6537, p. 470; *Asser/Vonken 10-I* 2018/431.

29 Zie Olden & Groothuis, *OR* 2016/92, p. 450.

30 Zie P.E. Nygh, 'The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort', *Recueil des cours* 1995, Tome 251, p. 269, p. 307.

31 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 18–19 en, nader, nr. 7.4.

32 Zie onder meer P. Vlas, *Rechtspersonen* 2017, nr. 12 e.v.; *Asser/Kramer & Verhagen 10-III*, 2015/18 e.v.; Van Solinge, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 10:118 BW; Rutgers & Zilinsky, *WPNR* 2016/7091, nr. 1 onder a.

33 In die zin, ons inziens terecht, Kemperink & De Roo, *Ondernemingsrecht* 2016/55, par. 2.2.2; zie voorts *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/636 en 640.

7.2 Het beginsel van de 'sterkste verbondenheid'

In de doctrine wordt doorgaans aangenomen dat de exceptieclausule van art. 10:8 lid 1 BW niet als correctiemechanisme kan worden gehanteerd om het krachtens art. 10:118 BW aangewezen incorporatierecht te ecarteren. Voor deze opvatting pleit in de eerste plaats het argument dat de exceptieclausule van art. 10:8 lid 1 BW uitsluitend is gericht op het opsporen van het op de rechtsverhouding 'sterkst verbonden' recht, en niet het verwijzingsresultaat mag corrigeren van verwijzingsregels die berusten op een andere grondslag, zoals eenzijdige verwijzingsregels, aan voorrangregels gekoppelde (nationale) *scope rules*, op het begunstigingsbeginsel gebaseerde verwijzingsregels en materiële regels van IPR (zie hierboven nr. 6.2.). Aangenomen wordt, vrij algemeen, in de doctrine dat de incorporatieleer *niet* is gebaseerd op dit beginsel van de 'sterkste verbondenheid', maar is ingegeven door de rechtszekerheid en door economische belangen, en daarmee dus een andere, specifieke grondslag heeft.³⁴ Kortom: de incorporatieleer veronderstelt niet dat er een (objectieve) verbondenheid bestaat tussen de opgerichte rechtspersoon en de rechtssfeer van een bepaald land. Anders gezegd: Nederlands recht is van toepassing op naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen, ongeacht de vraag of het zwaartepunt van de wezenlijke activiteiten van de corporatie dan wel de bestuurswerkzaamheden in Nederland ligt!

Beklemtoond dient in dit verband te worden, dat bij de vraag van de toepasselijkheid van art. 10:8 BW, scherp dient te worden onderscheiden tussen enerzijds de *rechtsgrond* van de exceptieclausule in het algemeen en anderzijds de (specifieke) *functie* van art. 10:8 BW. Als rechtsgrond, zo is hierboven geconstateerd, kan worden genoemd – hierover bestaat onder alle auteurs *communis opinio* – dat dit type exceptieclausule ertoe strekt om een oplossing te vinden voor gevallen die door de wetgever niet zijn voorzien of ten aanzien waarvan de maatschappelijke ontwikkelingen heden ten dage een andere keuze vereisen dan (destijds) door de wetgever is bedoeld. Deze rechtsgrond van de exceptieclausule, daarentegen – en dit wordt door sommige auteurs miskend³⁵ – is echter niet identiek aan de specifieke functie van de exceptieclausule van art. 10:8 BW. Deze laatste heeft onmiskenbaar een *conflictenrechtelijk* karakter, in die zin dat de functie ervan is het bewerken van een betere 'lokalisering' van de rechtsverhouding (zie nr. 6.2.). Deze functie is echter niet *materieelrechtelijk* van aard, in die zin dat het door de verwijzingsregel aangewezen verwijzingsresultaat niet kan worden gecorrigeerd wanneer het resultaat in het concrete geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet acceptabel is. Bovendien zijn in de clausule van art. 10:8 BW enkele stringente voorwaarden ingebouwd.

