CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. F. MANCINI VAN 8 JUNI 1983 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De onderhavige prejudiciële zaak heeft betrekking op de uitlegging van een aantal bepalingen van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEG-Executieverdrag). Om te beginnen wordt het Hof verzocht aan te geven, in hoeverre het in artikel 17 gestelde vereiste van schriftelijkheid ook geldt voor een forumkeuze in een verzekeringsovereenkomst, bedongen ten gunste van de verzekerde die geen partij is bij de overeenkomst. Vervolgens wenst de nationale rechter te vernemen, of krachtens artikel 18 de partij die de exceptie van onbevoegdheid van de nationale rechter opwerpt, tegelijkertijd subsidiair verweer ten gronde kan voeren. Over de tweede vraag heeft het Hof zich reeds uitgesproken in het arrest van 22 oktober 1981 (zaak 27/81, Rohr, Jurispr. 1981, blz. 2431), de eerste is daarentegen nog niet aan de orde geweest.

2. Ter verduidelijking van de thans aan de orde zijnde uitleggingsproblemen zou ik om te beginnen willen uiteenzetten, tegen welke achtergrond de onderhavige zaak is ontstaan. Het gaat daarbij onder meer om de bepalingen die het internationale wegvervoer beheersen alsmede de bijzondere vormen van verzekering die in de betrokken sector worden gehanteerd.

Een aantal belangrijke aspecten op dit gebied zijn geregeld in de Douane-overeenkomst inzake het internationale vervoer van goederen onder dekking van carnets TIR, te Genève gesloten op 15 januari 1959 en in Italië in werking gesteld bij wet nr. 1517 van 12 augustus 1962. Volgens deze overeenkomst zijn wegvoertuigen die (a) zijn voorzien van een speciaal document (carnet TIR), in de staat waar het vervoer heeft aangevangen afgegeven door de daartoe bevoegde en bij de International Road Transport Union (IRU) aangesloten organisatie en (b) door het douanekantoor van vertrek zijn verzegeld, op de douanekantoren van doorgang vrijgesteld van visitatie en van betaling van rechten en heffingen ter zake van in- of uitvoer. Bedoelde rechten en heffingen worden in het land waarin zij verschuldigd zijn betaald door de nationale organisaties die het carnet TIR afgeven, ook indien zij tot een andere staat behoren. Daartoe stellen zij een waarborg.

Deze organisaties zijn op hun beurt gedekt door een internationale „pool" van assuradeuren, die zeven verzekeringsmaatschappijen omvat, waaronder de Gerling Konzern speziale Kreditversicherungs-AG te Keulen (Bondsrepubliek Duitsland). De betrokken overeenkomst, in 1961 te Genève door de IRU gesloten voor zichzelf en ten gunste van de bij haar aangesloten nationale organisaties, bepaalt in artikel 8 dat „in geval van geschil tussen de Pool en een der nationale organisaties, laatstgenoemden het recht

1 — Vertaald uit het Italiaans.

hebben eèn geding aan te spannen voor de bevoegde rechter van het land waarin zij gevestigd zijn, met toepassing van het recht van dat land". In Italië was ten tijde van de onderhavige feiten de Ente Autotrasporti Merci (hierna: EAM) tot afgifte van de carnets TIR bevoegd; nadat de EAM was ontbonden, werden haar werkzaamheden overeenkomstig de wet voortgezet door het ministerie van de Schatkist.

3. Ik kom thans toe aan een samenvatting van de feiten. De zaak is begonnen op initiatief van de Italiaanse douane-administratie, die van het ministerie van de Schatkist (als vereffenaar van de EAM) betaling vordert van geldboeten, heffingen, rechten en bijkomende kosten betreffende een reeks onder TIR-dekking uitgevoerde transporten, in verband waarmee in Italië onregelmatigheden waren vastgesteld. Op 17 juli 1974 daagde het ministerie de verzekeringsmaatschappijen die zich garant hadden gesteld voor de nationale organisaties (waaronder dus de EAM) voor het Tribunale di Roma, en vorderde dat zij hoofdelijk dan wel ieder voor zover haar contractueel aandeel strekte, zouden worden veroordeeld tot betaling van een bedrag gelijk aan de vordering van de douane-administratie (ongeveer 812 miljoen lire).

