

Forumkeuze en ‘battle of forms’ bij internationale overeenkomsten; het blijft oppassen geblazen!

Bb 2018/20

Ook bij grensoverschrijdende overeenkomsten wordt veelvuldig gebruik gemaakt van algemene voorwaarden. Daarin plegen vrijwel altijd forumkeuzebedingen te zijn opgenomen. Dat op die bedingen slechts onder bijzondere voorwaarden een beroep gedaan kan worden, is door het Hof van Justitie² in 2016 al bepaald. Daarop zal hierna kort worden ingegaan. Extra complex wordt de situatie echter wanneer er, naast van opname van een forumkeuzebeding in algemene voorwaarden, ook nog eens sprake is van de ‘battle of forms’ in internationale verhoudingen.

1. Forumkeuzebedingen in internationale verhoudingen

Leidend voor wat betreft forumkeuzebedingen in internationale verhoudingen is art. 25 van de Brussel I-Verordening (herschikt)³ (art. 23⁴ van de ‘oude’ Brussel I-Verordening). Dit artikel regelt de door partijen aangewezen bevoegde rechter. Partijen hebben de bevoegdheid om exclusief een rechter aan te wijzen:

- hetzij bij een schriftelijke overeenkomst of een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst;
- hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden;
- hetzij, in de internationale handel, in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen.

Lid 2 van art. 25 bepaalt dat als ‘schriftelijk’ tevens aangemerkt wordt elke elektronische mededeling waardoor de overeenkomst duurzaam geregistreerd wordt.

Indien partijen een rechter als bevoegd aanwijzen, wordt die bevoegdheid geacht exclusief te zijn, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.

In het hiervoor genoemde arrest van het Europese Hof (het arrest *Höszig*) werd, zakelijk weergegeven, getwist over de geldigheid van een in algemene voorwaarden opgenomen forumkeuzebeding. Het Europese Hof of oordeelde, onder verwijzing naar het huidige art. 25 van de herschikte Ver-

ordening (voorheen art. 23 lid 1) dat dit artikel voornamelijk vormvereisten bevat (onder a), b) en c)) en één materiële voorwaarde (te weten: een ‘bepaalde rechtsbetrekking’), en dat daarnaast de daadwerkelijke instemming van de betrokken partij vereist is. De aangezochte rechter moet nagaan of het forumkeuzebeding daadwerkelijk het voorwerp is geweest van wilsovereenstemming tussen partijen die duidelijk en nauwkeurig tot uiting moet komen. Het vereiste van daadwerkelijke instemming wordt gerechtvaardigd door het streven om de zwakste partij bij een overeenkomst te beschermen door te voorkomen dat de wederpartij ongemerkt een forumkeuzebeding in de overeenkomst opneemt. Het Europese Hof heeft daarbij overwogen dat het bestaan van een overeenkomst tussen partijen (als bedoeld in art. 25) kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat aan de hiervoor reeds genoemde vormvereisten die de Verordening op dit punt stelt, is voldaan. Indien een forumkeuzebeding is opgenomen in algemene voorwaarden, dan kan daar een beroep op worden gedaan indien:

- in de tekst zelf van de door beide partijen ondertekende overeenkomst uitdrukkelijk wordt verwezen naar de algemene voorwaarden die dit beding bevatten;
- deze uitdrukkelijke verwijzing door een partij bij beschouwing van een normale zorgvuldigheid kan worden nagegaan, en
- vast staat dat de algemene voorwaarden, met daarin het forumkeuzebeding, daadwerkelijk aan de andere contractspartij zijn meegedeeld.

In het kader van deze vormvereisten is de vraag interessant of daaraan geacht kan worden te zijn voldaan indien de algemene voorwaarden, met daarin een forumkeuzebeding, niet daadwerkelijk zijn meegedeeld (in de zin van ter hand gesteld) maar van die voorwaarden wel op een eenvoudige manier kennis had kunnen worden genomen, bijvoorbeeld door deze te raadplegen op de website van de gebruiker van die voorwaarden of door het doen van een verzoek aan de gebruiker (zoals door de gebruiker aangekondigd) om deze desverzocht toe te zenden.

Op dit punt geeft de hier nader te bespreken uitspraak van het Hof Den Haag van 25 april 2017,⁵ in elk geval op nationaal niveau, uitsluitsel. In de zaak die aanleiding vormde tot dit arrest, en op de feiten waarvan ik hierna nader kort zal ingaan, stelde het hof vast dat een door beide partijen ondertekende overeenkomst, in de tekst waarvan uitdrukkelijk wordt verwezen naar algemene voorwaarden die een forumkeuzebeding bevatten, ontbreekt. Verder stelt het hof vast dat het forumkeuzebeding waarop één van partijen zich beriep, was opgenomen in algemene voorwaarden die niet daadwerkelijk aan de wederpartij waren meegedeeld (lees: ter hand gesteld). De consequentie daarvan was volgens het hof dat niet aan de vormvereisten van art. 25 was

¹ Marcel Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht.

