

VREEMD RECHT

Over de toepassing van buitenlands recht in het Nederlandse burgerlijk proces(recht)

Ekaterina Pannebakker*

Civiel recht van alle rechtsstelsels van onze planeet kennen en toepassen, is dit sciencefiction? Niet helemaal, zo laat deze amuse zien. Op een geschil dat een internationaal karakter heeft kan buitenlands recht van toepassing zijn. Om zo'n geschil te beslechten dient de Nederlandse rechter op grond van artikel 10:2 BW vreemd recht ambtshalve toe te passen. In deze bijdrage worden enkele knelpunten bij de toepassing van buitenlands recht in de Nederlandse rechtspraak in kaart gebracht.

1 Inleiding

Toen leerlingen van een middelbare school in Saoedi-Arabië in september 2017 hun nieuwe lesboek maatschappijleer opensloegen, deden ze een merkwaardige ontdekking. Op een foto uit 1945 waarop de latere koning Faisal het Handvest van de Verenigde Naties ondertekent, staat hij zij aan zij met de 800 jaar oude Jedi Master Yoda uit de film *Star Wars*. De foto veroorzaakte de nodige opschudding in Saoedi-Arabië, daarbuiten was vooral sprake van hilariteit.¹ Inmiddels is er een gecorrigeerde druk van het boek verschenen. De vraag hoe de foto in het lesboek terecht is gekomen, is nog steeds niet beantwoord door de direct ingestelde onderzoekscommissie.

Voor geïnteresseerden in sciencefiction en privaatrecht roept het incident mogelijk nog een andere vraag op. Stel nu dat Master Yoda daadwerkelijk onze planeet zou hebben bezocht en dat hij, tijdens zijn verblijf, een privaatrechtelijke verbintenis met Faisal zou zijn aangegaan, bijvoorbeeld tien vaten ruwe olie van de koning kocht, welk recht zou er dan op deze verbintenis van toepassing zijn? Het recht van Saoedi-Arabië of het recht van de thuisplaneet van Yoda? Om dit vast te stellen zou er zoiets als Interplanetair Privaatrecht moeten bestaan. Zo'n rechtsgebied bestaat niet, maar wel de afkorting IPR.

2 IPR

De afkorting IPR staat voor 'internationaal privaatrecht'. Dit rechtsgebied is relevant als een privaatrechtelijke rechtsverhouding een internationaal karakter heeft. Een IPR-verwijzingsregel wijst dan aan welk recht op de internationale rechtsverhouding van toe-

passing is. De verwijzingsregels die voor Nederland gelden zijn in een aantal internationale en Europese bronnen alsmede in Boek 10 van het Nederlandse BW vastgelegd. Indien volgens een verwijzingsregel het recht van een ander rechtsstelsel moet worden toegepast, dan is de Nederlandse rechter op grond van artikel 10:2 BW verplicht dat ook te doen. Ook ambtenaren dienen in voorkomende gevallen het IPR en het 'vreemde recht' toe te passen, bijvoorbeeld indien moet worden vastgesteld of een buitenlands natuurlijk persoon wel handelingsbekwaam is.²

3 Buitenlands recht in het Nederlandse procesrecht

In het Nederlandse burgerlijk procesrecht is buitenlands recht *recht noch feit*.³ Het adagium *iura novit curia* ('de rechter kent het recht') geldt ook voor het buitenlandse recht. De Nederlandse feitenrechter dient de inhoud van het buitenlandse recht ambtshalve vast te stellen en toe te passen. De rechter is niet gebonden aan het standpunt van de procespartijen over de inhoud van de buitenlandse wet.⁴ Zo bezien is vreemd recht geen 'feit'. Toch is buitenlands recht ook geen 'recht' in de zin van artikel 79 RO. Over de schending en de vaststelling van vreemd recht kan namelijk niet in cassatie worden geklaagd.⁵

In veel andere landen wordt hier anders over gedacht. Zo wordt in Engeland en Wales het buitenlandse recht wel beschouwd als een feit. De partijen dienen daar de inhoud van vreemd recht zelf vast te stellen, te bepleiten en te bewijzen.⁶ De Franse benadering is gebaseerd op de leer van het facultatieve conflictenrecht. Indien een vordering op

* Dr. E.S. Pannebakker LL.M. is universitair docent internationaal privaatrecht aan de Universiteit Leiden. Met dank aan Pauline Ribbers en Herman Stolwijk voor hun inbreng.