Toen de gedaagden in rechte verschenen, beriepen zij zich op onbevoegdheid van de Italiaanse rechter en voerden zij subsidiair verweer ten gronde aan. Hangende het geding stelden zij krachtens artikel 41 van het Italiaanse wetboek van burgerlijke rechtsvordering beroep in bij de Sezione unite van de Corte di Cassazione, met het verzoek dat vooraf over de bevoegdheid zou worden beslist. Bij beschikking van 28 juli 1982 hebben de Sezione unite de behandeling van de zaak geschorst en het Hof krachtens het Protocol betreffende de uitlegging van het EEG-Executieverdrag de volgende vragen gesteld:

„1. Indien een overeenkomst die door de contracterende partijen behoorlijk is ondertekend en die door één hunner is gesloten voor zichzelve en ten behoeve van derden-begunstigden, een forumkeuzebeding bevat met betrekking tot eventueel door die begunstigden aanhangig te maken geschillen, voldoet dat beding dan óók ten gunste van laatstgenoemden aan het vereiste van schriftelijkheid, gesteld door artikel 17 van het Verdrag van 27 september 1968 . . .?

2. Treedt het gevolg dat volgens artikel 18 EEG-Ececutieverdrag aan de verschijning van de verweerder is verbonden, namelijk dat de aangezochte rechter bevoegd is, ook in wanneer de verweerder die in rechte verschenen is, in limine litis de onbevoegdheid van die rechter inroept en daarnaast, doch subsidiair, verweer ten gronde voert?"

4. Het aan de Corte di Cassazione voorgelegde geval heeft betrekking op een verzekeringsovereenkomst tussen een internationale groep assuradeuren en de IRU. De bijzonderheid ervan is gelegen in het feit dat, zoals de rechter *a quo* duidelijk stelt, de IRU deze overeenkomst sloot op eigen naam, maar ten gunste van de bij haar aangesloten nationale organisaties. Deze laatsten zijn derhalve geen partij bij de overeenkomst. Stel nu dat partijen in een dergelijke overeenkomst (zoals in casu de „pool" en de IRU in artikel 8) een forumkeuzebeding opnemen. Kan dan de verzekerde zich te zijnen behoeve op dat beding be-

roepen, ook indien hij het — nu het gaat om en *res inter alios* — niet schriftelijk heeft bevestigd? Voor de beantwoording van deze vraag moet de strekking van artikel 17 EEG-Executieverdrag nauwkeurig worden vastgesteld.

Zoals bekend, bepaalt artikel 17: „indien partijen ... 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, is dit gerecht of zijn de gerechten van die staat bij uitsluiting bevoegd"; vervolgens schrijft het voor — en hier gaat het om — dat deze overeenkomst schriftelijk moet worden aangegaan dan wel schriftelijk bevestigd. Het komt mij voor, dat in geval van een overeenkomst ten gunste van derden aan dit vereiste is voldaan, indien de contractspartijen de aanwijzing van een bevoegde rechter schriftelijk zijn overeengekomen of hebben bevestigd. De schriftelijke toestemming van de derde is niet vereist.

Voor deze stelling zou ik de volgende argumenten willen aanvoeren. In de eerste plaats de strekking van het onderhavige vereiste. Volgens het rapport Jenard (PB C 59 van 1979, blz. 1) dient het de rechtszekerheid te waarborgen. Zoals advocaat-generaal Capotorti het uitdrukte in zijn conclusie in zaak 24/76 (Estasis Salotti, Jurispr. 1976, blz. 1844) wordt „een sterk bewijs verlangd voor het bestaan van wilsovereenstemming tussen partijen over de clausule waarin de bevoegde rechter wordt aangewezen". Bedoeld vereiste is uiteraard nog belangrijker, wanneer een der partijen zich in een zwakke positie bevindt: dit is het geval bij toetredingsovereenkomsten, waarvan de inhoud vooraf eenzijdig is vastgesteld door één partij en die door de andere enkel wordt aanvaard.

