

Vreemd recht in cassatie

Freerk Vermeulen

Inleiding

Vijf jaar geleden kwam ik als “laterale invlieger” van een ander kantoor bij NautaDutilh om de cassatie- en appelpraktijk verder te ontwikkelen. Ik werd ingebed in de Amsterdamse corporate litigation groep, die Harmen een aantal jaren voor mijn komst had opgezet. Na omzwervingen in onder meer de transactiepraktijk en een jarenlang verblijf in Jakarta, had Harmen zich volledig kunnen richten op datgene wat hij als advocaat het liefst deed: procederen. Dat deed hij met zichtbaar plezier op een nuchtere, besliste en altijd correcte wijze, met een scherp oog voor “de relatie” en de beslissingspsychologie van de rechter. Bij dat laatste kon hij putten uit zijn ervaringen als raadsheer-plaatsvervanger in het Amsterdamse hof en als arbiter in een keur aan vaak ondernemingsrechtelijk gekleurde geschillen.

Naast vele procesrechtelijke intermezzi in verschillende procedures, behandelde ik een viertal zaken voor Harmen in cassatie. Twee daarvan waren gerelateerd aan internationale arbitrages, de andere twee betroffen geschillen over commerciële contracten. Daarvan betrof er één de vraag naar de totstandkoming en uitleg van een overeenkomst naar Pools recht (*Arazi/UNP*)¹. Hoewel deze voor Harmen en mij verwerende cassatie door de Hoge Raad op de voet van art. 81 RO werd afgedaan, geeft de zaak aanleiding om in deze bijdrage stil te staan bij de (niet-)toetsing aan buitenlands recht in cassatie. In zijn vaak internationale procespraktijk heeft Harmen frequent voor de Nederlandse rechter geprocedeerd naar vreemd recht.² Zeker nu de toetsing aan vreemd recht in cassatie door recente ontwikkelingen weer wat meer aandacht heeft gekregen, is het aardig dit thema vanuit het perspectief van de cassatiepraktijk te bezien.

Een historische controverse

Art. 79 lid 1 sub b RO expliciteert dat de Hoge Raad geen uitspraken vernietigt wegens schending van het recht van vreemde staten. Waar de

¹ HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT8459, *RvdW* 2012/52 (*Arazi/UNP*).

² Naast *Arazi/UNP* bereikte onder meer de zaak *D&S/Ahold* over een door Argentijns recht beheerste koopovereenkomst de Hoge Raad, zie HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9038, *NJ* 2011/272.

Hoge Raad wel “vol” de juistheid van een rechtsoordeel naar het toepasselijke Nederlands recht toetst, verbiedt de wet een gelijke toetsing aan buitenlands recht. In cassatiejargon is het met toepassing van buitenlands recht gegeven rechtsoordeel “feitelijk”. Dat betekent dat de Hoge Raad wel de motivering kan toetsen op begrijpelijkheid en tegenover essentiële stellingen van partijen over de inhoud van dat buitenlandse recht. Bij rechtsoordelen naar Nederlands recht kan de Hoge Raad dat niet: nu de Hoge Raad uitmaakt of dergelijke oordelen juist of onjuist zijn is het resultaat en niet de daarvoor gegeven motivering van de lagere rechter bepalend. Heten oordelen over buitenlands recht in zoverre in cassatie “feitelijk”, vanuit het perspectief van de feitenrechter zijn het wel degelijk rechtsoordelen. Ten aanzien van de inhoud van het buitenlandse recht bestaat namelijk geen stelplicht en bewijslast voor partijen op de voet van art. 149 en art. 150 Rv en de feitenrechter dient op grond van art. 25 Rv evengoed rechtsgronden van buitenlands recht ambtshalve aan te vullen voor een vordering, verzoek of verweer daartegen.³ Bij de codificatie van (een deel van) het conflictenrecht in Boek 10 BW heeft de wetgever aanleiding gezien die al bestaande verplichting tot ambtshalve toepassing van buitenlands recht nog eens in een apart art. 10:2 BW te benadrukken.⁴

De hybride status van het oordeel van de feitenrechter over vreemd recht is het gevolg van een keuze die de wetgever bij de herziening van het cassatieprocesrecht in 1963 heeft gemaakt.⁵