² HvJ EU 7 juli 2016, C-222/15, ECLI:EU:C:2016:525 (*Höszig*).

³ Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

⁴ Hoewel het arrest dat in deze bijdrage centraal staat, verwijst naar art. 23 van de ‘oude’ Brussel I-Verordening, zal ik in het hiernavolgende, teneinde verwarring te voorkomen, consequent refereren aan art. 25 Brussel I-Verordening (herschikt), dat inhoudelijk gelijklopend is.

⁵ Hof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1120.

voldaan en dat daarvoor ook niet toereikend was dat de betreffende voorwaarden op de website van de gebruiker hadden kunnen worden geraadpleegd of dat zij op verzoek van de wederpartij door de gebruiker hadden kunnen worden toegezonden. Met andere woorden: volgens het Hof Den Haag lijkt een forumkeuzebeding dat is opgenomen in algemene voorwaarden, pas geldig indien die voorwaarden ook daadwerkelijk ter hand zijn gesteld.

Zelf heb ik mij in dit kader overigens nog wel de vraag gesteld hoe in dit kader aangekeken zou moeten worden tegen de situatie waarin bijvoorbeeld op een standaardofferte of -opdrachtbevestiging wordt verwezen naar de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in combinatie met de mededeling dat deze een forumkeuzebeding bevatten.⁶ Ik zou, zij het met enige voorzichtigheid, willen bepleiten dat in een dergelijk geval in voldoende mate aan het kenbaarheidsvereiste van art. 25 is voldaan, zodat van de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden gevergd zou kunnen worden dat deze nader onderzoek doet, zeker wanneer aan de standaard voorgedrukte bepaling ook nog eens is toegevoegd waar de algemene voorwaarden elektronisch te raadplegen zijn en dat zij op eerste verzoek door de gebruiker zullen worden toegezonden. Eén stap verder gaat het natuurlijk om op de offerte of de opdrachtbevestiging, naast de verwijzing naar de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, expliciet het forumkeuzebeding op te nemen. De vraag is natuurlijk of het expliciet vermelden daarvan op een offerte of opdrachtbevestiging in de praktijk niet snel allerlei onwenselijke discussies gaat oproepen. Weliswaar wordt daardoor beter aan het kenbaarheidsvereiste van art. 25 voldaan, maar juist die expliciete kenbaarheid kan licht leiden tot discussie over de bevoegdheidskwestie die partijen bij het sluiten van de overeenkomsten nu juist liever niet willen voeren.

Tot zover de deels (reeds bekende) rechtspraak voor wat betreft de werking van forumkeuzeclausules die zijn opgenomen in algemene voorwaarden in internationale verhoudingen. Interessant wordt het meer in het bijzonder wanneer er sprake is van een zogenaamde battle of forms-situatie. Dat wil zeggen dat aanbod en aanvaarding (in dit geval dus bij een internationale overeenkomst) verwijzen naar verschillende algemene voorwaarden waarin in beide gevallen een forumkeuzeclausule is opgenomen (die uiteraard verwijzen naar verschillende gerechten). Dat was aan de orde in de onderhavige uitspraak van het Hof Den Haag.

2. De battle of forms in internationale verhoudingen in combinatie met (tegestelde) forumkeuzebedingen

De casus die aan de onderhavige uitspraak ten grondslag lag kwam – kort gezegd – op het volgende neer. Silicon Stud Welding Products B.V. (hierna: Silicon) is een (internationaal) opererende leverancier van onder meer stiftlasmachi-

nes en diverse producten ten behoeve van de bouwindustrie. Marvo Feuerungs- und Industriebau GmbH (hierna: Marvo) is een, eveneens internationaal opererende, onderneming die zich toelegt op hoge-temperatuurtechnologie in industriële processen. In het kader van door Marvo in België uit te voeren werkzaamheden heeft Marvo Silicon verzocht om een offerte uit te brengen voor de huur van stiftlasmachines met toebehoren en mankracht. Silicon heeft desverzocht een offerte uitgebracht waarin zij heeft verwezen naar de toepasselijkheid van de door haar gebruikte algemene voorwaarden. Deze zijn niet aan Marvo ter hand gesteld, maar waren wel te raadplegen op de website van Silicon. Deze voorwaarden bevatten een rechtskeuze voor Nederlands recht en een forumkeuze voor de Nederlandse rechter van de vestigingsplaats van Silicon.

