

Import en export van recht

ENKELE ALGEMENE OPMERKINGEN

*P. Neleman**

1. Het ligt voor de hand dat de termen import en export in de titel van het jaarboek in andere zin moeten worden verstaan dan daaraan gewoonlijk wordt toegekend. Bij import en export pleegt men immers in de eerste plaats te denken aan de invoer en uitvoer van bijvoorbeeld handelswaar ingevolge een contract tussen in verschillende landen gevestigde partijen. Hier gaat het om iets anders, te weten om de grensoverschrijding van het — objectieve — recht. Deze grensoverschrijding doet zich in een aantal vormen voor, waarvan ik een aantal wat nader onder ogen zal zien. Ik zal mij daarbij in beginsel beperken tot het burgerlijk recht.

Geheel in het algemeen kan men zeggen dat het niet opzienbarend is dat het recht niet bij nationale grenzen halt houdt. Weliswaar vormt, in ieder geval sinds de grote codificaties, nationaal recht een onderdeel van de nationale identiteit, maar in landen met een vergelijkbare maatschappelijke, economische en culturele situatie zullen zich vaak vergelijkbare problemen voordoen, waarvoor het recht een oplossing beoogt te bieden. Ziet men zich voor zo'n probleem gesteld, dan is het in het algemeen een vruchtbaar procédé voor de oplossing daarvan niet alleen te onderzoeken wat het nationale recht inhoudt, maar mede te rade te gaan bij buitenlands recht. Gezegd zou kunnen worden dat een werkelijk diepgravend en innovatief onderzoek het niet zonder rechtsvergelijking kan stellen, maar een verplichting daartoe in eigenlijke zin bestaat natuurlijk niet. Het gaat hier dus om een weliswaar wenselijke, maar niet formeel verplichte activiteit, die kan leiden tot import van vreemd recht in het eigen rechtsstelsel.

* Mr. P. Neleman is raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden.

2. Dit is overigens niet een uitsluitend moderne benadering. Men denke bijvoorbeeld aan de receptie in West-Europa van het Romeinse recht, dat daarmee niet alleen het territoir maar ook het tijdperk van zijn formele gelding heeft overschreden. Zonder rechtsvergelijkende bestudering van de behouden gebleven bronnen zou de receptie niet mogelijk zijn geweest. Wat het Romeinse recht voor de ontwikkeling van het West-Europese privaatrecht heeft betekend, kan nauwelijks worden overschat. Opmerkelijk is in dit verband nog dat het gereci-pieerde Romeinse recht, als Rooms-Hollands recht, zijn weg weer heeft gevonden naar verre landen als — thans — Sri Lanka en Zuid-Afrika.

3.1 In vele gevallen is het de juridische literatuur die het rechtsvergelijkende voortouw neemt. Wordt daarin een aan buitenlands recht ontleende rechtsfiguur of theorie verdedigd, die later in de rechtspraak of in de wetgeving wordt aanvaard, dan zou men erover kunnen twisten of sprake is van import van vreemd recht, zoals in deze bijdrage aan de orde is. Zo heeft bijvoorbeeld Scholten voor het burgerlijk recht in 1902 de in Duitsland ontwikkelde leer van de adequate veroorzaking in Nederland naar voren gebracht, welke leer in 1927 door de Hoge Raad is aanvaard en door hem tot ongeveer 1970 is toegepast.¹ Men zou kunnen denken dat het antwoord op deze vraag niet van heel groot belang is: is er geen sprake van import in eigenlijke zin, dan is er in elk geval import over de band. Het is evenwel hoe dan ook van belang zich te realiseren dat een bepaalde rechtsfiguur een buitenlandse herkomst heeft en bijvoorbeeld voor ogen te houden welk toepassingsgebied hij in zijn land van herkomst heeft, waarmee overigens niet gezegd wil zijn dat de Nederlandse rechtsontwikkeling niet kan meebrengen dat de grenzen van het toepassingsgebied in de loop der tijd gaan verschuiven.

