

Hoge Raad, 25 september 1992, Balenpers**IPR – EVO****Anticiperende toepassing EVO**

Anticiperende toepassing op zijn plaats nu verdragsregel niet wezenlijk verschilt van ongeschreven regels van Nederlands recht en inwerkingtreding binnen afzienbare tijd te verwachten is

Het eerste onderdeel van het middel gaat (onder 1c) terecht ervan uit dat het hof art. 4 EVO „anticiperend” - waarmede het onderdeel kennelijk bedoelt: als ware deze bepaling reeds geldend recht - heeft toegepast. Met name als het gaat om een multilateraal verdrag dat ertoe strekt in de verdragsstaten eenvormige, algemeen geldende regels van internationaal privaatrecht in te voeren, zal een dergelijke toepassing op haar plaats zijn - ook indien het verdrag inhoudt of meebrengt dat die regels slechts behoeven te worden toegepast op na zijn inwerkingtreden voorgevallen rechtsfeiten - wanneer de verdragsregel niet wezenlijk verschilt van de ongeschreven regels die zich eerder in het Nederlandse internationaal privaatrecht hadden ontwikkeld, en te verwachten valt dat het verdrag binnen afzienbare tijd voor Nederland in werking zal treden. Een en ander is voor wat art. 4 EVO betreft het geval. Wat het eerste punt betreft, vindt dit steun in de navolgende passage in de memorie van toelichting bij de goedkeuringwet van het EVO-verdrag, wetsontwerp 21 059 (R 1365) nr. 3, p. 1: „Wat haar beginselen betreft, stemt de in het Verdrag gegeven regeling in belangrijke mate overeen met de stand van rechtspraak en doctrine in het Nederlandse internationale overeenkomstenrecht”. Voor zover het onderdeel (onder 1c) betoogt dat naar geldend Nederlands internationaal privaatrecht een overeenkomst als de onderhavige wordt geregeerd door het recht van het land waarmede de overeenkomst, alle bijzonderheden van het gegeven geval in aanmerking genomen, het nauwst is verbonden, faalt het derhalve.

Art. 4(5) EVO – afwijking van plaats van vestiging kenmerkende prestatie

Uitzondering op hoofdregel van artikel 4(20) EVO restrictief toe te passen

Bij toepassing van de evengenoemde uitzonderingsbepaling is het hof kennelijk en terecht ervan uitgegaan dat zowel de bewoordingen en de structuur van art. 4 EVO, als de met het verdrag beoogde eenvormigheid van rechtstoepassing meebrengen dat deze uitzondering op de hoofdregel van lid 2 restrictief moet worden gehanteerd, in die zin dat eerst dan van de hoofdregel behoort te worden afgeweken indien, gegeven de bijzonderheden van het geval, geoordeeld moet worden dat de plaats van vestiging van de partij die de kenmer-

kende prestatie moet verrichten, geen reële aanknopingswaarde heeft.

Geen anticipatie Haags Koopovereenkomstenverdrag

De in deze verdragsbepaling neergelegde regels wijken wezenlijk af van de in Nederland geldende opvattingen en niet te voorzien valt of en, zo ja, wanneer dit verdrag voor Nederland in werking zal treden

De klacht onder 1b tenslotte kan niet tot cassatie leiden, omdat er voor een toepassing als ware het reeds geldend recht van art. 8 lid 2 onder a en b van het Haags Verdrag van 22 dec. 1986 inzake het op internationale koopovereenkomsten toepasselijke recht geen plaats is, nu de in deze verdragsbepaling neergelegde regels wezenlijk afwijken van de in Nederland geldende opvattingen en niet te voorzien valt of en, zo ja, wanneer dit verdrag voor Nederland in werking zal treden.

Vindplaatsen: NJ 1992, 750,

Hoge Raad, 25 september 1992

(Martens, Bloembergen, Davids, Heemskerk, Nieuwenhuis)

De vennootschap naar Frans recht Societe Nouvelle des Papeteries de l'Aa SA, te Wizernes, Frankrijk, eiseres tot cassatie, adv. mr. A.W. Kist, tegen

BV Machinefabriek BOA, te Enschede, verweerster in cassatie, adv. mr. J.K. Franx.

(...)

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerster in cassatie - verder te noemen BOA - heeft bij exploit van 11 jan. 1988 eiseres tot cassatie - verder te noemen SNPAA - gedagvaard voor de Rechtbank te Almelo en gevorderd SNPAA te veroordelen aan BOA te betalen een bedrag van f 74 703,48 met renten.

Nadat SNPAA een incidentele conclusie houdende exceptie van onbevoegdheid had genomen en SNPAA daartegen verweer had gevoerd, heeft de rechtbank bij incidenteel vonnis van 21 juni 1989 zich onbevoegd verklaard van de onderhavige vordering kennis te nemen.

Tegen dit vonnis heeft BOA hoger beroep ingesteld bij het Hof te Arnhem.

Bij arrest van 12 juni 1990 heeft het hof het bestreden vonnis vernietigd, de Rechtbank te Almelo bevoegd verklaard van de vordering van BOA in de hoofdzaak kennis te nemen en de hoofdzaak ter verdere behandeling naar die rechtbank verwezen.

(...)

De conclusie van advocaat-generaal Strikwerda strekt tot verwerping van het beroep

(...)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan. Eind 1986 heeft SNPAA, een vennootschap naar Frans recht, gevestigd in Frankrijk, aan de eveneens in Frankrijk gevestigde agent van BOA, ODIMAP, om een

offerte voor een balenpers gevraagd. De directe onderhandelingen over de technische specificaties van de machine, de prijs, koop en levering hebben (vrijwel) uitsluitend plaatsgehad in Frankrijk tussen SNPAA en ODIMAP. SNPAA die, volgens het hof, zich ervan bewust moet zijn geweest dat ODIMAP niet zelfstandig kon handelen en dat de beslissing inzake de totstandkoming van de overeenkomst ook feitelijk bij BOA lag, heeft haar (schriftelijke) order van 27 nov. 1986 geadresseerd aan ODIMAP, ter attentie van de heer Michez „responsable de BOA pour l'organisation du chantier". ODIMAP heeft deze order doorgezonden aan BOA, die de opdracht vervolgens bij schrijven van 4 dec. 1986 aan SNPAA heeft bevestigd. Daarna heeft SNPAA nog wat preciseringen van hoofdzakelijk technische aard voorgesteld door middel van met de hand bijgeschreven toevoegingen op een copie van de brief van 27 nov. 1986.

