såfremt henvisningen er udtrykkelig og således vil kunne efterprøves af en medkontrahent, der udviser almindelig opmærksomhed.

Kutscher Donner Pescatore

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. december 1976.

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. CAPOTORTI FREMSAT DEN 17. NOVEMBER 1976 [1]

Høje Ret.

1. Domstolen skal i nærværende sag træffe afgørelse af et problem vedrørende fortolkningen af artikel 17 i Bruxelleskonventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager. Der er her — tillad mig at erindre retten herom — tale om den artikel, som omhandler værnetingsaftaler: den handler om tilfældet, hvor »parterne i tilfælde, hvor mindst en af dem har bopæl på en kontraherende stats område, ... har vedtaget, at én ret eller retterne i en kontraherende stat skal være kompetent til at påkende allerede opståede tvister eller fremtidige tvister i anledning af et bestemt retsforhold« og den bestemmer, at det alene er den nævnte ret eller de nævnte retter, der er kompetente, såfremt parterne har truffet aftale i form af en »skriftlig ... eller en mundtlig aftale, som er skriftligt bekræftet«. Det forelagte spørgsmål fra Bundesgerichtshof i Forbundsrepublikken Tyskland drejer sig om betydningen af netop dette formkrav.

Parterne i hovedsagen, det tyske selskab Rüwa som sælger og det italienske firma Estasis Salotti som køber, afsluttede den 31. oktober 1969 i Milano en købekontrakt på sælgers forretningspapir, på hvis bagside Rüwa's allerede tidligere udfærdigede almindelige forretningsbetingelser var trykt. Der var i selve kontrakten ingen form for henvisning til disse betingelser; der stod, at køberen afgav bestilling »på de i skrivelse af 18. september 1969 tilbudte maskiner«. Faktisk var der som bilag til skrivelsen af 18. september vedlagt syv tilbud dateret den 11. september, som alle indeholdt henvisning til de på bagsiden aftrykte almindelige salgsbetingelser; brevet indeholdt derimod ingen tilsvarende henvisning.

Da køberen senere nægtede at aftage maskinerne, anlagde sælgeren sag mod køberen ved den tyske ret, som var nævnt i

1 — Oversat fra italiensk.

værnetingsklausulen i sælgers almindelige forretningsbetingelser. Landgericht antog med støtte i artiklerne 1341 og 1342 i den italienske codice civile (som ved trykte værnetingsklausuler kræver udtrykkelig, skriftlig godkendelse), at den af køberen nedlagte indsigelse om inkompetence var grundet. Derimod mente appelinstansen, at § 38 i den tyske lov om civil retspleje skulle lægges til grund, og at den af sælgeren påberåbte værnetingsaftale skulle anses for gyldig; retten anså derefter de tyske retter for kompetente.

Bundesgerichtshof har i appelsagen forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 3 i protokollen af 3. juni 1971 vedrørende Domstolens fortolkning af konventionen af 27. september 1968:

1. Er det i konventionens artikel 17, stk. 1 nævnte krav om skriftlighed opfyldt, når en værnetingsaftale indeholdes i de almindelige forretningsbetingelser, som er optrykt på bagsiden af et aftaledokument, underskrevet af begge medkontrahenter?
2. Er kravet om skriftlighed i henhold til konventionens artikel 17, stk. 1 opfyldt, når kontrahenterne i aftalen udtrykkeligt refererer til et tidligere skriftligt tilbud, hvori der blev henvist til en værnetingsaftale, som indeholdtes i de almindelige forretningsbetingelser, der var vedlagt nævnte tilbud?

2. Også i nærværende tilfælde opstår det af Domstolen allerede i dommen i sagen Tessili mod Dunlop belyste generelle spørgsmål, om konventionen skal fortolkes selvstændigt, eller om der skal henvises til den materielle ret, som skal gælde ifølge de kollisionsregler, som gælder for den pågældende ret. Utvivlsomt er formen blot en side af en privat værnetingsaftale; og sammenhængen mellem de forskellige sider af denne aftale bliver endnu tydeligere, når værnetingsaftalen blot er indeholdt i en klausul, som står i sammenhæng med andre bestemmelser i aftalen, som angår dennes materielle indhold. Derfor forsvarer nogle forfattere på den nationale rets niveau den opfattelse, at værnetingsaftalens eller -klausulens form må rette sig efter den internationale privatrets bestemmelser om aftalers form (som i de fleste stater følger princippet »locus regit actum«). Kan denne opfattelse have betydning for det fortolkningsspørgsmål, som nærværende sag drejer sig om?