7.3 Kritische respons op een afwijkend geluid

In de literatuur wordt heden ten dage alom de opvatting aanvaard, ons inziens terecht, dat het conflictenrecht en het materiële recht niet hermetisch van elkaar gescheiden zijn, maar dat aan het materiële recht ontleende waarden en normen dienen door te werken op conflictenrechtelijk niveau. Wat betreft de rechtsfiguur 'vennootschap' wordt nu door sommige auteurs in de (recente) literatuur verdedigd dat de huidige incorporatieleer in strikte zin gebaseerd zou zijn op verouderde denkbeelden die door maatschappelijke ontwikkelingen zijn ingehaald. Gewezen wordt in dit verband op de zogenoemde contextualisering van het vennootschapsrecht: waar de vennootschap voorheen werd beschouwd als een overeenkomst, is de rechtsleer opgeschoven naar een *institutionele* visie. "In deze visie staat de vennootschap los van de oprichters, aandeelhouders en overige stakeholders, terwijl de belangen van de laatstgenoemden doorwerken in het belang van de groep institutioneel betrokkenen." Anders gezegd: in het materiële vennootschapsrecht bestaat, in de opvatting van deze auteurs, "[...] een tendens om een toenemend oog te hebben voor de omstandigheden van het geval, waarin met name het op de vennootschap betrokken belangenspectrum – het vennootschappelijk belang – wordt geïnterpreteerd al naar gelang de variatie van de samenlevingsvorm waarin de vennootschap fungeert."³⁶

Deze conceptbepaalde visie van de vennootschap zou nu, volgens deze auteurs, op conflictenrechtelijk niveau moeten doorwerken, in die zin dat de klassieke incorporatieleer moet worden 'gecorrigeerd' of aangepast door de wetgever of door de exceptieclausule van art. 10:8 BW. Wat er zij van de juistheid van deze conceptbepaalde, institutionele visie, en de vertaling ervan op conflictenrechtelijk niveau, deze (aangepaste) incorporatieleer kan, zo menen wij, niet worden gebaseerd op het criterium van de 'sterkste verbondenheid', ja heeft zelfs (in meer of mindere mate) een semi-publiekrechtelijk karakter. Conclusie: ook in deze 'nieuwe' benadering kan art. 10:8 BW niet worden gehanteerd om een 'meer passend' verwijzingsresultaat te bereiken.

7.4 Geen exceptieclausule in geval van rechtskeuze

Een ander argument voor de opvatting dat de exceptieclausule van art. 10:8 BW niet de incorporatieleer regardeert, kan worden ontleend aan art. 10:8 lid 2 BW, waaruit volgt dat de exceptieclausule van art. 10:8 lid 1 BW niet van toepassing is in geval van een geldige rechtskeuze van partijen. Erkend zij, dat het feit dat partijen gemakkelijk – of zelfs, in de Europese Unie, *geheel vrij*³⁷ – de plaats van de oprichting kunnen kiezen, niet kan worden aangemerkt als een (conflictenrechtelijke) rechtskeuze in eigenlijke zin; dit toepasselijke recht vloeit immers niet voort uit een rechtstreekse keuze van partijen, maar uit de aanknopingsfactor die deel uitmaakt van de verwijzingsregel inzake incorporaties. De

34 Zie Vlas, *Rechtspersonen* 2017, nr. 18; Rutgers en Zilinsky, *WPNR* 2016/7091; P. Vlas, *IPR en BW* (Mon. BW nr. A27) 2015/33; Bootsma, Hijink & In 't Veld, *Ondernemingsrecht* 2016/91, par. 17.

35 Zie Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2015/8, 43 en 74; H.L.E. Verhagen in zijn noot onder HR 21 juni 2013, *JOR* 2013/238 (par. 5); Kemperink & De Roo, *Ondernemingsrecht* 2016/55, par. 2.4. en, specifiek met betrekking tot de beschermingsstichting, par. 3.

36 In die zin Kemperink & De Roo, *Ondernemingsrecht* 2016/55, par. 2.4.2 en Kemperink & De Roo, *Ondernemingsrecht* 2016/93, par. 8.

37 Zie nader de rechtspraak van het HvJ EU over de vestigingsvrijheid van rechtspersonen in de EU, besproken bij Vlas, *Rechtspersonen* 2017, nr.105-119; Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2015/122 e.v.

bevoegdheid van partijen om zelf de aanknopingsfactor te bepalen, *in casu* de plaats van oprichting, leidt in feite echter wèl tot een vrije keuze van het toepasselijke recht.³⁸ Kortom: met de rechtskeuze in de zin van art. 10:8 lid 2 BW kan worden *gelijkgesteld* de rechtskeuze van het incorporatierecht door de oprichters van de corporatie. *Mutatis mutandis* geldt dezelfde redenering voor de oprichting van een naar Nederlands recht opgerichte beschermingsstichting die aan een (beursgenoteerde) naar Nederlands recht opgerichte vennootschap met een meervoudige nationaliteit is verbonden.