In de parlementaire behandeling van deze wetswijziging is de mogelijkheid van cassatie wegens schending van vreemd recht het belangrijkste strijdpunt geweest. Volgens het aanvankelijke, door de Hoge Raad gesouffleerde⁶, regeringsontwerp uit 1951 was cassatie wegens schending van buitenlands recht mogelijk, maar alleen als “de Hoge Raad bestaan en inhoud van de rechtsregel zonder nadere bewijslevering met voldoende zekerheid vermag vast te stellen”.⁷ Dit “tussenstandpunt” berustte op een afweging van enerzijds de constatering dat “de Nederlandse rechter noch geroepen en in staat is het laatste woord te spreken over vragen van vreemd recht en dat hij vaak te kort zal schieten in de kennis omtrent het in den vreemde geldende

³ Vaste rechtspraak sinds HR 4 juni 1915, *NJ* 1915, p. 865 (*Ehlers & Loewenthal / Van Leeuwen*) en HR 3 april 1927, *NJ* 1927, p. 1110. Zie voorts D.J. Veegens/E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 86 e.v.

⁴ *Kamerstukken II*, 2009-10, 32 137, nr. 3, p. 8-10. Daarbij werd overigens het bezwaar van ontoegankelijkheid van buitenlands recht vrij resoluut van de hand gewezen.

⁵ Zie daarover onder meer Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 86.

⁶ H.U. Jessurun d'Oliveira, *De antikieregels: een paar aspecten van de behandeling van buitenlands recht in het burgerlijk proces*, Deventer: Kluwer 1971, p. 124 e.v. De Hoge Raad kwam daarmee terug op zijn vaste rechtspraak dat oordelen over buitenlands recht zich niet lenen voor inhoudelijke toetsing in cassatie.

⁷ Zie Korthals Altes, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 79 Wet RO, aant. 1.

recht” en anderzijds (met name) de constatering dat het onbevredigend is als “een kennelijk onjuiste uitspraak van de lagere rechter over het vreemde recht niet kan worden achterhaald”.⁸ De minister tekende daarbij aan dat de Hoge Raad in het algemeen beter in de gelegenheid is zich van de inhoud van het vreemde recht op de hoogte te stellen. Dit voorstel ontmoette overwegend steun in de vaste Commissie van Justitie, zij het dat de beperking dat de buitenlandse rechtsregel zich “zonder nadere bewijslevering” laat vaststellen, als problematisch werd beschouwd. Ondanks deze overwegend positieve respons schrapte de minister bij de algemene beschouwingen zelfs deze geclausuleerde toetsing aan vreemd recht, omdat de Hoge Raad inmiddels – voor de tweede keer – was “omgegaan”.⁹ Daarvoor was enerzijds het argument dat de Hoge Raad zijn taken van rechtsvorming en rechtseenheid niet heeft te vervullen ten opzichte van buitenlands recht. Anderzijds werd overbelasting gevreesd en zou de onvoorspelbare clausulering “zonder nadere bewijslevering” tot rechtsonzekerheid (voor de cassatiebalie) leiden. De minister zag na herbezinning slechts nog ruimte voor vernietiging op motiveringsklachten bij kennelijke misslagen in de toepassing van vreemd recht¹⁰ en in die vorm haalde het wetsvoorstel de eindstreep.

De wet bleef niet zonder kritiek. Met name Jessurun d’Oliveira¹¹ en Veegens¹² verklaarden zich fel tegenstander van de uitsluiting van de toetsing in cassatie aan vreemd recht. Daartegenover stonden voorstanders, vooral ook uit kringen rond de Hoge Raad. In 1978 spraken de preadviseurs Sillevius Smitt en Wiarda zich in de NJV-vergadering uit vóór handhaving van het bestaande stelsel en zij werden ter vergadering daarin algemeen bijgevallen. Voor Sillevius Smitt zou het “rendement” van een stelselwijziging te gering zijn, met name omdat, in verhouding tot de tot het nationale recht beperkte taak van de Hoge Raad, de vaststelling van het vreemde recht te tijdrovend, kostbaar en onzeker zou zijn. Ter ecartering van die onzekerheid en van het daaraan inherente risico van onjuiste uitspraken opperde hij voorzichtig een op (een nog te sluiten) verdrag gebaseerd systeem van prejudiciële vragen aan buitenlandse hoogste rechters. Wiarda voelde voor een generieke uitzondering voor gevallen waarin zich frequent dezelfde

⁸ *Kamerstukken II* 1950/51, 2079, nr. 3, p. 4 rechter kolom (MvT).