3.2 Ook in de hedendaagse rechtspraak zelf is de rechtsvergelijking niet meer weg te denken. Het klassieke voorbeeld is het arrest Van Kreuningen/Bessem,² waarin de Hoge Raad voor het eerst een expliciete rechtsvergelijkende motivering heeft gebruikt door met betrekking tot de op grond van art. 1407 (oud) BW te vergoeden schade

1. Zie Asser-Hartkamp 4-1, nr. 427 e.v.

2. HR 21 mei 1943, NJ 1943, 455.

onder meer te overwegen ‘dat in overeenstemming met hetgeen van oudsher in ons land gegolden had en *met hetgeen thans volgens wet of rechtspraak in de naburige landen geldt*, het toekennen van vergoeding voor ideële schade, geleden tengevolge van voormelde daden, als redelijk en billijk valt te beschouwen’ (cursivering toegevoegd). Hij deed zulks op het voetspoor van de conclusie van de P-G Berger, waaruit ook duidelijk wordt welke ‘naburige landen’ de Hoge Raad op het oog had. Opmerking verdient wellicht nog dat het rechtsvergelijkende argument hier zijn overtuigende kracht er vooral aan ontleent dat het niet om één land, maar om verscheidene landen gaat, waar deze vorm van schadevergoeding is aanvaard. Het is overigens onnodig te zeggen dat de import van dit stukje buitenlands recht inmiddels is voltooid in art. 6:106 BW.

Een recent voorbeeld, waarin het overigens niet zozeer gaat om import van buitenlands recht, maar waarin wel de rechtsvergelijking een rol speelt in de motivering, is het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 1997³ inzake *wrongful birth*. De Hoge Raad vermeldt dat (ook) ‘in andere landen’ bezwaren naar voren zijn gebracht tegen het toekennen van schadevergoeding bestaande in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind, maar overweegt vervolgens dat en waarom deze bezwaren hem ‘niet overtuigend’ voorkomen. Een uitvoerige bespreking van deze bezwaren is, naast andere rechtsvergelijkende beschouwingen, te vinden in de fraaie conclusie van de A-G Vranken, die uiteindelijk tot een ander oordeel kwam dan de Hoge Raad.

In dit verband vermeld ik ten slotte nog, maar uitsluitend om aan te geven hoe normaal en vanzelfsprekend de rechtsvergelijking in de rechtspraak eigenlijk is geworden, een betrekkelijk willekeurig voorbeeld uit de laatste aflevering van de Nederlandse Jurisprudentie: de conclusie van de A-G Hartkamp voor HR 24 januari 1997, NJ 1997, 399 (zie p. 2190, l.k.).

Van een geheel andere orde is intussen het geval waarin de Nederlandse rechter ingevolge regels van internationaal privaatrecht buitenlands recht toepast. De toegepaste regels van buitenlands recht zijn dan in zoverre wel onderdeel van de Nederlandse rechtsorde geworden, maar uitsluitend in de beslissing in de betrokken zaak: zij

3. RvdW 1997, 54; AA 1997, p. 431. Zie ook de verschillend getinte beschouwingen in NJB 1997, p. 475 e.v.

zijn daarmee uiteraard nog niet gaan behoren tot het Nederlandse recht. Van import van recht is dan ook in dit geval geen sprake.

3.3 Ook de wetgeving laat zich in ruime mate inspireren door de rechtsvergelijking, en in zoverre is dan sprake van rechtstreekse import, al dan niet in aangepaste vorm, van onderdelen van buitenlands recht. Vooral het nieuwe vermogensrecht, en dan in het bijzonder Boek 6 BW, biedt daarvan goede voorbeelden: men zie de voetnoten in het Groene Boek, waarin talloze verwijzingen voorkomen naar wetgeving, rechtspraak en literatuur van een zeer groot aantal landen.⁴ Ter illustratie wijs ik op enkele willekeurige voorbeelden, die nog met vele andere zouden kunnen worden aangevuld.

