

5. De vraag doet zich voor hoe nu het beste tegenover de fiscus kan worden gehandeld in een geval als dit, waarbij sprake is van een slapende (kennelijk lege) vennootschap die één of meer facturen onbetaald laat. De bestuurder zal moeten nagaan of voor deze facturen al dan niet vooraf trek van de btw heeft plaatsgevonden. Is dat niet gebeurd, dan hoeft geen correctie plaats te vinden. Is dat wel gebeurd, dan dient een correctie(aangifte) plaats te vinden, in ieder geval op het moment dat de facturen een jaar open staan (of zoveel eerder als vaststaat dat ze niet worden voldaan). Daaraan gekoppeld dient in dat geval een tijdige melding betalingsonmacht namens de vennootschap bij de fiscus te worden gedaan. Zou de vennootschap binnen de meldingstermijn failleren, dan hoeft geen melding meer plaats te vinden: zie art. 36.5.7 Leidraad Invordering 2008. Wordt gekozen voor een turboliquidatie van de vennootschap – aannemende dat die inderdaad geen baten meer heeft en met inachtneming van de binnenkort in te voeren Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie (wetsvoorstel 36 172) –, dan zal wel een tijdige melding betalingsonmacht richting de fiscus moeten plaatsvinden om de bestuurder uit de gevarezone te houden, tenzij kan worden aangetoond dat de Belastingdienst al van de betalingsonmacht op de hoogte is. Zie HR 28 februari 2014, «JOR» 2014/155, m.nt. Tekstra.

mr. dr. A.J. Tekstra

117

Forumkeuze in algemene voorwaarden waarnaar in schriftelijke overeenkomst wordt verwezen via hyperlink naar website is rechtsgeldig

Hof van Justitie EU
24 november 2022, nr. C-358/21,
ECLI:EU:C:2022:923
(Arastey Sahún, Biltgen, Passer)
Noot mr. M. Zilinsky

Forumkeuze in algemene voorwaarden. Prejudiciële beslissing. Een forumkeuzebepaling is rechtsgeldig overeengekomen wanneer het is opgenomen in algemene voorwaarden waarnaar in de schriftelijke overeenkomst met een hyperlink wordt verwezen. Verwijzing naar o.a. HvJ EG 14 december 1976, ECLI:EU:C:1976:177 (Colzani/Rüwa); HvJ EU 20 april 2016, «JOR» 2016/159, m.nt. Arons (Profit Investment SIM) en HvJ EU 7 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:525 (Höszig).

[Lugano II-Verdrag art. 23 lid 1 onder a en lid 2; Brussel I art. 23 lid 1 en 2; Brussel I-bis art. 25 lid 1 en 2]

Bij de uitleg van art. 23 lid 1 en 2 Lugano II-Verdrag moet rekening worden gehouden met de uitleg die het Hof aan de overeenkomstige bepalingen van het Executieverdrag en van Brussel I heeft gegeven (HvJ EU 7 februari 2013, ECLI:EU:C:2013:62 (Refcomp) en HvJ EU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:334 (El Majdoub)). Aangezien art. 25 lid 1 en 2 Brussel I-bis art. 23 lid 1 en 2 Brussel I met in wezen identieke bewoordingen heeft vervangen, moet ook ten aanzien van de eerstgenoemde bepaling rekening worden gehouden met de rechtspraak van het Hof.

Art. 23 lid 1 Brussel I geeft duidelijk aan dat de werkingssfeer ervan beperkt is tot de gevallen waarin de partijen een gerecht hebben "aangewezen". De voorrang die in naam van het autonomiebeginsel wordt verleend aan de keuze van een ander forum dan uit hoofde van de verordening bevoegd zou zijn geweest, wordt gerechtvaardigd