Het hof heeft uit een en ander afgeleid dat de overeenkomst waarvan BOA nakoming vordert - te weten de overeenkomst tot het tegen een bepaalde prijs leveren van een papierbalenpers met toebehoren volgens een reeks van door SNPAA en BOA overeengekomen specificaties - uiteindelijk is totstandgekomen via een briefwisseling tussen SNPAA en BOA. Deze briefwisseling was in het Frans gesteld.

Krachtens de gesloten overeenkomst heeft BOA de machine in Frankrijk geleverd en aldaar voor SNPAA geassembleerd en in werking gesteld.

3.2. In dit geding vordert BOA nakoming door SNPAA van voormelde overeenkomst. SNPAA heeft de onbevoegdheid ingeroepen van de Rechtbank te Almelo. Deze heeft de exceptie gegrond bevonden, maar het hof heeft de rechtbank bevoegd geoordeeld van de vordering kennis te nemen. Tegen dit oordeel keert zich het middel.

3.3. Het hof heeft zijn oordeel vooreerst gebaseerd op een gedachtengang (r.o. 5 t/m 9) welke als volgt kan worden samengevat.

De vraag moet worden beantwoord of art. 5 aanhef en sub 1 EEX de rechtbank bevoegd maakt. Daartoe dient, nu BOA nakoming vordert van de verbintenis tot betaling, eerst te worden vastgesteld welk (materieel) recht de overeenkomst beheerst, waaruit deze verbintenis voortvloeit, en vervolgens waar naar dit recht de plaats van betaling is. De eerste vraag kan worden beantwoord aan de hand van art. 4 van het EEG-verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, gesloten te Rome op 19 juni 1980 (Trb. 1980, 156) (EVO); daaraan doet niet af dat dit verdrag voor Nederland nog niet in werking is getreden.

De „kenmerkende prestatie" in de zin van art. 4 lid 2 EVO is, ten aanzien van de onderhavige overeenkomst, die van BOA, zodat in beginsel wordt vermoed dat de overeenkomst het nauwst is verbonden met Nederland en zij, overeenkomstig lid 1, wordt beheerst door Nederlands recht. Er zijn geen termen om dit vermoeden, overeenkomstig het vijfde lid van art. 4, terzijde te stellen en te oordelen dat de overeenkomst nauwer is verbonden met Frankrijk.

3.4. Na aldus tot de slotsom te zijn gekomen dat de overeenkomst, indien een rechtskeuze ontbreekt, wordt beheerst door Nederlands recht, heeft het hof vervolgens, in de r.o. 10 t/m 12 de vraag onderzocht of partijen in hun overeenkomst een rechtskeuze hadden gedaan. Deze vraag heeft het hof bevestigend beantwoord: het heeft geoordeeld dat op de overeenkomst de Smecoma-voorwaarden van toepassing zijn, die bepalen dat overeenkomsten, gesloten in overeenstemming met deze voorwaarden, worden beheerst door Nederlands recht.

3.5. Nederlands recht, tot welks toepasselijkheid het hof zo langs tweerlei weg was gekomen, brengt - aldus het sluitstuk van 's hofs argumentatie (r.o. 13 t/m 17) -, ingevolge art. 2 lid 1 Eenvormige koopwet mee dat deze wet van toepassing is. Volgens art. 59 lid 1 van die wet moet in dit geval betaling worden gedaan ter plaatse van de vestiging van BOA te Enschede, zodat de Rechtbank te Almelo op grond van art. 5 sub 1 EEX bevoegd is.

3.6. 's Hofs beslissing dat de rechtbank bevoegd is, berust aldus op twee gronden die ieder deze beslissing zelfstandig dragen. Het eerste onderdeel van het middel richt zich met een aantal klachten tegen de eerste, hiervoor onder 3.3 weergegeven grond, het tweede onderdeel tegen die welke hiervoor onder 3.4 is weergegeven. Het middel kan slechts tot cassatie leiden indien beide onderdelen daarvan gegrond worden bevonden.

3.7. Het eerste onderdeel van het middel gaat (onder 1c) terecht ervan uit dat het hof art. 4 EVO „anticiperend" - waarmede het onderdeel kennelijk bedoelt: als ware deze bepaling reeds geldend recht - heeft toegepast.

Met name als het gaat om een multilateraal verdrag dat ertoe strekt in de verdragsstaten eenvormige, algemeen geldende regels van internationaal privaatrecht in te voeren, zal een dergelijke toepassing op haar plaats zijn - ook indien het verdrag inhoudt of meebrengt dat die regels slechts behoeven te worden toegepast op na zijn inwerkingtreden voorgevallen rechtsfeiten - wanneer de verdragsregel niet wezenlijk verschilt van de ongeschreven regels die zich eerder in het Nederlandse internationaal privaatrecht hadden ontwikkeld, en te verwachten valt dat het verdrag binnen afzienbare tijd voor Nederland in werking zal treden. Een en ander is voor wat art. 4 EVO betreft het geval.

Wat het eerste punt betreft, vindt dit steun in de navolgende passage in de memorie van toelichting bij de goedkeuringwet van het EVO-verdrag, wetsontwerp 21 059 (R 1365) nr. 3, p. 1: „Wat haar beginselen betreft, stemt de in het Verdrag gegeven regeling in belangrijke mate overeen met de stand van rechtspraak en doctrine in het Nederlandse internationale overeenkomstenrecht".

Voor zover het onderdeel (onder 1c) betoogt dat naar geldend Nederlands internationaal privaatrecht een overeenkomst als de onderhavige wordt geregeerd door het recht van het land waarmede de overeenkomst, alle bijzonderheden van het gegeven geval in aanmerking genomen, het nauwst is verbonden, faalt het derhalve.