Marvo heeft op basis van de offerte een bestelling gedaan en heeft deze bevestigd met een opdrachtbevestiging waarin werd verwezen naar de algemene inkoopvoorwaarden van Marvo. In die inkoopvoorwaarden is eveneens een forumkeuze opgenomen, maar nu voor de rechter in de vestigingsplaats van Marvo in Duitsland.

Daarop volgde een opdrachtbevestiging van Silicon, waarin de door Marvo geplaatste opdracht werd bevestigd.

Kortom: een klassiek geval van battle of forms waarbij aanbod en aanvaarding enkel op het punt van de (verwijzing naar) toepasselijke algemene voorwaarden van elkaar afwijken. Het gaat daarbij in deze zaak primair om de vraag hoe moet worden aangekeken tegen de forumkeuzebepalingen. In dat kader stelt het hof terecht allereerst de vraag aan de orde of in de onderhavige situatie primair aan de hand van art. 25 moet worden bepaald of sprake is van een geldige forumkeuze, of dat eerst overeenkomstig het toepasselijke recht moet worden vastgesteld welke algemene voorwaarden van toepassing zijn (en dus welk forumkeuzebeding aan de orde is), waarna vervolgens aan de hand van art. 25 moet worden bepaald of sprake is van een *geldige* forumkeuze.

Het hof stelt vast dat in rechtspraak en literatuur daar verschillend over wordt gedacht, maar het hof zoekt aansluiting bij het *Höszig*-arrest en leidt daaruit af dat primair aan de hand van art. 25 moet worden bepaald of sprake is van een geldige forumkeuze. In dat arrest stelde het Europese Hof immers art. 25 voorop, en volgde het niet de benadering van de verwijzende rechter, volgens wie eerst aan de hand van het toepasselijke recht moest worden vastgesteld of de desbetreffende algemene voorwaarden een integrerend deel vormden van het tussen partijen overeengekomen contractuele geheel en – zo ja – vervolgens of het in die algemene voorwaarden opgenomen forumkeuzebeding voldeed aan de vereisten van art. 25.

Daarmee rees de vervolgvraag hoe over de battle of forms onder de vigeur van art. 25 moet worden geoordeeld.

Het Haagse Hof zoekt aansluiting bij de redenering van het Europese Hof in de *Höszig*-zaak voor zover het betreft het belang dat het forumkeuzebeding daadwerkelijk voorwerp is geweest van wilsovereenstemming. Dat brengt het Haagse Hof tot het oordeel dat in een geval van een battle of forms-situatie met forumkeuzebedingen in beginsel moet worden aangenomen dat art. 25 geen bevoegdheid verschaft omdat

⁶ Bijvoorbeeld: "Op alle overeenkomsten met X B.V. zijn de algemene inkoopvoorwaarden van X B.V. van toepassing, met inbegrip van het daarin opgenomen forumkeuzebeding."

er geen wilsovereenstemming tussen partijen tot stand is gekomen over een forumkeuze. Dat betekent dat het hof op dit punt de zogeheten 'knock-out'-benadering toepast. Er is dus, aldus het hof, niet voldaan aan het vereiste van daadwerkelijke instemming van betrokkenen. Dat zou kennelijk, aldus het hof, anders hebben kunnen zijn indien één van partijen op enig moment de (forumkeuze in de) algemene voorwaarden van de andere partij uitdrukkelijk zou hebben afgewezen of daarmee akkoord zou zijn gegaan, maar dat was in de onderhavige situatie niet aan de orde. In elk geval was het hof van mening dat de mededeling van Silicon in de bevestiging van de opdracht die zij van Marvo had verkregen ('Wir danken Ihnen für Ihre[n] Auftrag und bestätigen hiermit die bestellte[n] Produkte und Lieferwünsche.') niet worden beschouwd als een instemming met de algemene voorwaarden (dan wel het daarin opgenomen forumkeuzebeding) waarnaar Marvo in haar opdrachtbevestiging had verwezen. Dit alles leidt het hof tot de conclusie dat geen van de forumkeuzebedingen daadwerkelijk het onderwerp is geweest van duidelijk en nauwkeurig tot uiting gekomen wilsovereenstemming tussen partijen. De consequentie daarvan is dat de Nederlandse rechter dus niet bevoegd is om op grond van art. 25 van de Brussel I-Verordening (herschikt) van de zaak kennis te nemen.

