Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

De contractuele keuze voor het toepasselijk recht en het bevoegde forum. Beknoptheid, precisie en consistentie

Mr. J.W. Bitter

Eigenlijk hoort iedereen die een contract schrijft zich eerst af te vragen welk recht daarop van toepassing zal zijn en welke instanties geroepen zullen worden de geschillen op te lossen die tussen de partijen mochten ontstaan. Uitdrukkelijke contractuele regelingen zijn alleen nodig voorzover het op de te schrijven overeenkomst toepasselijke recht niet in een regeling voorziet. Bestaat eenmaal duidelijkheid over het gewenste toepasselijke recht, dan komt de vraag aan de orde wie dan wel zal uitmaken wat er moet gebeuren als een der partijen meent een door de ander als zodanig geïdentificeerde contractuele verplichting niet te hoeven nakomen. Die vraag hangt ook samen met de vraag of er voor de partijen aanleiding is het op de overeenkomst toepasselijke recht contractueel vast te leggen. Door bijvoorbeeld geschillen onder een overeenkomst te onderwerpen aan het oordeel van een rechter binnen de Europese Unie wordt bereikt dat de gekozen rechter – bij ontstentenis van een rechtskeuzebepaling – de conflictenregels van het Verdrag van Rome van 1980 zal moeten toepassen om het toepasselijke recht te vinden. Al naar gelang de soort en het onderwerp van de overeenkomst kan door een dergelijke forumkeuze de noodzaak voor een rechtskeuze vervallen althans minder van belang worden. Dat is weer niet zo als voor arbitrage gekozen wordt. Arbiters zijn – tenzij de partijen hun daartoe uitdrukkelijk opdracht geven – nooit gehouden specifieke internationaal privaatrechtelijke conflictenregels toe te passen. Wie voor arbitrage kiest, moet – om verrassingen op voorhand uit te sluiten – het gekozen rechtsstelsel erbij leveren.

Voor niet-juristen behoren de bepalingen inzake het toepasselijke recht en de bevoegde geschiloplossers (hierna ook 'geschillenbeslechtingsclausules') tot de minst interessante contractsbepalingen, waarvan de behandeling tot het laatst uitgesteld wordt, respectievelijk waarvan de redactie aan een in de eindfase van de onderhandelingen geïnstrueerde jurist wordt overgelaten. Zo kreeg ik kortgeleden het verzoek van een cliënt om even een paar standaard rechtskeuzeclausules per e-mail door te geven, met de bedoeling die in mij onbekende contracten op te nemen. En passant werd mij nog gevraagd te adviseren aan welk rechtsstelsel een mij onbekend contract het best zou kunnen worden onderworpen.

Bevoegdheidsvragen en vragen met betrekking tot het toepasselijke recht zijn voorvragen die beantwoord moeten worden vóór de geschiloplosser toekomt aan de behandeling van het materiële geschil tussen de partijen. Het is in dat laatste dat de aanlegger van een geschil over commerciële contracten met name geïnteresseerd zal zijn. Het beantwoorden van juridische voorvragen wordt – begrijpelijkerwijze – gezien als een tijdrovend en kostbaar verplicht nummer. In het gunstigste geval zal dat door de wederpartij ook zo gezien worden, maar een wederpartij die belang heeft bij het rekken van een procedure zal niet aarzelen ook te proberen de voorvragen uitgebreid aan de orde te stellen, om zo te bereiken dat de behandeling van de vragen waar het werkelijk om gaat zo lang mogelijk wordt uitgesteld.

Conflicten over geschillenbeslechtingsclausules komen betrekkelijk vaak voor.[1] De vraag of de mate waarin dat het geval is mede veroorzaakt wordt door de gesignaleerde impopulariteit van zulke clausules gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

Bevoegdheidsperikelen en perikelen over het toe te passen recht kunnen voorkomen worden door terzake adequate contractsbepalingen te formuleren. Als die bepalingen niet duidelijk zijn, dan is het effect ervan mogelijk averechts. Daar komt nog bij dat de partij die daarbij het meeste belang heeft, geneigd zal zijn onduidelijkheden in een contractsclausule eerder te zoeken dan ze met de mantel der liefde te bedekken.

In een contract tussen een Nederlandse verkoper en een Mozambikaanse koper was de volgende bepaling opgenomen:

> *'Any dispute (…) should be settled through an amicable negotiation. Should no agreement be arrived at, [the parties] (…) must finally undertake to submit the matter to the regulation for arbitration of the International Chamber of Commerce to one or more arbitrators as per the said laws. The arbitration will take place in Switzerland, the law applicable is that known in England.'*

De oppervlakkige lezer zal menen dat hier sprake is van een materiële rechtskeuze voor het Engelse recht. Zo niet de verweerder in de arbitrageprocedure die door de verkoper werd gestart. Die betoogde dat – indien met de woorden 'the said laws' in de eerste volzin duidelijk het ICC arbitragereglement bedoeld is – 'the law known in England' niet noodzakelijkerwijze geïnterpreteerd moet worden als 'het Engelse (materiële) recht'. De ietwat merkwaardige formulering 'the law (…) known in England' was voor de koper kennelijk aanleiding te betwisten dat daarmee 'English law' bedoeld werd, en hij betoogde derhalve dat in plaats van Engels recht Nederlands recht toegepast diende te worden. Dat de arbiter uiteindelijk uitmaakte dat Engels materieel recht toegepast moest worden, zal misschien geen verbazing wekken. Maar het vonnis waarin hij dat deed, telde wel meer dan tien gedrukte bladzijden.[2] Uit de omstandigheid dat de zaak na het tussenvonnis geschikt is, zou men kunnen afleiden dat de Nederlandse verkoper niet veel meer argumenten tot zijn beschikking had dan de argumenten die hij met betrekking tot de geschillenclausule naar voren had gebracht.

