Bij een mondeling gesloten overeenkomst is slechts aan de vormvereisten 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 voldaan, indien de schriftelijke bevestiging van de verkoper waarbij diens algemene verkoopvoorwaarden zijn gevoegd, door de koper schriftelijk is aanvaard.

Het feit dat de koper geen bezwaar maakt tegen een eenzijdige bevestiging van de wederpartij, geldt niet als aanvaarding ten aanzien van de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter, behalve indien de mondelinge overeenkomst deel uitmaakt van de lopende handelsbetrekkingen tussen partijen, welke zijn gegrond op de algemene voorwaarden van een der partijen, waarin een clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter is opgenomen.

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. Evenals in de zaak 24-76 gaat het in het onderhavige geval om de 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; ook hier betreft het dus de vereisten waaraan een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde

1 — Vertaald uit het Italiaans.

rechter (waarop in casu de verkoper zich beroept tegenover de koper) moet voldoen. Maar anders dan in de zaak 24-76, zijn de prejudiciële vragen van het Duitse Bundesgerichtshof gesteld in verband met een mondeling contract. Zij hebben zowel betrekking op de voor het bestaan van een mondelinge overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter noodzakelijke voorwaarden als op de modaliteiten van de schriftelijke bevestiging van een dergelijke overeenkomst, welke in artikel 17 voor de geldigheid daarvan wordt vereist.

Op 14 september 1971 sloot de in Hamburg gevestigde firma Bonakdarian met de in Brussel gevestigde firma Segoura een mondelinge koopovereenkomst. Hiertoe deed Segoura een aanbetaling. Dezelfde dag ontving zij de in de overeenkomst bedoelde goederen, te zamen met een document dat werd aangeduid als „orderbevestiging en factuur", waarin uitdrukkelijk werd verwezen naar de op de keerzijde genoemde algemene verkoop-, leverings- en betalingsvoorwaarden. In deze voorwaarden was een clausule opgenomen waarin voor alle eventuele geschillen de rechter te Hamburg als uitsluitend bevoegde instantie werd aangewezen. Hierop heeft Segoura niet gereageerd.

Toen daarna een geschil was ontstaan over de betaling van het resterende bedrag, veroordeelde het Landgericht Hamburg de firma Segoura aanvankelijk bij verstek tot betaling van het verschuldigde bedrag met interessen, maar daarna vernietigde het, op verzet van Segoura, dit vonnis en verklaarde het zich onbevoegd op grond dat geen overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter was gesloten overeenkomstig artikel 17, eerste alinea, van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968. Het Landgericht sloot het bestaan van een dergelijke overeenkomst uit omdat uit niets was gebleken dat bij mondelinge overeenkomst een bevoegde rechter was aangewezen. Met betrekking tot de stelling van Bonakdarian, dat de instemming van Segoura met de aanwijzing van een bevoegde rechter volgde uit haar stilzwijgen na ontvangst van de brief annex factuur waarin werd verwezen naar de algemene verkoopvoorwaarden, overwoog het Landgericht dat deze brief, welke voor de eerste maal verwees naar de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter, in dit verband hoogstens de betekenis had van een contractueel aanbod tot wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst. Maar ook dan ontbrak de in artikel 17 vereiste schriftelijke bevestiging volledig.

Het Oberlandesgericht daarentegen was van oordeel dat de verwijzing naar de algemene verkoopvoorwaarden die was opgenomen in de aan Segoura toegezonden factuur een bevestiging vormde van een mondelinge overeenkomst betreffende de algemene verkoopvoorwaarden, met inbegrip van de clausule tot aanwijzing van de bevoegde rechter. Wanneer een dergelijke bevestiging niet wordt tegengesproken, dan is volgens dit rechtscollege voldaan aan de in artikel 17 in dit verband gestelde vormvereisten.

