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

Høje Ret.

1. Denne retssag angår ligesom sag 24/76 fortolkningen af artikel 17 i Bruxelles-konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager; der er også her tale om de krav, som en værnetingsaftale (som i nærværende tilfælde sælgeren påberåber sig over for køberen) skal opfylde. Men i modsætning til sag 24/76 angår de af Bundesgerichtshof til præjudiciel afgørelse forelagte spørgsmål her en mundtlig aftale, og både hvad angår kravene til tilvejebringelsen af en mundtlig værnetingsaftale og enkelthederne vedrørende den i artikel 17 krævede skriftlige bekræftelse, der er en gyldighedsbetingelse for denne aftale.

Firmaet Bonakdarian i Hamburg som sælger og selskabet Segoura i Bruxelles som køber, indgik den 14. september 1971 en mundtlig købeaftale. Umiddelbart derefter betalte køberen delvist. Samme dag modtog køberen den vare, som var genstand for købeaftalen, sammen med skrivelse betegnet som »ordrebekræftelse og faktura«, hvori der udtrykkeligt henvistes til de på bagsiden trykte »salgs-, leverings- og betalingsbetingelser«. Disse betingelser indeholdt en klausul, hvorefter alene retterne i Hamburg skulle være kompetente i anledning af eventuelle retstvister. Køberen ytrede intet hertil.

Efter at det i den følgende tid var kommet til uoverensstemmelse om betaling af restkøbesummen, afsagde Landgericht Hamburg en udeblivelsesdom mod Segoura til betaling af det skyldige beløb med renter, men ophævede senere på sagsøgtes begæring denne dom og erklærede sig for inkompetent, fordi kontrahenterne ikke havde truffet nogen værnetingsaftale efter artikel 17, stk. 1 i Bruxelles-konventionen af 27. september 1968. Landgericht fandt, at der ikke eksisterede en sådan aftale, fordi der ikke forelå bevis for, at en værnetingsaftale var mundtlig indgået. Vedrørende sælgers opfattelse, hvorefter købers godkendelse af værnetingsaftalen fulgte af hans tavshed efter at have modtaget en faktura, der indeholdt en henvisning til de almindelige forretningsbetingelser, anførte Landgericht, at for så vidt måtte fakturaen, hvori der første gang henvistes til værnetingsklausulen, i det mindste tillægges betydning som et tilbud om ændring af den oprindelige aftale. Men selv i så tilfælde manglede den i artikel 17 forlangte skriftlige godkendelse helt.

Appelinstansen var imidlertid af en anden opfattelse. Den anså henvisningen til de almindelige forretningsbetingelser, som var trykt på den køberen tilsendte faktura, som bekræftelse af en mundtlig enighed om de almindelige forretningsbetingelser, som indeholdt værnetingsklausulen. Efter appelinstansens opfattelse opfylder denne uimodsagte bekræftelse de formkrav, der opstilles i artikel 17 i så henseende.

De to instansers opfattelser vedrørende vurderingen af de faktiske omstændigheder og af spørgsmålet, om der i det foreliggende tilfælde var indgået en mundtlig værnetingsaftale, er muligvis grunden til, at Bundesgerichtshof — for hvem køberen har indbragt dommen fra Oberlandesgericht — har forelagt de to forskellige spørgsmål om fortolkningen af artikel 17 og herved har anført to forskellige situationer. Den første svarer til Oberlandesgericht's vurdering af de faktiske omstændigheder, mens den anden synes at følge førsteinstansens herfra afvigende vurdering. Spørgsmålene lyder således:

1 — Oversat fra italiensk.

1. Er kravene i konventionens artikel 17 opfyldt, når en sælger ved en mundtlig indgåelse af en købeaftale har henvist til, at han vil indgå aftalen i henhold til sine almindelige forretningsbetingelser, og når han dernæst skriftligt bekræfter den indgåede aftale over for køber og vedlægger denne bekræftelse sine almindelige forretningsbetingelser, der indeholder en værnetingsklausul?
2. Er kravene i konventionens artikel 17 opfyldt, når sælger og køber begge er handlende, og sælger efter den mundtlige indgåelse af en købeaftale skriftligt over for køber bekræfter indgåelsen i henhold til sine almindelige forretningsbetingelser og vedlægger denne skrivelse disse forretningsbetingelser, der indeholder en værnetingsklausul, og når køber ikke rejser indvendinger mod denne skriftlige bekræftelse?

