CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL SIR GORDON SLYNN
van 11 juni 1985 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

In de onderhavige zaak heeft het Bundesgerichtshof twee vragen gesteld over de uitlegging van artikel 17 van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: Executieverdrag).

Eiseres is een te Mönchengladbach in de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde onderneming. Sinds 1964 trad zij op als handelsagent voor verweerster die is gevestigd te Villeurbanne in Frankrijk. Aanvankelijk waren partijen overeengekomen om de handelsrechtbank te Roanne in Frankrijk als bevoegde rechter aan te wijzen. Eiseres evenwel betoogt dat zij op 8 oktober 1975 tijdens de handelsbeurs te Milaan met verweerster mondeling is overeengekomen, dat in plaats daarvan de gerechten te Mönchengladbach bevoegd zouden zijn. Als tegenprestatie hiervoor was eiseres, volgens haar voorstelling van zaken, ermee akkoord gegaan, in plaats van verweerster de vertaalkosten voor haar rekening te nemen. Eiseres stelt dat zij op 27 oktober 1975 verweerster de schriftelijke bevestiging van deze mondelinge overeenkomst heeft gezonden. Verweerster zou die brief hebben ontvangen en de inhoud ervan niet hebben weersproken.

Na de beëindiging van de agentuurovereenkomst stelde eiseres een vergoedingsactie in bij het Landgericht Mönchengladbach. Verweerster bestreed de bevoegdheid van het Landgericht. Zij ontkende de overeenkomst van 8 oktober 1975 te zijn aangegaan of de brief van eiseres van 27 oktober 1975 te hebben ontvangen.

In hoger beroep besliste het Oberlandesgericht Düsseldorf dat de gerechten te Mönchengladbach niet bevoegd waren, aangezien niet was voldaan aan de bij artikel 17 Executieverdrag gestelde voorwaarden. Volgens zijn mening eist artikel 17 dat een mondelinge overeenkomst als de onderhavige schriftelijk wordt bevestigd door de partij in wier nadeel zij is.

De zaak werd vervolgens gebracht voor het Bundesgerichtshof, dat de onderhavige prejudiciële vragen heeft gesteld, ervan uitgaande dat de feitelijke beweringen van eiseres juist waren.

De eerste vraag luidt als volgt:

„Is het volgens artikel 17, eerste alinea, van het Verdrag van de Europese Gemeenschap van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, voor de formele geldigheid van een mondelinge overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter voldoende, dat de partij die door deze overeenkomst wordt begunstigd, de overeenkomst schriftelijk heeft bevestigd ?"

Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door het Verenigd Koninkrijk, de Commissie en eiseres in het hoofdgeding. De inhoud van de drie memories komt op hetzelfde neer.

De eerste alinea van artikel 17 luidt als volgt:

„Indien bij een schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst, partijen van wie er ten minste één woonplaats heeft in het gebied van een Verdragsluitende Staat, een gerecht of de gerechten van een Verdragsluitende Staat hebben aangewezen voor de kennisneming

* Vertaald uit het Engels.

van geschillen welke naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die Staat bij uitsluiting bevoegd."

De eerste vraag gaat ervan uit dat een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter is gesloten. Derhalve zijn de arresten in de zaken 24/76 (*Estasis Salotti*, Jurispr. 1976, blz. 1831) en 25/76 (*Galeries Segoura*, Jurispr. 1976. blz. 1851) waarin het erom ging of er sprake was van een overeenkomst, zoals bedoeld in artikel 17, voor de onderhavige vraag van geen belang.

In alle opmerkingen is verwezen naar het rapport van de heer P. Jenard over het Verdrag (PB 1979, C 59). Uit de aan artikel 17 gewijde passage blijkt duidelijk, dat met die bepaling wordt beoogd, een evenwicht te bereiken tussen enerzijds een te ver doorgevoerd formalisme en anderzijds de onzekerheid die voortvloeit uit het ontbreken van voldoende formele vereisten. Het rapport verklaart vervolgens:

„Te dien aanzien is een formulering gekozen welke vrij dicht komt bij die van het Duits-Belgische verdrag, die zelf gebaseerd is op voorschriften van het Verdrag van Den Haag van 13 april 1958, in die zin dat de competentieclausule slechts behoort te worden erkend indien zij geschreven is of indien ten minste één der partijen schriftelijk een mondelinge overeenkomst heeft bevestigd."

