

HET INTERNATIONALE GELDINGSBEREIK VAN AFDELING 6.5.2A
NIEUW BW INZAKE ALGEMENE VOORWAARDEN

Mr dr P. Vlas

1. Inleiding

In de internationale handelspraktijk wordt veelvuldig gecontracteerd op de voet van algemene voorwaarden van één der contractspartijen, zoals zulks ook bij puur nationale overeenkomsten (die uitsluitend met één rechtsstelsel zijn verbonden) regelmatig het geval is. De algemene voorwaarden die voor het internationale contract worden gebruikt, bevatten meestal een arbitrage- of forumkeuzeclausule, waarin een of meer arbiters resp. een bepaalde rechter bevoegd wordt verklaard kennis te nemen van de eventuele geschillen die naar aanleiding van de overeenkomst tussen partijen zullen rijzen, alsmede een clausule met betrekking tot het op de overeenkomst van toepassing zijnde materiële recht. In het vervolg van dit opstel zal voornamelijk de rechtskeuzeclausule in de beschouwingen worden betrokken¹⁾, mede in het licht van de voorgestelde regeling omtrent algemene voorwaarden in het Nieuwe BW.

Op 28 juli 1981 werd bij de Tweede Kamer ingediend het ontwerp Invoeringswet Boeken 3-6 NBW (tweede gedeelte) handelend over algemene voorwaarden, Afdeling 6.5.2A (Kamerstuk 16983). Art. 6.5.2A.13 regelt de toepasselijkheid van deze afdeling op overeenkomsten met een internationaal karakter. Art. 6.5.2A.13 is om meerdere redenen interessant. In de eerste plaats is deze bepaling het enige artikel in het Nieuwe BW dat rechtstreeks betrekking heeft op het internationaal privaatrecht (i.p.r.). In de tweede plaats kan art. 6.5.2A.13 onder bepaalde omstandigheden ertoe leiden, dat ondanks rechtskeuze door partijen voor ander dan Nederlands recht toch afdeling 6.5.2A toepasselijk wordt. Ook het door de objectieve verwijzingsregel aangewezen buitenlandse recht, dat bij gebreke van rechtskeuze toepasselijk is, kan door art. 6.5.2A.13 in de daarvoor in aanmerking komende gevallen opzij worden gezet. Internationaal beschouwd, bevat afdeling 6.5.2A 'bepalingen van bijzonder dwingend recht' - voorrangsg-

regels -, waarvan het internationale geldingsbereik ('scope') door art. 6.5.2A.13 wordt afgebakend.

Alvorens op dit artikel nader in te gaan, zal eerst enige aandacht worden besteed aan rechtskeuze en voorrangsregels in het geldend i.p.r.

2. Met 'Alnati' naar Rome!

Sinds het standaardarrest van de Hoge Raad van 13 mei 1966, *NJ* 1967, 3 (Alnati) staat in het Nederlandse internationaal-privaatrechtelijke overeenkomstenrecht onomstotelijk vast, dat partijen de vrijheid hebben het toepasselijke recht op hun overeenkomst te kiezen. Door een rechtskeuze wijken partijen af van het recht dat zonder die rechtskeuze krachtens de objectieve conflictregel op hun overeenkomst van toepassing zou zijn geweest. Wordt slechts afwijking van de aanvullende bepalingen van dit door de objectieve verwijzingsregel aangewezen recht toegestaan, dan spreekt men wel van een materieelrechtelijke rechtskeuze. Zo is in art. 4 van de Eenvormige Wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (LUVI) bepaald, dat partijen de LUVI op hun overeenkomst ook van toepassing kunnen verklaren, indien de LUVI niet reeds op grond van art. 1 van toepassing is, doch 'een ander echter alleen in zoverre deze wet niet in strijd is met bepalingen van dwingend recht die van toepassing zouden zijn, wanneer partijen de eenvormige wet niet hadden gekozen.'²⁾

Rechtskeuze kan niet plaatsvinden, indien een dwingende conflictregel zich daartegen verzet. Als voorbeeld kan thans dienen art. 467a K, welk artikel de werkingsomvang aangeeft van het Gewijzigd Cognossementsverdrag (Hague-Visby Rules). Dit artikel geeft aan dat onder bepaalde voorwaarden voor het zeevervoer onder cognossement de Hague-Visby Rules gelden en niet de bepalingen van een eventueel door partijen gekozen rechtsstelsel.³⁾

Voorts kan de rechtskeuze worden doorkruist door voorrangsregels 'van bijzonder dwingend recht' ('règles d'application immédiate'). Dit zijn regels die zich aan het conflictenrechtelijke systeem onttrekken en afhankelijk van hun eigen werking toepassing claimen. Veelal betreft het regels met een 'semi-publiekrechtelijk' karakter, die zich bevinden in het 'grijze' grensgebied tussen publiek- en privaatrecht.⁴⁾ Men denke aan deviezenbepalingen, in-

en uitvoerbepalingen, regels met betrekking tot arbeidsomstandigheden en 'tot bescherming van de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt', etc. Het klassieke voorbeeld is in dit verband art. 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA), waarin is bepaald dat voor ontslag de toestemming vereist is van de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau. De Hoge Raad heeft reeds in het arrest van 5 juni 1953, *NJ* 1953, 613 (Melchers) beslist, dat de stelling dat art. 6 BBA van toepassing is op iedere arbeidsovereenkomst welke door Nederlands recht wordt beheerst, 'in haar algemeenheid niet juist is'. In casu was art. 6 BBA niet van toepassing, hoewel Nederlands recht de arbeidsovereenkomst voor het overige wèl beheerste. De conflictregel ad hoc ('scope rule'), die de werkingsomvang van art. 6 BBA aangeeft, is door de Hoge Raad geformuleerd in zijn arrest van 8 januari 1971, *NJ* 1971, 129 (Mackay I): art. 6 BBA is 'een voorschrift ter regeling van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder van de Nederlandse arbeidsmarkt'.⁵⁾