Mit svar er benægtende af to grunde. For det første finder jeg, at artikel 17 i konventionen, for så vidt som den omhandler krav, som værnetingsklausulen eller aftalen skal opfylde, for at den kan have den af parterne ønskede virkning, er omfattet af konventionens processuelle funktion og ikke kan påvirke hverken materielretlige spørgsmål, som opstår i forbindelse med denne viljeserklæring (myndighed, mulige mangler vedrørende aftalen), eller spørgsmålet om formen for den aftale, som klausulen er et led i. Med andre ord: artikel 17 indskrænker sig til at opstille forudsætningerne for værnetingsaftalens processuelle virkning. For det andet er det åbenbart, hvor vigtigt det er, at parterne i værnetingsaftaler behandles lige i alle kontraherende stater: dette krav ville ikke blive honoreret, hvis der skulle henvises til de enkelte kontraherende staters kollisionsregler for så vidt angår de regler, som gælder for aftalers form.

3. Følgelig skal artikel 17 i Bruxelleskonventionen fortolkes selvstændigt uafhængigt af national ret. Artikel 17 i Bruxelles-konventionen ligner stærkt artikel 3, nr. 2 i den tysk-belgiske konvention af 30. juni 1958, som trådte i kraft den 27. januar 1961. Denne artikel er selv udledt af artikel 2 i Haag-konventionen af 15. april 1958 om værnetingsaftaler i international løsørekøb.

Som det fremhæves i Jenard-rapporten om Bruxelles-konventionen, skal skriftlighedskravet sikre retssikkerheden. Dette betyder, at der kræves sikkert bevis for, at kontrahenterne er enige om den klausul, som bestemmer værnetinget, for at undgå uvished og uoverensstemmelser vedrørende aftalens form og indhold, hvilket

ville være muligt, hvis der overhovedet ikke fandtes formkrav.

Ifølge Jenard-rapporten skal artikel 17 også opfylde dette krav uden herved at forfalde til en overdreven formalisme, som hindrer handelssædvaner. Konventionens forfattere ville beskytte handelens interesse i hurtige afgørelser og elastiske retlige former, navnlig idet de godkendte, at kontrahenterne også gyldigt kunne træffe en mundtlig, »skriftligt bekræftet« aftale om en værnetingsklausul. Det er ikke klart fastlagt, hvordan denne bekræftelse skal ske, og dette kan give anledning til visse fortolkningsvanskeligheder, navnlig når det kun er en af kontrahenterne, der skal bekræfte; men dette går ud over rammerne i nærværende sag. Jeg vil få lejlighed til at komme ind herpå i mit forslag til afgørelse i sag 25/76.

Det centrale problem i nærværende tilfælde giver anledning til yderligere et spørgsmål: nemlig spørgsmålet om værnetingsklausuler, der af en kontrahent til egen fordel forud er skriftligt udformet og derudover allerede er trykt på de til kontrakter eller tilbud anvendte formularer eller blanketter. I erkendelse af faren for, at modparten accepterer sådanne klausuler uden at tænke nærmere over betydningen af den indgåede forpligtelse, foreskriver nogle nationale retssystemer som bekendt så at sige besværligere formkrav, nemlig ikke blot skriftlighed — som åbenbart er opfyldt, når klausulen er forud formuleret, og navnlig når den er trykt —, men også udtrykkelig, skriftlig accept. Konventionen indeholder ikke en sådan bestemmelse, og navnlig viser forbeholdet for Luxembourg, hvorefter der kræves udtrykkelig og speciel accept, for at værnetingsaftalen har gyldighed for personer, der har bopæl i denne stat (artikel I, stk. 2 i den konventionen bilagte protokol), at normalt går kravet om en speciel, skriftlig godkendelse ud over artikel 17's rammer. Denne regel kan vel forklares ud fra bestræbelsen på ikke at hindre handelssædvaner gennem formkrav, som kunne vise sig at være alt for strenge. Imidlertid indeholder Jenard-rapporten, hvor den nævner den ledsagende rapport til den tysk-belgiske konvention af 1958, den for så vidt særdeles vigtige bemærkning, at det drejer sig om »at berøve sådanne værnetingsklausuler, som ubemærket vil kunne indføres i kontrakten, deres virkning«. Og det tilføjes: »Derfor skal der kun tages hensyn til værnetingsklausuler, når de er aftalt, hvilket forudsætter at kontrahenterne har været enige. Følgelig er klausuler, som står på formularer til forretningskorrespondance eller fakturaer, uden betydning, når de ikke er accepteret af den kontrahent, til hvem de er rettet«.