Volgens het rapport-Jenard is derhalve aan het bij artikel 17 gestelde vereiste dat een mondelinge overeenkomst schriftelijk moet worden bevestigd, voldaan, wanneer een van beide partijen de overeenkomst schriftelijk heeft bevestigd.

Dit standpunt zou worden bevestigd door artikel I, lid 2, van het Protocol van 1968 bij het Executieverdrag, waarin is bepaald:

„Een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter in de zin van artikel 17 heeft, ten opzichte van een persoon die in Luxemburg woonplaats heeft, slechts rechtsgevolg indien deze de overeenkomst uitdrukkelijk en in het bijzonder heeft aanvaard."

Als argument is aangevoerd, dat hieruit dwingend volgt dat voor personen die in een andere Lid-Staat woonplaats hebben, de door artikel 17 geëiste schriftelijke bevestiging niet behoeft te geschieden in de vorm van een „uitdrukkelijk en in het bijzonder" aanvaarden. Misschien is er iets te zeggen voor dit standpunt, maar gelet op het arrest van het Hof in zaak 784/79 (*Porta-Leasing*, Jurispr. 1980, blz. 1517), waarin de nadruk wordt gelegd op de strenge eisen van dit artikel, betwijfel ik of veel gewicht mag worden gehecht aan dit onderscheid.

De in het rapport-Jenard gegeven uitlegging is echter door het Hof bevestigd in het arrest van 19 juni 1984 (zaak 71/83, *Tilly Russ*, Jurispr. 1984, blz. 2417). In rechtsoverweging 17 van dat arrest is het volgende overwogen:

„Indien komt vast te staan dat een bevoegdheidsbeding in de op een cognossement gedrukte voorwaarden onderwerp is geweest van een eerdere mondelinge overeenkomst tussen partijen, die uitdrukkelijk betrekking had op dat beding en waarvan het door de vervoerder ondertekende cognossement moet worden aangemerkt als de schriftelijke bevestiging, dan voldoet dit beding aan de voorwaarden van artikel 17 Executieverdrag, ook indien het niet is ondertekend door de inlader en dus alleen de handtekening van de vervoerder draagt. Zulks is immers niet enkel in overeenstemming met de letter van artikel 17, dat uitdrukkelijk de mogelijkheid van een schriftelijke bevestigde mondelinge overeenkomst noemt, maar ook met de functie van dat artikel, namelijk te

waarborgen dat de wilsovereenstemming tussen partijen daadwerkelijk vaststaat."

In het onderhavige geval wordt echter in de eerste vraag een probleem aan de orde gesteld, dat niet is gerezen in de zaak-Tilly Russ. Dat is de vraag of het voldoende is dat een overeenkomst wordt bevestigd enkel door de partij die door de overeenkomst wordt begunstigd. Naar mijn mening is dit voldoende. Ware dit anders, dan zou daaruit grote rechtsonzekerheid voortvloeien: niet in alle gevallen is het altijd duidelijk, welke partij door een dergelijke overeenkomst wordt begunstigd, in het bijzonder niet op het moment waarop zij wordt gesloten. In de regel heeft de partij er belang bij, in haar eigen staat te procederen. Toch is dat niet altijd zo, omdat het recht van een andere staat voor haar gunstiger kan zijn. Ook door andere omstandigheden kan het onduidelijk zijn, welke van de twee partijen door de overeenkomst het meest wordt begunstigd. Dit is het geval in de onderhavige zaak, omdat eiseres zich heeft verplicht, de vertaalkosten te dragen als tegenprestatie voor het feit dat verweerster ermee instemt de gerechten te Mönchengladbach bevoegdheid te verlenen.