Lagen voorrangsregels oorspronkelijk op het terrein van het sociaal-economisch ordeningsrecht, langzamerhand is een proces op gang gekomen, waarbij ook privaatrechtelijke regels zich aan de 'gewone' conflictregel onttrekken en hun eigen internationale geldingsbereik afbakenen.⁶⁾ Bij een internationale echtscheiding wordt op de vordering inzake het voortgezet gebruik van de echtelijke woning steeds Nederlands recht (art. 165 Boek 1 BW) toegepast, omdat de woning in Nederland is gelegen.⁷⁾ Het doet hierbij niet ter zake, dat op de internationale echtscheiding zelf Nederlands recht eventueel niet toepasselijk is. Ook zijn in de rechtspraak beslissingen te vinden, waarbij bepalingen van Nederlands bewijsrecht⁸⁾ en van Nederlands rechtspersonenrecht⁹⁾ als voorrangsregels van toepassing worden verklaard. Het hierboven genoemde wetsontwerp inzake algemene voorwaarden met zijn art. 6.5.2A.13 getuigt eveneens van deze ontwikkeling: *privaatrechtelijke* regels van afd. 6.5.2A zetten zich dwars door de *lex causae* van het contract heen.

Behoort de Nederlandse rechter behalve met 'eigen' voorrangsregels, ook rekening te houden met buitenlandse voorrangsregels? Voor toepassing van deze 'derdelandsnormen' heeft de Hoge Raad in het Alnati-arrest de mogelijkheid geschapen:

'dat het met betrekking tot overeenkomsten als waarvan hier sprake is weliswaar kan voorkomen dat voor een vreemde Staat bij de inachtneming van bepaalde van die Staat afkomstige voorschriften ook buiten zijn territoir zo grote belangen zijn betrokken dat ook de Nederlandse rechter daarmede behoort rekening te houden en daarom aan de toepassing van die voorschriften voorrang moet geven boven het door pp. bij de desbetreffende overeenkomst gekozen van een andere Staat afkomstig recht, (...)'¹

In de casus van het Alnati-arrest werd 'derdelandsrecht' echter niet toegepast: het Belgische recht (krachtens een Belgische conflictregel dwingend van toepassing op de onderhavige overeenkomst tot vervoer van goederen met het m.s. Alnati van Antwerpen naar Rio de Janeiro) was niet zo belangrijk, dat het gekozen Nederlands recht daarvoor zou moeten wijken.

De Hoge Raad heeft met de geciteerde overweging ongetwijfeld baanbrekend werk verricht, hoewel het vooralsnog in de rechtspraak nimmer tot toepassing van derdelandsnormen dwars door de *lex causae* heen is gekomen. In het arrest van de HR van 12 januari 1979, *NJ* 1980, 526 (Antilliaanse huis) kon het Surinaamse deviezenrecht zich niet zetten door het Nederlands-Antilliaanse recht, dat op een koopovereenkomst met betrekking tot een op de Ned. Antillen gelegen onroerend goed toepasselijk was.¹⁰⁾

In het vonnis van de Pres. Rb. 's-Gravenhage van 17 september 1982, *RvdW/KG* 1982, 167 (Sensor) kwam de vraag aan de orde of de Amerikaanse exportbeperkende maatregelen in verband met de aanleg van aardgaspijpleiding van Siberië naar West-Europa inbreuk konden maken op het Nederlandse recht, dat in casu op de overeenkomst toepasselijk was. Deze vraag werd ontkennend beantwoord: de overeenkomst vertoonde geen 'genoegzame aanknopingspunten' met de Verenigde Staten om de 'Export Administration Regulations' toe te passen.¹¹⁾

De vraag naar de doorzettingkracht van derdelandsnormen is niet beperkt gebleven tot het overeenkomstenrecht, maar is ook gerezen in het kader van een internationale onrechtmatige daad¹²⁾ en op het terrein van de erkenning van buitenlandse voorrechten op goederen.¹³⁾ In deze uitspraken is het evenmin tot toepassing van de buitenlandse voorrangsgeregels gekomen.

Terugkerend naar het Alnati-arrest kan men zich afvragen of het scheppen van de mogelijkheid derdelandsnormen toe te passen een storm in een glas water is geweest. Wat hiervan ook zij,

onmiskenbaar is, dat deze storm ook in Rome heeft gewaaid. De hierboven aangehaalde overweging uit het Alnati-arrest heeft ten grondslag gelegen aan art. 7 lid 1 van het EEG Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.¹⁴⁾ Dit verdrag is op 19 juni 1980 te Rome tot stand gekomen, doch nog niet in werking getreden. De verwachting is dat het verdrag binnen niet al te lange tijd in werking zal treden. In de Nederlandse jurisprudentie wordt in toenemende mate op het verdrag geanticipeerd, vooral omdat de hierin opgenomen conflictregels grotendeels overeenstemmen met de commune Nederlandse i.p.r.¹⁵⁾ Het verdrag stelt rechtskeuze voorop (art. 3) en past bij gebreke daarvan de wet van de nauwste band toe, hetgeen vermoed wordt te zijn de wet van het land van de woonplaats (bij rechtspersonen: de plaats van vestiging van het hoofdbestuur) van degene die de voor de overeenkomst karakteristieke prestatie moet verrichten (art. 4).