Der hersker ingen tvivl om, at der i de citerede passager menes en kontrahents forud formulerede klausuler, når der tales om, at »værnetingsklausuler ... ubemærket vil kunne indføres i kontrakten«.

Det princip, som kan udledes af Jenard-rapporten, kan efter min opfattelse udtrykkes således: Det er ikke tilstrækkeligt, at den kontrahent, der ikke deltog i udformningen af klausulerne, har mulighed for at erhverve kendskab hertil (idet de f.eks. er optrykt på bagsiden af en formular); medkontrahenternes enighed, dvs. overensstemmende viljer må påvises, hvilket åbenbart er mere end det blotte kendskab eller muligheden for kendskab til klausuler, som en kontrahent i forvejen har udfærdiget til egen fordel. Jeg finder dette princip rigtigt. Det svarer ikke alene til det almindelige princip om beskyttelse af den svagere part, som også ligger til grund for artikel 17, men berører også det grænsetilfælde, hvor tilsidesættelse af et formelt krav kan betyde, at enighed overhovedet ikke har været tilstede.

I praksis består denne risiko navnlig, når de forud formulerede klausuler findes uden for kontraktsteksten (eksemplet med klausuler, som — lige som i nærværende tilfælde — er trykt på bagsiden af det dokument, hvorpå kontrakten er affattet, har jeg allerede nævnt). I så tilfælde kunne kontrakten indeholde en

henvisning til klausulerne, men denne metode medfører yderligere vanskeligheder. Jeg vil ikke påtage mig en fuldstændig opregning af de formuleringer, henvisningen kan have, men blot fastholde, at den må være så tydelig, at det fornuftigvis kan antages, at den kontrahent, over for hvem værnetingsaftalen påberåbes, har accepteret kompetencetildelingen.

Jeg vil konkludere, at hvor der er tale om forud formulerede værnetingsklausuler, og navnlig hvor disse findes i almindelige forretningsbetingelser, følger det af den skriftlighedskravet i artikel 17 tillagte funktion som sikkerhed for viljeoverensstemmelsen, at der stilles strenge krav til køberens godkendelse af værnetingsaftalen. Denne strenghed er berettiget, fordi det vejer tungt, når en kontrahent i en international handel unddrages sit egentlige værneting, som udpeges i Bruxelles-konventionens artikler 2 og 5.

4. Jeg skal nu i lyset af de lige fremførte generelle tanker undersøge de to af Bundesgerichtshof forelagte spørgsmål.

Det skal til første spørgsmål bemærkes, at, når værnetingsklausulen indeholdes i almindelige forretningsbetingelser på bagsiden af aftaledokumentet, må det af køberen underskrevne aftaledokument selv indeholde en tydelig henvisning til værnetingsklausulen eller i det mindste til de almindelige forretningsbetingelser, for at køberen ikke senere kan mødes med en sådan klausul, han ikke havde kendskab til på det tidspunkt, hvor aftalen blev indgået, idet der herved skabes vished for, at kontrahenterne har været enige om værnetingsaftalen. Alene det forhold, at en kontrakt er skrevet på en formular, på hvis bagside de af sælger forud formulerede almindelige forretningsbetingelser omfattende værnetingsklausuler er trykt, er ikke tilstrækkeligt til at godtgøre, at køberen faktisk havde kendskab til værnetingsklausulen, eller at han ville acceptere den, hvis han kendte den.

Tager man altså hensyn til, at skriftlighedskravet i artikel 17 fremfor alt tjener til at sikre en egentlig viljesoverensstemmelse hos kontrahenterne om værnetingsaftalen, kan man ikke antage, at den nævnte artikels krav er opfyldt i det ovenfor nævnte tilfælde. I modsat fald ville retssikkerheden, som denne bestemmelse tjener, blive bragt i fare. Og jeg anser det ikke for overdreven formalisme at kræve en klar og tydelig henvisning til om ikke udtrykkeligt værnetingsklausulen så dog til de almindelige forretningsbetingelser, hvori den indeholdes.

5. Andet spørgsmål drejer sig om et mere indviklet tilfælde, nemlig hvor kontrahenterne udtrykkeligt henviser til et tidligere skriftligt tilbud, hvori der henvistes til de tilbudet vedlagte almindelige forretningsbetingelser, som indeholdt værnetingsklausulen.

