voldoet slechts dan aan het vereiste van een geschrift in de zin van artikel 17, eerste alinea, van het Verdrag, indien de verwijzing uitdrukkelijk is geschied en derhalve door een partij bij betrachting van een normale zorgvuldigheid kan worden nagegaan.

Kutscher Donner Pescatore

Mertens de Wilmars Sørensen Mackenzie Stuart O'Keeffe

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op veertien december negentienhonderdzesenzeventig.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL F. CAPOTORTI VAN 17 NOVEMBER 1976 [1]

Mijnheer de president,
mijne heren rechters,

1. In de onderhavige zaak wordt Uw Hof geroepen tot uitlegging van artikel 17 van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. Zoals bekend, regelt dit artikel de overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter: het heeft betrekking op het geval dat „partijen van wie er ten minste een woonplaats heeft in het gebied van een verdragsluitende Staat, een gerecht of de gerechten van een verdragsluitende Staat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen welke naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan", en verleent uitsluitende bevoegdheid aan de aangewezen rechter(s), mits zulks „bij een schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst" is geschied. Het gaat bij de prejudiciële vragen van het Bundesgerichtshof van de Bondsrepubliek Duitsland om de draagwijdte van dit vormvereiste.

Partijen in het hoofdgeding, de Duitse firma Rüwa en de Italiaanse firma Estasis Salotti sloten op 31 oktober 1969 te Milaan een verkoopovereenkomst, waarbij gebruik werd gemaakt van het papier van de verkopende firma Rüwa, op de achterzijde waarvan haar reeds eerder opgestelde algemene verkoopvoorwaarden waren afgedrukt. In de tekst van het contract werd nergens naar deze voorwaarden

1 — Vertaald uit het Italiaans.

verwezen; het heette daar dat Estasis Salotti opdracht gaf tot levering van de machines „overeenkomstig Uw schriftelijke offerte van 18 september 1969". In werkelijkheid waren bij de brief van 18 september zeven op 11 september gedateerde offertes gevoegd, waarin steeds werd verwezen naar de op de achterzijde afgedrukte algemene verkoopvoorwaarden; de brief bevatte daarentegen geen soortgelijke verwijzing.

Daar Estasis Salotti vervolgens weigerde de machines in ontvangst te nemen, daagde Rüwa haar voor de Duitse rechter die in de competentieclausule in haar algemene voorwaarden was aangewezen. Het Landgericht wees de door Estasis Salotti opgeworpen exceptie van onbevoegdheid toe op grond van de artikelen 1341 en 1342 van het Italiaanse burgerlijk wetboek (die bij gedrukte competentieclausules een uitdrukkelijke schriftelijke goedkeuring verlangen). De rechter in hoger beroep was daarentegen van oordeel, zich op paragraaf 38 van het Duitse wetboek van burgerlijke rechtsvordering te moeten baseren om de geldigheid van de door Rüwa ingeroepen overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter vast te stellen en achtte de Duitse rechter bevoegd.

In cassatie heeft het Bundesgerichtshof overeenkomstig artikel 3 van het Protocol van 3 juni 1971 betreffende de uitlegging van het Verdrag van 27 september 1968 het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

1. Is aan het vereiste van een geschrift in de zin van artikel 17, eerste alinea, van het Verdrag voldaan, wanneer de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter is vervat in de algemene verkoopvoorwaarden die op de achterzijde van een door beide partijen ondertekend contract zijn afgedrukt?
2. Is met name dan aan het vereiste van een geschrift in de zin van artikel 17, eerste alinea, van het Verdrag voldaan, wanneer partijen in de tekst van een contract uitdrukkelijk verwijzen naar een voorgaande schriftelijke offerte, waarin naar de daarbij gevoegde algemene verkoopvoorwaarden inhoudende een clausule tot aanwijzing van de bevoegde rechter werd verwezen?