Wordt de overeenkomst evenwel gesloten in de uitoefening van het beroep of het bedrijf van deze partij, dan is toepasselijk de wet van het land waar zich de hoofdvestiging van deze partij bevindt, of indien de prestatie volgens de overeenkomst door een andere vestiging dan de hoofdvestiging moet worden verricht, de wet van het land waar deze andere vestiging zich bevindt.

In de artikelen 5 en 6 van het verdrag wordt een conflictregel gegeven voor 'door consumenten gesloten overeenkomsten' resp. voor 'individuele arbeidsovereenkomsten'. Deze artikelen ademen de geest van bescherming van de 'zwakkere partij' en wijken af van ons commune i.p.r.¹⁶⁾ door slechts materieelrechtelijke rechtskeus toe te staan. De consument kan ondanks rechtskeuze niet de bescherming verliezen 'welke hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht van het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft', mits aan bepaalde in art. 5 lid 2 nader genoemde voorwaarden is voldaan. Ook de werknemer kan ondanks een ander gekozen recht toch niet de bescherming verliezen van de dwingende bepalingen van het recht dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn (dat is het recht dat door de objectieve verwijzingsregel wordt aangewezen).

Vervolgens vindt men in art. 7 de mogelijkheid geopend om rekening te houden met 'bepalingen van bijzonder dwingend recht':

- '1. Bij de toepassing van dit Verdrag van het recht van een bepaald land kan gevolg worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van het recht van een ander land waarmede het geval nauw is verbonden, indien en voor zover deze bepalingen volgens het recht van dit laatstgenoemde land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Bij de beslissing of aan deze dwingende bepalingen gevolg moet worden toegekend, wordt rekening gehouden met hun aard en strekking, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zouden voortvloeien.
2. Dit Verdrag laat de toepassing onverlet van de bepalingen van het recht van het land van de rechter die ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht, het geval dwingend beheersen'.(17)

In verband met het feit dat door enige delegaties, waaronder die van Groot-Brittannië, de vrees werd geuit, dat art. 7 lid 1 tot rechtsonzekerheid zou leiden, is in art. 22 de mogelijkheid geopend een voorbehoud van niet-toepassing van art. 7 lid 1 te maken.¹⁸⁾

Van Hecke ziet het beginsel van art. 7 lid 1 als 'een doos van Pandora (...) waarvan de geesten aan contractanten, die graag van hun overeenkomst zouden loskomen, de moed zullen inblazen om het toch maar eens in rechte te proberen'.¹⁹⁾ Nog zwaardere woorden zijn recentelijk door *Cohen Henriquez* gebezigd, die in art. 7 lid 1 'een ontwrichtende factor in het interne privaatrechtelijke rechtsverkeer van elke Staat' ziet en zelfs spreekt over 'een monster van Loch Ness, dat niemand kent en iedereen bang maakt'.²⁰⁾

In het wetsvoorstel inzake algemene voorwaarden heeft men gemeend eventuele te rijzen rechtsonzekerheid aangaande het internationale geldingsbereik daarvan te moeten voorkomen door het opnemen van art. 6.5.2A.13. De M.v.T. (16983, nr. 3, blz. 66) verwijst hiervoor naar het *Alnati*-arrest en art. 7 van het EEG Overeenkomstenverdrag. De Regering heeft zich niet door 'het monster van Loch Ness' laten afschrikken. De vraag is nu of ons slechts 'de Hoop' rest, die aan de rand van de doos van Pandora bleef hangen?

3. Het internationale geldingsbereik krachtens art. 6.5.2A.13

Art. 6.5.2A.13 luidt in het voorstel van de Regering, zoals dit op het moment van het schrijven van dit opstel (januari 1985) ter tafel ligt, als volgt:

1. Op overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en die beide in Nederland gevestigd zijn, is deze afdeling van toepassing, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst.
2. Op overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en die niet beide in Nederland gevestigd zijn, is deze afdeling niet van toepassing, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst.
3. Een partij is in de zin van de leden 1 en 2 in Nederland gevestigd, indien haar hoofdvestiging, of, zo de prestatie volgens de overeenkomst door een andere vestiging dan de hoofdvestiging moet worden verricht, deze andere vestiging zich in Nederland bevindt.
4. Op overeenkomsten tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, is, indien de wederpartij haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft, deze afdeling van toepassing, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst'. (21)

Dergelijke 'scope rules' met betrekking tot de wettelijke regelingen van algemene voorwaarden treffen wij ook aan in § 12 van de Duitse Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)²²⁾ en in section 27 van de Engelse Unfair Contract Terms Act.²³⁾ De Nederlandse wetgever heeft zich bij het opstellen van art. 6.5.2A.13 met name door de Engelse wet laten inspireren (M.v.T., blz. 66).