Een en ander is door het Hof meerdere malen erkend. Zo overwoog het in twee arresten van 14 december 1976, dat voor zover „een clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter is vervat in de op de achterzijde van een contract afgedrukte algemene verkoopsvoorwaarden van een der partijen, slechts is voldaan aan het vereiste van een geschrift ... indien het ... contract uitdrukkelijk naar deze algemene voorwaarden verwijst" (zaak 24/76, Estasis Salotti, Jurispr. 1976, blz. 1831) en dat „bij een mondeling gesloten overeenkomst slechts aan de vormvereisten van artikel 17, eerste alinea, is voldaan, indien de schriftelijke bevestiging van de verkoper waarbij diens algemene verkoopvoorwaarden zijn gevoegd, door de koper schriftelijk is aanvaard (zaak 25/76, Segoura, Jurispr. 1976, blzw. 1851). Het vereiste van schriftelijkheid dient derhalve de aandacht van partijen te vestigen op de risico's van de forumkeuze. Men moet immers niet over het hoofd zien, dat partijen daarmee zowel de algemene bevoegdheid volgens artikel 2 EEG-Executieverdrag (gerelateerd aan de woonplaats van de verweerder) als de bijzondere bevoegdheden voorzien in de artikelen 5 en 6 uitsluiten. Dit is slechts anders, wanneer de forumkeuze is bedongen ten gunste van één partij; in dat geval — maar dat maakt het gevaar ervan alleen maar groter — behoudt deze partij het recht, zich te wenden tot iedere andere rechter die op grond van het EEG-Executieverdrag bevoegd is (artikel 17, vierde alinea).

Maar opgepast. Al hetgeen ik hiervoor heb opgemerkt, geldt voor de partijen bij de overeenkomst. Derden, die begunstigden van de overeenkomst zijn zonder daarvan de lasten en de risico's te dragen, behoeven generlei bescherming; het

zou dan ook geen zin hebben, de geldigheid van de clausule van hun toestemming te doen afhangen. Voor het overige is die toestemming — althans in schriftelijke vorm — in geen wettelijke regeling voorgeschreven, hetzij om herroeping van de overeenkomst te voorkomen (zie artikel 1411, tweede alinea, van het Italiaanse burgerlijk wetboek). En in elk geval is de noodzaak ervan hier reeds uitgesloten op grond van de bewoordingen van artikel 17. Reeds de aanhef van deze bepaling („Indien de *partijen* ... bij een schriftelijke overeenkomst hetzij bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst ...") is doorslaggevend. Het is immers onmogelijk, dat dit voorschrift de term „*partijen*" in oneigenlijke zin hanteert, terwijl iedere eerstejaars student in de rechten zal oordelen, dat het begrip derden daar niet onder valt. Onder „partijen" in de zin van artikel 17 moeten derhalve de „stipulant" en de „promittent" worden verstaan, met andere woorden de personen die aan het ontstaan van de overeenkomst hebben meegewerkt, waarbij de een de verplichting jegens de derde doet ontstaan en de andere deze op zich neemt.

5. Dat het vereiste van schriftelijkheid alleen voor deze laatsten geldt en dat derhalve de derde zich op de betrokken clausule kan beroepen zonder dat hij aan dat vereiste heeft voldaan, blijkt evenwel niet alleen uit de strekking en de bewoordingen van artikel 17. De bepalingen van het EEG-Executieverdrag inzake verzekeringsovereenkomsten bieden eveneens steun aan deze stelling.

Ter zake van verzekeringen voorzien de artikelen 7 tot en met 12 in bevoegdheden *ad hoc*. Zij dienen de verzekeringnemer, de verzekerde en de begunstigde, dat wil zeggen de zwakkere partijen, een bescherming te bieden die verder gaat dan die voorzien in de algemene bepalingen. Zo kan de verzekeraar ingevolge artikel 8, eerste alinea, worden gedagvaard „voor het gerecht van de woonplaats van de verzekeringnemer", en ingevolge artikel 9 voor „het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, indien het geschil een aansprakelijkheidsverzekering of een verzekering welke betrekking heeft op onroerende goederen betreft". Evenzo bepaalt artikel 11, dat „de vordering van de verzekeraar slechts kan worden gebracht voor de gerechten van de Verdragsluitende staat, op welks grondgebied de verweerder woonplaats heeft". In casu evenwel moet aan artikel 12 het meeste belang worden gehecht. Daarin is geregeld, wanneer van de beginselen inzake de bevoegdheid bij verzekeringsgeschillen kan worden afgeweken. Bepaald is onder meer: „van de bepalingen van deze afdeling (dat wil zeggen inzake verzekeringen) kan slechts worden afgeweken door overeenkomsten ... die aan de verzekeringnemer, de verzekerde of de begunstigde de mogelijkheid geven de zaak bij andere gerechten dan de in deze afdeling genoemde aanhangig te maken."

De omstandigheid, dat in dit artikel uitdrukkelijk is voorzien in de mogelijkheid van clausules waarbij rechten worden toegekend aan derden — zoals de verzekerde die niet tevens verzekeringnemer is en de begunstigde — betekent dat die aanwijzing ook geldig en werkzaam is, indien laatstgenoemden daarmee niet schriftelijk hebben ingestemd. Deze uitlegging vindt ook steun in artikel 17,

tweede alinea, bepalende dat overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter geen rechtsgevolg hebben indien zij strijdig zijn met de bepalingen van artikel 12. Het is duidelijk, dat de in artikel 12 vorziene vereisten door de opstellers van het EEG-Executieverdrag werden beschouwd als bijzondere voorzieningen die voorrang hebben boven die van artikel 17.