Voor deze opvatting kan ook steun worden gezocht bij de beslissing van de Zwitserse Bundesgericht (BGE 7 mei 2002, 128 III 346), waarin de vraag aan de orde was of de toepasselijkheid van Zwitsers recht op doorbraak van aansprakelijkheid van een volgens het recht van de Bahamas opgerichte rechtspersoon kon worden bereikt via de exceptieclausule van art. 15 lid 1 Zwitserse IPR-wet. De BGE overweegt ter zake:

“Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Frage des Haftungsdurchgriffs dem Gesellschaftsstatut untersteht. Grundsätzlich ist somit das Recht der Bahamas, nach welchem die Beklagte organisiert ist, anwendbar (Art. 154 Abs. 1 IPRG). Unbegründet ist insbesondere die Meinung der Klägerin, der Durchgriff sei in Anwendung von Art. 15 IPRG nach Schweizer Recht zu beurteilen, weil der Sachverhalt eine viel engere Beziehung zur hiesigen Rechtsordnung habe. Dazu ist einerseits zu bemerken, dass im vorliegenden Fall ausnahmslos ausländische Rechtspersönlichkeiten involviert sind und sich der Bezug zur Schweiz ausschliesslich in Bankbeziehungen erschöpft. Andererseits hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Anwendung von Art. 15 abs. 1 IPRG auf die gesellschaftsrechtliche Anknüpfung zu verneinen is, weil die Tatsache, dass eine ausländische Gesellschaftsform gewählt wurde, einer Rechtswahl gleichzustellen ist und die ausnahmsweise Anwendung von Schweizer Recht gemäss Art. 15 Abs. 2 IPRG ausschliesst (BGE 117 II 494).”

Het voorgaande leidt ertoe dat op grond van art.10:8 lid 2 BW de exceptieclausule van art. 10:8 lid 1 BW niet kan worden toegepast om de ‘indirecte’ rechtskeuze van het incorporatierecht door de oprichters van de incorporatie, respectievelijk door de oprichters van de beschermingsstichting

(en de daarmee verbonden beursgenoteerde vennootschap) terzijde te stellen.³⁹

8. Conclusie: art. 10:8 BW geen ‘bom’ onder de incorporatieleer

Voor de introductie van de – conflictenrechtelijke – exceptieclausule van art. 10:8 BW bestaat een deugdelijke *rechtsgrond*. In Boek 10 BW wordt een prominente plaats toegekend aan de Savigniaanse premisse dat op de desbetreffende rechtsverhouding het ‘sterkst verbonden’ recht toepasselijk is. Een *a priori* vastgestelde, abstracte aanknopingsfactor kan echter niet steeds bevredigend alle feitenconstellaties afleveren bij dit ‘sterkst verbonden’ recht. Het is bijgevolg alleszins verdedigbaar om in uitzonderingsgevallen het starre aanknopingsmechanisme te doorbreken. Daarbij komt een argument van rechtspolitieke aard. Het recht – ook het internationaal privaatrecht – is niet statisch, maar dynamisch. Het is daarom wenselijk dat het IPR de flexibiliteit behoudt, die (min of meer) garandeert dat op langere termijn de rechtstoepasser kan inspelen op gewijzigde maatschappelijke en juridische omstandigheden. De exceptieclausule kan hier dan uitkomst brengen. Van deze rechtsgrond dient scherp te worden onderscheiden de (specifieke) *functie* van art. 10:8 BW. Deze functie, die is gericht op het opsporen van het op de rechtsverhouding ‘sterkst verbonden recht’, mag niet het verwijzingsresultaat corrigeren van verwijzingsregels die berusten op een andere grondslag, zoals eenzijdige verwijzingsregels, op het begunstigingsbeginsel gebaseerde verwijzingsregels, materiële regels van IPR en de rechtskeuze. Bovendien zijn door de wetgever – weloverwogen – enkele stringente voorwaarden ingebouwd.