Art. 6.5.2A.13 leden 1 t/m 3 heeft betrekking op ondernemerstransacties, terwijl lid 4 ziet op consumentenovereenkomsten. Volgens lid 1 zijn bij ondernemerstransacties de bepalingen van afd. 6.5.2A steeds van toepassing, indien beide partijen in Nederland gevestigd zijn en ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht. Niet alleen rechtskeuze voor ander dan Nederlands recht wordt lid 1 doorkruist, maar ook het buitenlands recht dat bij gebreke van rechtskeuze krachtens de objectieve conflictregel van toepassing is. Dit laatste zal zich overigens naar mijn mening zelden voordoen. Wanneer beide partijen in Nederland gevestigd zijn, zal immers volgens de objectieve conflictregels (wet van de nauwste band, nader uitgewerkt in het vermoeden, dat die nauwe band aanwezig is met het recht van het woonland van de karakteristieke prestant) Nederlands recht van toepassing zijn.²⁴⁾ De vraag kan rijzen of het mogelijk moet worden geacht, dat een rechtskeuze wordt uitgebracht voor buitenlands recht, wanneer beide contractanten in Nederland gevestigd zijn. Rechtskeuze kan slechts worden uitgebracht in een overeenkomst die, zoals ook in

het Alnati-arrest te lezen valt, 'een internationaal karakter draagt'. Of een overeenkomst een internationaal karakter draagt, zal niet altijd even duidelijk zijn. Ik moge over dit onderwerp verwijzen naar een recente monografie van *L. Strikwerda*.²⁵⁾ Zie in dit verband ook art. 3 lid 3 van het EEG Overeenkomstenverdrag:

'De keuze door partijen van een buitenlands recht al dan niet gepaard gaande met de aanwijzing van een buitenlandse rechter, laat, wanneer alle overige elementen van het geval op het tijdstip van de keuze met een enkel land zijn verbonden, onverlet de bepalingen waarvan volgens het recht van dat land niet bij overeenkomst mag worden afgeweken, hierna 'dwingende bepalingen' te noemen'.

Bij het 100% interne contract is rechtskeuze wel mogelijk, doch - om met *Haak* te spreken²⁶⁾ - 'schrompelt de collisioneelrechtelijke rechtskeus in tot een materieelrechtelijke (aanvullende) rechtskeuze'. Het is duidelijk, dat afd. 6.5.2A op het 100% interne contract van toepassing is en dan niet door rechtskeuze opzij gezet kan worden. Krachtens art. 6.5.2A.12 is de afdeling immers dwingend recht.

Het tweede lid van art. 6.5.2A.13 geeft het spiegelbeeld van het eerste lid te zien de regeling omtrent algemene voorwaarden is niet van toepassing, wanneer partijen niet beide in Nederland gevestigd zijn, ongeacht het op de overeenkomst (krachtens rechtskeuze of krachtens de objectieve verwijzingsregel) toepasselijke recht. De M.v.T. (blz. 66) geeft als argument voor dit tweede lid, dat de internationale handel niet door afd. 6.5.2A belemmerd mag worden. Enerzijds mag van de in het buitenland gevestigde ondernemer niet verlangd worden, dat hij zijn algemene voorwaarden aan de Nederlandse regeling aanpast met het oog op met Nederlandse ondernemers af te sluiten transacties. Anderzijds wordt wenselijk geacht, dat Nederlandse ondernemers in hun transacties met buitenlandse afnemers niet door afd. 6.5.2A worden gebonden. Art. 6.5.2A.13 lid 2 leidt derhalve tot de situatie, dat afd. 6.5.2A niet van toepassing is, wanneer partijen niet beide in Nederland gevestigd zijn, ook al is Nederlands recht de *lex causae*. Dit betekent dat bij een overeenkomst tussen een buitenlandse ondernemer en een Nederlandse afnemer, waarop Nederlands recht uitdrukkelijk gekozen is, afd. 6.5.2A niet voor toepassing in aanmerking komt. Hetzelfde geldt in de situatie, dat bij gebreke

aan rechtskeus op grond van de leer der karakteristieke prestatie tot toepassing van Nederlands recht wordt gekomen. In section 27 (1°) van de Engelse Unfair Contract Terms Act zien wij een soortgelijke regel:

'Where the proper law of a contract is the law of any part of the United Kingdom only by choice of the parties (and apart from that choice would be the law of some country outside the United Kingdom) sections 2 to 7 and 16 to 21 of this Act do not operate as part of the proper law'.

Er is echter dit verschil met art. 6.5.2A.13, dat volgens section 27 (1°) van de Engelse wet deze wet buiten beschouwing kan blijven, indien bij gebreke van rechtskeuze voor het Engelse recht op grond van de aanknopingscriteria buitenlands recht van toepassing is. *Morris* heeft in dit verband gesproken van een "self-denying" statute, one which does not apply even though it would be applicable under the normal rules of the conflict of laws".²⁷⁾ Hij is van mening, dat deze ontwikkeling kan worden beschouwd als de prijs die moet worden betaald voor rechtskeuzevrijheid, welke aan de contractspartijen in het Engelse i.p.r. wordt verleend.²⁸⁾ Art. 6.5.2A.13 is dan kennelijk de prijs voor dezelfde vrijheid in het Nederlandse i.p.r.! Op zich genomen is het buiten beschouwing laten van bepalingen, ondanks het feit dat zij deel uitmaken van de *lex causae*, in het i.p.r. meer voorgekomen. In par. 2 heb ik gewezen op art. 6 BBA dat, hoewel Nederlands recht overigens op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, toch buiten beschouwing kan blijven, indien de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij het ontslag in onvoldoende mate zijn betrokken.