Art. 6:80, dat in de onderdelen *b* en *c* van lid 1 verwantschap vertoont met de Engelse leer van de anticipatory breach.⁵

Bij de totstandkoming van de regeling van de Algemene voorwaarden (afd. 6.5.3) heeft niet alleen de dissertatie van Hondius⁶ een prominente rol gespeeld, maar is blijkens de memorie van toelichting ook gelet op Duitse, Engelse, Franse en Oostenrijkse wetgeving, alsmede op een resolutie van de Raad van Europa.⁷

In de toelichting-Meijers vindt men als motivering voor de nieuwe regeling van de dwaling (art. 6:228) onder meer een uitvoerige beschouwing over het Engelse leerstuk van de misrepresentation.⁸

De noten bij de toelichting-Meijers op art. 6:258 (onvoorziene omstandigheden) bevatten, naast verwijzingen naar Duitse literatuur en Engelse rechtspraak, verwijzingen naar wetgeving van Duitsland, Egypte, Griekenland, Italië en Polen.⁹

3.4 De hier gegeven voorbeelden doen zien dat nationale grenzen ook thans in feite geen belemmering vormen voor import van recht. De Nederlandse rechtstoepasser die zich met een probleem geconfronteerd ziet, kan vrijelijk te rade gaan bij buitenlandse wetgeving,

4. Een indrukwekkende literatuurlijst is als bijlage opgenomen in het Groene Boek; zij is ook afgedrukt in de Parl. Gesch. Boek 6, p. 1051 e.v.
5. Parl. Gesch. Boek 6, p. 277.
6. Standaardvoorwaarden, Rechtsvergelijkende beschouwingen over standaardisering van kontraktsbedingen en overheidstoezicht daarop (diss. Leiden 1978).
7. Parl. Gesch. Boek 6 Inv.wet, p. 1455.
8. Parl. Gesch. Boek 6, p. 902.
9. Parl. Gesch. Boek 6, p. 968 e.v.

rechtspraak en literatuur en daaruit overnemen hetgeen hem goed dunkt, en aldus een stukje recht importeren.

Of dit in een concreet geval mogelijk is, zal evenwel van een aantal factoren afhangen. Nog afgezien van de vraag of de betrokken rechtstoepasser voldoende belangstelling voor en bedrevenheid in rechtsvergelijking heeft, zullen vooreerst in de landen die in de vergelijking worden betrokken tot op zekere hoogte vergelijkbare maatschappelijke, economische en sociale verhoudingen moeten bestaan. Is dit niet het geval dan is het minder aannemelijk dat zich soortgelijke problemen voordoen en dat daarvoor geschikte oplossingen voorhanden zijn: zo zal het voor de Nederlandse rechtsvergelijker vermoedelijk vruchtbaarder zijn te kijken naar het recht van West-Europese landen dan naar het recht van bijvoorbeeld Tibet. Maar ook als een zekere maatschappelijke gelijkheid bestaat, is nog niet gezegd dat rechtsvergelijking tot aanvaardbare resultaten leidt. Zo zal het in het algemeen niet voldoende zijn alleen buitenlandse wetgeving te raadplegen, maar zal men zich ook moeten verdiepen in rechtspraak en literatuur. Bovendien zal men bedacht moeten zijn op terminologische valkuilen en, mede daarom, vanuit een zo concreet mogelijke vraagstelling moeten denken, dus — met een aan Sauveplanne, Rechtsstelsels in vogelvucht, ontleend voorbeeld — niet alleen: kent het Engelse recht de rechtsfiguur van de stichting, maar ook: kent het Engelse recht een rechtsfiguur die ertoe strekt met een afgezonderd vermogen een bepaald doel te bereiken?

Het zojuist gegeven voorbeeld van Tibetaans recht wijst tevens op een andere noodzakelijke factor, namelijk dat het vreemde recht is vervat of vertaald in een toegankelijke taal. Wat dit laatste betreft neemt het Nederlandse recht een wat ongunstige positie in, zodat er eerder van import van vreemde rechtsfiguren in Nederland dan van export uit Nederland sprake zal zijn, ook al is voor wat het (nieuwe) BW de toegankelijkheid aanzienlijk verbeterd door vertalingen in het Frans, Engels, Duits, Spaans en Russisch, hetgeen de belangstelling voor het nieuwe Nederlandse recht in aanzienlijke mate heeft bevorderd.

4.1 De bronnen waaruit bij de import van buitenlands recht door middel van rechtsvergelijking wordt geput — wetgeving, rechtspraak en literatuur — zijn uit het voorgaande voor het belangrijkste deel al gebleken. Er zijn er echter nog enkele, die een wat bijzondere plaats

innemen en daarom afzonderlijke vermelding behoeven.