1 R. Sanchez, 'Saudi education officials sacked over history textbook showing Yoda with King Faisal at the UN', *The Telegraph* 26 september 2017.

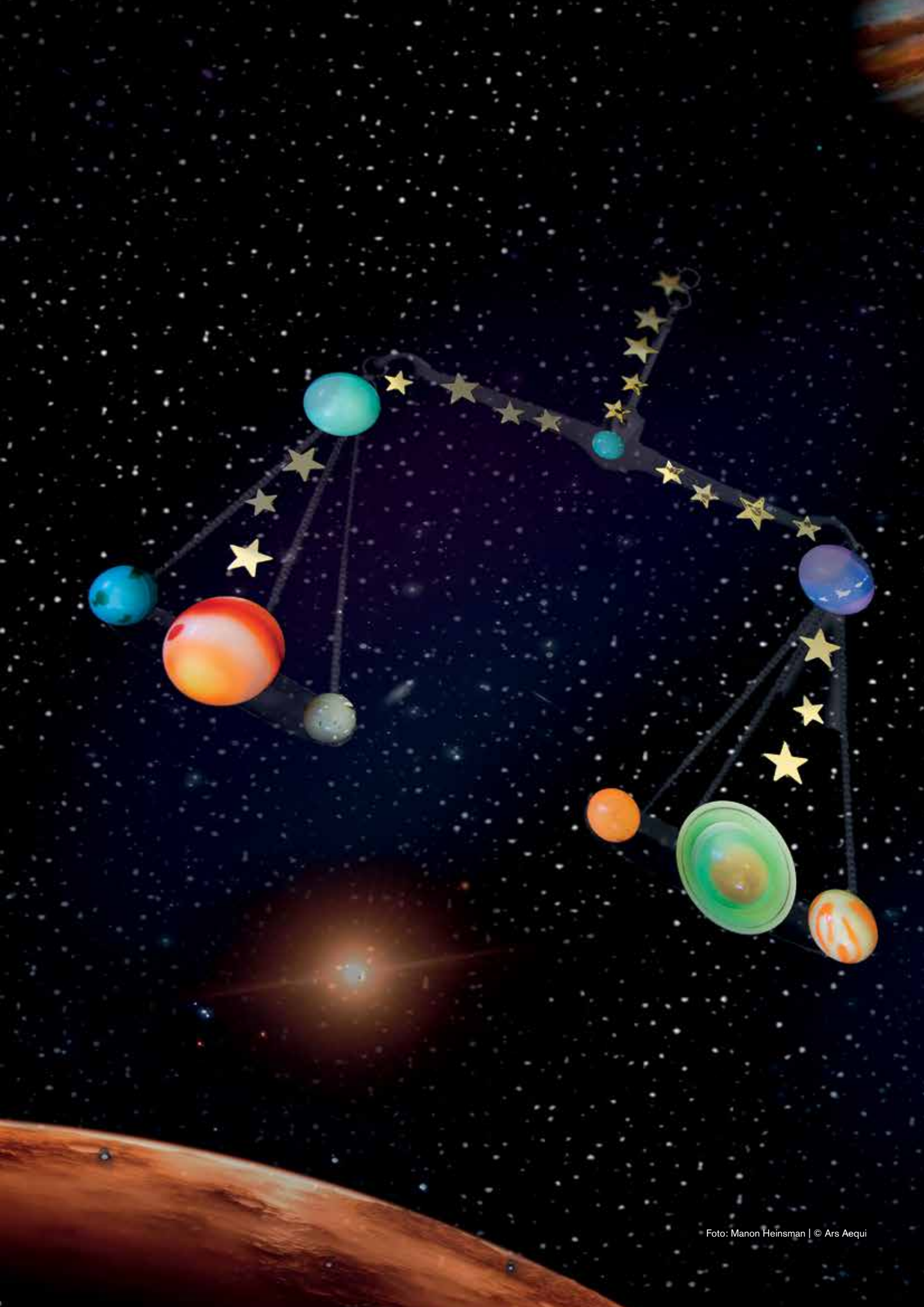
2 Art. 10:11 lid 1 BW verwijst naar het nationale recht van die persoon.

3 L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 35.

4 Art. 10:2 BW, art. 25 Rv.

5 Art. 79 lid 1 sub b RO. Alleen als de toepassing van vreemd recht onbegrijpelijk is kan erover worden geklaagd in cassatie. Zie bijvoorbeeld HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8282.