Met het resultaat van art. 6.5.2A.13 lid 2 kan, dunkt mij, worden ingestemd. Het internationale handelsverkeer mag immers niet worden belemmerd. Toch schuilt in de samenloop van de leden 1 en 2 een belemmering in het geval van zgn. *filières*. Veelal is hier sprake van een keten van opeenvolgende kopers, die in verschillende landen zijn gevestigd en contracteren op basis van standaardvoorwaarden. Deze standaardvoorwaarden zijn vaak door internationale organisaties opgesteld. Wanneer nu in deze keten twee Nederlandse ondernemers elkaar opvolgen, wordt de eenheid van toepasselijk recht op de gehele keten daardoor verbroken. De transactie tussen de twee Nederlandse ondernemers wordt beheerst

door afd. 6.5.2A, terwijl de overige transacties beheerst worden door de internationale standaardvoorwaarden en het (meestal) daarin gekozen buitenlandse recht.²⁹⁾

Art. 6.5.2A.13 lid 3 geeft aan in welke gevallen met het oog op de toepassing van leden 1 en 2 een partij geacht moet worden in Nederland te zijn gevestigd. Lid 3 sluit aan bij art. 4 lid 2, laatste volzin, van het EEG Overeenkomstenverdrag.

In het Eindverslag³⁰⁾ wordt melding gemaakt van het feit, dat binnen de vaste Commissie voor Justitie de gedachte leeft ook de 'kleine ondernemer' dezelfde bescherming te bieden als aan de consument geboden wordt. De Regering heeft hierop geantwoord³¹⁾ geen kans te zien een criterium te ontwikkelen aan de hand waarvan, voor de toepassing van afd. 6.5.2A, bepaald kan worden wanneer een ondernemer moet gelden als 'kleinere ondernemer'. Op dit punt is een amendement (nr. 27) ingediend, dat ik verder niet zal behandelen.

Ten slotte bepaalt art. 6.5.2A.13 lid 4, dat de afdeling steeds van toepassing is, wanneer de consument in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft. Hiermede heeft de Regering eventuele rechtsonzekerheid willen voorkomen, omdat het nog maar de vraag is in hoeverre de Nederlandse rechter art. 5 EEG Overeenkomstenverdrag anticiperend zal toepassen. Over de verschillen met art. 5 moge ik verwijzen naar de M.v.A. waaruit blijkt dat art. 6.5.2A.13 lid 4 verder reikt dan art. 5.

4. De (buitenlandse) rechter en art. 6.5.2A.13

Op vele plaatsen wordt in de parlementaire stukken betreffende het wetsontwerp algemene voorwaarden gesteld, dat de buitenlandse rechter op grond van art. 7 lid 1 van het EEG Overeenkomstenverdrag rekening zal kunnen houden met het internationale geldingsbereik van afd. 6.5.2A.³²⁾

De redactie van art. 7 lid 1 laat echter ruimte voor de geadieerde rechter derdelandsnormen niet toe te passen ('kan gevolgd worden toegekend ...'). Daarbij komt dat het niet onwaarschijnlijk is, dat vele verdragsluitende Staten gebruik zullen maken van de in art. 22 geboden mogelijkheid een voorbehoud terzake van niet-toepassing van art. 7 lid 1 af te leggen. Voorts zal een buitenlandse rechter bij samenloop van de krachtens art. 6.5.2A.13 naar

toepassing dierende bepalingen van afd. 6.5.2A en een buitenlandse regeling inzake algemene voorwaarden, die deel uitmaakt van de lex fori, aan zijn dwingende regeling voorrang geven. Art. 7 lid 2 van het EEG Overeenkomstenverdrag staat dit zogenaamde 'primaat van de lex fori' ook toe. In het toelichtende Rapport op het verdrag wordt in dit verband uitdrukkelijk gewezen op dwingende regels inzake consumentenbescherming.³³⁾

Het volgende voorbeeld moge een en ander verduidelijken. Stel een Nederlandse vennootschap Y verkoopt een partij aardappelen aan een Nederlandse ondernemer X. De aardappelen moeten worden vervoerd van Antwerpen naar Delfzijl. Partijen contracteren op de voet van de algemene voorwaarden van onderneming Y, waarin als plaats van levering Antwerpen is aangewezen. Stel voorts dat het Belgische recht op de overeenkomst van toepassing is verklaard. Een gedeelte van de partij aardappelen verkeert echter bij levering in zeer slechte staat. Ondernemer X vordert voor de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van vennootschap Y schadevergoeding.

In de procedure voor de Belgische rechter kunnen zich ten aanzien van de vraag naar de rechtsmacht (internationale bevoegdheid) drie situaties voordoen:

1. de Nederlandse vennootschap Y verschijnt niet voor de Belgische rechter;
2. de Nederlandse vennootschap Y is wel voor de Belgische rechter verschenen, doch heeft de exceptie van onbevoegdheid opgeworpen;
3. De Nederlandse vennootschap Y is voor de Belgische rechter verschenen zonder de exceptie van onbevoegdheid op te werpen.