Man kan hverken udelukke eller kategorisk anerkende, at en indirekte henvisning til en værnetingsklausul opfylder kravene i artikel 17. Man må i hvert enkelt tilfælde vurdere, om der er henvist tilstrækkelig tydeligt til, at objektivt set de krav til vished opfyldes, som den omtvistede bestemmelse skal sikre.

For at besvare spørgsmålet fra Bundesgerichtshof korrekt er det således formålstjenligt nærmere at betragte de faktiske omstændigheder, der knyttes til spørgsmålet.

Den skrivelse af 18. september 1969, som de syv tilbud var vedlagt, og hvortil kontrakten af 21. oktober henviste, nævnte faktisk ikke de almindelige forretningsbetingelser, som var trykt på bagsiden af de enkelte tilbud, men henviste alene til tilbudene. Disse henviste igen til de almindelige forretningsbetingelser, som var trykt på bagsiden af hvert enkelt tilbud. Hvis man altså tager sit udgangspunkt i kontrakten, foreligger der en kæde af tre henvisninger: Fra kontrakten til skrivelsen, fra denne til tilbudene, fra hvert tilbud til de almindelige forretningsbetingelser. Og man må ikke glemme, at

værnetingsklausulen blot var en blandt andre bestemmelser i de almindelige forretningsbetingelser, altså for så vidt ikke synderlig iøjnefaldende.

Kan sådan en indirekte henvisning anses som tilstrækkelig til at kunne opfylde formkravet i artikel 17, stk. 1?

Skulle dette spørgsmål afgøres under anvendelse af national ret i konventionens kontraherende stater, kunne løsningen falde forskelligt ud, alt efter hvilket nationalt retssystem, der fandt anvendelse. Efter italiensk ret havde værnetingsklausulen utvivlsomt ikke været gyldig vedtaget, da det bestemmes i den nævnte artikel 1341 i codice civile, at de af en kontrahent udfærdigede almindelige forretningsbetingelser ikke kan have gyldighed over for den anden kontrahent, når denne ikke udtrykkeligt skriftligt har godkendt den. Efter fransk ret skal spørgsmålet sandsynligvis løses på samme måde som efter italiensk ret. Artikel 48 i den nye code de procedure civile, som er trådt ikraft den 1. januar 1976, bestemmer nemlig, at en klausul, hvormed bestemmelserne om stedlig kompetence fraviges, skal anses som uskrevet, med mindre alle kontrahenter er handlende og den er nedfældet »*de façon très apparente* dans l'engagement de la partie a qui elle est opposée«.

I tysk ret kunne spørgsmålet derimod løses til fordel for værnetingsklausulens gyldighed ifølge § 38 i Zivilprozeßordnung, som Oberlandesgericht Køln, hvis afgørelse anfægtes for Bundesgerichtshof, har fortolket i nærværende tilfælde.

Jeg lader det stå åbent, hvorledes spørgsmålet skal besvares, hvis en købekontrakt er indgået i forbindelse med varige forretningsforbindelser mellem to virksomheder, som normalt anvender værnetingsklausuler, thi dette forekommer mig ikke at være tilfældet i nærværende sag. Efter min opfattelse må man slutte, at en så indviklet og indirekte henvisningsmåde som i det tilfælde, som ligger til grund for de spørgsmål fra Bundesgerichtshof, som skal afgøres her, ikke opfylder formkravet i Bruxelles-konventionens artikel 17, stk. 1. Den opfylder ikke kravet til vished for så vidt angår den påståede viljesoverensstemmelse mellem den kontrahent, der har udværdiget de almindelige forretningsbetingelser, og den, mod hvem værnetingsklausulen skal påberåbes.

6. Jeg foreslår følgelig, at de to forelagte spørgsmål fra Bundesgerichtshof skal besvares således:

a) Det er ikke tilstrækkeligt til at opfylde kravet om skriftlighed i artikel 17, stk. 1 i konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, at en værnetingsaftale indeholdes i almindelige forretningsbetingelser, som er trykt på bagsiden af et af begge kontrahenter underskrevet aftaledokument, medmindre kontraktsteksten selv indeholder en tydelig henvisning til disse forretningsbetingelser.

b) Kravene i artikel 17 er heller ikke opfyldt, når der i kontraktens tekst henvises til en tidligere skrivelse, der selv hverken gengiver eller henviser til de almindelige forretningsbetingelser, hvori værnetingsklausulen er indeholdt, men blot henviser til et andet dokument, som indeholder en henvisning til de på dets bagside gengivne almindelige forretningsbetingelser.