

De rechter en het vreemde recht

(Vergelijking van de in België geldende regeling met enkele Latijnsamerikaanse verdragen)

Jozef Leysen

INLEIDING

Dit artikel behandelt 2 punten:

1. Welke is de houding die de rechter tegenover het vreemde recht moet aannemen?

2. Hoe kent de rechter het vreemde recht?

Het antwoord dat men in België op deze vragen geeft, zou ik willen vergelijken met de regeling die te vinden is in enkele Latijnsamerikaanse verdragen.

De volgende verdragen heb ik onder de loep genomen:

— het Tratado de derecho procesal, gesloten in het kader van het Zuidamerikaanse congres over I.P.R. (Montevideo) (1889) (1). Dit verdrag gaat niet in op deze problematiek.

— de Código Bustamante (1928) (2).

— de Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero in het kader van de tweede gespecialiseerde interamerikaanse conferentie over I.P.R. (Montevideo) (1979) (3).

In de Código Bustamante en de conventie van Montevideo (1979) worden deze vragen wel behandeld.

§1. DE HOUDING VAN DE RECHTER TEGENOVER HET VREEMDE RECHT

Centraal staat in België het cassatiearrest van 9 oktober 1980. In dit arrest ging men de foutieve toepassing van het vreemde recht als een

(1) *Tratados sancionados por el congreso Sud-Americano de derecho internacional privado instalado en Montevideo el 25 de agosto de 1888 y clausurado el 18 de febrero de 1889*, Buenos Aires, 1889, 45-50.

(2) De Código Bustamante geldt in 15 staten, vooral in Centraal-Amerika, ook in Bolivia, Brazilië, Chili, Ecuador, Peru en Venezuela: DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, A.S., *Manual de derecho internacional privado*, La Habana, 1947, 608.

(3) Het verdrag werd gesloten in de schoot van de Organisatie van Amerikaanse staten. In 1979 tekenden Brazilië, Colombia, de Dominikaanse Republiek, Chili, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haïti, Honduras, Panama, Peru, Uruguay, en Venezuela.

rechtswestie bekijken (4). Bovendien werd beslist dat een rechtbank die een vreemde rechtsregel toepast, dit moet trachten te doen op dezelfde wijze als deze regel wordt toegepast in de staat waar hij van kracht is (5).

De Codigo Bustamante bevat dezelfde ideeën en dit reeds sinds 1928: (art. 412) 'Men kan in cassatie gaan wegens schending, verkeerde interpretatie of foutieve toepassing van een wet van een andere verdragsluitende staat waar dit rechtsmiddel bestaat en dit onder dezelfde voorwaarden en in dezelfde gevallen als met betrekking tot het nationale recht'. Uit deze tekst blijkt niet dat het recht van landen die geen partijen zijn bij het verdrag als recht beschouwd wordt (6).

§ 2. HOE KENT DE RECHTER HET BUITENLANDSE RECHT ?

Met het arrest van 9 oktober 1980 opende men in ons land de doos van Pandora (7): hoe kent de rechter het vreemde recht en wel zoals dit in zijn eigen rechtsorde wordt toegepast? Sommige rechtsordes zijn hem ongetwijfeld totaal onbekend.

Verschillende oplossingen zijn hier mogelijk. De Duitse rechter wendt zich tot een Duits universiteitsinstituut. In de Angelsaksische landen laat iedere partij haar deskundige uit het buitenland verschijnen. Deze moet onder eed uitleg verschaffen en wordt daarna onderworpen aan een cross-examination. In België zijn er twee manieren, dit al naargelang de Europese overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht (Londen, 7 juni 1968) al dan niet wordt toegepast (8).

In de landen waar de Codigo Bustamante geldt, is Pandora's doos reeds minstens sinds 1928 geopend (zeker wat betreft de andere verdragsluitende staten). Dit verklaart de vrij sterk uitgewerkte regeling om inlichtingen te verkrijgen.