Het uiteenlopende oordeel van de beide rechterlijke instanties wat betreft de feiten en de vraag of in casu een mondelinge overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter bestaat, verklaart wellicht waarom het Bundesgerichtshof waarbij de koper het vonnis van het Oberlandesgericht heeft bestreden, twee verschillende vragen over de uitleg van artikel 17 heeft gesteld, voor twee onderscheiden gevallen. Het eerste komt overeen met de door het Oberlandesgericht gegeven uitleg der feiten, het tweede schijnt daarentegen overeen te komen met de afwijkende beoordeling der feiten door de rechter in eerste aanleg. De vragen luiden als volgt:

1. Is aan de eis van artikel 17 van het Verdrag van 27 september 1968 voldaan, wanneer de verkoper bij de mondelinge afsluiting van een verkoopcontract er op wijst dat hij overeenkomstig zijn algemene verkoopvoorwaarden wil contracteren, en hij dit contract vervolgens schriftelijk aan

de koper bevestigt onder bijvoeging van zijn algemene verkoopvoorwaarden, waarin een clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter is opgenomen?

2. Is het volgens artikel 17 van het Verdrag voldoende wanneer, tussen kooplieden, de verkoper na de mondelinge afsluiting van een verkoopcontract de koper schriftelijk deze afsluiting op zijn algemene verkoopvoorwaarden bevestigt onder bijvoeging van deze algemene voorwaarden, waarin een clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter is opgenomen, en de koper die schriftelijke bevestiging niet tegenspreekt?

2. In het belang van een vlot verloop van het handelsverkeer wordt in artikel 17 de mondelinge overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter als een rechtsgeldig middel beschouwd om de uitsluitende bevoegdheid van de gekozen rechter vast te leggen; maar omwille van de rechtszekerheid en de bescherming van de zwakkere partij, sorteert deze overeenkomst alleen effect als zij schriftelijk wordt bevestigd (artikel 17 verlangt letterlijk een „schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst"). Deze bevestiging moet uiteraard voldoen aan de vereisten, met het oog waarop zij is voorzien. Vooral wanneer de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter is vervat in de door een der partijen tevoren opgestelde algemene voorwaarden, zal er bovendien bijzonder op moeten worden gelet, dat de bevestiging geen twijfels laat over de instemming van de wederpartij met de aanwijzing van een bevoegde rechter.

Hier doet zich het probleem voor van de bevestiging welke slechts van één der partijen afkomstig is. In het rapport-Jenard betreffende het Verdrag van Brussel wordt gesteld dat de formulering van artikel 17 „vrij dicht komt" bij die van het Duits-Belgische Verdrag, die zelf is gebaseerd op het Verdrag van Den Haag van 15 april 1958 betreffende de bevoegdheid van het forum contractus in het geval van de internationale koop van roerende lichamelijke zaken. Voor de rechtsgeldigheid van mondelinge overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter vereist het Duits-Belgische Verdrag „een schriftelijke bevestiging die niet wordt tegengesproken" (artikel 3, sub 2) en het Verdrag van Den Haag een bevestiging „door middel van een schriftelijke verklaring van één der partijen of van een tussenpersoon welke niet wordt tegengesproken" (artikel 2); in beide gevallen moet vanzelfsprekend de aanwijzing van de bevoegde rechter speciaal worden vermeld. „Aangezien de clausule waarbij een bevoegde rechter wordt aangewezen een werkelijke overeenkomst tussen partijen veronderstelt", zo voegt het rapport-Jenard er aan toe, „mag de rechter niet onomstotelijk uit een geschrift afkomstig van de partij die zich daarvan bedient het bestaan van een mondelinge overeenkomst afleiden".

Gelet op het voorafgaande lijkt het ons zeker niet gerechtvaardigd ten aanzien van de vereisten omtrent de bevestiging een zo strikt standpunt in te nemen als de firma Segoura, waardoor de mogelijkheid van een geldige bevestiging van de partij die de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter heeft opgesteld, op algemene en absolute wijze zou worden uitgesloten. De tekst van artikel 17 lijkt zulks ook niet te eisen; dit zou voor de bescherming van de partij tegen welke een beroep wordt gedaan op de competentieclausule ook niet noodzakelijk zijn, omdat deze altijd nog de mogelijkheid behoudt om zich na ontvangst van de bevestigingsbrief te verzetten tegen hetgeen daarin is gesteld met betrekking tot de mondelinge overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter.