In het laatste geval wordt een eventuele onbevoegdheid van de Belgische rechter gedekt door het verschijnen van de verweerder krachtens art. 18 van het EEG Bevoegdheids- en Executieverdrag (EEX).³⁴⁾ In de overige twee situaties zal de Belgische rechter moeten nagaan op welke bevoegdheidsbepaling van het EEX hij zijn rechtsmacht kan baseren. Partijen hebben in casu gehandeld op de voet van de algemene voorwaarden van vennootschap Y, waarin als plaats van levering Antwerpen werd aangewezen. Dit betekent dat de Belgische rechter zijn rechtsmacht kan baseren op art. 5 sub 1 EEX. Dit artikel geeft een alternatieve bevoegdheidsbepaling (in afwijking van de in art. 2 EEX gegeven hoofdregel

voor de bevoegdheid), waarin ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst bevoegd wordt verklaard het gerecht van de plaats, waar de verbintenis is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. De uitdrukkelijke aanwijzing in het contract van de plaats van uitvoering leidt derhalve tot een verkapte forumkeuze. Toch behoeft deze aanwijzing niet te voldoen aan de stringente vormvereisten die overigens aan forumkeuze volgens art. 17 EEX worden gesteld.³⁵⁾

De Belgische rechter zal zich derhalve bevoegd verklaren van de vordering kennis te nemen.

Welk recht zal de Belgische rechter op de vordering toepassen? Wanneer in deze procedure een vraag rijst en aanzien van de geldigheid van de gehanteerde algemene voorwaarden, zal dan de Belgische rechter hierop Nederlands recht toepassen, omdat art. 6.5.2A.13 lid 1 zulks bepaalt? Het lijkt mij hoogst onwaarschijnlijk, vooral omdat het Belgische recht door partijen gekozen is.

Het Belgische vonnis zal in Nederland voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komen. De Nederlandse rechter mag de erkenning en tenuitvoerlegging niet weigeren door de openbare orde (art. 27 sub 1 EEX) in te roepen. De openbare orde mag niet gehanteerd worden om erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen te voorkomen, die inhoudelijk in strijd zijn met het recht dat volgens onze conflictregels op de casus van toepassing is. Zouden wij deze weg inslaan, dan zouden wij ons op een hellend vlak bevinden waardoor ieder vrij verkeer van vonnissen als doelstelling van het EEX in ernstige mate zou worden gefrustreerd. Het is beter te leven met een frustratie van art. 6.5.2A.13 dan met een frustratie van het EEX!

Art. 6.5.2A.13 regelt in lid 4 de consumentenovereenkomsten, waarop steeds Nederlands recht van toepassing is, indien de consument zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft. Deze bepaling kan problemen opleveren in verband met art. 6.5.2A.3 sub o en forumkeuze volgens art. 17 EEX. Art. 6.5.2A.3 sub o plaatst op de 'zwarte lijst' een beding 'dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, hetzij een of meer arbiters, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen'.

Deze bepaling kan slechts betrekking hebben op een zuiver Nederlandse situatie en niet op een beding, waarin in afwijking van het 'gemene' recht, een buitenlandse rechter bevoegd is verklaard en waarin aan de vereisten van art. 17 EEX is voldaan. De M.v.T. zwijgt over deze internationale complicatie. Er valt wel te lezen, dat art. 6.5.2A.3 sub o³⁶⁾ voor een door art. 3 bestreken transacties een aanvulling vormt op art. 98a Rv., dat afwijkingen van de relatieve bevoegdheid van de Kantonrechter nietig verklaart. Aangezien art. 17 EEX derogeert aan art. 98a Rv. zal men hetzelfde ten aanzien van art. 6.5.2A.3 sub o moeten aannemen.³⁷⁾

5. Is art. 6.5.2A.13 noodzakelijk?

Het uiteindelijke geldingsgebrek van art. 6.5.2A.13 zal afhangen van de uitkomsten van het 'gemeen overleg' tussen Regering en Staten-Generaal. Wanneer afd. 6.5.2A in haar geheel niet van toepassing wordt verklaard op transacties tussen ondernemers onderling, zoals van de zijde van het bedrijfsleven is bepleit³⁸⁾, kan ook art. 6.5.2A.13 aanmerkelijk vereenvoudigd worden. De leden die betrekking hebben op ondernemerstransacties zouden kunnen vervallen, terwijl de eventuele bescherming van de 'kleinere' ondernemer via een soortgelijke regel als is opgenomen in lid 4 zou kunnen plaatsvinden.

Wat hiervan ook zij, de principiële vraag blijft echter of de wetgever in een incidenteel geval een internationaal-privaatrechtelijke regeling moet treffen. Uiteraard moet rechtsonzekerheid worden voorkomen, doch zal er ten aanzien van het internationale geldingsbereik van afd. 6.5.2A veel rechtsonzekerheid rijzen? De Nederlandse rechtspraak heeft in de loop der jaren een aantal conflictregels opgesteld, die in het Nederlandse i.p.r. goed wortel hebben geschoten. Met rechtskeuze en de leer der karakteristieke prestatie - de kritiek op deze leer ten spijt³⁹⁾ - kan de rechtspraktijk uit de voeten. In toenemende mate houdt de rechter rekening met de belangen van de 'zwakkere' partij en wordt het EEG Overeenkomstenverdrag anticiperend toegepast. Art. 5 zal ook ongetwijfeld zijn schaduw vooruitwerpen.