Wanneer de Belgische rechter de Europese overeenkomst niet toepast, moeten de partijen hem het vreemde recht uitlegen. Dit gebeurt aan

(4) De Europese Overeenkomst over het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht, spreekt zich niet uit over de vraag of het vreemde recht als een rechtswestie of als een feitenwestie moet worden beschouwd. cf. *Rapport explicatif sur la convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger*, Straatsburg, 1968, 6.

(5) LEMMENS, P., *Studentennota's bij de hoorcolleges I.P.R. van prof. G. van HECKE*, Leuven, V.R.G.-cursusdienst, 1976, 70.

(6) *Convención de derecho internacional privado*, La Habana, 1928, 118. De tekst van de Codigo Bustamante vindt men ook in DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, A.S., *Projet de Code de droit international privé*, Parijs, Libr. Sirey, 1925 en in PARRA-ARANGUREN, *Codificación del derecho internacional privado en América*, Caracas, 1982.

(7) uitspraak van prof. G. van Hecke tijdens het seminarie I.P.R.

(8) LEMMENS, P., o.c., 72.

de hand van een 'certificat de coutume'. Het advies wordt best opgesteld door een rechtsbeoefenaar uit het vreemde land. Een minder goede methode bestaat erin inlichtingen aan te vragen op de ambassade of het consulaat (9).

De regeling in art. 409 van de *Codigo Bustamante* is sterk gelijkend: 'De partij die de toepassing vraagt van het recht van één van de contracterende staten in één van de andere staten, of de partij die zich tegen de toepassing ervan verzet, kan de tekst ervan meebrengen en de werking en interpretatie ervan toelichten, dit alles door middel van een 'certificación' van twee advocaten die hun praktijk hebben in het land van het recht in kwestie, en dit moet behoorlijk gelegaliseerd zijn' (10). De regeling lijkt dus wel strikter dan de onze.

Wanneer de Belgische rechter de Europese overeenkomst wel toepast, kan hij langs officiële weg inlichtingen verkrijgen (11).

In de *Codigo Bustamante* vinden we iets dergelijks: (art. 410) 'Wanneer geen bewijs geleverd wordt, of wanneer de rechter of de rechtbank het bewijs onvoldoende acht, kunnen zij ambtshalve, alvorens uitspraak te doen, langs diplomatieke weg vragen dat de staat van de wetgeving in kwestie informatie bezorgt over de tekst, de werking en de interpretatie van het toepasselijke recht' (12).

Art. 2 van de conventie van Montevideo van 1979 legt aan de autoriteiten van elke van de verdragsluitende staten de verplichting op de te bewijzen elementen of informatie over tekst, werking, interpretatie en juridische draagwijdte van zijn recht te verlenen aan de autoriteiten van andere verdragsluitende staten die hierom zouden vragen (13).

Volgens de Europese overeenkomst (art. 2) moet elke staat die het verdrag bekrachtigt, een 'ontvangend orgaan' en een 'verzendend orgaan' aanduiden (14).

In België zijn dat respectievelijk het Ministerie van Justitie, Bestuur der Wetgeving, en het Ministerie van Buitenlandse Zaken, Dienst studie en rechtsdocumentatie (15).

Wat betreft het ontvangend orgaan laat de *Codigo* (art. 411) de keuze tussen het hoogste gerechtshof, één van zijn kamers of afdelingen, het openbaar ministerie, het secretariaat en het Ministerie van Justitie (16).

(9) *ibid.*, 73.

(10) *Convención de derecho internacional privado*, La Habana, 1928, 116.

(11) LEMMENS, P., *o.c.*, 72.

(12) *Convención de derecho internacional privado*, La Habana, 1928, 116.

(13) *Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero*, Washington D.C., 1979, 1.

(14) *Conventions et accords européens, European Conventions and Agreements*, Straatsburg, 1972, 351.

(15) LEMMENS, P., *o.c.*, 72.

(16) *Convención de derecho internacional privado*, La Habana, 1928, 118.

Nadere specificëring vindt men in de conventie van Montevideo (art. 9) (17).