Dit laatste geldt ook voor de klacht onder 1a, die uitgaat van hetzelfde onjuiste standpunt met betrekking tot de naar Nederlands internationaal privaatrecht ter zake van overeenkomsten als de onderhavige geldende verwijzingsregel.

3.8. Onder 1d keert het onderdeel zich met een rechts- en een motiveringsklacht tegen 's hofs oordeel dat in dit geval onvoldoende grond bestaat om - op de voet van de tweede zin van het vijfde lid van art. 4 EVO - het vermoeden dat de overeenkomst het nauwst is verbonden met (Nederland als) het land van vestiging van de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, terzijde te stellen en te oordelen dat de overeenkomst nauwer is verbonden met Frankrijk. Beide klachten falen.

Bij toepassing van de evengoemde uitzonderingsbepaling is het hof kennelijk en terecht ervan uitgegaan dat zowel de bewoordingen en de structuur van art. 4 EVO, als de met het verdrag beoogde eenvormigheid van rechtstoepassing meebrengen dat deze uitzondering op de hoofdregel van lid 2 restrictief moet worden gehanteerd, in die zin dat eerst dan van de hoofdregel behoort te worden afgeweken indien, gegeven de bijzonderheden van het geval, geoordeeld moet worden dat de plaats van vestiging van de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, geen reële aanknopingswaarde heeft. Uit de omstandigheden die te dezen zijn vastgesteld of in het midden gebleven, kan niet worden afgeleid dat dit laatste zich voordoet ten aanzien van de onderhavige, in correspondentie tussen de in verschillende landen gevestigde partijen tot stand gekomen overeenkomst tot het tegen een bepaalde prijs leveren van een machine die voldoet aan de overeengekomen specificaties. Het door de rechtsklacht aangevallen oordeel van het hof is mitsdien juist. De motiveringsklacht faalt reeds daarom omdat zij uitgaat van een andere opvatting omtrent de hier aan de orde zijnde uitzonderingsbepaling dan die welke hiervoor als juist is aanvaard.

3.9. De klacht onder 1b tenslotte kan niet tot cassatie leiden, omdat er voor een toepassing als ware het reeds geldend recht van art. 8 lid 2 onder a en b van het Haags Verdrag van 22 dec. 1986 inzake het op internationale koopovereenkomsten toepasselijke recht geen plaats is, nu de in deze verdragsbepaling neergelegde regels wezenlijk afwijken van de in Nederland geldende opvattingen en niet te voorzien valt of en, zo ja, wanneer dit verdrag voor Nederland in werking zal treden.

3.10. Nu geen van de klachten van het eerste onderdeel treft, kan overeenkomstig hetgeen hiervoor onder 3.6 is overwogen, een eventuele gegrondheid van het tweede onderdeel niet tot cassatie leiden, zodat dit onderdeel geen behandeling behoeft.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt SNPAA in de kosten van het geding in cassatie, tot op heden aan de zijde van BOA begroot op f 1707,20 aan verschotten en f 2500 voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal Strikwerda

1. Het gaat in deze zaak om de vraag of de Rechtbank te Almelo op grond van art. 5 aanhef en onder 1 EEX (in de versie van 1978, dat wil zeggen zoals gewijzigd door het - eerste - toetredingsverdrag van 9 okt. 1978, Trb. 1978, 175) bevoegd is kennis te nemen van de door thans verweerster in cassatie (hierna: BOA) bij dagvaarding van 11 jan. 1988 tegen thans eiseres tot cassatie (hierna: SNPAA) ingestelde vordering tot betaling van de (laatste termijn van de) koopsom welke SNPAA en BOA verschuldigd zou zijn uit hoofde van een eind 1986 tussen partijen gesloten overeenkomst op grond waarvan BOA aan SNPAA een papierbalenpers met toebehoren heeft geleverd en geïnstalleerd.

2. Voor zover thans in cassatie van belang heeft de bevoegdheidskwestie zich toegespitst op de vraag welk rechtsstelsel op de overeenkomst van partijen toepasselijk is. In het algemeen heeft de vraag naar het toepasselijke recht geen invloed op de vraag naar de (internationale) bevoegdheid van de rechter, maar dat is bij de toepassing van art. 5 aanhef en onder 1 EEX anders: ingevolge HvJ EG 6 okt. 1976, zaak 12/76 (Tessili-Dunlop), NJ 1977, 169 werpt de vraag naar het toepasselijke recht haar schaduw vooruit over de bevoegdheidsvraag, aangezien de „plaats waar de verbintenis, die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd" in de zin van art. 5 aanhef en onder 1 EEX moet worden vastgesteld overeenkomstig het recht dat volgens de conflictregels van de aangezochte rechter de litigieuze verbintenis beheerst.

3. Indien moet worden aangenomen dat Frans recht op de overeenkomst van partijen van toepassing is (het standpunt van SNPAA), dan dient de verplichting tot betaling van de koopprijs „au domicile du debiteur" (art. 1274 lid 3 Code civil (CC)) te worden uitgevoerd en kan de Rechtbank te Almelo, nu SNPAA is gevestigd te Wizernes, Frankrijk, aan art. 5 aanhef en onder 1 EEX geen bevoegdheid ontnemen.

Indien echter moet worden aangenomen dat Nederlands recht, dan wel de daarvan - tot 1 jan. 1992 - deel uitmakende wet van 15 dec. 1971, Stb. 780, inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (hierna: de LUVI), op de overeenkomst van partijen van toepassing is (het standpunt van BOA), dan dient de verplichting tot betaling van de koopprijs ter woonplaats van de schuldeiser (art. 1429 lid 2 BW (oud)), respectievelijk ter plaatse van de vestiging van de verkoper (art. 59 lid 1 LUVI) te worden uitgevoerd en kan de Rechtbank te Almelo, nu BOA is gevestigd te Enschede, aan art. 5 aanhef en onder 1 EEX wel bevoegdheid ontnemen.