6 L.A. Collins & J. Harris (red.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, London: Sweet & Maxwell 2017, par. 9-002 – 09-011.



regelend recht gebaseerd is, bijvoorbeeld op het regelende deel van overeenkomstenrecht, zal de Franse rechter het buitenlandse recht slechts toepassen indien partijen zowel het IPR als het buitenlandse recht inroepen. Of de vordering op regelend recht gebaseerd is wordt aan de hand van het Franse recht beoordeeld.⁷

4 Vreemd recht in de rechtspraak

De toepassing van buitenlands recht veroorzaakt in de praktijk van de Nederlandse rechtspraak weinig moeilijkheden als het om een verwant rechtsstelsel gaat of als de uitleg van de toegepaste begrippen op de Nederlandse rechtsfiguren lijkt. Zo leidde de uitspraak van de Rechtbank Arnhem in een conflict tussen een Nederlandse en een Franse partij, om zich niet door het Nederlandse maar door het Franse recht te laten leiden, niet tot latere discussies. De rechtbank overwoog dat '[h]et van de hand wijzen van onderhandelingen over aanpassing of beëindiging van de overeenkomst door EDF [de eiser] in strijd met de redelijkheid en billijkheid ("bonne foi", artikel 1134 CC) zou zijn.⁸ En ook de toepassing door het Hof Amsterdam van het Duits Burgerlijk Wetboek in een conflict op Nederlandse bodem tussen een Duitse en een Nederlandse partij over contractuele aansprakelijkheid werd zonder problemen aanvaard. Het hof nam het Duitse Burgerlijk wetboek (BGB) bij de hand om te bezien of de partij in strijd met 'de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in § 242 BGB (Treu und Glauben)' handelde.⁹ Deze toepassingen van vreemd recht zijn betrekkelijk eenvoudig, wellicht mede omdat het onderwerp redelijkheid en billijkheid (vgl. art. 3:11 BW) in de rechtsvergelijkende literatuur voldoende uitgekristalliseerd is. Zo is bekend dat het Engelse contractenrecht geen overkoepelende goede trouw kent, in tegenstelling tot veel Europese continentale rechtsstelsels, die geworteld zijn in het Romeinse recht en daarom zo'n begrip wel kennen.¹⁰

Als buitenlandse begrippen wat verder van het Nederlandse recht staan, wordt de toepassing van vreemd recht moeilijker. Soms kan met behulp van een analogie een buitenlands begrip in het bekende referentiekader worden geplaatst. Zo'n analogie werd bijvoorbeeld gebruikt bij de toepassing van het Japanse huwelijksvermogensrecht. De rechtbank concludeerde: 'Aldus kan gesteld worden dat de Japanse echtscheidingsprocedure de rechter ruimte laat voor "correctiemechanismen" die zich laten vergelijken met de "dringende verplichting van moraal en fatsoen" of die van de "natuurlijke verbintenis" in westerse rechtsstelsels'.¹¹ Ook bij de uitleg van een overeenkomst werd zo'n analogie gebruikt: de rechter merkte op dat 'ook in Monaco men aan "Haviltexen" (vergelijk HR 4 september 2009, LJN BI6319) doet en dat ook aan gebruiken (vergelijk artikel 6:248 lid 1 BW) betekenis wordt gehecht'.¹²

Als er geen Nederlandse equivalent bestaat van een buitenlandse rechtsfiguur, verdiept de rechter zich gewoonlijk in de vreemde rechtsbepalingen en de onderliggende maatschappelijke processen, zodat het buitenlandse recht op een plausibele manier kan worden toegepast. Bijvoorbeeld, bij de beoordeling door het Hof Den Haag of de eigenaar van drie Beneluxmerken voor wodka naar Nederlandse maatstaven te goeder trouw was geweest bij de verkrijging van

dit merkenrecht, werd het recht van de Sovjet Unie en Rusland met betrekking tot de privatisering van staatsondernemingen toegepast.¹³