2. Ook in het onderhavige geval gaat het om het door U reeds in het arrest Tessili-Dunlop behandelde algemene probleem van de keuzen tussen een autonome uitlegging van de bepalingen van het Verdrag en een verwijzing naar de materiële bepalingen die volgens verwijzing collisieregels van de aangezochte rechter gelden. Ongetwijfeld is de vorm slechts één der aspecten van de overeenkomst die de aanwijzing van een bevoegde rechter ten doel heeft, en het verband tussen de verschillende aspecten van deze overeenkomst wordt nog duidelijker, wanneer de aanwijzing van de bevoegde rechter slechts geschiedt in een clausule die een onderdeel vormt van materiële contractbepalingen. Daarom zijn sommige auteurs op het gebied van het nationale recht van mening dat bij de vaststelling van de vorm van de overeenkomst of de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter rekening moet worden gehouden met de bepalingen van internationaal privaatrecht betreffende de vorm van overeenkomsten (die in de meeste Lid-Staten het beginsel „locus regit actum" volgen). Speelt deze opvatting een rol voor de uitleggingsvraag die hier in het geding is?

Mijn antwoord luidt ontkennend, en wel om twee redenen. In de eerste plaats meen ik dat artikel 17 van het Verdrag, dat de vereisten bevat waaraan de clausule of de overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter moet voldoen om de door partijen gewilde werking te hebben binnen het kader van de processuele functie van het Verdrag blijft en geenszins wilsuiting (handelingsbekwaamheid, eventuele wilsgebreken) of op het probleem van de voor het contract waarvan de clausule deel uitmaakt in acht te nemen vorm. Anders gezegd: artikel 17 beperkt zich tot de vaststelling van de voorwaarden voor de processuele werking van de overeenkomst tot aanwijzing van

een bevoegde rechter. In de tweede plaats is uiteraard van belang dat de partijen bij een dergelijke overeenkomst in alle verdragsluitende Staten gelijk worden behandeld: aan deze eis wordt niet voldaan, indien wordt verwezen naar het volgens de collisieregels van elke Lid-Staat op de vorm van overeenkomsten toepasselijke materiële recht. Artikel 17 van het Verdrag van Brussel moet derhalve autonoom, los van de nationale rechtsstelsels worden uitgelegd.

3. De formulering van artikel 17 van het Verdrag van Brüssel gelijkt sterk op die van artikel 3, sub 2, van het Duits-Belgisch Verdrag van 30 juni 1958, dat op 27 januari 1961 in werking is getreden. Dit artikel berust weer op artikel 2 van het Verdrag van Den Haag van 15 april 1958 betreffende de bevoegdheid van het forum contractus in geval van internationale koop van roerende lichamelijke zaken.

Zoals in het rapport-Jenard betreffende het Verdrag van Brussel wordt opgemerkt, moet het vereiste van een geschrift de rechtszekerheid waarborgen. Dat betekent dat een sterk bewijs wordt verlangd voor het bestaan van wilsovereenstemming tussen partijen over de clausule waarin de bevoegde rechter wordt aangewezen, om onzekerheden en meningsverschillen ten aanzien van het bestaan en de inhoud van de overeenkomst die bij een volledig vrije vorm mogelijk zouden zijn, te voorkomen.

Volgens het rapport-Jenard moet artikel 17 aan dergelijke eisen kunnen voldoen, zonder „zich te verliezen in een overdreven formalisme dat strijdig is met de handelspraktijk". De auteurs van het Verdrag wilden het handelsbelang bij snelheid en bij flexibiliteit van de juridische vormen beschermen, met name door toe te laten dat de partijen ook door een mondelinge „schriftelijk bevestigde" overeenkomst rechtsgeldig overeenstemming kunnen bereiken omtrent een bevoegde rechter. Deze bevestiging is niet duidelijk omschreven, hetgeen aanleiding kan geven tot uitleggingsmoeilijkheden, vooral wanneer de bevestiging slechts van één der partijen afkomstig is; maar dit valt buiten het kader van het onderhavige geding. Ik zal in mijn conclusie in de zaak 25-26 gelegenheid krijgen hierop in te gaan.