4. In eerste aanleg stelde de rechtbank SNPAA in het gelijk en verklaarde zich onbevoegd van de vordering van BOA kennis te nemen. De rechtbank achtte Frans recht op de overeenkomst van partijen van toepassing. Zij overwoog daartoe onder meer:

„5. (...). In beginsel worden verbintenissen uit koopovereenkomst tussen in Nederland en Frankrijk

gevestigde partijen naar regels van internationaal privaatrecht beheerst door het recht van de Staat, waarin de verkoper op het ogenblik van de totstandkoming van de overeenkomst gevestigd is. De verkoper verricht immers in het algemeen de meest karakteristieke prestatie.

Dit beginsel heeft echter niet onder alle omstandigheden gelding.

De overeenkomst wordt beheerst door het recht van de Staat waarin de koper op het ogenblik van de totstandkoming gevestigd is, indien:

a. onderhandelingen in die Staat zijn gevoerd en de overeenkomst tussen partijen is gesloten, terwijl zij in die Staat aanwezig waren.

b. de overeenkomst uitdrukkelijk bepaalt dat de verkoper aan zijn verplichting tot levering van de zaken in die Staat moet voldoen.

Onder deze omstandigheden zijn de karakteristieke kenmerken en prestaties van de overeenkomst verschoven naar de Staat waarin de koper is gevestigd.

6. De feiten in de zaak die aan de rechtbank voorligt zijn als volgt:

Eind 1986 heeft het in Frankrijk gevestigde SNPAA aan de in Frankrijk gevestigde agent SARL ODIMAP van BOA om een offerte voor een balenpers gevraagd. De directe onderhandelingen over de technische specificaties van de machine, de prijs, koop en levering hebben (vrijwel) uitsluitend plaats gehad in Frankrijk tussen SNPAA en ODIMAP. Offerte en overeenkomst zijn opgesteld in het Frans. SNPAA heeft de opdracht aan ODIMAP verstrekt. Daarna heeft BOA de opdracht aan SNPAA schriftelijk bevestigd. Krachtens de gesloten overeenkomst heeft BOA de machine in Frankrijk geleverd en aldaar voor SNPAA geassembleerd en in werking gesteld.

Deze feiten in verband gebracht met hetgeen onder 5 is overwogen, leiden tot de slotsom dat de overeenkomst van partijen beheerst wordt door het Franse recht."

De overwegingen van de rechtbank zijn kennelijk geïnspireerd door art. 8 van het door Nederland wel ondertekende, maar nog niet geratificeerde Haagse Verdrag van 22 dec. 1986 inzake het recht dat van toepassing is op internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, Trb. 1990, 41. Voor zover hier van belang luidt genoemd art. 8:

„1. Voor zover er geen rechtskeuze door partijen overeenkomstig artikel 7 heeft plaatsgevonden, wordt de koopovereenkomst beheerst door het recht van de Staat waarin de verkoper op het ogenblik van de totstandkoming van de overeenkomst gevestigd is.

2. De overeenkomst wordt evenwel beheerst door het recht van de Staat waarin de koper op het ogenblik van de totstandkoming van de overeenkomst gevestigd is, indien:

a. onderhandelingen in die Staat zijn gevoerd en de overeenkomst aldaar in tegenwoordigheid van partijen is gesloten; of

b. de overeenkomst uitdrukkelijk bepaalt dat de verkoper in die Staat aan zijn verplichting tot levering van de zaken moet voldoen."

5. Op appel van BOA heeft het Gerechtshof te Arnhem bij arrest van 12 juni 1990 het vonnis van de rechtbank vernietigd en de Rechtbank te Almelo alsnog bevoegd verklaard van de vordering van BOA kennis te nemen. Anders dan de rechtbank ziet het hof geen aanleiding om vooruit te lopen op (art. 8 van) het Haagse verdrag. Volgens het hof dient bij de vaststelling van het op de overeenkomst van partijen toepasselijke recht aansluiting te worden gezocht bij art. 4 lid 2 van het EG-Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Trb. 1980, 156 (hierna: het EVO), aangezien - kort gezegd - dit verdrag binnenkort door Nederland zal worden goedgekeurd en in werking zal treden, terwijl in de rechtspraak reeds veelvuldig toepassing is gegeven aan dit verdrag. Het Haagse verdrag daarentegen is nog niet getekend, met name niet door een of meer lidstaten van de EEG (r.o. 6 en 7). Naar het oordeel van het hof brengt toepassing van art. 4 lid 2 EVO, luidende:

„Behoudens het vijfde lid wordt vermoed dat de overeenkomst het nauwst is verbonden met het land waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst haar gewone verblijfplaats, of, wanneer het een vennootschap, vereniging of rechtspersoon betreft, haar hoofdbestuur heeft.

Indien de overeenkomst evenwel in de uitoefening van het beroep of het bedrijf van deze partij werd gesloten, is dit het land waar zich haar hoofdvestiging bevindt of, indien de prestatie volgens de overeenkomst door een andere vestiging dan de hoofdvestiging moet worden verricht, het land waar zich deze andere vestiging bevindt",

met zich mee dat, nu de kenmerkende prestatie van de overeenkomst van partijen die van BOA als verkoper is, deze overeenkomst wordt beheerst door Nederlands recht. Voor toepassing van de uitzondering van art. 4 lid 5 EVO, luidende:

„Het tweede lid vindt geen toepassing indien niet kan worden vastgesteld welke de kenmerkende prestatie is. De vermoedens van het tweede, derde en vierde lid gelden niet wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land",

vindt het hof geen termen. Het hof overweegt daaromtrent (r.o. 9):

„De overeenkomst waarvan BOA nakoming vraagt in de vorm van betaling van het restant van de koopsom, is uiteindelijk tot stand gekomen via een briefwisseling tussen SNPAA en BOA. De order van SNPAA van 27 november 1986 („... nous avons l'avantage de vous passer commande ...") waarvan ieder blad door twee personen vanwege SNPAA is geparafeerd, is door deze weliswaar gericht aan de agent van BOA, Odimap, gevestigd in Frankrijk, maar ter attentie van de heer Michez („responsable BOA pour l'organisation du chantier") en door deze kennelijk niet zelf bevestigd maar onmiddellijk doorgezonden aan BOA zodat BOA reeds per brief van 4 december 1986 reageert („Nous vous accusons reception de votre commande estimee ... que nous avons recu par l'intermediaire de notre agent

Ste. Odimap et de laquelle nous vous remercions sincerement."). Daarna zijn er nog wat preciseringen van hoofdzakelijk technische aard voorgesteld door SNPAA middels met de hand geschreven toevoegingen op een copie van de brief van 27 november 1986, in het geding gebracht door SNPAA. In dit laatste stuk, in de tweede regel van de eerste alinea, wordt verwezen naar „votre courrier du 4/12/86", waarmee blijkbaar bovenbedoelde brief van BOA is bedoeld. SNPAA - zelf stellend dat zij de balenpers bij BOA heeft besteld - moet zich er wel van bewust zijn geweest dat de agent Odimap niet zelfstandig kon handelen en dat de beslissing inzake de totstandkoming van de overeenkomst ook feitelijk bij BOA lag. In de rol die Odimap heeft gespeeld bij de totstandkoming van de overeenkomst, vindt het hof niet voldoende grond om af te wijken van de regel van art. 4 lid 2 EVO.