Tegen deze achtergrond verdient de vraag beantwoording of de exceptieclausule van art. 10:8 BW – die door sommige auteurs in *Ondernemingsrecht* plastisch is uitgedrukt als een ‘bom’ onder de incorporatieleer – ook het krachtens art. 10:118 BW aangewezen incorporatierecht kan uitschakelen in het in nr. 1 geschetste type casus waarin een (beursgenoteerde) vennootschap uitsluitend haar statutaire zetel in Nederland heeft en zelf verder geen of nagenoeg geen (wezenlijke) activiteiten in Nederland uitoefent. Een zelfde vraag dient zich aan met betrekking tot een naar Nederlands recht opgerichte beschermingsstichting die in het kader van een Nederlandse (beursgenoteerde) ‘formeel binnenlandse vennootschap’ met meervoudige nationaliteit is opgericht, anders gezegd: deze naar Nederlands recht opgerichte vennootschap geen of nagenoeg geen (wezenlijke) activiteiten in Nederland uitoefent.

38 Zie echter *Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/8*, die van mening zijn dat wanneer deze interpretatie van art. 10:8 lid 2 BW zou worden gevolgd, deze interpretatie in ieder geval moet worden beperkt tot de interne verhouding van de organen, functionarissen en andere rechtstreeks bij de rechtspersoon betrokken personen (aandeelhouders, leden). In de verhouding *jegens derden*, daarentegen, zou het ‘indirect gekozen’ incorporatierecht bij wijze van uitzondering wel degelijk op grond van art. 10:8 lid 1 BW terzijde kunnen worden gesteld. Op deze wijze wordt ons inziens een moeilijk te aanvaarden opsplitsing van het rechtspersonenstatuut gecreëerd, die in strijd is met het belang van de rechtszekerheid.

39 In die zin ook Vlas, *IPR en BW* (Mon. BW nr. A27) 2015/33; Vlas, *Rechtspersonen* 2017, nr. 18, nr. 305; Rutgers & Zilinsky, *WPNR* 2016/7091, nr. 1b; Van Solinge, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 10:118 BW, aant. 1; Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, Serie Recht en Praktijk ONDR 8, p. 247-248; Bootsma, Hijink & In ‘t Veld, *OR* 2016/91, par. 15-17; C. Kohler, *Recueil des cours* 2013, Tome 359, nr. 26; Keller & Girsberger, *IPRG Kommentar* 2004, ad art. 15, nr. 51 van de Zwitserse IPR-wet, waarin op grond van art. 154 lid 1 IPRG ook de incorporatieleer wordt gehuldigd.

Gelet op het bovenstaande betoog kan, dunkt ons, de exceptieclausule van art. 10:8 lid 1 BW het in casu toepasselijke Nederlandse incorporatierecht niet uitschakelen. Hiervoor pleiten de volgende twee (los van elkaar staande) argumenten.

Voor toepassing van art. 10:8 lid 1 BW is vereist dat de te corrigeren verwijzingsregel berust op het beginsel van de 'sterkste verbondenheid'. Het incorporatiestelsel is daarentegen niet geënt op dit beginsel, maar is ingegeven door de rechtszekerheid en door economische belangen.

Een tweede argument dat de exceptieclausule van art. 10:8 BW niet als correctief kan worden gehanteerd om het krachtens art. 10:118 BW aangewezen incorporatierecht terzijde te stellen, kan worden ontleend aan art. 10:8 lid 2 BW, waaruit volgt dat de exceptieclausule van art. 10:8 lid 1 BW niet van toepassing is in geval van een geldige rechtskeuze van partijen. Het feit dat partijen de vrijheid hebben om de plaats van oprichting te kiezen, kan weliswaar niet worden aangemerkt als een (conflictenrechtelijke) rechtskeuze in eigenlijke zin. De bevoegdheid van partijen om zelf de aanknopingsfactor te bepalen, *in casu* de plaats van oprichting van de (beursgenoteerde) vennootschap, respectievelijk van de beschermingsstichting (die met deze te beschermen vennootschap nauw is verbonden) in Nederland, leidt *de facto* echter wèl tot een vrije keuze van het toepasselijke Nederlandse incorporatierecht. De rechtskeuze in de zin van art. 10:8 lid 2 BW komt dus in feite neer op de rechtskeuze van het incorporatierecht door de oprichters van de incorporatie. Kortom: voor zover art. 10:8 BW al als een 'bom' zou mogen worden bestempeld die onder de incorporatieleer kan worden gelegd, dient deze bom, zo menen wij, direct te worden 'gedemonteerd'.