In casu staat een andere vraag centraal: het gaat om competentieclausules die door een der contractpartners ten eigen bate tevoren schriftelijk zijn opgesteld en meestal reeds op de voor contracten of offertes gebruikte modellen of formulieren staan afgedrukt. Met het oog op het gevaar dat deze clausules door de wederpartij worden aanvaard, zonder dat deze zich echt bewust is van de draagwijdte van haar verplichting, schrijven sommige nationale regelingen als het ware verzwaarde vormvereisten voor, namelijk niet alleen de schriftelijke vorm — waaraan uiteraard is voldaan wanneer de clausule tevoren is opgesteld en met name wanneer zij is afgedrukt — maar ook de uitdrukkelijke schriftelijke aanvaarding. Het Verdrag bevat een dergelijke bepaling niet en het voorbehoud van Luxemburg waarbij een uitdrukkelijke en bijzondere aanvaarding wordt verlangd, opdat de overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter rechtsgevolg heeft ten opzichte van personen die in deze Staat woonplaats hebben (Artikel I, tweede alinea van het Protocol bij het Verdrag), toont aan dat in het algemeen de bijzondere schriftelijke goedkeuring boven artikel 17 uitgaat. Dit is waarschijnlijk verklaarbaar uit het streven de handelspraktijk niet te belemmeren met vormvereisten die te star kunnen lijken. Maar het rapport-Jenard, waarin wordt geciteerd uit het verslag over het Duitse-Belgische Verdrag van 1958 bevat de in dit verband veelbetekenende zin dat het erom gaat „de gevolgen van de clausules in de contracten die al vlug onopgemerkt blijven, te neutraliseren". En het vervolgt: „om deze reden zullen deze clausules slechts in aanmerking worden genomen wanneer zij het voorwerp van een overeenkomst uitmaken, hetgeen een wilsovereenstemming tussen de partijen

vooronderstelt. Zonder rechtsgevolg blijven derhalve de bedingen die gedrukt voorkomen op de correspondentie of de facturen en die niet door de partij tegen welke zij worden ingeroepen zijn geaccepteerd".

Het lijdt geen twijfel dat de geciteerde passages, waarin sprake is van „clausules, die al vlug onopgemerkt blijven" impliciet betrekking hebben op de door een der partijen tevoren opgestelde clausules.

De opvatting die uit het rapport-Jenard naar voren komt, kan volgens mij als volgt worden omschreven: het is niet voldoende dat de contractpartij die niet heeft meegewerkt aan de formulering van de clausules de mogelijkheid heeft daarvan kennis te nemen (door bij voorbeeld te lezen wat op de achterzijde van het formulier staat gedrukt); de consensus, de wilsovereenstemming tussen partijen moet worden aangetoond, hetgeen uiteraard meer is dan eenvoudige kennis of de mogelijkheid van kennisname van clausules die een partij ten eigen bate heeft opgesteld. Ik geloof dat deze opvatting zonder meer juist is; zij komt niet alleen overeen met het algemene beginsel van bescherming van de zwakkere partij, dat ook aan artikel 17 ten grondslag ligt, maar raakt ook aan de grens waar het niet voldoen aan een vormvereiste het volledig ontbreken van wilsovereenstemming kan betekenen.

In de praktijk bestaat dit risico vooral wanneer de tevoren opgestelde clausules niet in de tekst van het contract voorkomen (het voorbeeld van clausules die — zoals overigens in het onderhavige geval — zijn afgedrukt op de achterzijde van het papier waarop het contract is geredigeerd, heb ik reeds genoemd). In dergelijke gevallen zou het contract een verwijzing naar de clausules kunnen bevatten; maar deze verwijzingsmethode doet weer andere moeilijkheden rijzen. Ik wil hier de manieren waarop de verwijzing kan worden geformuleerd niet volledig behandelen, maar slechts stellen dat deze verwijzing duidelijk genoeg moet zijn om redelijkerwijs te kunnen aannemen dat de partij tegen welke een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter wordt ingeroepen, deze overeenkomst heeft aanvaard.