De wezenlijke functie van een schriftelijke bevestiging van een mondelinge overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter bestaat daarin, de mondelinge clausule een objectief vaststaande formulering te geven, en de precieze bewoordingen ervan vast te leggen, welke gelden tussen partijen en voor de aangewezen

rechter, die krachtens een dergelijke clausule de bevoegdheid verkrijgt inzake geschillen betreffende bepaalde rechtsbetrekkingen. Deze functie kan ook worden vervuld wanneer de schriftelijke bevestiging uitgaat van dezelfde partij die de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter tevoren had gesteld, op voorwaarde dat een dergelijke handelwijze, gelet op de voorafgaande en volgende gedragingen van beide partijen bij de overeenkomst, gelijkgesteld kan worden met de objectieve bevestiging van de ten aanzien van de clausule bereikte overeenstemming die in de „bevestiging" is vastgelegd.

Afgezien van een tweezijdige bevestiging, waarbij zich natuurlijk geen moeilijkheden voordoen, kunnen in het geval dat één der contracts-partijen in haar eigen belang algemene voorwaarden, waaronder een competentieclausule, heeft opgesteld, dus twee mogelijkheden worden onderscheiden waarbij de schriftelijke bevestiging uitgaat van één partij. De eerste mogelijkheid is dat de bevestiging afkomstig is van de partij die niet de algemene voorwaarden van tevoren heeft opgesteld en die wordt benadeeld door de clausule: aangenomen mag worden, dat deze bevestiging, ook al verwijst zij slechts globaal naar de algemene voorwaarden, voldoende is voor de rechtsgeldigheid van de competentieclausule. De tweede mogelijkheid is dat de bevestiging afkomstig is van dezelfde partij die de algemene voorwaarden tevoren heeft opgesteld. Het is duidelijk dat hier strengere eisen moeten worden gesteld: uit de schriftelijke bevestiging moet namelijk blijken dat er mondelinge overeenstemming, niet alleen over de algemene voorwaarden, maar in het bijzonder ook over de competentieclausule bestaat. Het gaat er immers om te voorkomen dat deze clausule ongemerkt blijft, of in een globale verwijzing naar de algemene contractsvoorwaarden helemaal niet wordt genoemd. Men mag immers niet vergeten dat ingevolge alle hierboven genoemde verdragsregels een mondelinge overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter schriftelijk moet worden bevestigd: juist het sluiten van deze overeenkomst moet dus worden bewezen. En de zwakste partij moet op normale wijze meewerken aan de totstandkoming van de overeenkomst, dat wil zeggen zij moet de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter niet alleen kennen maar deze ook willen accepteren.

3. In het licht van bovengenoemde overwegingen zullen wij nu het in de eerste vraag bedoelde geval onderzoeken dat de verkoper bij de mondelinge afsluiting van een verkoopovereenkomst slechts eenzijdig en volkomen algemeen heeft verklaard, te willen contracteren overeenkomstig de door hem zelf vastgestelde algemene voorwaarden. Kan men in een dergelijk geval stellen dat de competentieclausule deel uitmaakt van de overeenkomst, hoewel zij nooit rechtstreeks is genoemd?

Opgemerkt zij, dat het onderhavige geval sterk verschilt van dat waarin de globale verwijzing naar de door de verkoper tevoren opgestelde verkoopvoorwaarden voorkomt in de tekst van een schriftelijke overeenkomst op de keerzijde waarvan deze voorwaarden, met inbegrip van de competentieclausule, zijn afgedrukt. In dat geval kan de koper immers gemakkelijk kennis nemen van de clausule alvorens de overeenkomst te sluiten.