⁹ Jessurun d’Oliveira 1971, p. 129-130; Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 86 en J.L.W. Sillevius Smitt, ‘Dient de regeling van cassatie in burgerlijke zaken te worden gewijzigd en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?’, in: *Handelingen 1978 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, tweede stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 33. Zie ook de fraaie studie van S. Geeroms, *Foreign law in civil litigation, A comparative and functional analysis*, Oxford: Oxford University Press 2004, nr. 5.147 e.v.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1962/63, 2079, nr. 5, p. 4-5 (MvA II).

¹¹ Jessurun d’Oliveira 1971, p. 130 e.v.

¹² D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971, nr. 81-83.

vragen van buitenlands recht voordoen, waarvoor dan een (daartoe beperkt) verlofstelsel zou moeten worden geïntroduceerd, een gedachte waarvoor hij ter vergadering algemene steun kreeg.¹³ Sindsdien kent het huidige systeem zijn critici, vooral uit internationaal privaatrechtelijke hoek¹⁴, maar lijkt in haar algemeenheid nog steeds niet onjuist de observatie van Korthals Altes en Groen in 2005 dat de behoefte aan de mogelijkheid van cassatie wegens schending van vreemd recht – dus aan een volledige inhoudelijke controle – in de praktijk nauwelijks leeft.¹⁵

De “Pavlov-reflex” van de Hoge Raad op motiveringsklachten over vreemd recht

De beide NJV-pleadviseurs bepleitten hun adhesie aan het bestaande regime door erop te wijzen dat partijen, hun advocaten en de Hoge Raad niet met lege handen staan, nu in voorkomende gevallen redres zou kunnen worden gezocht met motiveringsklachten. Volgens Korthals Altes en Groen is de motiveringscontrole op oordelen over buitenlands recht, zoals bij elke onbegrijpelijkheidstoetsing, een marginale inhoudscontrole gebleken.¹⁶ Martens toonde zich daarover echter op de NJV-vergadering in 1978 al weinig optimistisch en hij heeft daarin, naar het mij voorkomt, duidelijk gelijk gekregen. Het aantal uitspraken waarin de Hoge Raad blijkt heeft gegeven van een meer indringende motiveringscontrole is uiterst beperkt en daar tegenover staan vele voorbeelden, waaruit moet worden afgeleid dat de Hoge Raad weinig welwillend staat tegenover motiveringsklachten over de toepassing van vreemd recht. Het heeft er de schijn van dat de Hoge Raad in elk geval de laatste jaren¹⁷ een (zeer) terughoudend beleid voert en ook

¹³ I.h.b. van Martens, zie: *Handelingen 1978 der Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 2*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 40. Zie ook Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 88, slot.

¹⁴ Asser/Vonken 2013 (10-I*), nr. 336 met recente verwijzingen. Zie verder ook J. Koster & C.W. Dubbink, *Algemeen deel van het Nederlands internationaal privaatrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1962, p. 765; Th.M. de Boer, ‘Buitenlands recht onder de loupe. Problemen rond de toepassing van vreemd recht’, in: Th.M. Bervoets e.a. (red.), *Hoe vreemd is buitenlands recht? Opstellen over de positie van buitenlands recht in het burgerlijk proces*, Deventer: Kluwer 1979, p. 21-22; H.U. Jessurun d’Oliveira, ‘Verdraaiing van vreemd recht’, in: Th.M. Bervoets e.a. (red.) 1979, p. 39 e.v.; L.Th.L.G. Pellis, ‘*Times flies like an arrow!* De huidige positie van buitenlands recht in cassatie’, in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda’s conclusies: opstellen aangeboden aan mr. L. Strikwerda ter gelegenheid van zijn afscheid als advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2011, p. 337 e.v.; Geeroms 2004, p. 390 e.v. (i.h.b. C.12).

¹⁵ Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 87; Geeroms 2004, p. 352 (nr. 5.153).

¹⁶ Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 87, slot.