Die regel houdt een keuze in ten gunste van het recht van de plaats van vestiging van de debiteur van de karakteristieke prestatie en dus ten nadele van het recht van het land waar de prestatie wordt of moet worden verricht en waar eventuele gebreken van die prestatie aan het licht treden. Dat de prestatie van BOA problemen heeft opgeroepen, is derhalve geen grond om in casu van de regel af te wijken.

Dat - tenslotte - de stukken betreffende de onderhavige transactie zijn opgesteld in de Franse taal brengt het hof niet tot een ander oordeel, omdat aan dat aspect in het geheel van de in aanmerking te nemen factoren, geen (beslissende) betekenis toekomt."

6. Nog op een tweede, door BOA aangevoerde grond acht het hof Nederlands recht op de overeenkomst van partijen van toepassing: de door BOA gehanteerde algemene voorwaarden (de zgn. Smecoma-condities) bevatten in art. XXII tweede lid een rechtskeuze voor Nederlands recht. De stelling van SNPAA dat deze voorwaarden geen deel uitmaken van de overeenkomst van partijen, verwerpt het hof op de grond - kort gezegd - dat BOA in de bijlagen bij eerder genoemde brief van 4 dec. 1986 uitdrukkelijk heeft gewezen op de toepasselijkheid van die voorwaarden onder meezending van de Franse tekst daarvan, zodat SNPAA heeft moeten begrijpen dat BOA de Smecoma-condities heeft willen inbouwen in het contract en daaraan ook is gebonden, omdat „zij niets en in elk geval te weinig heeft gedaan om daaraan niet gebonden te zijn" (r.o. 12).

7. Toepasselijkheid van het Nederlands recht betekent volgens het hof dat ingevolge art. 2 lid 1 van de LUVI deze wet van toepassing is en dat op grond van art. 59 lid 1 LUVI SNPAA betaling moet doen ter plaatse van de vestiging van BOA te Enschede (r.o. 13 en 14). De Rechtbank te Almelo is, concludeert het hof, bijgevolg bevoegd op grond van art. 5 aanhef en onder 1 EEX.

8. Tegen het arrest van het hof is SNPAA (tijdig) in cassatie gekomen met een uit twee (hoofd-)onderdelen opgebouwd middel. Bij gelegenheid van de schriftelijke toelichting heeft SNPAA subonderdeel 2.a ingetrokken. BOA heeft het middel bestreden en geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep.

9. Onderdeel 1 van het middel bestrijdt met verschillende klachten het oordeel van het hof dat, ook zonder

rekening te houden met de in de algemene voorwaarden van BOA opgenomen rechtskeuze, Nederlands recht op de overeenkomst van partijen van toepassing is.

10. Alvorens op deze klachten in te gaan is het zaak vast te stellen dat het EVO inmiddels, op 1 sept. 1991 (Trb. 1991, 109), voor Nederland in werking is getreden. Het EVO is echter in het onderhavige geval niet rechtstreeks van toepassing, aangezien de overeenkomst van partijen is gesloten voordat het verdrag voor Nederland in werking trad (art. 17 EVO).

11. Het Haagse verdrag van 22 dec. 1986 is door Nederland op 2 febr. 1990 ondertekend (Trb. 1990, 41), maar nog niet geratificeerd. Mocht Nederland tot ratificatie willen overgaan, dan zal het de weg van kennisgeving aan, en eventueel overleg met de andere EVO-verdragsstaten overeenkomstig art. 24 jo. 23 EVO moeten volgen, aangezien het voornaamste onderwerp van het Haagse verdrag een regeling van internationaal privaatrecht is betreffende een van de onderwerpen die door het EVO worden beheerst. Het ligt voor de hand dat Nederland niet tot ratificatie van het Haagse verdrag zal overgaan dan nadat duidelijkheid is verkregen over de vraag of de andere EG-lidstaten voornemens zijn dezelfde stap te zetten. Vgl. Van Rijn van Alkemade, AA 1991, p. 401 r.k. Die duidelijkheid ontbreekt vooralsnog, zodat onzeker is of en, zo ja, wanneer Nederland tot ratificatie van het Haagse verdrag zal overgaan.

12. Onder deze omstandigheden lijkt het niet aangewezen thans reeds op (art. 8 lid 2 sub a en b) het Haagse verdrag vooruit te lopen. Daartoe is te minder reden omdat de bepalingen van art. 8 lid 2 sub a en b duidelijk afwijken van het commune Nederlandse internationale contractenrecht, zoals dit heeft gegolden tot de inwerkingtreding van het EVO en van toepassing is op de vraag naar het toepasselijke recht op de onderhavige overeenkomst. Dat commune Nederlandse internationaal privaatrecht stemt nagenoeg geheel overeen met de verwijzingsregeling van art. 4 lid 2 en lid 5 EVO, op welke bepalingen in de rechtspraak van de afgelopen jaren op ruime schaal werd geanticipeerd. Zie de rechtspraak genoemd in Contractenrecht, losbl., X. Internationaal privaatrecht, nr. 1 (Struycken).