Wanneer daarentegen een mondelinge overeenkomst wordt gesloten kan redelijkerwijze worden verondersteld (en dit wordt in het onderhavige geval door de verkoper zelf in zijn schriftelijke opmerkingen bevestigd) dat de contractspartijen hun aandacht concentreren op de wezenlijke punten van de overeenkomst, terwijl de algemene voorwaarden niet speciaal in ogenschouw worden genomen. De koper neemt dus eerst werkelijk kennis van deze voorwaarden wanneer hij van de verkoper de bevestiging van de mondelinge overeenkomst betreffende de essentiële punten ontvangt, waarbij de tekst van de algemene voorwaarden is gevoegd. Als de koper de clausule tot aanwijzing

van een bevoegde rechter echter niet kende is het ondenkbaar dat hij deze heeft aanvaard; gaat men ervan uit, dat de koper het eens is met een onbepaald aantal algemene voorwaarden, dan zou dit betekenen dat de verkoper de bevoegde rechter kan aanwijzen, hetgeen iets anders is dan de in artikel 17 bedoelde overeenkomst waarbij de bevoegde rechter nauwkeurig wordt aangewezen.

De situatie zou eventueel anders liggen in het geval — waarover wij hier geen standpunt hebben in te nemen —, dat tussen twee ondernemingen lopende handelsbetrekkingen bestaan, in het kader waarvan het gebruikelijk is de competentieclausule toe te passen in de zin van de door één der partijen tevoren opgestelde algemene voorwaarden. Dan kan niet worden uitgesloten dat een eenvoudige algemene mondelinge verwijzing naar deze voorwaarden van de verkoper, welke door de koper wordt geaccepteerd, kan gelden als toestemming van deze laatste ten aanzien van de competentieclausule.

Wanneer de feiten bij de sluiting van de verkoopovereenkomst dus hebben plaatsgehad als aangegeven in de eerste vraag, kan de weergave van de geschreven tekst van de verkoopvoorwaarden bij de latere bevestigingsbrief, die naar die voorwaarden verwijst, niet gelden als bevestiging in de zin van artikel 17, omdat een ontbeerlijke voorwaarde ontbreekt: een voorafgaande overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter. Een dergelijke brief zou kunnen worden gezien als een voorstel tot wijziging van een mondelinge overeenkomst, maar zou als zodanig pas rechtskracht kunnen krijgen indien hij schriftelijk door de wederpartij werd aanvaard.

4. Tegen de tot dusver gevolgde redenering kan niet worden ingebracht dat zij verder gaat dan een onderzoek van de in artikel 17 van het Verdrag genoemde vormvereisten, en ingaat op het probleem van de materiële voorwaarden voor een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter. In werkelijkheid gaat het bij de vragen van de nationale rechter erom of in bepaalde gevallen wordt voldaan aan de in artikel 17 gestelde voorwaarden (alle voorwaarden), dat wil zeggen of bepaalde gedragingen voldoende zijn voor de doelstellingen van genoemd artikel. Artikel 17 moet dus in zijn geheel worden bezien, en het is duidelijk dat het voor het stellen van bepaalde vormvereisten nodig is, dat er een overeenkomst (of een clausule) tussen partijen bestaat ten einde een bevoegde rechter aan te wijzen voor de kennisneming van geschillen welke naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan. De betrokken bepaling bevat dus ook materiële voorwaarden, waarvan de eerste is het bestaan van een bepaald soort overeenkomst met een bepaalde functie.