3. Het belang voor de praktijk

Algemene voorwaarden zijn in de internationale handelspraktijk al sinds jaar en dag niet meer weg te denken. Die voorwaarden bevatten nagenoeg altijd een forumkeuzebeding. Het belang van het succesvol kunnen doen van een beroep op een forumkeuzebeding, moet niet worden onderschat; het gedwongen moeten procederen voor de rechter van een andere staat kan verregaande consequenties hebben en in veel gevallen bepalend zijn voor het besluit om een zaak (te trachten) te schikken in plaats van om er over te procederen. Ik noem in dit verband enkele in het oog springende overwegingen:

- Er moet gebruik worden gemaakt van de diensten van een advocaat in een andere staat, vaak naast de diensten van de 'eigen' advocaat;
- De processtaat is doorgaans een andere, met alle risico's voor begripsverwarring en vertaalkosten van dien;
- Indien zou moeten worden vastgesteld dat de rechter in een andere lidstaat moet oordelen naar een ander recht dan het zijne, is dat uiteraard hoe dan ook onwenselijk, maar is het ook vaak kostenverhogend in de procedure omdat de rechter in dat geval veelal deskundigenadvies zal willen inwinnen;
- Er wordt geprocedeerd naar de procesrechtelijke regels van een andere staat waarmee veelal geen affiniteit zal bestaan;
- De beoordeling van de geldigheid van eventuele rechtskeuzebedingen en, wanneer die niet zijn overeengekomen, het bepalen van het toepasselijke recht geschiedt in beginsel volgens de regels van internationaal privaatrecht van de aangezochte rechter. Dat zal in Europese verhoudingen, vanwege de grotendeels bestaande

uniformiteit van het IPR doorgaans niet tot hele vreemde uitkomsten leiden, maar wanneer de aangezochte rechter de rechter is van een staat buiten de Europese Unie, kan dat heel anders liggen en tot verrassende uitkomsten aanleiding vormen; en

- Wanneer de aangezochte rechter een rechter is in een staat gelegen buiten de Europese Unie, moet ook rekening worden gehouden met mogelijke executieproblemen.

Kortom, als het even kan, geniet het de voorkeur om een geschil aanhangig te kunnen maken voor de 'eigen' (Nederlandse) rechter. Alle redenen om extra waakzaam te zijn wanneer het aankomt op het overeenkomen van een forumkeuzebeding. Duidelijk is, dat daaraan door de (Europese) rechter, in navolging van art. 25 van de Brussel I-Verordening (herschikt) strenge eisen worden gesteld. Vindt enkel verwijzing naar de toepasselijkheid van algemene voorwaarden plaats, maar geen terhandstelling, dan wil dat niet noodzakelijkerwijs zeggen dat de algemene voorwaarden geen onderdeel van de overeenkomst zijn geworden (dat wordt primair bepaald door het op de overeenkomst toepasselijke recht, waarbij ik bijzondere aandacht vraag voor de gevallen waarin het Weens Koopverdrag toepassing vindt), maar het is in beginsel niet toereikend voor de geldigheid van het forumkeuzebeding. Dat geldt in elk geval wanneer daarnaast ook nog eens de battle of forms-situatie zich voordoet. Het moge dan wellicht zo zijn dat zich veelal de battle of forms-situatie volgens het op de overeenkomst toepasselijke recht laat oplossen (bijvoorbeeld via toepassing van de 'first shot theory' of de 'last shot theory'), maar, kijkend naar de beslissing van het Haagse Hof die in deze bijdrage centraal staat, kan in een dergelijke situatie in beginsel nimmer tot een geldig forumkeuzebeding gekomen worden omdat in een dergelijke situatie eigenlijk per definitie niet voldaan zal zijn aan het door art. 25 Brussel I-Verordening (herschikt) gestelde vereiste dat het forumkeuzebeding daadwerkelijk het voorwerp moet zijn geweest van wilsovereenstemming tussen partijen die duidelijk en nauwkeurig tot uiting komt.

Om aan de vormvereisten van art. 25 Brussel I-Verordening (herschikt) tegemoet te komen, zou ik mij kunnen voorstellen (maar daarin mag de lezer geen garantie lezen) dat een combinatie van een verwijzing naar de toepassing van algemene voorwaarden met de opmerking dat deze mede een forumkeuzebeding bevatten, voldoende zou kunnen zijn om aan het 'kenbaarheidsvereiste' te voldoen. In elk geval is de wederpartij van de gebruiker van de voorwaarden daarmee extra gewaarschuwd, waarmee op zijn minst van hem gevergd kan worden dat hij op nader onderzoek uitgaat. Voor zover de (Europese) rechter daar al in mee zou gaan vormt het in elk geval (op basis van de uitspraak van het Haagse Hof) echter nog geen oplossing voor de battle of forms-situatie. Wie een geldig forumkeuzebeding wil overeenkomen in algemene voorwaarden zal die situatie in de praktijk dus moeten zien te voorkomen!