Wanneer derhalve de clausule tot aanwijzing van de bevoegde rechter tevoren is opgesteld en met name wanneer deze in de algemene verkoopvoorwaarden is vervat, verlangt de functie van de in artikel 17 voorgeschreven schriftelijke vorm, namelijk dat de wilsovereenstemming wordt gewaarborgd, dat aan de wilsverklaring van de koper betreffende deze clausule strenge eisen worden gesteld. Deze strengheid is gerechtvaardigd omdat het een ernstige zaak is dat een der contractanten op internationaal niveau wordt onttrokken aan zijn eigenlijke in de artikelen 2 en 5 van het Verdrag van Brussel aangewezen rechter.

4. Onderzoeken wij thans in het licht van de voorafgaande algemene beschouwingen de beide door het Bundesgerichtshof gestelde vragen.

Met betrekking tot de eerste vraag zij opgemerkt dat wanneer de competentieclausule is vervat in de algemene verkoopvoorwaarden op de achterzijde van het papier waarop de tekst van het contract staat, het door de koper ondertekende contract zelf een duidelijke verwijzing naar deze clausule of althans naar de algemene verkoopvoorwaarden moet bevatten, om te voorkomen dat tegen de koper de clausule wordt ingeroepen, zonder dat hij op het tijdstip van sluiting van de overeenkomst daarvan op de hoogte was, en om derhalve te verzekeren dat partijen over de aanwijzing van een bevoegde rechter overeenstemming hebben bereikt. Het enkele feit, dat een contract is vastgelegd in een formulier op de achterzijde waarvan de door de verkoper tevoren opgestelde algemene verkoopvoorwaarden waaronder ook de clausule betreffende de aanwijzing van een bevoegde rechter staan afgedrukt, volstaat niet als bewijs dat de koper feitelijk op de hoogte was van de clausule of indien

zulks wel het geval was dat hij deze wilde accepteren.

Indien men derhalve in aanmerking neemt dat de in artikel 17 vereiste schriftelijke vorm er vooral toe dient een werkelijke wilsovereenstemming betreffende de aanwijzing van een bevoegde rechter te waarborgen, dan kan niet worden aangenomen dat in het vorenstaande geval aan de bepaling van dit artikel is voldaan. Een andere oplossing zou de rechtszekerheid, die door dit voorschrift wordt gediend, in gevaar brengen. Ik acht het dan ook geen overdreven formalisme een duidelijke en uitdrukkelijke verwijzing te eisen, zo niet in het bijzonder naar de competentieclausule, dan toch naar de algemene verkoopvoorwaarden waarin deze is vervat.

5. De tweede vraag betreft een gecompliceerder geval: de partijen verwijzen uitdrukkelijk naar een eerder gedane offerte waarin aan de daarbij gevoegde algemene voorwaarden werd gerefereerd die de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter bevatten.

Men kan noch geheel uitsluiten, noch onbeperkt erkennen dat een indirecte verwijzing naar een competentieclausule voldoet aan de vereisten van artikel 17. In elk afzonderlijk geval moet worden nagegaan of de verwijzing duidelijk genoeg is geschied om objectief te voldoen aan de eis van zekerheid die de betrokken bepaling moet waarborgen.

Om de vraag van het Bundesgerichtshof afdoende te beantwoorden zal het daarom zinvol zijn de omstandigheden van het geval in verband waarmee het zijn vraag heeft gesteld, nader te bezien.