De Europese overeenkomst (art. 6) bepaalt dat het ontvangend orgaan hetzij zelf het antwoord kan opstellen, hetzij het verzoek kan doorzenden aan een ander orgaan van de staat of een ander officieel orgaan voor het opstellen van het antwoord. Het ontvangend orgaan kan het verzoek ook doorzenden aan een partikuliere instelling of aan een bevoegd jurist, voor het opstellen van het antwoord (18).

De conventie van Montevideo laat iets dergelijks ook toe: (art. 6, lid 1): 'Iedere verdragsluitende staat zal verplicht zijn de aanvragen van de andere verdragsluitende staten te beantwoorden, conform aan deze conventie door middel van zijn centraal orgaan, dat die aanvragen aan andere organen van dezelfde staat kan doorzenden' (19). Art. 3 van de conventie geeft een exemplatieve opsomming van geschikte middelen om inlichtingen over het recht te geven en vermeldt o.a. 'la prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia' ('het deskundigenbewijs, dat bestaat uit meningen van advocaten of van experten in die materie') (20).

De vereiste in de Europese conventie (art. 12) dat het antwoord 'zo spoedig mogelijk' moet gegeven worden (21), vindt men ook in de Codigo: art. 411 heeft het over 'en el más breve plazo posible' (22).

De Europese conventie (art. 14) bepaalt dat het verzoek wordt gesteld in de taal of in één van de officiële talen van de staat tot dewelke het verzoek is gericht (23).

Art. 5, lid 6 van de conventie van Montevideo zegt hierover: 'De aanvragen worden opgesteld in de officiële taal van de ontvangende staat of er wordt een vertaling in die taal bijgevoegd. Het antwoord wordt opgesteld in de taal van de ontvangende staat.' (24)

(17) PARRA-ARANGUREN, o.c., 574.

(18) *Conventions et accords européens, European Conventions and Agreements*, Straatsburg, 1972, 353.

(19) *Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero*, Washington D.C., 1979, 2.

(20) *ibid.*

(21) *Conventions et accords européens, European Conventions and Agreements*, Straatsburg, 1972, 354.

(22) *Convención de derecho internacional privado*, La Habana, 1928, 118.

(23) *Conventions et accords européens, European Conventions and Agreements*, Straatsburg, 1972, 354.

(24) *Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero*, Washington D.C., 1979, 2.

BESLUIT

Beide regelingen zijn sterk gelijkend.

De bronnenstructuur verschilt wel. Bij ons is het wetscertificaat uit het interne Belgische recht afkomstig terwijl de procedure om inlichtingen langs diplomatieke weg te verkrijgen door de Europese overeenkomst werd ingevoerd. In Latijns-Amerika vindt men beiden in de *Codigo Bustamante* (het verdrag van Montevideo werkt alleen het procédé van inlichtingen langs officiële weg verder uit).

Ook hier moet men, zoals steeds in de rechtsvergelijking, voorzichtig zijn. De feiten komen niet noodzakelijk overeen met de teksten. Volgens Erauw werden, tussen 1974 en 1981, door de Belgische overheden slechts tien vragen gesteld naar het recht van de verdragpartners krachtens de Europese overeenkomst en zes verzoeken om inlichtingen ontvangen (25).

Dit voorbehoud geldt ongetwijfeld ook voor Latijns-Amerika waar niet altijd alles verloopt zoals het gepland wordt.

De sterke gelijkenispunten tussen de Europese overeenkomst (1968) en de *Codigo Bustamante* (1928) kunnen er op wijzen dat de *Codigo* als inspiratiebron heeft gediend voor de opstellers van de Europese overeenkomst. Het "Rapport explicatif" van deze laatste vermeldt dit echter niet (26).

(25) GANSHOF, *Syllabus van de cursus internationaal privaatrecht*, Brussel, Vrije Universiteit Brussel, 1983, 32.

(26) *Rapport explicatif sur la convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger*, Strasbourg, 1968.