2. I artikel 17 anses en mundtligt indgået værnetingsaftale som et egnet middel til at begrunde den valgte rets enekompetence. Dette skyldes hensynet til en gnidningsløs afvikling af samhandelen; af retssikkerhedsgrunde og til beskyttelse af den svagere part er en sådan aftale dog kun gyldig, når den skriftligt bekræftes (artikel 17 kræver ordret en »mundtlig aftale, der er skriftligt bekræftet«). Denne bekræftelse skal naturligvis udformes således, at den opfylder de krav, som er nødvendige for den. Navnlig når værnetingsklausulen indeholdes i en helhed af almindelige forretningsbetingelser, som forud er udformet af en af kontrahenterne, må der yderligere drages omsorg for, at bekræftelsen følger på en sådan måde, at den ikke efterlader tvivl om den anden kontrahents accept af værnetingsklausulen.

Her opstår et problem, når kun en af kontrahenterne bekræfter. Jenard-rapporten til Bruxelles-konventionen bemærker, at formuleringen af artikel 17 »ligner formuleringen i den tysk-belgiske konvention, som på sin side støttes på Haag-konventionen af 15. april 1958 om værnetingsaftaler i internationale løsørekøb. For at mundtligt indgåede værnetingsaftaler skal være gyldige, kræves det i artikel 3, stk. 1, nr. 2 i den tysk-belgiske konvention, at aftalen »er skriftlig bekræftet, uden at modparten har rejst indsigelse mod bekræftelsen«, og i artikel 2 i Haagkonventionen hedder det, at bekræftelsen skal følge »gennem en uimodsagt skriftlig erklæring fra en kontrahent eller en dertil bemyndiget person«; begge regler angår vel at mærke navnlig bestemmelsen af værnetinget. »Da værnetingsaftaler forudsætter en ægte viljesoverensstemmelse mellem kontrahenterne«, tilføjer Jenard-rapporten, »kan retten ikke af et dokument, som hidrører fra den part, som påberåber sig det, ubetinget slutte, at der er indgået en mundtlig aftale.«.

Betragter man disse synspunkter, er efter min opfattelse en så stiv holdning, som Segoura indtager, under alle omstændigheder ikke berettiget i spørgsmålet om kravene til bekræftelsen. Denne holdning ville føre til, at det i almindelighed og ubetinget ville være udelukket, at den kontrahent, som forud har udformet værnetingsklausulen, gyldigt kunne bekræfte den. Dette kræves ikke ifølge ordlyden af artikel 17; en sådan udelukkelse kræves heller ikke til beskyttelse af den kontrahent, over for hvem værnetingsaftalen påberåbes, da vedkommende jo altid kan protestere imod den skriftlige bekræftelse, for så vidt som den indeholder en bekræftelse af en mundtlig værnetingsaftale.

Den væsentligste funktion for den skriftlige bekræftelse af en mundtlig værnetingsaftale er, at for kontrahenterne og den ret, som i medfør af klausulen bliver værneting for stridigheder hidrørende fra bestemte retsforhold, udformes den mundtligt aftalte klausul objektivt, og dens indhold fastlægges. Denne funktion kan også opfyldes, såfremt den skriftlige bekræftelse hidrører fra den kontrahent, som forud har formuleret værnetingsklausulen, forudsat at denne fremgangsmåde under hensyntagen til kontrahenternes

forudgående og efterfølgende adfærd kan sidestilles med en objektiv konstatering af enighed om den i »bekræftelsen« nedfældede klausul.

Bortset fra det klart uproblematiske tilfælde, hvor begge parter bekræfter, kan der i forbindelse med almindelige forretningsbetingelser, som af en kontrahent i dennes egen interesse er forud formuleret og indeholder en værnetingsklausul, optræde to forskellige tilfælde af ensidig bekræftelse. Det første tilfælde består i, at bekræftelsen hidrører fra den kontrahent, som ikke forud har formuleret de almindelige forretningsbetingelser, og som stilles ringere ved klausulen. Her kan man gå ud fra, at denne bekræftelse er tilstrækkelig til at gøre værnetingsklausulen gyldig, selv om den kun indeholder en generel henvisning til de almindelige forretningsbetingelser. Det andet tilfælde foreligger, når bekræftelsen stammer fra den kontrahent, som forud har formuleret de almindelige forretningsbetingelser. Her skal der klart anlægges en strengere vurdering: således skal bekræftelsen ikke alene angå den mundtlige enighed om de almindelige forretningsbetingelser, men navnlig fastslå enigheden om værnetingsklausulen. Thi der er her tale om at undgå risikoen for, at denne klausul ikke bemærkes, eller at den ikke nævnes i en samlet henvisning til de almindelige forretningsbetingelser. Det må ikke overses, at alle de ovenfor nævnte regler i internationale traktater kræver en skriftlig bekræftelse af en mundtlig værnetingsaftale: netop indgåelsen af denne aftale skal altså godtgøres. Den svageste kontrahent skal jo medvirke ved tilvejebringelsen af denne aftale, hvortil som sædvanlig ikke alene hører kendskabet til værnetingsklausulen, men også viljen til at erklære sig indforstået med den.