door de wilsovereenstemming van de partijen (HvJ EU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:334 (El Majdoub)) en HvJ EU 20 april 2016, «JOR» 2016/159, m.nt. Arons (Profit Investment SIM)). Door de geldigheid van een dergelijk forumkeuzebeding afhankelijk te stellen van het bestaan van een “overeenkomst” tussen de partijen, verplicht art. 23 Brussel I de geadieerde rechter te onderzoeken of het beding dat hem bevoegdheid verleent, daadwerkelijk het voorwerp is geweest van wils-overeenstemming tussen partijen, waarbij deze wilsovereenstemming duidelijk en nauwkeurig tot uiting moet komen (HvJ EG 14 december 1976, ECLI:EU:C:1976:177 (Colzani/Rüwa); HvJ EU 7 februari 2013, ECLI:EU:C:2013:62 (Refcomp) en HvJ EU 20 april 2016, «JOR» 2016/159, m.nt. Arons (Profit Investment SIM)).

In casu is het forumkeuzebeding opgenomen in de algemene voorwaarden van Unilever, waarnaar in de tussen partijen gesloten schriftelijke overeenkomst uitdrukkelijk wordt verwezen. Een dergelijk beding is geoorloofd, evenwel enkel bij een uitdrukkelijke verwijzing die door een partij bij betrachting van een normale zorgvuldigheid kan worden nagegaan, en indien vaststaat dat de algemene voorwaarden, met het daarin vervatte forumkeuzebeding, daadwerkelijk aan de andere contractpartij zijn meegedeeld (HvJ EU 7 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:525 (Höszig)). In het onderhavige geval bevat de tekst van de overeenkomst een dergelijke uitdrukkelijke verwijzing die door verzoekster kan worden gecontroleerd, hetgeen de verwijzende rechter evenwel dient te beoordelen. Derhalve moet worden nagegaan of de algemene voorwaarden daadwerkelijk aan deze contractpartij werden meegedeeld. Voor zover overeenkomstig art. 23 lid 2 Brussel I de betrokken informatie wordt meegedeeld wanneer deze toegankelijk is via een beeldscherm, moet de verwijzing naar de algemene voorwaarden in de schriftelijke overeenkomst, door vermelding van de hyperlink van een website waar in beginsel kennis kan worden genomen van deze algemene voorwaarden – mits deze hyperlink werkt en door een partij bij betrachting van een normale zorgvuldigheid kan worden geopend – a fortiori worden beschouwd als bewijs dat deze informatie werd meegedeeld. In een dergelijk geval kan de omstandigheid dat er op de betrokken website geen enkel vakje kan worden aangevinkt om die algemene voorwaarden te aanvaarden of dat de website waarop die voorwaarden worden ver-

meld, zich niet automatisch opent bij de toegang tot deze website, aan die conclusie niet afdoen (HvJ EU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:334 (El Majdoub)), op voorwaarde dat de toegang tot deze algemene voorwaarden mogelijk is vóór de ondertekening van de overeenkomst en dat de aanvaarding van deze voorwaarden plaatsvindt bij de ondertekening door de betrokken contractspartij. Aangezien bovendien de loutere mogelijkheid om de algemene voorwaarden vóór het sluiten van de overeenkomst op te slaan en af te drukken volstaat om aan de vormvereisten te voldoen, is het niet relevant of deze informatie door de betrokken onderneming werd “verstrekkt” dan wel door de contractant werd “ontvangen”. Gelet op een en ander moet art. 23 lid 1 en 2 Lugano II-Verdrag aldus worden uitgelegd dat een forumkeuzebeding rechtsgeldig is overeengekomen wanneer het is opgenomen in de algemene voorwaarden waarnaar in de schriftelijk gesloten overeenkomst wordt verwezen door vermelding van de hyperlink naar een website waar van deze algemene voorwaarden, vóór de ondertekening van die overeenkomst, kennis kan worden genomen, en waar deze kunnen worden gedownload en afgedrukt, zonder dat de partij aan wie deze clause wordt tegengeworpen, is uitgenodigd om de algemene voorwaarden te aanvaarden door het aanvinken van een vakje op die website.

Tilman NV

advocaten: N. Cariat, A. Hoc en B. Hoc,
tegen

Unilever Supply Chain Company AG,
advocaat: W. van Eeckhoutte.

Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 23, lid 1, onder a), en lid 2, van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend op 30 oktober 2007, waarvan de sluiting namens de Europese Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 2009/430/EG van de Raad van 27 november 2008 (PB 2009, L 147, blz. 1; hierna: “Lugano II-Verdrag”).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Tilman NV, met zetel in België, en Unilever Supply Chain Company AG (hierna: “Unilever”), met zetel in Zwitserland, over de

niet-betaling door Unilever van door Tilman gefactureerde bedragen.

Toepasselijke bepalingen

Lugano II-Verdrag

3. Het Lugano II-Verdrag is gesloten tussen de Europese Gemeenschap, het Koninkrijk Denemarken, IJsland, het Koninkrijk Noorwegen en de Zwitserse Bondsstaat.

4. Artikel 1, lid 3, van dat verdrag luidt als volgt:

“In dit verdrag wordt onder ‘door dit verdrag gebonden staat’ verstaan, elke staat die verdragsluitende partij is bij dit verdrag of een lidstaat van de Europese Gemeenschap. Hieronder kan ook worden verstaan de Europese Gemeenschap.”

5. Artikel 23 (“Door partijen aangewezen bevoegd gerecht”) van datzelfde verdrag bepaalt in de leden 1 en 2:

“1. Wanneer de partijen van wie er ten minste één woonplaats heeft op het grondgebied van een door dit verdrag gebonden staat, een gerecht of de gerechten van een door dit verdrag gebonden staat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn die gerechten van die staat bevoegd. Deze bevoegdheid is exclusief, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Deze overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht wordt gesloten:

a) hetzij bij een schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst;

b) hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden;

c) 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.

2. Als ‘schriftelijk’ wordt tevens elke elektronische mededeling aangemerkt, waardoor de overeenkomst duurzaam geregistreerd wordt.”

6. Artikel 64, leden 1 en 2, van dit verdrag is als volgt verwoord:

“1. Dit verdrag laat onverlet de toepassing door de lidstaten van de Europese Gemeenschap van de volgende instrumenten: Verordening (EG)

nr. 44/2001 van de Raad [van 22 december 2000] betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [(PB 2001, L 12, blz. 1; hierna: ‘Brussel I-verordening’)] alsook de wijzigingen daarvan; het op 27 september 1968 te Brussel ondertekende Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [(PB 1972, L 299, blz. 32)] en het op 3 juni 1971 te Luxemburg ondertekende Protocol betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van dat verdrag, zoals gewijzigd bij de verdragen betreffende de toetreding tot genoemd verdrag en tot genoemd protocol door de tot de Europese Gemeenschappen toetredende staten [(hierna: ‘Executieverdrag’)]; de op 19 oktober 2005 te Brussel ondertekende Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en het Koninkrijk Denemarken betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

2. Dit verdrag is echter in elk geval van toepassing:

a) ten aanzien van de rechterlijke bevoegdheid, wanneer de verweerder woonplaats heeft op het grondgebied van een staat waar wel dit verdrag doch geen van de in lid 1 genoemde instrumenten van toepassing is, of wanneer artikel 22 of 23 van dit verdrag de gerechten van een dergelijke staat bevoegdheid verleent; [...]

7. Artikel 1, lid 1, van Protocol 2 betreffende de eenheid in de uitlegging van het [Lugano II-Verdrag] en betreffende het permanent Comité bepaalt:

“Elk gerecht houdt bij de toepassing en de uitlegging van dit verdrag naar behoren rekening met de beginselen vervat in alle relevante beslissingen van de gerechten van de door dit verdrag gebonden staten en van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen met betrekking tot de desbetreffende bepaling(en) en (een) soortgelijke bepaling(en) van het Verdrag van Lugano van 1988 en de in artikel 64, lid 1, van dit verdrag vermelde instrumenten”.

Brussel I-verordening

8. In artikel 23, leden 1 en 2, van de Brussel I-verordening is het volgende opgenomen:

“1. Wanneer de partijen van wie er ten minste één woonplaats heeft op het grondgebied van een lid-

staat, een gerecht of de rechten van een lidstaat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de rechten van die lidstaat bevoegd. Deze bevoegdheid is exclusief, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Deze overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht wordt gesloten:

a) hetzij bij een schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst;

b) hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden;

c) 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.