¹⁷ Wellicht was de Hoge Raad nadat hij in HR 2 april 1976, NJ 1977, 124 voor het eerste vernietigde op een motiveringsklacht een tijd wat ruimhartiger: vgl. de rechtspraak

bij volledig legitieme motiveringsklachten als ware het een geconditioneerde reflex wijst op de restrictie van art. 79 lid 1 onder b RO dat vreemd recht in cassatie niet wordt getoetst. Drie recente voorbeelden illustreren dit. Tegen elk van die voorbeelden valt uiteraard wel wat in te brengen, omdat de verwerping van motiveringsklachten in de regel mede afhankelijk is van de wijze van procederen in feitelijke instanties en in cassatie. Gezamenlijk geven deze voorbeelden echter een vrij duidelijk beeld.

De Srebrenica-uitspraak van 6 september 2013¹⁸ is illustratief. Het ging daarin om de vraag of het optreden van Dutchbat bij de val van Srebrenica een aan de Staat toerekenbare onrechtmatige daad oplevert naar het toepasselijke nationale recht van Bosnië-Herzegovina. De Raad stelt in r.o. 3.15.5 kunstig voorop dat het middel van de Staat de “juistheid” van ’s hofs oordeel in het arrest a quo dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld naar dit buitenlandse recht niet bestrijdt. De Hoge Raad voegt daar fijntjes aan toe dat art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO ook belet dat in cassatie de juistheid wordt onderzocht van de op de toepassing van het recht van Bosnië-Herzegovina berustende oordelen van het hof. Dat is, uiteraard, iets wat de cassatieadvocaten van de Staat ook wisten, en daarom bestreden zij het arrest van het hof op dit punt juist met motiveringsklachten. En over die motiveringsklachten oordeelt de Hoge Raad dan ‘Voor zover de onderdelen [...] zich met motiveringsklachten keren tegen de beoordeling van het verweten optreden van Dutchbat aan de hand van het nationale recht van Bosnië-Herzegovina, verdient opmerking dat dergelijke klachten zich in dit geval niet laten beoordelen zonder daarbij ook de juistheid van het oordeel van het hof omtrent de inhoud en de uitleg van dat recht te betrekken, hetgeen meebrengt dat deze motiveringsklachten eveneens afstuiten op art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO.’

Het is zonder toelichting lastig de clausulering “in dit geval” in dit citaat te duiden. Een mogelijkheid is dat de Hoge Raad het oog heeft op het geval waarin het hof op zichzelf geen essentiële elementen in een partijdebat over het buitenlandse recht heeft gemist en dat een beoordeling van motiveringsklachten daarom - bij gebreke van een selectieve focus op gemiste essentiële stellingen - zou uitmonden in een inhoudelijke herbeoordeling van de toepassing van het recht van Bosnië-Herzegovina. Een andere mogelijkheid is dat de Hoge Raad hier zijn vaste rechtspraak over art. 80 RO voor ogen heeft. Deze bepaling sluit rechtsklachten uit van niet-appellabele uitspraken van kantonrechters en motiveringsklachten die niet kunnen worden beoordeeld zonder te treden in een beoordeling van de

vermeld bij Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 87, noot 4 en P.M.M. Mostermans, *De processuele behandeling van het conflictenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 65, noot 188.

¹⁸ HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228 (*Staat/Mustafi c.s.*).

juistheid van een rechtsoordeel.¹⁹ Voorstelbaar is ook dat de Hoge Raad juist in deze zo gevoelige zaak terughoudendheid (mede) passend achtte om als cassatierechter te treden in een meer inhoudelijke beoordeling naar het recht van Bosnië-Herzegovina. Maar de uitspraak staat niet op zich.

Een ander saillant voorbeeld vormt de uitspraak in de Poolse kwestie *Desario/Zipser*.²⁰ In die zaak werden op het oog alleszins serieuze motiveringsklachten aangevoerd over het verjaringsoordeel van het hof naar Pools recht, dat was gebaseerd op een eigen uitleg van het hof van de betreffende bepaling van het Pools BW en afweek van een door de rechtbank ingewonnen deskundigenbericht van het Haagse Internationaal Juridisch Instituut. In rov. 3.4 jo 3.5.2 lijkt de reflex weer zichtbaar om deze motiveringsklachten primair te zien als vermomde rechtsklachten over 's hofs oordeel naar Pools burgerlijk recht. De (on)begrijpelijkheidstoetsing op deze motiveringsklachten houdt vervolgens bepaald weinig om het lijf. De Hoge Raad sauveert 's hofs oordeel dat, bij gebreke van precedenten, aan Poolse rechtswetenschappelijke literatuur en het daarop gebaseerde IJL-advies mag worden voorbijgegaan, door een eigen (taalkundige) uitleg te geven aan de bepaling van Pools recht. Onder meer Vranken heeft zich vrij kritisch uitgelaten over dit arrest: “[d]e motivering van de Hoge Raad in dit arrest is, gemeten aan de kwaliteit waarmee hij met het Nederlandse recht omgaat, zonder meer pover”²¹ en “een beslissing als in de Poolse zaak van 2010 zou met de daarin gegeven motivering niet meer door de beugel moeten kunnen.”²²