3. På grundlag af disse betragtninger skal jeg nu undersøge det tilfælde, som ligger til grund for det første spørgsmål, nemlig at en sælger ved en mundtlig indgåelse af en købeaftale har nøjedes med ensidigt og generelt at udtale at ville kontrahere på grundlag af sine egne almindelige forretningsbetingelser. Kan det i et sådant tilfælde antages, at værnetingsklausulen blev optaget i aftalen, selv om den ikke udtrykkeligt blev nævnt?

Dette tilfælde adskiller sig tydeligt fra det, hvor der i en skriftlig aftale er sket en generel henvisning til de af sælgeren forud formulerede salgsbetingelser, hvorved de nævnte betingelser indeholdende værnetingsklausulen er trykt på bagsiden af kontraktsdokumenterne. I dette tilfælde har køberen i det mindste mulighed for uden besvær at få kendskab til klausulen inden indgåelsen af aftalen.

Ved en mundtlig indgåelse af en aftale kan det derimod fornuftigvis forudsættes (og dette bekræftes i nærværende sag af sælgeren over for Domstolen i hans skriftlige indlæg), at kontrahenternes opmærksomhed rettes mod aftalens væsentligste indhold, hvorimod de almindelige forretningsbetingelser ikke er genstand for større opmærksomhed. Disse betingelser kommer således faktisk først til køberens kundskab, når han fra sælgeren modtager den skriftlige bekræftelse af den mundtlige aftale om det væsentligste indhold i kontrakten, vedlagt de almindelige forretningsbetingelser. Havde køberen imidlertid ikke kendskab til værnetingsklausulen, er det udelukket, at han kan have accepteret den; at gå ud fra køberens accept af en ubestemt antal almindelige forretningsbetingelser ville være det samme som at overlade til sælger at vælge værneting — hvilket ville være noget helt andet end den i artikel 17 nævnte værnetingsaftale.

Retsstillingen kunne muligvis være anderledes, såfremt — hvilket ikke foreligger til afgørelse i nærværende sag — der mellem to virksomheder består et løbende forretningsforhold, inden for hvis rammer værnetingsklausulen, således som den ene kontrahent forud har formuleret den i den almindelige forretningsbetingelser, normalt anses som væsentlig. Det kan i så tilfælde ikke udelukkes, at sælgerens blot mundtlige, generelle henvisning til de nævnte betingelser ved købers

accept kan betyde dennes godkendelse af værnetingsklausulen.

Hvis omstændighederne ved indgåelsen af købeaftalen har været således, som det er kommet til udtryk i første spørgsmål, så kan det forhold, at forretningsbetingelserne vedlægges den senere skriftlige bekræftelse, som henviser til dem, ikke anses som en bekræftelse ifølge artikel 17, fordi der mangler en afgørende forudsætning: en forudgående aftale om værneting. En sådan skrivelse kan anses som et tilbud om at ændre den mundtligt indgåede aftale, men den kan som sådan kun have virkninger, når den skriftligt er accepteret af medkontrahenten.

4. Hvad jeg hidtil har anført, kan ikke anfægtes med den begrundelse, at det går videre end en vurdering af de i artikel 17 nævnte formkrav og behandler spørgsmålet om forudsætningerne for tilvejebringelsen af en værnetingsaftale. De forelagte spørgsmål angår faktisk spørgsmålet, om en bestemt adfærd opfylder betingelserne i artikel 17 (og samtlige betingelser), dvs, om den opfylder kravene i denne artikel. Det er herefter artikel 17 i sin helhed, som skal vurderes, og det er indlysende, at artiklen forudsætter, at der foreligger en indgået aftale (eller kontraktsklausul) om fastsættelsen af, hvilken ret der skal være værneting ved afgørelsen af allerede opståede eller eventuelt fremtidige retlige uoverensstemmelser hidrørende fra et bestemt retsforhold, allerede inden der opstilles bestemte formkrav. Reglen indeholder altså også materielle forudsætninger, hvoraf den første er, at der findes en bestemt aftale med en bestemt funktion.