Nog complexer wordt de toepassing van vreemd recht als het Nederlandse recht de buitenlandse rechtsfiguur helemaal niet kent. Zo zorgde enige decennia geleden de Marokkaanse 'kafala', de zogenoemde 'zwakke adoptie' waarbij de familierechtelijke banden met de oorspronkelijke ouders niet geheel worden doorgesneden, voor veel onzekerheid.¹⁴ Inmiddels is 'kafala' een bekende rechtsfiguur die niet als adoptie wordt beschouwd. In een recente uitspraak overwoog Rechtbank Gelderland als volgt: 'Nu er in Marokko geen adoptie tot stand is gekomen, maar slechts een pleegzorgmaatregel (Kafala), zal de rechtbank beoordelen of een adoptie naar Nederlands recht kan worden uitgesproken'.¹⁵

Duidelijk zal zijn dat naarmate het voor de rechter moeilijker is om de inhoud van het buitenlandse recht vast te stellen, de toepassing steeds meer vragen oproept. In hoeverre is het vereiste dat de Nederlandse rechter ook de buitenlandse wet kent realistisch en praktisch haalbaar? In welke situaties dient deze eis te gelden? Doet de Nederlandse rechter er verstandig aan om in deze lacune te voorzien door eigen recht (*lex fori*) toe te passen? Vooral over het antwoord op deze laatste vraag bestaat onder rechtsgeleerden in ons land al lange tijd een verschil van mening.¹⁶

5 Correctiemechanismen

Het Nederlandse IPR beschikt over twee mechanismen om, indien nodig, uitkomsten van de ingevolge het IPR toepasselijke buitenlandse regeling te corrigeren: openbare orde en voorrangsregels. Als de toepassing van vreemd recht gevolgen heeft die kennelijk onverenigbaar zijn met normen en waarden die voor Nederland van fundamenteel belang zijn, worden toepassingen van buitenlands recht verhinderd op grond van de openbare-orde-exceptie.¹⁷ Zo wordt in Nederland aan een buiten Nederland gesloten polygaam huwelijk erkenning onthouden op grond van artikel 10:32 BW dat invulling aan het begrip openbare orde in het familierecht geeft. Deze bepaling werd door de wetgever recent aangescherpt in verband met de invoering van de Wet tegengaan huwelijksdwang.¹⁸ Maar ook kunnen voorrangsregels van toepassing zijn, ook als een rechtsverhouding door vreemd recht wordt beheerst. Voorrangsregels, die de vorm hebben van nationale bepalingen van semipubliek recht, zoals het milieurecht, waarborgen de maatschappelijke en economische belangen van het land.¹⁹

6 Tot slot

De toepassing van buitenlands recht zorgt in de praktijk voor een scala aan uitdagingen. Die uitdagingen vloeien direct voort uit de grote verschillen in rechtssystemen in de landen van onze planeet. Of de wijze waarop met die verschillen in de praktijk wordt omgegaan aanknopingspunten biedt voor een mogelijke rechtsverhouding met Master Yoda is een vraag die we (voorlopig nog?) buiten beschouwing kunnen laten. Dat colleges IPR aan de Leidse rechtenfaculteit dikwijls in de Sterrewacht worden gehouden, duidt er volgens onbepaalde tenen isjs willen komen.

7 S. Corneloup, 'L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne', in: P. Lauvaux & J. Massot, *L'application du droit étranger*, Paris: Société de Législation Comparée 2018, p. 75-93, op p. 76.

8 Rb. Arnhem 15 december 2000, ECLI:NL:RBARN:2000:AA9124, r.o. 5.10.

9 Hof Amsterdam 26 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ5836, r.o. 4.26.

10 R. Zimmermann & S. Whittaker, *Good faith in European contract law*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.

11 Rb. Amsterdam 1 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1067, r.o. 3.1.3.

12 Rb. 's-Hertogenbosch 24 juni 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN0636, r.o. 2.9.5.

13 Hof Den Haag 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX1515.

14 Rb. Utrecht 5 oktober 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:A08343, *JPF* 2006/73 m.nt A.E. Oederkerk, r.o. 3.6-3.8.

15 Rb. Gelderland 27 november 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6903.

16 J.E.J.Th. Deelen, 'Vreemd recht : hoe kom je d'r aan? Hoe kom je d'r af?', in: J.E.J.Th. Deelen & P.H.M. Gerver, *De toepasselijkheid van materieel vreemd recht in de Nederlandse rechtsfeer* (Preadvies Koninklijke Notariële Broederschap), Deventer: Kluwer 1980.

17 Art. 10:6 BW.

18 Wet van 7 oktober 2015, *Stb.* 2015, 354.

19 Art. 10:7 BW.