Zie voorts, wat de overeenkomst betreft, Bijzondere contracten, losbl., IA. IPR Koop, nrs. 19 t/m 21 (Bertrams). De inwerkingtreding van het EVO heeft, wat de objectieve verwijzingsregel inzake internationale contracten betreft, dan ook niet geleid tot een wijziging van het Nederlandse internationaal privaatrecht. Vgl. de MvT bij de rijkswet van 31 jan. 1991 tot goedkeuring van het EVO, Stb. 1991, 53 TK 1988-1989, 21 059 (R 1365), nr. 3, p. 1-2 en zie voorts Th.M. de Boer, RabelsZ. 1990, p. 25 e.v.; Van Rijn van Alkemade, AA 1991, P. 399 e.v.; Vlas, TVVS 1991, p. 226 e.v.; Strikwerda, SEW 1991, p. 503 e.v.; Rammeloo, Das neue EG-Vertragskollisionsrecht, diss. RUG 1992, p. 20 e.v. Daarbij valt op dat in de rechtspraak de uitzondering als bedoeld in art. 4 lid 5 laatste zin EVO restrictief wordt uitgelegd en maar zelden in staat blijkt de hoofdregel van art. 4 lid 2 EVO te verdringen. Ik citeer De Boer, a.w., p. 51:

„Recent case law of the lower Dutch courts reveals a virtually unanimous position on the primacy of the characteristic performance test. There are quite a few cases in which the court acknowledges the possible preponderance of factual circumstances pointing to another jurisdiction than the one in which the „characteristic performer" has his domicile or place of business. Surprisingly enough, these contacts are never deemed sufficient to justify application of the „more closely connected law". Obviously, the place of business or domicile of the „characteristic performer" is considered a very dominant contact that tends to eclipse all contacts pointing in another direction."

Zie voorts, wat de overeenkomst betreft, Bertrams, a.w., nr. 21, die constateert dat de rechtspraak, wellicht met uitzondering van Rb. Amsterdam 10 maart 1976, bevestigd door Hof Amsterdam 8 juni 1977, NJ 1978, 191, geen voorbeelden biedt waarin de correctie in de trant van art. 4 lid 5 laatste zin EVO op de leer van de karakteristieke prestatie tot toepassing kwam.

13. Tegen deze achtergrond moet worden vastgesteld dat de (ruimere) uitzonderingsbepalingen van art. 8 lid 2 sub a en b duidelijk afwijken van het commune Nederlandse internationaal privaatrecht, zoals dit van toepassing is op de vraag naar het toepasselijke recht op de onderhavige overeenkomst. Dat is, dunkt mij, een reden te meer om thans niet op deze bepalingen vooruit te lopen. Subonderdeel 1.b, dat het hof verwijt bij de vraag naar het toepasselijke recht op de onderhavige overeenkomst ten onrechte geen betekenis te hebben gehecht aan de bepalingen van art. 8 lid 2 sub a en b van het Haagse verdrag, moet derhalve naar mijn mening falen.

14. In het voorgaande ligt tevens besloten dat en waarom subonderdeel 1.c, dat erover klaagt dat het hof ten onrechte tot uitgangspunt heeft genomen dat het Nederlandse internationaal privaatrecht op het onderhavige punt zou samenvallen met de bepaling van art. 4 lid 2 EVO, niet kan slagen. Uit de rechtspraak van de laatste jaren blijkt dat algemeen op de verwijzingsregel van art. 4 lid 2 EVO is vooruitgelopen en dat de leer van de karakteristieke prestatie tot het vaste bestand van het commune Nederlandse internationaal privaatrecht is gaan behoren. Zie naast de reeds genoemde literatuur de rechtspraakoverzichten inzake het IPR overeenkomstenrecht in WPNR 1977, nrs. 5389-5390 (Van Rooij), WPNR 1982, nr. 5609 (Van Rooij) en WPNR 1987, nrs. 5820-5821 (Van Loon en M.V. Polak). Zie voorts Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse IPR, 2e druk 1990, nrs. 169 t/m 171. Voor zover het subonderdeel de opvatting verdedigt dat het commune Nederlandse internationaal privaatrecht uitgaat van het beginsel dat een internationale overeenkomst wordt beheerst door het rechtstelsel van het land dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, het nauwst met de overeenkomst is verbonden (een geheel „open" verwijzingsregel op basis van het rechtssfeercriterium dus), miskent het dat naar algemeen Nederlands internationaal privaatrecht dit beginsel is geconcretiseerd en geobjectiveerd op grondslag van de zgn. leer van de karakteristieke prestatie.

15. De subonderdelen 1.a en 1.d stellen de vraag aan de orde onder welke omstandigheden de hoofdregel van art. 4 lid 2 EVO heeft te wijken voor de uitzonderingsregel van art. 4 lid 5 laatste zin EVO en betogen dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat in het onderhavige geval onvoldoende grond is voor afwijking van de hoofdregel, althans dat oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd.

16. De exceptieclausule (ik ontleen de term aan Kokkini-Iatridou en Frohn, Molengrafica 1989, p. 215 e.v.) in de trant van art. 4 lid 5 laatste zin EVO is reeds in de jaren zeventig door de Hoge Raad geaccepteerd als correctie op de objectieve verwijzingsregel met betrekking tot overeenkomsten. Zie HR 6 april 1973, NJ 1973, 371 („... zulks behoudens het bestaan van omstandigheden welke zodanige aanknopingspunten opleveren met het recht van een ander land ... dat het recht van dit andere land de overeenkomst behoort te beheersen") en HR 8 juni 1973, NJ 1973, 400 („... onder het voorbehoud van het bestaan van bijzondere omstandigheden, welke meebrengen dat het recht van een ander land de arbeidsovereenkomst behoort te beheersen"). In de recente rechtspraak van de Hoge Raad sluit de formulering van de exceptieclausule direct aan bij de bewoordingen van art. 4 lid 5 laatste zin EVO. Zie HR 24 mei 1991, NJ 1991, 676 („...behoudens indien zij (de overeenkomst; Str.) nauwer verbonden is met een ander land") en HR 1 nov. 1991, RvdW 1991, 242, waarin deze formulering wordt gebezigd. Daaruit mag m.i. worden afgeleid dat de exceptieclausule van art. 4 lid 5 laatste zin EVO reeds deel uitmaakte van het commune Nederlandse internationale contractenrecht voor de inwerkingtreding van het EVO.