2. Als 'schriftelijk' wordt tevens elke elektronische mededeling aangemerkt, waardoor de overeenkomst duurzaam geregistreerd wordt."

Brussel I bis-verordening

9. De Brussel I-verordening is ingetrokken bij 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 (PB 2012, L 351, blz. 1; hierna: "Brussel I bis-verordening").

10. Artikel 25 ("Door partijen aangewezen bevoegd gerecht") van de Brussel I bis-verordening, dat is opgenomen in hoofdstuk II ("Bevoegdheid") van deze verordening, luidt:

"1. Indien de partijen, ongeacht hun woonplaats, een gerecht of de rechten van een lidstaat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de rechten van die lidstaat bevoegd, tenzij de overeenkomst krachtens het recht van die lidstaat nietig is wat haar materiële geldigheid betreft. Deze bevoegdheid is exclusief, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. De overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht wordt gesloten:

a) hetzij bij een schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst;

b) hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden;

c) 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.

2. Als 'schriftelijk' wordt tevens elke elektronische mededeling aangemerkt, waardoor de overeenkomst duurzaam geregistreerd wordt.

[...]"

Terugtrekkingsakkoord

11. Het Akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (PB 2020, L 29, blz. 7), dat op 24 januari 2020 te Brussel en te Londen is ondertekend en op 1 februari 2020 in werking is getreden (hierna: "terugtrekkingsakkoord"), bepaalt in artikel 2:

"Voor de toepassing van dit akkoord wordt verstaan onder:

a) 'recht van de Unie':

[...]

iv) de internationale overeenkomsten waarbij de Unie partij is en de internationale overeenkomsten die zijn gesloten door de lidstaten die namens de Unie optreden;

[...]"

12. In artikel 67 ("Rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en daarmee verband houdende samenwerking tussen centrale autoriteiten"), lid 1, van dat akkoord is het volgende bepaald:

"In het Verenigd Koninkrijk, alsook in de lidstaten in situaties waarbij het Verenigd Koninkrijk is betrokken, zijn ten aanzien van gerechtelijke procedures die voor het eind van de overgangsperiode zijn ingeleid en ten aanzien van procedures of vorderingen die met dergelijke gerechtelijke procedures verband houden ingevolge de artikelen 29, 30 en 31 van [de Brussel I bis-verordening] [...], de volgende handelingen of bepalingen van toepassing:

a) de bepalingen inzake de rechterlijke bevoegdheid van [de Brussel I bis-verordening]; [...]"

13. Artikel 126 ("Overgangsperiode") van het voormelde akkoord luidt als volgt:

"Op de datum van inwerkingtreding van dit akkoord begint een overgangs- of uitvoeringsperiode, die eindigt op 31 december 2020."

14. Artikel 127 ("Omvang van de overgang") van dat akkoord bepaalt:

"1. Tenzij in dit akkoord anders is bepaald, is tijdens de overgangsperiode het recht van de Unie van toepassing op en in het Verenigd Koninkrijk. [...]"

6. Tenzij anders is bepaald in dit akkoord, worden verwijzingen naar de lidstaten in het krachtens lid 1 toepasselijke recht van de Unie, met inbegrip van de wijze waarop het door de lidstaten ten uitvoer wordt gelegd en toegepast, tijdens de overgangsperiode zodanig begrepen dat deze het Verenigd Koninkrijk omvatten. [...]"

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

15. Op 22 november 2010 hebben Tilman en Unilever een eerste overeenkomst gesloten, waarbij eerstgenoemde zich ertoe verbond om tegen een vastgestelde prijs, voor rekening van laatstgenoemde, dozen theezakjes te verpakken en gereed te maken voor verkoop.