De art. 81 RO-beslissing in “Harmens” zaak *Arazi/UNP* is niet al te spectaculair, maar – zonder hier verder in details te willen treden – viel op de motivering in het arrest a quo zeker wel het een en ander af te dingen. Het daartegen gerichte middel was niet zonder merites en in de ongemotiveerde verwerping daarvan ben ik geneigd een nadere recente bevestiging te vinden van de terughoudendheid van de civiele kamer als het gaat om motiveringsklachten over de toepassing van buitenlands - hier wederom: Pools - recht.

De zaak die voor mij het beeld van het huidige beleid van de civiele kamer compleet maakt is voorlopig *Rafidain Bank/Solvochem*.²³ Het middel in deze zaak klaagde erover dat het hof Rafidain Bank had verweten onvoldoende te

¹⁹ Zie voor die rechtspraak Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 131, noot 5.

²⁰ HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3528, NJ 2011/18 (*Desario/Zipser*).

²¹ J.B.M. Vranken, ‘Omgaan met buitenlands recht in rechtspraak en wetenschap’, in: Th.M. de Boer e.a. (red.) 2011, p. 551.

²² Vranken, in: Th.M. de Boer e.a. (red.) 2011, p. 558.

²³ HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1522, NJ 2013/235 (*Rafidain Bank/Solvochem*). Rafidain Bank werd bijgestaan door NautaDutilh.

hebben gesteld over de inhoud van het toepasselijke Iraakse verjaringsrecht. Het middel beriep zich op de verplichting van het hof het Iraakse recht ambtshalve bij te brengen en wees erop dat voor partijen ter zake van de inhoud van dat recht geen stelplicht bestaat. De Hoge Raad benadrukte in rov. 3.6 de verplichting tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden van vreemd recht.²⁴ Hij stelde daar echter een andere uitleg van 's hofs arrest tegenover en verwierp het onderdeel verder met verwijzing naar art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO. Volgens De Boer in zijn NJ-noot is het “opmerkelijk – en betreuenswaardig – dat de Hoge Raad het beroep op art. 25 Rv afwijst met de doodoener dat over schending van buitenlands recht in cassatie niet kan worden geklaagd. Die beslissing lijkt mij apert onjuist. [...] Als een daartegen gerichte klacht kan worden afgedaan met een beroep op art. 79 RO, wat betekent art. 25 Rv (of art. 10:2 BW) dan nog voor de vaststelling van buitenlands recht door de lagere rechter?”

Het huidige terughoudende beleid van de Hoge Raad schiet tekort

Een cassatieadvocaat heeft ambtshalve oog voor de dilemma's waarmee de raadsheren in de civiele kamer zich geconfronteerd weten. Gaat het om de bejegening van klachten over de toepassing van vreemd recht door de feitenrechter, dan zal bij de beschouwing van alle voors en tegens, veel betekenis moeten toekomen aan het belang van bevestiging en vergroting van het gezag van de Hoge Raad. Het is zeer de vraag of de huidige cassatiereserve tegenover vreemd recht dit belang nu eigenlijk wel bevordert. Dit belang wordt in de eerste plaats gediend door het verzekeren van een behoorlijke rechtsbescherming en van kwaliteitsverbetering van de appelrechtspraak bij de toepassing van buitenlands recht. Uitgangspunt van het conflictenrecht is dat de Nederlandse rechter in voorkomende gevallen geschillen naar buitenlands recht beslist. Daarmee wordt recht gedaan aan de verwachtingen en belangen van partijen. Deze verwachtingen van partijen en hun belangen bij een deugdelijke toepassing van het buitenlandse recht behoren zo veel mogelijk te worden gerespecteerd. Bij dit uitgangspunt past geen terughoudende cassatiecontrole, die onjuiste oordelen over buitenlands recht in stand laat.