Der kan i denne sammenhæng spørges, om de materielretlige sider af en værnetingsaftale skal udledes af artikel 17 — i så tilfælde ved en selvstændig fortolkning —, eller om det ikke snarere var overladt til de enkelte nationale retssystemer at regulere disse sider. Det samme problem opstod i forslaget til afgørelse i sag 24/76, for så vidt angår værnetingsaftalens form, og navnlig opstod det spørgsmål, om betydningen af udtrykket »skriftlighed« skulle vurderes ud fra de enkelte nationale retssystemer, som kunne finde anvendelse. Svaret på dette spørgsmål må her følge samme tankegang: for så vidt disse betingelser — de være sig af materiel eller formel karakter — blev nedfældet i konventionen som nødvendige forudsætninger for, at de i konventionen omhandlede processuelle virkninger kan indtræffe, skal der vælges en selvstændig fortolkning, da konventionens mening og sammenhæng kun derved respekteres. Dette foregriber selvfølgelig ikke en national regulering af andre — formelle og materielle — sider, som ligger uden for området for de bestemmelser, som skal fortolkes i henhold til fællesskabsretten.

Den særdeles snævre sammenhæng mellem spørgsmålet om den skriftlige bekræftelse af en mundtlig værnetingsaftale og spørgsmålet angående en sådan aftales eksistens er åbenlys. Ville man holde eksistensen af en mundtlig aftale adskilt fra dens skriftlige bekræftelse, således at det udelukkende var national ret og dermed forskellige løsninger i lovgivning og retspraksis, der for eksistensens vedkommende skulle betragtes som udslaggivende, mens bekræftelsen reguleredes ensartet, kunne dette føre til grelle uoverensstemmelser ved anvendelsen af artikel 17 i de enkelte stater. Hvis ikke definitionen af betingelserne for en aftales eksistens omfattedes af konventionen, kunne Domstolens fortolkning af formkravene til den skriftlige bekræftelse vise sig at være snart for snæver, snart for vid, afhængig af, hvilke retsregler som skal finde anvendelse på spørgsmålet, om der foreligger en værnetingsaftale. Denne tilstand ville stride imod det princip om ensartethed, som er konventionens målsætning.

5. Undersøgelsen af det andet forelagte spørgsmål kræver på denne baggrund ikke nogen nærmere udredning. Som Domstolen erindrer, består forskellen mellem de situationer, som ligger til grund for de to spørgsmål, i følgende: i første tilfælde forudsættes det, at sælge-

ren på tidspunktet for den mundtlige indgåelse af aftalen har erklæret at ville kontrahere på sine egne almindelige forretningsbetingelser; det andet tilfælde forudsatte derimod, at denne erklæring først *efter* den mundtlige indgåelse af aftalen blev afgivet skriftligt, og at køberen ikke protesterede herimod. Går man ud fra dette forhold, forekommer det klart, at når de almindelige forretningsbetingelser indeholdende en værnetingsklausul overhovedet ikke nævnes i løbet af de forhandlinger, som førte til den mundtlige afslutning af en købeaftale, mangler der helt en viljesoverensstemmelse angående bestemmelsen af værnetinget, uden hvilken overensstemmelse »bekræftelse« ifølge artikel 17 ikke kan foreligge.

6. Herefter foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålene fra Bundesgerichtshof således:

Kravene i artikel 17 i Bruxelles-konventionen af 27. september 1968 er ikke opfyldt, når en sælger ved den mundtlige indgåelse af en købeaftale henviser til, at han vil slutte aftale i henhold til de af ham selv opstillede almindelige forretningsbetingelser, hvortil han blot henviser generelt og uden særligt at nævne værnetingsklausulen, og når han senere oversender køberen en skriftlig bekræftelse af aftalen, vedlagt de almindelige forretningsbetingelser indeholdende en værnetingsklausul.

Det samme gælder, når sælger og køber begge er handlende, og sælger efter mundtlig afslutning af en købeaftale skriftligt bekræfter aftalen og herved for første gang erklærer, at aftalen skal omfattes af de af sælgeren opstillede og bekræftelsen vedlagte almindelige forretningsbetingelser — som indeholder en værnetingsklausul — og når køberen ikke protesterer herimod.