16. Op 6 januari 2011 hebben de partijen een tweede overeenkomst gesloten waarbij de overeengekomen prijs werd gewijzigd. Deze overeenkomst voorzag dat zij, behoudens andersluidende bepalingen, werd beheerst door de algemene voorwaarden voor de aankoop van producten van Unilever. De algemene voorwaarden, die op een website konden worden geraadpleegd en gedownload via een in die overeenkomst opgenomen hyperlink, bepaalden dat elke contractspartij "zich onherroepelijk [zou] onderwerpen aan de uitsluitende rechtsmacht van de Engelse rechtbanken voor de beslechting van elk geschil dat direct of indirect uit de overeenkomst zou kunnen voortvloeien".

17. Na een wijziging in de factureringsregeling is tussen partijen een meningsverschil ontstaan over de verhoging van de aangerekende prijs en Unilever heeft de door Tilman uitgereikte facturen slechts gedeeltelijk betaald.

18. Tilman heeft Unilever voor de Belgische rechter gedaagd om betaling van de achterstallige be-

dragen te verkrijgen. Unilever betoogde daarop dat ingevolge de algemene voorwaarden van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst alleen de Engelse rechter bevoegd was om kennis te nemen van het geschil.

19. Bij vonnis van 12 augustus 2015 heeft de Belgische rechter in eerste aanleg zich bevoegd verklaard om kennis te nemen van het geschil en geoordeeld dat de overeenkomst wordt beheerst door en moet worden uitgelegd volgens het Engelse recht.

20. Tilman heeft tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld en gesteld dat de overeenkomst moest worden beheerst door en moest worden uitgelegd volgens het Belgische recht. Unilever heeft incidenteel beroep ingesteld met het argument dat niet de Belgische maar wel de Engelse rechter bevoegd is.

21. Bij arrest van 12 februari 2020 heeft de cour d'appel de Liège (België) de door Unilever opgeworpen exceptie van onbevoegdheid toegewezen op grond dat de Belgische rechter, overeenkomstig het forumkeuzebeding dat is opgenomen in de algemene voorwaarden van de overeenkomst waarvan sprake in het hoofdgeding, niet bevoegd was om kennis te nemen van het geschil dat voortvloeit uit de uitvoering van de genoemde overeenkomst.

22. Tilman heeft tegen dat arrest cassatieberoep ingesteld bij het Hof van Cassatie (België). Deze onderneming voerde daarbij aan dat artikel 23, leden 1 en 2, van het Lugano II-Verdrag was geschonden. Volgens Tilman heeft de cour d'appel de Liège de situatie in het hoofdgeding ten onrechte gelijkgesteld met een overeenkomst die via internet is gesloten, maar waarbij de koper een vakje moet aanvinken om aan te geven dat hij de algemene voorwaarden van de verkoper aanvaardt.

23. De verwijzende rechter vraagt zich af of in het hoofdgeding is voldaan aan de voorwaarden voor het bewijs dat Tilman daadwerkelijk heeft ingestemd met het forumkeuzebeding, aangezien dit beding was opgenomen in de algemene voorwaarden voor de aankoop van producten van Unilever en niet in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst, en dat deze voorwaarden niet rechtstreeks bij laatstgenoemde overeenkomst waren gevoegd.

24. Enerzijds herinnert deze rechter eraan dat de cour d'appel de Liège in het arrest van 12 februari 2020 heeft geoordeeld dat leek te zijn voldaan aan

de voorwaarden die waren geformuleerd in de rechtspraak van het Hof, met name in de arresten van 14 december 1976, *Estasis Salotti di Colzani* (24/76, EU:C:1976:177), en 21 mei 2015, *El Majdoub* (C-322/14, EU:C:2015:334).