Hoewel dit punt in casu niet wordt betwist, lijkt mij aan de andere kant het feit dat de overeenkomst schriftelijk is vastgelegd op zichzelf niet genoeg. Het schriftelijk stuk moet in bezit worden gesteld van de andere partij door of namens de partij die het heeft ondertekend. Niet genoeg is dat de partij die de overeenkomst schriftelijk vastlegt het desbetreffende stuk in een lade opbergt. Hoewel dat niet duidelijk uit de woorden „evidenced in writing" in de Engelse tekst van artikel 17 blijkt, is dit dunkt mij een wezenlijk vereiste. De Franse en Duitse tekst (respectievelijk „confirmée par écrit" en „schriftlich bestätigt") lijken deze opvatting te bevestigen.

Samenvattend meen ik derhalve dat een overeenkomst schriftelijk wordt bevestigd in de zin van artikel 17 indien één van de partijen de overeenkomst schriftelijk heeft vastgelegd en het desbetreffende stuk aan de andere partij heeft doen toekomen. Daarbij is het niet van belang, of de partij die de overeenkomst schriftelijk heeft vastgelegd, door de overeenkomst wordt begunstigd.

De tweede vraag van het Bundesgerichtshof luidt als volgt:

„Indien vraag 1 ontkennend wordt beantwoord:

Is het in strijd met de goede trouw, dat de partij tegen wie de overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter wordt ingeroepen, zich op de formele nietigheid ervan beroept, wanneer zij de schriftelijke bevestiging niet heeft weersproken, de voor de overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter overeengekomen tegenprestatie heeft aanvaard en partijen bovendien als kooplieden al geruime tijd voortdurend zakelijke connecties met elkaar hebben ?"

Deze vraag wordt slechts gesteld indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord. Omdat ik van mening ben dat de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord, behoeft strikt genomen de tweede vraag niet te worden beantwoord. Toch lijkt het mij dienstig op deze vraag in te gaan.

Uit de rechtspraak volgt dat de ontvanger van een schriftelijk stuk dat een mondelinge overeenkomst dient te bevestigen, slechts binnen een redelijke termijn de inhoud ervan kan betwisten. Het Hof heeft beslist dat indien tussen partijen lopende handelsbetrekkingen bestaan en een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter onderdeel vormt van een algemene handelsvoorwaarde van een van hen, het in strijd met de goede trouw zou zijn dat de andere partij het bestaan van de overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter ontkent (rechtsoverweging 11 van het arrest Segoura, rechtsoverweging 18 van het arrest Tilly Russ). Dit beginsel moet dus zeker

gelden voor een mondelinge overeenkomst die alleen de keuze van een bevoegde rechter betreft.

Hiertoe is nog meer reden wanneer een partij de tegenprestatie van de overeenkomst heeft genoten, zoals bij voorbeeld in het onderhavige geval de vertaling van de betrokken stukken voor rekening van de andere partij komt.

Mitsdien geef ik in overweging, de door het Bundesgerichtshof gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

1) Een mondelinge overeenkomst wordt schriftelijk bevestigd in de zin van artikel 17 van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, wanneer een van de partijen haar schriftelijk heeft vastgelegd en het desbetreffende stuk aan de andere partij heeft doen toekomen. Daarbij is het niet van belang, of de partij die de overeenkomst schriftelijk heeft vastgelegd, door de overeenkomst wordt begunstigd.

2) De partij tegen wie op de overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter wordt ingeroepen mag haar bestaan of formele geldigheid niet betwisten, wanneer zij het schriftelijk stuk waarin de overeenkomst wordt bevestigd niet binnen een redelijke tijd heeft betwist en de daarvoor gegeven tegenprestatie heeft genoten en wanneer lopende handelsbetrekkingen bestaan tussen de partijen die beide kooplieden zijn.

Over de kosten van partijen in het hoofdgeding heeft de nationale rechterlijke instantie te beslissen. De Commissie en het Verenigd Koninkrijk dienen hun eigen kosten te dragen.