Inmiddels bestaan ook plannen tot codificatie van het Nederlandse i.p.r.⁴⁰⁾ Een departementaal voorontwerp van algemene i.p.r.-wet wordt thans in de Nederlandse Staatscommissie voor I.P.R. besproken. Over een termijn waarbinnen deze codificatie gerealiseerd zal zijn, durf ik geen voorspelling te doen. Het komt mij echter voor, dat het verstandig zou zijn, indien deze ontwikkeling wordt afge wacht en het i.p.r. op het terrein van de algemene voorwaarden over te laten aan de rechtspraak. Zo rest ons toch 'de Hoop' op een goede rechtsontwikkeling van een voor de praktijk belangrijk onderwerp!

Noten

- 1) Zie over forumkeuzeclausules: art. 17 EEG Bevoegdheids- en Executieverdrag van 27 september 1968 (Trb. 1969, 101), waarover o.a. *P. Vlas*, Burgerlijke Rechtsvordering (losbladig), band V, blz. 312e-314k.
- 2) Wet van 15 december 1971, Stb. 781 tot uitvoering van het op 1 juli 1964 te 's-Gravenhage gesloten Verdrag houdende een eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (Trb. 1964, 117, Trb. 1968, 13). Zie hierover *F.J.A. van der Velden*, De eenvormige koopwetten van 1964, (1979); *Asser-Schut*, 1981, blz. 28 e.v.; *G.G. Oly*, Algemene beschouwingen over de Eenvormige wet op de internationale koop van goederen in historisch perspectief, pft. Amsterdam 1982.
- 3) Zie *W.E. Haak*, Het Gewijzigd Cognossemensverdrag en zijn werkingsomvang, *NJB* 1982, blz. 717-723.
- 4) Zie *W.E. Haak*, Plaats en invloed van 'publiekrechtelijke' regels in het IPR, *WPNR* 5717, 5718, (1984), naar aanleiding van de proefschriften van *R. van Rooij*, De positie van publiekrechtelijke regels op het terrein van het I.P.R. (Leiden 1976) en *L. Strikwerda*, Semipubliekrecht in het conflictenrecht (Amsterdam 1978).
- 5) Zie hierover *C.J.J. van Maanen*, Het BBA en het internationaal privaatrecht, *WPNR* 5584, 5585 (1981). Vergelijk HR 7 september 1984, *RvdW* 1984, 147, voor de omstandigheden waaronder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt kunnen worden geraakt.
- 6) Zie *Th.M. de Boer*, De Vermaatschappelijking van het Internationaal Privaatrecht (Ontwikkelingen in de jaren zeventig), *NJB* 1980, blz. 785 e.v., vooral blz. 795; *J.G. Sauveplanne*, Oud en nieuw in het Internationaal Privaatrecht, in de bundel Vooruitzichten van de Rechtswetenschap/2, 1983, blz. 167.

- 7) Zie o.a. Rb. Amsterdam 17 mei 1978, *NJ* 1979, 562; Rb. Roermond 10 november 1983, *NIPR* 1984, 259, waarin naast art. 165 Boek 1 BW ook art. 1623 g lid 5 BW 'als voorrangsregel van onmiddellijke toepassing' werd verklaard.
- 8) Zie Rb. Arnhem 17 januari 1983, *NIPR* 1983, 353 ten aanzien van art. 1947 BW.
- 9) Zie Rb. Breda 21 september 1982, *NJ* 1984, 283 ten aanzien van art. 69 en 180 Boek 2 BW, waarover *P. Vlas*, Methoden ter bestrijding van misbruik van buitenlandse rechtspersonen in Nederland, *WPNR* 5714 (1984).
- 10) Zie hierover *H.U. Jesserun d'Oliveira, A.Ae.* 1980, blz. 255 e.v.; *R. van Rooij, Revue Critique de droit international privé*, 1980, blz. 68 e.v.; *W.E. Haak, WPNR* 5718 (1984), blz. 694.
- 11) Deze uitspraak is uitgebreid besproken door *Th.M. de Boer* en *R. Kotting* in hun opstel 'President Wijnholt vs. President Reagan', *NJB* 1982, blz. 1177-1186, zie ten aanzien van de vraag of de exportmaatregelen als voorrangsregels moeten worden beschouwd vooral blz. 1184 e.v.
- 12) Zie HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 263 inzake de doorzettingskracht van par. 636 en 637 van de Duitse Reichsver sicherungsordnung op een door Nederlands recht beheerste onrechtmatige daad.
- 13) Zie Rb. Rotterdam 22 juli 1983, *S&S* 1984, 4, *NIPR* 1984, 207 inzake de doorzettingskracht van een Amerikaans voorrecht op een schip ('maritime lien') krachtens de Federal Maritime Lien Act in verband met art. 381c, 318q en 318r K. Vergelijk ook de casus van HR 18 januari 1983, *NJ* 1983, 445 (Franse Madonna), waarover *J.P. Verheul*, Foreign export prohibitions: cultural treasures and minerals, *NILR* 1984, blz. 419-427.
- 14) *Trb.* 1980, 156; het verdrag is besproken door *W.E. Haak*, Nieuw internationaal overeenkomstenrecht, *WPNR* 5544, 5545, 5546 (1980); *M.J.G.C. Raaijmakers*, Naar een Europees internationaal contractenrecht, *TVVS* 1981, blz. 201-207. Zie voorts: *J.C. Schultsz*, Dutch Antecedents and Parallels to Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980, *RbalsZ* 1983, 562; HR 27 mei 1983, *NJ* 1983, 561; Hof van Leeuwarden, 4 april 1984, *NJ* 1984, 745, zie ook Contractenrecht, (*A.V.M. Struycken*), X, A-1.
- 16) Zie voor arbeidsovereenkomsten HR 8 juni 1973, *NJ* 1973, 400 (Mackay II), waarin m.i. implicite de opvatting werd verworpen, dat art. 1639 s BW - internrechtelijk van dwingend karakter - ook internationaal dwingend zou zijn. Via art. 6 van het verdrag zou men wèl tot deze uitkomst komen.
- 17) Zie over art. 7: *W.E. Haak, WPNR* 5546 (1980), blz. 902-903, alsmede het toelichtend Rapport op het verdrag van *M. Giuliano* en *P. Lagarde*, *Publicatieblad EG* 1980, nr. C 282, overgenomen in Contractenrecht, (*A.V.M. Struycken*), X, nr. 8.