Gerling erkent tenslotte de juistheid van deze vaststelling; immers om zich eraan te onttrekken, moet zij ontkennen dat het bij de in 1961 tussen de IRU en de pool gesloten overeenkomst om een verzekeringsovereenkomst gaat, waardoor artikel 12 er niet op zou kunnen worden toegepast. Maar deze stelling (die de door mij sub 4 geformuleerde argumenten in elk geval onverlet laat) is verre van overtuigend. De — bovendien vaag aangeduide — omstandigheid, dat de bij de IRU aangesloten organisaties nu en dan carnets TIR zouden hebben afgegeven in gevallen waarin zich feiten hadden voorgedaan die tot aansprakelijkheid van de borg konden leiden, wijst er mijns inziens op dat er iets mis was in de onderhavige betrekkingen. Aangezien het hier vermoedelijk een randverschijnsel betreft, kan het niet afdoen aan de aard van de prestatie. Het gaat om een verzekering, voor zover afgifte van de carnets het aanvaarden van een risico impliceert, en wel het risico dat de nationale organisaties of de „pool" overdragen krachtens bovenbedoelde overeenkomst.

6. De Commissie ontleent een laatste argument voor mijn stelling aan het bij het sluiten en tenuitvoerleggen van overeenkomsten te eerbiedigen beginsel van de goede trouw. Zij wijst erop, dat indien het de verzekeraar „promittent" ingevolge het EEG-Executieverdrag was toegestaan, zich te onttrekken aan zijn verplichting jegens de derde ingevolge zijn overeenkomst met zijn wederpartij tot aanwijzing van een bevoegde rechter, een tevoren uitgestippeld onredelijk en ontrouw gedrag zou worden beloond; dit kan niet de bedoeling zijn geweest. De opmerking van de Commissie is mijns inziens relevant (ook al zou ik haar hebben gebaseerd op het beginsel *pacta sunt servanda),* en bevestigt de door mij voorgestane uitlegging van artikel 17.

7. Met de tweede vraag wenst de Corte di Cassazione te vernemen, of ingevolge artikel 18 EEG-Executieverdrag de verweerder die in rechte verschijnt en niet alleen de exceptie van onbevoegdheid opwerpt doch tevens verweer ten gronde aanvoert, moet worden geacht stilzwijgend de bevoegdheid van de aangezochte rechter te aanvaarden.

Zoals gezegd is dit probleem niet nieuw. Ter zake overwoog het Hof twee jaar geleden, dat „artikel 18 ... aldus moet worden uitgelegd, dat het de verweerder is toegestaan niet enkel de bevoegdheid te betwisten, doch tegelijkertijd ook, subsidiair, verweer ten gronde te voeren zonder daardoor het recht te verliezen een exceptie van onbevoegdheid op te werpen" (arrest van 12 oktober 1981, zaak 27/81, Rohr, Jurispr. 1981, blz. 2431). Er zijn geen gronden — mijns inziens ook niet volgens partijen — om hiervan in casu af te wijken.

8. Gezien het bovenstaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen door de Italiaanse Corte di Cassazione bij de beschikking van 28 juli 1982 gesteld in de zaak tussen het ministerie van de Schatkist, als vereffenaar van de EAM, en de Gerling Konzern speziale Kreditversicherungs-AG, te Keulen, te beantwoorden als volgt:

1. *de eerste vraag:* artikel 17, eerste alinea, van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken moet aldus worden uitgelegd, dat in geval van een overeenkomst, door een partij aangegaan voor zichzelf en ten gunste van derden, en die voor door die derden in rechte te vervolgen geschillen een clausule houdende aanwijzing van de bevoegde rechter bevat, deze laatsten de toepassing van die clausule kunnen verlangen, indien partijen bij de overeenkomst haar schriftelijk zijn overeengekomen of schriftelijk hebben bevestigd.

2. *de tweede vraag:* artikel 18 van bovengenoemd verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het de verweerder is toegestaan, niet alleen de exceptie van onbevoegdheid op te werpen maar tegelijkertijd ook, subsidiair, verweer ten gronde te voeren zonder daardoor het recht te verliezen de exceptie van onbevoegdheid op te werpen.