17. De vraag is hoe het begrip „nauwer verbonden met een ander land" geconcretiseerd moet worden. Het toelichtend rapport bij het EVO van Giuliano en Lagarde (opgenomen in Contractenrecht, losbl. onder X. Internationaal privaatrecht) meldt op dit punt (par. 7 ad art. 4):

„Aan deze laatste bepaling (art. 4 lid 5 laatste zin; Str.) ligt de volgende gedachtengang ten grondslag. Gezien het zeer algemene karakter van de verwijzingsregel van artikel 4, waarop slechts een uitzondering wordt gemaakt voor door consumenten gesloten overeenkomsten en arbeidsovereenkomsten, leek het noodzakelijk de mogelijkheid te openen om een ander recht toe te passen dan dat waarnaar de vermoedens van het tweede, derde en vierde lid verwijzen, telkens wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land. Het spreekt vanzelf dat de rechter bij de toepassing van het vijfde lid van artikel 4 een zekere beoordelingsvrijheid heeft met betrekking tot de vraag of er in een bepaald geval een geheel van omstandigheden aanwezig is, die de niet-toepassing van de vermoedens van het tweede, derde en vierde lid rechtvaardigen. Hier is sprake van de onvermijdelijke pendant van een algemene verwijzingsregel die geschreven is voor vrijwel alle soorten overeenkomsten."

In de memorie van toelichting bij de goedkeuringswet (zie hierboven onder 12) wordt opgemerkt (p. 11):

„Het vermoeden, dat het contract het nauwst verbonden is met het land van de kenmerkende prestatie, zal kunnen worden weerlegd wanneer de overeenkomst, blijkens de omstandigheden van het geval, nauwer met een ander land verbonden is. Aldus het vijfde lid dat eigenlijk geen andere betekenis heeft dan er aan te herinneren dat het hoofdbeginsel van lid 1 (de „proper law of the contract“) herleeft wanneer de vermoedens van de leden 2-4 geen stand kunnen houden. Men denke aan een koopovereenkomst, waarbij de verkoper in Nederland zijn hoofdbestuur heeft, doch uit hoofde waarvan aan een in België wonende koper in België goederen dienen te worden geleverd welke in België worden geproduceerd, terwijl voorts het contract in de Franse taal is gesteld en de koopprijs in Belgische munt uitgedrukt.”

18. Uit dit een en ander volgt dat de exceptieclausule kennelijk berust op de gedachte, dat het vermoeden van art. 4 lid 2 (en lid 3 en 4) niet onder alle omstandigheden in staat is recht te doen aan het in het eerste lid van art. 4 geformuleerde algemene uitgangspunt, dat de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst is verbonden. De uitzondering treedt derhalve in werking indien het vermoeden van lid 2 (of van lid 3 of 4) niet voldoet aan het gestelde doel: aanwijzing van het recht van het land waarmee de overeenkomst het nauwst verbonden is. De functie van de exceptieclausule is dan ook het bewerken van een betere localisering van de overeenkomst, niet het bewerken van toepassing van een rechtsstelsel dat naar inhoud of toepassingsresultaat gemeten een betere oplossing biedt of dat beter voldoet aan de verwachtingen van partijen. Een feitelijk-geografisch aanknopingsoverzicht met een ander land dan het land van verblijf of vestiging van de karakteristieke prestant vormt derhalve de grond voor toepassing van de uitzonderingsregel. Vgl. Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl. 1988, p. 119-120; Kokkini-Iatridou/Frohn, a.w., p. 245-248 en 262-264; De Boer, a.w., p. 50-56; Rammeloo, a.w., p. 324-326.

19. De volgende vraag is onder welke omstandigheden mag worden aangenomen dat de overeenkomst in feitelijk-geografisch opzicht zo veel nauwer met een ander land, dan het land van de verblijf- of vestigingsplaats van de karakteristieke prestant is verbonden, dat er reden is voor toepassing van de correctie. Hoewel art. 4 lid 5 laatste zin EVO spreekt van „nauwer verbonden“ en dus doet vermoeden dat reeds een licht aanknopingsoverzicht met het andere land de weegschaal kan doen doorslaan ten gunste van toepassing van het recht van dat andere land, zou ik menen dat alleen in sprekende gevallen van aanknopingsoverzicht de correctie mag worden toegepast. Een te ruime interpretatie van de exceptieclausule kan er immers toe leiden dat lid 2 door de opwaartse druk van lid 5 zijn karakter van hoofdregel verliest. Bovendien moet bedacht worden dat, blijkens het vermoeden van lid 2, bij de localisering van de overeenkomst de verblijf- of vestigingsplaats van de karakteristieke prestant heeft te gelden als het belangrijkste aanknopingspunt en derhalve, meer dan welk ander aanknopingspunt ook,

geacht moet worden in staat te zijn aan te geven met welk land de overeenkomst het nauwst is verbonden. Men kan, anders gezegd, het aanknopingspunt vestigingsplaats van de karakteristieke prestant niet wegstrepen tegen bijv. de plaats van contractsluiting, de plaats van uitvoering van de overeenkomst, of de nationaliteit van partijen, laat staan tegen bijv. de taal van het contract of de valuta waarin de prijs is uitgedrukt.

20. In het algemeen zal naar mijn mening voor toepassing van de correctie dan ook niet voldoende zijn dat tegenover het aanknopingspunt van de vestigingsplaats van de karakteristieke prestant met land A, een of meer andere aanknopingspunten met land B kunnen worden gesteld. Zelfs in het geval waarin uitsluitend het aanknopingspunt vestigingsplaats van de karakteristieke prestant naar land A verwijst en alle andere aanknopingspunten naar land B verwijzen, is dat m.i. op zichzelf nog geen reden om de correctie toe te passen en het recht van land B toepasselijk te achten. Waar het op aankomt is dat de vestigingsplaats van de karakteristieke prestant, in het licht van het geheel der omstandigheden, onvoldoende localiserend vermogen heeft en dus het vermoeden van lid 2 niet waar kan maken. Dat zal zich met name voordien, indien de verblijf- of vestigingsplaats van de karakteristieke prestant „toevallig“ is, omdat de karakteristieke prestant bij het sluiten van de overeenkomst niet heeft geopereerd vanuit zijn vestigingsplaats (dat zal zich kunnen voordoen ingeval de overeenkomst wordt gesloten door een vertegenwoordiger van de karakteristieke prestant die gevestigd is in het land van de wederpartij; vgl. Bertrams, a.w., III, nr. 2 en Reithmann/Martiny, a.w., p. 118; zie voor voorbeelden van andere gevallen van een „toevallige“ vestigingsplaats van de karakteristieke prestant Vischer/Von Planter, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1982, p. 185-186 en Rammeloo, a.w., p. 331-333), of omdat bij de uitvoering van duurovereenkomsten het werktelein van de karakteristieke prestant buiten het land van zijn vestiging ligt (vgl. HR 24 mei 1991, NJ 1991, 676).