De brief van 18 september 1969 waarvan de zeven offertes vergezeld gingen, en waarnaar het contract van 21 oktober 1969 verwees, maakte in werkelijkheid geen melding van de algemene verkoopvoorwaarden die op de achterzijde van elke offerte waren afgedrukt, doch verwees alleen naar de offertes. Deze verwezen op hun beurt naar de op de achterzijde van elke offerte afgedrukte verkoopvoorwaarden. Uitgaande van het contract is er dus een keten van drie verwijzingen: van het contract naar de brief, van de brief naar de offerte en van elke offerte naar de algemene verkoopvoorwaarden. En men mag niet vergeten dat de competentieclausule slechts één van de algemene verkoopvoorwaarden was en derhalve niet bijzonder opviel.

Kan een zo indirecte verwijzing nog toereikend worden geacht om te voldoen aan het vormvereiste van artikel 17, eerste alinea?

Indien deze vraag zou moeten worden opgelost met toepassing van het nationale recht van de verdragsluitende Staten, dan kan de oplossing verschillen naar gelang van het nationale recht waartoe men zich wendt. Het lijdt geen twijfel dat er volgens het Italiaanse recht geen rechtsgeldige overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter zou bestaan, daar genoemd artikel 1341 van het burgerlijk wetboek bepaalt dat de door één der contractanten opgestelde algemene contractvoorwaarden geen werking kunnen hebben tegenover de andere contractant wanneer deze daarin niet uitdrukkelijk schriftelijk heeft toegestemd. Volgens het Franse recht zou de oplossing waarschijnlijk in dezelfde zin uitvallen als in het Italiaanse recht. Artikel 48 van het nieuwe wetboek van burgerlijke rechtsvordering dat op 1 januari 1976 in werking is getreden, bepaalt namelijk dat een clausule waarin wordt afgeweken van de bepalingen betreffende de territoriale competentie wordt geacht niet te zijn geschreven, tenzij alle contractanten als kooplieden hebben gehandeld en de clausule is omschreven *„de façon très apparente* dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée".

In het Duitse recht kan de vraag daarentegen ten gunste van de werking van de competentieclausule worden opgelost, en wel op grond van paragraaf 38 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering waaraan het Oberlandesgericht Keulen,

welks arrest voor het Bundesgerichtshof wordt bestreden, voor het onderhavige geval uitleg heeft gegeven.

Hoe de vraag moet worden beantwoord wanneer een koopovereenkomst binnen het kader van duurzame handelsbetrekkingen tussen twee ondernemingen valt waarin de toepassing van de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter gebruikelijk is, laat ik in het midden, want dit schijnt in casu niet zo te zijn. Mijns inziens moet een zo gecompliceerde en indirecte verwijzingsmethode als die welke is gehanteerd in het geval waarover het Bundesgerichtshof de onderhavige vraag heeft gesteld, onvoldoende worden geacht met het oog op de vormvereisten van artikel 17, eerste alinea, van het Verdrag van Brussel. Zij voldoet derhalve niet aan de eis van zekerheid van de beweerde overeenstemming tussen de partij die de algemene verkoopvoorwaarden heeft opgesteld en de partij tegen wie de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter wordt ingeroepen.

6. Ik concludeer derhalve dat de beide door het Bundesgerichtshof gestelde vragen worden beantwoord als volgt:

a) Aan het vereiste van een geschrift in de zin van artikel 17, eerste alinea, van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken wordt niet voldaan, wanneer een clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter is vervat in de algemene verkoopvoorwaarden die zijn afgedrukt op de achterzijde van een door beide partijen ondertekend contract, zonder dat de tekst zelf van het contract een duidelijke verwijzing naar deze voorwaarden bevat.

b) Aan de vereisten van artikel 17 is evenmin voldaan, wanneer het contract verwijst naar een voorafgaand document dat zelf de tekst van de algemene verkoopvoorwaarden, waaronder de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter, niet weergeeft, noch daarnaar verwijst, doch op zijn beurt slechts verwijst naar een ander document, hetwelk een verwijzing bevat naar de op de achterzijde ervan vermelde verkoopvoorwaarden.