In de tweede plaats wordt dit belang gediend, omdat “het buitenland” zijn recht erkend vindt door de hoogste Nederlandse rechter, die blijk geeft van begrip en bescherming daarvan. Een Britse QC die in een uitspraak van de Hoge Raad een welwillende en begripvolle behandeling van zijn eigen recht terugvindt, stelt meer vertrouwen in de Nederlandse rechtspleging, dan als een incorrecte toepassing van zijn recht door de hoogste Nederlandse

²⁴ Vaste rechtspraak sinds HR 4 juni 1915, NJ 1915, p. 865 (Ehlers & Loewenthal/Van Leeuwen).

rechter op grond van - op zichzelf niet onbegrijpelijke - cassatiebeperkingen ongecorrigeerd wordt gelaten.²⁵ Omgekeerd zullen Nederlandse rechters en advocaten een vergelijkbare ervaring hebben bij kennisneming van buitenlandse uitspraken die van een dergelijke welwillende en begripvolle attitude blijken tegenover het Nederlandse recht. Het gaat hier om een eenvoudig te onderschatten element in de reputatie van de Nederlandse rechtsorde in het buitenland en, belangrijker, in de acceptatie van Nederlandse rechterlijke fora door buitenlandse partijen.²⁶

Maar weegt dit dan op tegen het inherente risico van onjuiste uitspraken over buitenlands recht, bijvoorbeeld omdat essentiële bronnen werden gemist, of omdat die bronnen niet in de juiste context werden geplaatst? Hoewel dit risico zich bij rechtsvergelijkende argumentatie af en toe ook in cassatie wel eens manifesteert, ben ik gaandeweg gesterkt in het vertrouwen dat dit een beheersbaar risico is. Het risico weegt volgens mij niet op tegen het belang dat een minder terughoudende cassatiecontrole het gezag van de Nederlandse rechtspleging bij buitenlandse en Nederlandse justitiabelen vergroot. De Hoge Raad zou zijn uitspraken bovendien kunnen clausuleren door erop te wijzen dat hij, ook als het gaat om “art. 25 Rv-klachten” zoals in *Rafidain Bank/Solvochem*, gebonden is aan wat de cassatieadvocaten hem over de inhoud en uitleg van het toepasselijke buitenlandse recht voorspiegelen. Dat de Hoge Raad bij de toepassing van buitenlands recht niet per definitie als hoogste rechter het positieve recht uitspreekt – en dus ernaast kan tasten – zou daarom geen beletsel mogen zijn voor een minder terughoudende cassatiecontrole. Dat is ook al niet het geval, omdat van een nationale rechter die zich moet uitspreken over buitenlands recht, maar hoogstzelden zal worden aangenomen dat hij het buitenlandse recht bindend bedoeld vast te stellen. Dáárin kan dan ook geen relevant probleem schuilen.

Wat kan dan wel het probleem zijn? In 1963 waren het – naast het risico van misslagen – in essentie de gevreesde kosten en tijdrovendheid in het licht van een tot nationale rechtsvorming en rechtseenheid beperkte wettelijke taakstelling voor de Hoge Raad. Let wel: die argumenten

²⁵ Kusters & Dubbink 1962, p. 765 stellen dit in de sleutel van de verantwoording van de Staat tegenover het buitenland, die het beste gestalte kan krijgen in de gecentraliseerde hoogste rechtspraak.

²⁶ Het gaat hier niet zozeer om het bewerkstelligen van convergentie met het privaatrecht van belangrijke handelspartners binnen en buiten de EU, hoewel er zeker rechtsgebieden zijn waarvoor dat van groot belang is, zoals bijvoorbeeld het financieel recht, ondernemingsrecht en IE-recht. De belangen van het internationale rechtsverkeer en de herkenbaarheid van Nederlandse normen en rechtsfiguren voor buitenlanders voeren veelal tot een rechtsvergelijkende uitleg van het Nederlandse recht, (nog) niet tot een meer indringende cassatiecontrole op de toepassing van buitenlands recht door de Nederlandse feitenrechter.