4.2 In de eerste plaats noem ik de internationale (handels)praktijk. Deze heeft een aantal rechtsfiguren opgeleverd als bijvoorbeeld factoring, franchising en leasing (alle aan het Angelsaksische recht ontleend), die dankzij het beginsel van contractsvrijheid ook in Nederland vaste voet hebben kunnen krijgen.¹⁰ Daarnaast valt te wijzen op internationale standaardcontracten op bijvoorbeeld het gebied van de zeescheepvaart, zoals cognossementen en charterpartijen: daarin voorkomende bedingen — die veelal naar Engels recht moeten worden uitgelegd — zijn mede tot het Nederlandse recht gaan behoren.

4.3 Voorts valt te wijzen op het verdragsrecht, dat op verschillende manieren tot import in het Nederlandse rechtstelsel kan leiden.

Eenvormige Beneluxwetten, zoals die op het gebied van het merkenrecht en het modellenrecht, zijn nationaal recht in elk van de Beneluxlanden. Zij vertonen een bijzonder aspect in die zin dat de uitlegging daarvan door middel van een prejudicieel stelsel is opgedragen aan een bijzonder college, te weten het Benelux-Gerechtshof. De Hoge Raad is, evenals de hoogste rechter in de andere Beneluxlanden, verplicht vragen van uitleg te stellen, behalve wanneer sprake is van een *acte clair* of een *acte éclairé*, dat wil zeggen wanneer over het antwoord redelijkerwijs geen twijfel (meer) kan bestaan. De gerechten in feitelijke aanleg zijn niet verplicht, maar wel bevoegd vragen te stellen. Dit stelsel brengt mee dat, wanneer het Benelux-Gerechtshof eenmaal uitspraak heeft gedaan, er voor de Hoge Raad geen taak meer bestaat met betrekking tot de interpretatie van de betrokken Beneluxwet, hetgeen meebrengt dat de eindarresten van de Hoge Raad met betrekking tot de rechtsvraag heel kort plegen te zijn.¹¹ In het verband van deze bijdrage kan dit stelsel aldus worden gekarakteriseerd dat de uitleg van het Benelux-Gerechtshof rechtstreeks in het Nederlandse recht wordt geïmporteerd.

Het EG-recht kent een vergelijkbaar systeem van prejudiciële vragen, die in dit geval moeten worden gesteld aan het Hof van

10. Zie voor de 'aanpassingsproblemen' waartoe de leasing in verband met art. 3:84 lid 3 heeft geleid, HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119; AA 1995, p. 872 (Sogelease).

11. Zie bijvoorbeeld HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 282, r.o. 2.2.

Justitie van de Europese Gemeenschappen te Luxemburg. Ook op dit gebied is derhalve sprake van rechtstreekse import in het Nederlandse recht van de door het Hof gegeven uitleg.

Min of meer bij wege van zijspoor verdient vermelding dat de Hoge Raad in een geval waarin de interpretatie van zowel het Beneluxrecht als van het EG-recht aan de orde was — het betrof de Benelux Merkenwet die is aangepast aan de eerste Europese Richtlijn inzake het Merkenrecht (89/104/EEG) — aanleiding heeft gevonden zowel aan het Benelux-Gerechtshof als aan het Hof van Justitie EG vragen te stellen.¹² Een van de aan het Hof van Justitie EG voorgelegde vragen was of de Hoge Raad dan wel het Benelux-Gerechtshof op grond van art. 177 lid 3 EG-Verdrag gehouden is zich tot het Hof van Justitie EG te wenden. Het Hof van Justitie heeft op het moment van inleveren van deze bijdrage nog geen arrest gewezen. Wel heeft inmiddels de A-G Jacobs op 29 april 1997 conclusie genomen. In zijn antwoord op voormelde vraag heeft hij volstaan met de opmerking, kort samengevat, dat ingeval door de hoogste nationale rechter aan het Benelux-Gerechtshof prejudiciële vragen (moeten) worden gesteld, aan art. 177 lid 3 is voldaan, indien het Hof van Justitie gelegenheid heeft te antwoorden op de hem voorgelegde prejudiciële vragen, voordat de nationale rechter einduitspraak doet. Strikt genomen is daarmee de gestelde vraag nog niet beantwoord, maar wel is een praktische aanwijzing gegeven voor de verdere procedure; uiteraard moet echter worden afgewacht of het Hof de conclusie van zijn A-G zal volgen.