- 18) Als eerste Staat heeft Frankrijk het verdrag zonder voorbehoud geratificeerd op 10 november 1983. Zie over de recente discussie in de Duitse Bondsrepubliek: *K. Kreuzer*, Erklärung eines generellen Vorbehaltes zu Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens vom 19.6.1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, *IPRax* 1984, blz. 293-295.
- 19) *G. van Hecke*, Regels of richtlijnen in het internationaal privaatrecht, in de bundel 'De hanteerbaarheid van het recht', 1981, blz. 44.
- 20) *E. Cohen Henriquez*, Buitenlands publiekrecht (...), in de bundel 'Recht op Scherp', 1984, blz. 527.
- 21) Aldus Gewijzigd Voorstel van Wet, 16983, nr. 10.
- 22) Wet van 9 december 1976, in werking sedert 1 april 1977. Zie over § 12 AGBG: *E. Jayme*, Allgemeine Geschäftsbedingungen und internationales Privatrecht, *ZHR* 1978, blz. 105-123.
- 23) Wet van 26 oktober 1977, in werking sedert 1 februari 1978. Zie over section 27: Chitty on contracts, vol. I, 1983, 25th ed., blz. 1164-1166. Zie over deze buitenlandse regelingen ook *H. Duintjer Tebbens*, Statutory controls on standard terms employed in an international context: national and comparative law in honour of Judge Erades, 1983, blz. 32-49.
- 24) Afgezien van een enkele rechterlijke 'missie': vgl. Rb. Rotterdam 2 januari 1979, *NJ* 1980, 573 met zeer kritische noot van *J.C. Schultsz*. In deze zaak waren overigens beide partijen in verschillende landen gevestigd.
- 25) Partij-autonomie en het internationale geval, Studiekring Offerhaus, Reeks I.P.R. no. 12, 1981.
- 26) *W.E. Haak*, *WPNR* 5545 (1980), blz. 881.
- 27) *J.H.C. Morris*, *The Conflict of Laws*, 1980, blz. 224.
- 28) *J.H.C. Morris*, op.cit., blz. 225.
- 29) Zie hierover *J. Spier*, Het wetsontwerp algemene voorwaarden: voor de praktijk funest, *Kwartalbericht Nieuw BW* 1984/4, blz. 130, 131.
- 30) Kamerstuk nr. 16983, nr. 7, blz. 23.
- 31) Kamerstuk nr. 16983, nr. 8, blz. 26.
- 32) Zie M.v.T., nr. 3, blz. 66; M.v.A., nr. 5, blz. 35; Eindverslag, nr. 7, blz. 23; Nota n.a.v. het verslag, nr. 8, blz. 26.
- 33) Rapport *M. Giuliano* en *P. Lagarde*, *Publikatieblad EG* 1980, nr. C 282, overgenomen in *Contractenrecht*, (*Struycken*), X, blz. 77.

- 34) Art. 18 EEX regelt de stilzwijgende aanvaarding van rechtsmacht ('prorogation tacite'), zie hierover *P. Vlas*, Burgerlijke Rechtsvordering, (losbladig), band V, blz. 314 k e.v.
- 35) Aldus beslist door H.v.J. EG 17 januari 1980, zaak 56/79, *Jur.* 1980, blz. 89, *NJ* 1980, 511. Zie voor de vormvereisten waaraan een forumkeuze volgens art. 17 EEX moet voldoen o.a. de volgende prejudiciële beslissingen: H.v.J. EG 14 december 1976, zaak 24/76, *Jur.* 1976, blz. 1831, *NJ* 1977, 446; H.v.J. EG 14 december 1976, zaak 25/76, *Jur.* 1976, blz. 1851, *NJ* 1977, 447.
- 36) In het oorspronkelijke wetsontwerp genummerd als art. 6.5.2A.3 sub p. Zie M.v.T., 16983, nr. 3, blz. 46.
- 37) Zie ten aanzien van art. 98a Rv.: *P. Vlas*, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 17 EEX, aant. 3, alsmede *W.H. Heemskerk* in zijn noot onder HR 16 januari 1981, *NJ* 1981, 663.
- 38) Zie *J. Spier*, op. cit., blz. 131.
- 39) Ik noem hier slechts het preadvies van *H.U. Jessurun d'Oliveira*, *NVIR* 1975, no. 71, blz. 73 e.v., vooral blz. 94-112, waarin gesproken wordt van 'de karakteristieke (wan)prestatie'.
- 40) Zie hierover de opstellen van *H.U. Jessurun d'Oliveira* en *G.J.W. Steenhoff*, in 'Unification', opstellen aangeboden aan prof. mr. J.G. Sauveplanne, 1984, blz. 117-131 resp. blz. 223-233.