leidden indertijd tot het opgeven van het aanvankelijke “tussenstandpunt” om inhoudelijke cassatiecontrole geclausuleerd toe te laten. Zij lieten en laten een motiveringscontrole die recht doet aan legitieme rechtsbeschermingsbelangen - óók een taak van de Hoge Raad - onverlet. De belangen van verzekering van individuele rechtsbescherming en van kwaliteitscontrole op de appelrechtspraak komen bij de huidige wel zeer terughoudende cassatiecontrole op de toepassing van buitenlands recht in voorkomende gevallen in het gedrang. Die cassatiecontrole mag niet beperkt zijn tot kennelijke misslagen bij de toepassing van vreemd recht die kunnen worden beoordeeld zonder te treden in een rechtsoordeel over het buitenlands recht, maar zal in voorkomende gevallen ruimer moeten zijn om recht te kunnen doen aan dit onderdeel van de taakstelling aan de Hoge Raad. Maar ook de op zichzelf uiteraard terechte tegenwerping dat de Hoge Raad niet tot taak heeft voor rechtsvorming van buitenlands recht zorg te dragen, weegt wat mij betreft niet op tegen het belang dat een welwillende en begripvolle bejegening van het buitenlandse recht aan de internationale statuur van de Hoge Raad bijdraagt. Los daarvan valt er wel wat voor valt te zeggen om rechtseenheid, en met name een judicieel gelijkheidsbeginsel, niet al te nationalistisch, want beperkt tot de rechtseenheid tussen Nederlandse rechterlijke colleges, op te vatten.

Blijven over de factoren kosten en tijdsverloop. Die leggen wat mij betreft onvoldoende gewicht in de schaal. Partijen hebben immers al in twee instanties verkozen voor een Nederlandse rechter te procederen over hun door buitenlands recht beheerst geschil. De kosten om het buitenlandse recht in kaart te brengen zullen meestal al zijn gemaakt, zodat de financiële belasting en de tijdsfactor in cassatie voor partijen betrekkelijk beperkt zullen zijn. Gaat het om het parket en de civiele kamer, dan is het argument eveneens van betrekkelijk geringe waarde. Parket en Raad zullen zich vanzelfsprekend van de juistheid willen vergewissen van wat de cassatieadvocaten over het buitenlandse recht presenteren, maar tegelijkertijd biedt het cassatieprocesrecht zonder meer de ruimte om de “last” te leggen bij de cassatieadvocatuur. Gaat het om motiveringsklachten over wat cassatietechnisch feitelijke oordelen zijn, dan zal de motiveringsplicht bestaan tegenover de stellingen van partijen, een en ander voor zover daarop in adequate (aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv beantwoordende) motiveringsklachten een beroep wordt gedaan.²⁷ Gaat het om klachten dat de feitenrechter ambtshalve gronden van buitenlands recht had behoren bij

²⁷ Vgl. Mostermans 1996, p. 66; Vranken, in: Th.M. de Boer e.a. (red.) 2011, p. 548 en conclusie A-G Strikwerda vóór HR 17 maart 1989, NJ 1990, 427 (*Aegis Wisdom*). Het arrest in *Aegis Wisdom* bevestigt de correlatie tussen de omvang van de rechterlijke motiveringsplicht en de stellingen van partijen over de inhoud van het buitenlandse recht.

te brengen, dan valt op de voet van art. 407 lid 2 Rv het vereiste te stellen dat de klacht met bepaaldheid en precisie aangeeft hoe die rechtsgrond naar buitenlands recht luidt. Het cassatiedebat tussen partijen over het buitenlandse recht valt dan te voeren doordat de verweerder in cassatie met verwijzing naar de volgens hem juiste inhoud van het toepasselijke buitenlandse recht het belang (in de zin van art. 3:303 BW) bij de betreffende cassatieklacht bestrijdt. Het lijkt mij een no brainer dat als van de Hoge Raad méér wordt gevergd, door een klacht aan te voeren over schending van de verplichting tot ambtshalve aanvulling van gronden van buitenlands recht, navenant méér van de eisende cassatieadvocaat mag worden gevergd. Het gaat hier dan niet om de door de Hoge Raad in *Rafidain Bank/Solvochem* terecht verworpen stelplicht van partijen in feitelijke instanties, maar om uit de eisen van een goede procesorde in cassatie voortvloeiende aangescherpte vereisten waaraan een cassatiemiddel en schriftelijke toelichting zouden moeten voldoen.