Dat geschillenbeslechtingsclausules – zoals overigens alle contractsclausules – met de nodige precisie[3] geformuleerd moeten worden is intussen wel duidelijk. Maar innerlijk consistent moeten ze natuurlijk ook zijn. Een verwijzing naar het reglement van de ICC als 'the said laws' is op zich al weinig gelukkig, maar

1 In het eerste half jaar van 2002 vinden we in het Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht dertien uitspraken over het op overeenkomsten toepasselijke recht en zo'n dertig over de bevoegdheid daarover te oordelen.

2 ICC award in zaak 5505 (1987), YCA XIII (1988), p. 110 e.v.

3 Forumkeuzeclausules waar het forum niet ondubbelzinnig wordt aangewezen zoals de 'principal place of business clauses', zullen daardoor in de regel effect ontberen.

de onduidelijkheid wordt nog groter als vervolgens, in de volgende zin, het woord 'law' in een andere betekenis wordt gebruikt.

Een ander voorbeeld van een innerlijk inconsistente clausule is de clausule die ik in een contract tegenkwam en waarin – verkort weergegeven – de volgende wijze van geschillenbeslechting is neergelegd: (i) Geschillen worden in de eerste plaats ter fine van een schikking voorgelegd aan de vertegenwoordigers van de partijen; (ii) komen die er niet uit, dan worden ze voorgelegd aan de 'Expert', om vervolgens – als die er ook niet uitkomt – (iii) op verzoek van de meest gerede partij beslecht te worden volgens het reglement van de London Court of International Arbitration ('LCIA'). Hier worden twee wijzen van geschillenbeslechting door elkaar gehaald: arbitrage en 'expert determination'. 'Expert determination' is een wijze van geschillenbeslechting die met name bedoeld is voor het oplossen van geschillen van technische of feitelijke aard, zoals de vaststelling van prijzen, maten en gewichten. Het is in verband met hun kennis op bepaalde technische gebieden dat 'Experts' doorgaans als zodanig worden aangewezen. Arbiters zijn er natuurlijk voor om elk zich tussen contractspartijen voordoend geschil, of het nu technisch of juridisch van aard is, op te lossen. Deze clausule is innerlijk inconsistent, omdat zij ziet op twee verschillende wijzen van geschillenbeslechting zonder de ene duidelijk van de andere te onderscheiden. Een bijkomend gebrek van de zo-even bedoelde clausule is dat er ook niet in wordt vermeld wanneer de 'Expert' geacht mag worden niet in zijn missie geslaagd te zijn, zodat ook onduidelijk is wanneer het de partijen vrijstaat arbitrage aan te melden.[4]

Hoe voorkomt men interne inconsistenties? Natuurlijk in de eerste plaats door het gebruik van het gezond verstand. Maar als er al een methode bestaat om inconsistenties te voorkomen, dan is het wat mij betreft het betrachten van een zo groot mogelijke precisie in de woordkeus in combinatie met een zo schaars mogelijk woordgebruik. Hoe meer (verschillende) woorden men gebruikt, hoe groter de kans op interpretatiegeschillen. Waarom meer zeggen dan 'Gerichtsstand Duisburg' als daarmee duidelijk wordt dat degene die dat bedingt uitsluitend voor die rechtbank wenst te verschijnen?[5]

Natuurlijk moeten geschillenbeslechtingsclausules ook consistent zijn met de rest van het contract waarin ze zijn opgenomen. Zo vermeld het contract waarin de zojuist besproken clausule is opgenomen waarin onder meer een keuze voor arbitrage wordt gemaakt, even later net zo vrolijk dat 'the parties irrevocably submit to the exclusive jurisdiction of the English Courts'. Dat is natuurlijk vragen om moeilijkheden.

Als er een moraal van dit verhaal is, dan wel deze: geschillenbeslechtingsclausules moeten bondig en precies zijn en ze moeten niet alleen intern consistent maar ook consistent met de overige bepalingen van het contract zijn. Natuurlijk gelden deze criteria ook voor andere clausules dan geschillenbeslechtingsclausules, maar het voorvraagkarakter van geschillen over bevoegdheid en toepasselijk recht brengt met zich mee dat ze bij uitstek gelden voor geschillenbeslechtingsclausules.

Mr. J.W. Bitter, advocaat Simmons & Simmons Trenité

4 Zie voor een geval waarin een dergelijke formulering tot onbevoegdheid van de – in laatste instantie bevoegd verklaarde – Rotterdamse rechtbank leidde: Rb. Rotterdam 10 augustus 2000, NIPR 2002/45.

5 Rb. Rotterdam 6 december 2001, NIPR 2002/131.