25. Wat betreft de voorwaarde dat de overeenkomst uitdrukkelijk moet verwijzen naar de algemene voorwaarden, bepaalt volgens de verwijzende rechter de overeenkomst die door Unilever ter ondertekening aan Tilman is bezorgd en die daadwerkelijk door deze laatste werd ondertekend op 6 januari 2011, immers uitdrukkelijk dat deze, bij gebreke van andersluidende bepalingen in die overeenkomst of in andere tussen partijen gesloten overeenkomsten, wordt beheerst door de algemene voorwaarden voor de aankoop van producten van Unilever. Wat betreft de voorwaarde volgens welke de verwijzing naar de algemene voorwaarden “moet kunnen worden gecontroleerd” door een normaal zorgvuldig persoon, zou de voornoemde overeenkomst een hyperlink naar een website bevatten die toegang verleent tot de algemene voorwaarden van Unilever. Aangaande de voorwaarde dat de algemene voorwaarden moeten kunnen worden “opgeslagen op een duurzame drager”, heeft Tilman volgens de verwijzende rechter de mogelijkheid gehad om deze te downloaden en af te drukken door zich naar de website te begeven waarop de algemene voorwaarden van Unilever te vinden zijn.

26. Anderzijds was Tilman echter niet verzocht om een vakje aan te vinken om aan te geven dat zij de algemene voorwaarden van Unilever aanvaardde, zodat de vraag rijst of artikel 23, leden 1 en 2, van het Lugano II-Verdrag zijn nageleefd.

27. In deze omstandigheden heeft het Hof van Cassatie beslist de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

“Is voldaan aan artikel 23, lid 1, onder a), en lid 2, van het [Lugano II-Verdrag], wanneer een forumkeuzebeding is opgenomen in de algemene voorwaarden waarnaar in een schriftelijk gesloten overeenkomst wordt verwezen door vermelding van de hyperlink naar een website waar van deze algemene voorwaarden kennis kan worden genomen en waar deze kunnen worden gedownload en afgedrukt, zonder dat de partij aan wie deze clausule wordt tegengeworpen is uitgenodigd om de algemene voorwaarden te aanvaarden door het aanvinken van een vakje op die website?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

28. Om te beginnen zij opgemerkt dat, overeenkomstig artikel 67, lid 1, onder a), van het terugtrekkingsakkoord, de in de Brussel I bis-verordening opgenomen bevoegdheidsregels van toepassing zijn in het Verenigd Koninkrijk alsook in de lidstaten in situaties waarbij het Verenigd Koninkrijk is betrokken, op gerechtelijke procedures die voor het eind van de in artikel 126 van dat akkoord bedoelde overgangperiode zijn ingeleid.

29. Bovendien is volgens artikel 127 van dat terugtrekkingsakkoord het recht van de Unie, daaronder begrepen de internationale overeenkomsten zoals het Lugano II-Verdrag, tijdens die overgangperiode van toepassing op het Verenigd Koninkrijk.

30. Aangaande de clausules tot aanwijzing van een bevoegde rechter, moet eraan worden herinnerd dat het op zichzelf een bevoegdheidskeuze betreft die zonder rechtsgevolg blijft zolang geen geschil in rechte aanhangig is gemaakt, en die slechts consequenties krijgt op de dag waarop de rechtsvordering wordt ingesteld (arrest van 13 november 1979, *Sanicentral*, 25/79, EU:C:1979:255, punt 6). Het is dus dit tijdstip waarvan dient te worden uitgegaan om de draagwijdte van een dergelijke clausule te toetsen aan de geldende rechtsregels.

31. Uit de gegevens van het dossier waarover het Hof beschikt blijkt in casu dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde rechtsvordering vóór 31 december 2020 – de datum waarop de in artikel 126 van het terugtrekkingsakkoord vastgestelde overgangperiode verstrijkt – is ingesteld, zodat de uitlegging van het Lugano II-Verdrag noodzakelijk blijft om het hoofdgeding te beslechten.

32. Wat de grond van de zaak betreft, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 23, lid 1, onder a), en lid 2, van het Lugano II-Verdrag aldus moet worden uitgelegd dat een forumkeuzebeding rechtsgeldig is gesloten wanneer het is opgenomen in algemene voorwaarden waarnaar in de schriftelijk gesloten overeenkomst wordt verwezen door vermelding van de hyperlink naar een website waar van deze algemene voorwaarden kennis kan worden genomen en waar deze kunnen worden gedownload en afgedrukt, zonder dat de partij aan wie deze clausule wordt tegengeworpen, is uitgenodigd om de alge-

mene voorwaarden te aanvaarden door een vakje op die website aan te vinken.