Ten slotte vestig ik in dit verband nog kort de aandacht op het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Ook hier is sprake van import van internationaal recht in het Nederlandse recht. De in dat Verdrag neergelegde regels doorbreken immers zoals bekend het nationale recht, in die zin dat de nationale rechter gehouden is regels van nationaal recht die strijdig zijn met regels van het EVRM, zoals uitgelegd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg, buiten toepassing moet laten. Hierop bestaat in zekere zin een uitzondering ingeval het vaststellen van de gevolgen van de onverenigbaarheid van het nationale recht met het EVRM de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan.¹³

12. HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 682, inzake Dior/Evora.

13. Zie bijvoorbeeld HR 24 februari 1995, NJ 1995, 468.

De hier besproken gevallen van import van internationaal recht hebben gemeen dat, anders dan in de eerder besproken gevallen waarin sprake was van op rechtsvergelijking gebaseerde import, in beginsel van een verplichting tot importeren kan worden gesproken.

5.1 Tegenover import staat uiteraard export. Van export van Nederlands recht is sprake wanneer in het buitenland op grond van rechtsvergelijkende argumenten onderdelen van Nederlands recht worden geïmporteerd. Ik laat dit verder buiten beschouwing: *mutatis mutandis* geldt hier hetzelfde als wat hiervoor over de import in Nederland is gezegd. Slechts op twee, wat bijzondere gevallen wil ik nog in het kort de aandacht vestigen.

5.2 In de eerste plaats vermeld ik, ofschoon het hier niet om export in strikte zin gaat omdat het zich binnen het Koninkrijk afspeelt, de invoering ingevolge het zg. concordantiebeginnel (art. 39 Statuut) van het nieuwe vermogensrecht op de Nederlandse Antillen en op Aruba. De voorbereidingen zijn al ver gevorderd, en hopelijk zal de invoering op niet al te lange termijn haar beslag krijgen. Dit is van belang, omdat de Hoge Raad ook cassatierechter is in Antilliaanse en Arubaanse zaken en in deze zaken dus nog het recht moet toepassen, zoals dat in Nederland tot 1 januari 1992 heeft gegolden. Daaraan is een belangrijk bezwaar verbonden, te weten dat dit recht zich, behalve dan in de Antilliaanse en Arubaanse rechtspraak en literatuur, niet meer ontwikkelt, ook al lijkt anticiperende interpretatie op het nieuwe vermogensrecht ook hier in voorkomend geval niet uitgesloten.¹⁴

5.3 Ten slotte valt in dit verband nog kort te wijzen op de totstandbrenging van een nieuw Burgerlijk Wetboek in Rusland (en andere GOS-staten). Ik kan hier kort over zijn, omdat ik voor wat betreft opzet en werkwijze van dit project kan verwijzen naar het daaraan gewijde artikel van Feldbrugge.¹⁵ Mijn eigen ervaringen in Wit-Rusland stemmen ook grotendeels overeen met hetgeen Feldbrugge over Rusland heeft geschreven. Ik zou in dit verband nog slechts een wel eens gehoord misverstand uit de weg willen ruimen, te weten dat het

14. Zie met betrekking tot deze kwestie de conclusie van de A-G Hartkamp voor HR 21 februari 1992, NJ 1992, 336.

15. Het nieuwe Burgerlijk Wetboek van de Russische Federatie, RMThemis 1997, p. 43 e.v.

Nederlandse nieuwe BW zonder meer is overgenomen in of model heeft gestaan voor het Russische; dit is niet juist, het gaat steeds om eigen ontwerpen, die ook, zowel wat opzet als inhoud betreft, afwijken van het Nederlandse BW. Wel heeft het nieuwe Nederlandse vermogensrecht invloed uitgeoefend, doordat van Nederlandse zijde commentaar op de ontwerpen is geleverd, waarbij in voorkomend geval uiteraard ook is uiteengezet hoe de overeenkomstige regeling in Nederland luidt. De al gememoreerde vertaling in het Russisch heeft hier ongetwijfeld een belangrijke rol gespeeld.