In dit verband zou men zich nog kunnen afvragen of de materiële aspecten van de overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter moeten worden afgeleid uit het op autonome wijze geïnterpreteerde artikel 17, dan wel of de regeling van deze aspecten niet veeleer aan de verschillende nationale rechtsstelsels is overgelaten. In mijn conclusie in de zaak 24-76 heb ik op ditzelfde alternatief gewezen ten aanzien van de vorm van de betrokken overeenkomst, en in het bijzonder van de mogelijkheid de draagwijdte van de uitdrukking „schriftelijke vorm" te bepalen op grond van de verschillende toepasselijke nationale rechtsstelsels. En het antwoord op deze vraag moet in dezelfde zin luiden: voorzover dergelijke voorwaarden — zij het materiele of formele — in het Verdrag zijn vastgesteld als noodzakelijk uitgangspunt voor het bereiken van de daarin geregelde processuele werking, is een autonome interpretatie op haar plaats, in het licht van de logica en de context van het Verdrag. Dit alles prejudicieert natuurlijk niet op de nationale regeling van andere formele en materiële aspecten, welke buiten het kader van de communautaire uitlegging van verdragsbepalingen vallen.

Er bestaat uiteraard een zeer nauwe band tussen het probleem van de schriftelijke bevestiging van een mondelinge overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter en dat van het bestaan van een dergelijke overeenkomst. Gaat men het bestaan van een mondelinge overeenkomst loskoppelen van de bevestiging, in die zin dat het bestaan der overeenkomst uitsluitend afhankelijk zou zijn van het interne recht, en daarmee van verschillende wettelijke en rechterlijke principes, terwijl de bevestiging uniform geregeld zou zijn, dan kan zulks tot ernstige verschillen leiden bij de toepassing van artikel 17 in de verdragsluitende Staten. Hieraan zij toegevoegd dat, indien de vaststelling van de voorwaarden voor het ontstaan van de overeenkomst buiten het systeem van het Verdrag valt, de toetsing van het formele vereiste van de schriftelijke bevestiging door Uw Hof ofwel te eng, ofwel te ruim zou kunnen blijken, naar gelang van het standpunt van het nationale stelsel dat bevoegd wordt geacht inzake het bestaan van de overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter. Hierdoor zou een situatie ontstaan die in strijd is met het door het Verdrag beoogde beginsel van uniformiteit.

5. Over de tweede vraag van de nationale rechter kunnen wij nu kort zijn. Zoals bekend bestaat het verschil tussen de in de beide vragen gestelde gevallen hierin: in de eerste vraag wordt verondersteld dat de verkoper de verklaring dat hij zijn eigen algemene voorwaarden op de overeenkomst wil toepassen heeft afgelegd op het moment van de mondelinge afsluiting van die overeenkomst; in de tweede vraag wordt verondersteld dat deze verklaring eerst *na* het afsluiten van de mondelinge overeenkomst schriftelijk is afgelegd en door de koper niet is tegengesproken. Daarom lijkt het duidelijk dat, wanneer tijdens de onderhandelingen over de mondelinge verkoopovereenkomst niet is gewaagd van de algemene voorwaarden, waaronder de competentieclausule, een wilsovereenstemming betreffende de aanwijzing van een bevoegde rechter, zonder welke er geen „bevestiging" kan zijn in de zin van artikel 17, volkomen ontbreekt.

6. Wij concluderen derhalve dat Uw Hof in antwoord op de vragen van het Bundesgerichtshof voor recht verklare: aan de vereisten van artikel 17 van het Verdrag van 27 september 1968 is niet voldaan wanneer de verkoper bij de mondelinge afsluiting van een verkoopcontract er op wijst dat hij overeenkomstig zijn algemene verkoopvoorwaarden wil contracteren waarbij hij zich beperkt tot een globale verwijzing naar die voorwaarden zonder de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter met name te noemen, en hij dit contract vervolgens schriftelijk aan de koper bevestigt onder bijvoeging van zijn algemene voorwaarden waarin een clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter is opgenomen.

Hetzelfde geldt ook wanneer de verkoper, na de mondelinge afsluiting van een verkoopcontract tussen kooplieden, dit contract schriftelijk bevestigt en tegelijkertijd voor de eerste maal verklaart dat het is onderworpen aan de door de verkoper zelf opgestelde en bij de bevestiging gevoegde algemene voorwaarden — waaronder een clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter — en de koper deze bevestiging niet heeft tegengesproken.