21. Tegen deze achtergrond zou ik menen dat het oordeel van het hof dat in het onderhavige geval voor toepassing van de exceptieclausule geen reden is, cassatietoetsing kan doorstaan. De vraag of er reden is voor toepassing van de uitzondering is een rechtsvraag. Zie HR 24 mei 1991, NJ 1991, 676, r.o. 3.5, en vgl. Reithmann/Martiny, a.w., p. 126-127. Het oordeel van het hof kan in cassatie derhalve in volle omvang worden getoetst, met dien verstande dat de beslissingen van het hof met betrekking tot de wijze waarop en de omstandigheden waaronder de overeenkomst van partijen tot stand is gekomen zich als beslissingen van feitelijke aard aan cassatietoetsing onttrekken.

22. Wat de feiten betreft, is het hof uitgegaan van de feiten zoals deze door de rechtbank als vaststaand waren aangenomen (r.o. 2 van het bestreden arrest). De rechtbank had vastgesteld (r.o. 6 van haar vonnis):

„Eind 1986 heeft het in Frankrijk gevestigde SNPAA aan de in Frankrijk gevestigde agent SARL ODIMAP van BOA om een offerte voor een balenpers gevraagd.

De directe onderhandelingen over de technische specificaties van de machine, de prijs, koop en levering, hebben (vrijwel) uitsluitend plaats gehad in Frankrijk tussen SNPAA en ODIMAP. Offerte en overeenkomst zijn opgesteld in het Frans. SNPAA heeft de opdracht aan ODIMAP verstrekt. Daarna heeft BOA de opdracht aan SNPAA schriftelijk bevestigd. Krachtens de gesloten overeenkomst heeft BOA de machine in Frankrijk geleverd en aldaar voor SNPAA geassembleerd en in werking gesteld."

Het hof heeft nader vastgesteld (r.o. 9 van het bestreden arrest) dat de overeenkomst uiteindelijk tot stand is gekomen via een briefwisseling tussen SNPAA (opdracht bij brief d.d. 27 nov. 1986) en BOA (bevestiging van de opdracht bij brief d.d. 4 dec. 1986) en voorts dat Odimap, zoals SNPAA zich bewust moet zijn geweest, niet zelfstandig kon handelen en dat de beslissing inzake de totstandkoming van de overeenkomst ook feitelijk bij BOA lag.

23. De overeenkomst is volgens het hof dus rechtstreeks tussen partijen tot stand gekomen en niet door bemiddeling van, of met vertegenwoordiging van BOA door Odimap. In het licht van deze omstandigheid heeft het hof m.i. terecht geoordeeld dat er onvoldoende grond is om af te wijken van de hoofdregel. Nu van vertegenwoordiging van BOA door de Franse agent bij het sluiten van de overeenkomst met SNPAA geen sprake was, kan immers niet gezegd worden dat de vestigingsplaats van BOA „toevallig" is en is er dus ook geen reden om de aanknopingswaarde van de vestigingsplaats van de karakteristieke prestant (BOA) onvoldoende te achten om te kunnen gelden als vermoeden in de zin van art. 4 lid 2 EVO.

24. Het oordeel van het hof is voldoende gemotiveerd. Dat het hof niet met zoveel woorden is ingegaan op de stelling van SNPAA dat de koopprijs in Franse valuta is uitgedrukt, levert m.i. geen motiveringsgebrek op dat tot cassatie moet leiden. Kennelijk en terecht (vgl. o.a. Reithmann/Martiny, a.w., p. 115) heeft het hof dit aanknopingspunt met Frankrijk, evenals het feit dat de stukken betreffende de onderhavige transactie zijn opgesteld in de Franse taal, van ondergeschikt belang geoordeeld.

25. Uit het voorgaande volgt dat naar mijn mening ook de subonderdelen 1.a en 1.d tevergeefs zijn voorgesteld.

26. Het oordeel van het hof dat Nederlands recht op de overeenkomst van partijen van toepassing is berust op twee zelfstandig dragende gronden: zowel op grond van de objectieve verwijzingsregel als op grond van rechtskeuze beheerst Nederlands recht de overeenkomst. Waar de klachten tegen de eerste grond (onderdeel 1) niet tot cassatie kunnen leiden, moeten de klachten tegen de tweede grond (onderdeel 2.b, onderdeel 2.a is ingetrokken) reeds wegens gebrek aan belang falen.

27. Subonderdeel 2.b moet overigens, ook indien SNPAA daarbij wel belang zou hebben, falen. Het berust op de veronderstelling dat de onderhavige overeenkomst tot stand is gekomen door enerzijds het in de brief van SNPAA d.d. 19 dec. 1986 neergelegde (ge-

wijzigde) aanbod en anderzijds de (feitelijke) acceptatie daarvan door BOA door uitvoering te geven aan de overeenkomst. Deze veronderstelling mist feitelijke grondslag. Het hof heeft vastgesteld (r.o. 9) dat de overeenkomst van partijen tot stand is gekomen door enerzijds de opdracht bij brief van SNPAA d.d. 27 nov. 1986 en anderzijds de bevestiging daarvan bij brief van BOA d.d. 4 dec. 1986. Het subonderdeel faalt derhalve. 28. Het middel in zijn beide onderdelen ongegrond bevindend, concludeer ik tot verwerping van het beroep.