Kortom, de cassatiecontrole op beslissingen over buitenlands recht kan – en moet – minder terughoudend dan nu de bestendige praktijk is onder vigeur van art. 79 aanhef en lid 1 onder b RO. De cassatiecontrole op een behoorlijk toegelichte art. 25 Rv-klacht mag er niet toe beperkt zijn na te gaan of de feitenrechter wel een beetje zijn best heeft gedaan om de inhoud en juiste uitleg van het buitenlandse recht op te sporen.²⁸ Als het middel naar de daarvoor geldende aangescherpte maatstaven overtuigend uiteenzet dat het buitenlandse recht anders luidt dan het hof heeft vastgesteld, dan zal vernietiging moeten volgen. De andere, door De Boer fel bekritiseerde benadering van de Hoge Raad in *Rafidain Bank/Solvochem*, doet geen recht aan de keuze van de Hoge Raad sinds 1915 én van de wetgever in art. 10:2 BW om het vreemde recht binnen het bereik van het gebod tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden te brengen. Dat gebod drukt de zorg van de wetgever uit om de juiste toepassing van het recht van andere landen, anders had hij het wel voorwerp gemaakt van de stelplicht en bewijslevering door partijen, maar daaraan heeft hij het expliciet onttrokken door de uiteindelijke²⁹ verantwoordelijkheid voor een juiste rechtstoepassing bij de rechter te leggen. Dit reflecteert de zorg dat, als een waarborg voor de juiste toepassing van buitenlands recht ontbreekt, de controle op de juiste toepassing van het conflictenrecht een wassen neus dreigt te worden.³⁰

²⁸ Vgl. Vranken, in: Th.M. de Boer e.a. (red.) 2011, p. 549, die een “zekere inspanning” verlangt van de feitenrechter.

²⁹ Vgl. Mostermans 1996, p. 60-63, die terecht opmerkt dat de rechter van partijen actieve medewerking kan verlangen bij het opsporen van het buitenlandse recht.

³⁰ In veel internationaal privaatrechtelijke literatuur is dit wellicht het belangrijkste argument voor een ruimere cassatiecontrole. In het bestek van deze bijdrage ging ik daar niet verder op in.

Hiermee verdraagt zich niet een afdoening zoals in *Aegis Wisdom* (verwerping omdat op de betrokken rechtsregel in feitelijke instantie geen beroep was gedaan) of zoals in de *Srebrenica*-zaak (behandeling van de klacht vergt een oordeel over de inhoud van het buitenlandse recht). Een dergelijke bejegening van art. 25 Rv-klachten en een meer indringende motiveringscontrole stroken met het in art. 10:2 BW verankerde belang van een juiste (ambtshalve) toepassing van het buitenlandse recht, een belang dat een meerderheid van de vaste Commissie van Justitie in 1957³¹ onderschreef, in de Nederlandse literatuur brede steun vindt en waarover ook internationaal een grote mate van consensus lijkt te bestaan.³² Met het huidige zeer terughoudende beleid lijkt de Hoge Raad internationaal geen “middenkoers”³³ (meer) te varen, maar de inmiddels internationaal vrij geïsoleerde restrictieve Frans-Duitse lijn te volgen. En dat, terwijl de ‘middenkoers’ al niet blijk gaf van een al te grote internationale judiciële ambitie, terwijl, gelet op de reputatie van het Nederlandse recht en van de Hoge Raad in het buitenland en de open Nederlandse economie, juist méér zou mogen worden verwacht, dan wat sommige omringende landen verkiezen te doen.

Afronding

Harmen heeft tot aan het einde van zijn lange carrière bij NautaDutilh een open mind behouden en een vermogen tot relativering van het (nationaal) juridische, onder meer door zijn ruime internationale ervaring. Die ervaring zal hem goed van pas komen bij zijn voornemen om naast een praktijk als onderzoeker in enquêteprocedures, zijn optreden als arbiter internationaal verder te ontplooiën. Ik wens je daarbij veel succes toe!

³¹ *Kamerstukken II*, 1956-57, 2079, nr. 4, p. 4 (VV II).

³² Zie C. Esplugues, J.L. Iglesias, G. Palao, , *Application of Foreign Law*, München: Sellier european law publishers GmbH 2011, en de daarin voorgestelde Principles for a future EU Regulation on the Application of Foreign law (The Madrid Principles), waarvan principle IV luidt: “Application of foreign law should be made *ex officio* by the national authority”, which must use its best endeavours to ascertain the content of foreign law.” Principle X luidt: “Any decision or finding as to the content of foreign law [...] shall be open to review subject to national law. Specific grounds for review shall be set forth by national law.”

³³ Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 81-83.