33. Om deze vraag te beantwoorden zij eraan herinnerd dat, zoals blijkt uit artikel 1, lid 1, van Protocol 2 betreffende de uitlegging van het Lugano II-Verdrag, dit verdrag moet worden toegepast en uitgelegd met inachtneming van de beginselen die het Hof heeft vastgesteld met betrekking tot de desbetreffende bepaling(en) en (een) soortgelijke bepaling(en) in andere instrumenten, waaronder het Executieverdrag en de Brussel I-verordening.

34. Aangezien artikel 23, leden 1 en 2, van het Lugano II-Verdrag identiek is aan artikel 23, leden 1 en 2, van de Brussel I-verordening en artikel 23, lid 1, van deze verordening zelf in nagenoeg identieke bewoordingen was gesteld als artikel 17, eerste alinea, van het Executieverdrag, moet bij de uitlegging van artikel 23, leden 1 en 2, van het Lugano II-Verdrag dus rekening worden gehouden met de uitlegging die het Hof aan de overeenkomstige bepalingen van het Executieverdrag en van de Brussel I-verordening heeft gegeven (zie naar analogie arresten van 7 februari 2013, Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, punten 18 en 19, en 21 mei 2015, El Majdoub, C-322/14, EU:C:2015:334, punten 27 en 28). Aangezien artikel 25, leden 1 en 2, van de Brussel I bis-verordening artikel 23, leden 1 en 2, van de Brussel I-verordening met in wezen identieke bewoordingen heeft vervangen, moet ook ten aanzien van de eerstgenoemde bepaling rekening worden gehouden met de rechtspraak van het Hof.

35. Volgens artikel 23, lid 1, van het Lugano II-Verdrag kunnen partijen van wie er ten minste één woonplaats heeft op het grondgebied van een door dit verdrag gebonden staat, overeenkomen dat een gerecht van een staat die eveneens door dit verdrag is gebonden bij uitsluiting bevoegd is om kennis te nemen van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan. Om geldig te zijn moet deze bevoegdheidstoewijzing met name worden gesloten “hetzij bij een schriftelijke overeenkomst hetzij bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst”, zoals blijkt uit punt a) van deze bepaling.

36. Wat de in artikel 23 van de Brussel I-verordening gestelde voorwaarden betreft, heeft het Hof geoordeeld dat deze strikt moeten worden uitgelegd, aangezien dat artikel zowel de uit het algemene beginsel van artikel 2 van die verordening voortvloeiende bevoegdheid van de gerechten

van de woonplaats van de verweerder als de bijzondere bevoegdheden van de artikelen 5 tot en met 7 van de verordening uitsluit (zie in die zin arrest van 21 mei 2015, El Majdoub, C-322/14, EU:C:2015:334, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37. Artikel 23, lid 1, van de Brussel I-verordening geeft duidelijk aan dat de werkingssfeer ervan beperkt is tot de gevallen waarin de partijen een gerecht hebben “aangewezen”. De voorrang die in naam van het autonomiebeginsel wordt verleend aan de keuze van een ander forum dan uit hoofde van de verordening bevoegd zou zijn geweest, gerechtvaardigd door de wilsovereenstemming van de partijen (zie in die zin arresten van 21 mei 2015, El Majdoub, C-322/14, EU:C:2015:334, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 20 april 2016, Profit Investment SIM, C-366/13, EU:C:2016:282 («JOR» 2016/159, m.nt. Arons: *red.*), punt 24).

38. Door de geldigheid van een dergelijk forumkeuzebeding afhankelijk te stellen van het bestaan van een “overeenkomst” tussen de partijen, verplicht artikel 23, lid 1, van de Brussel I-verordening de geadieerde rechter te onderzoeken of het beding dat hem bevoegdheid verleent daadwerkelijk het voorwerp is geweest van wilsovereenstemming tussen partijen, waarbij deze wilsovereenstemming duidelijk en nauwkeurig tot uiting moet komen (zie naar analogie arresten van 14 december 1976, Estasis Salotti di Colzani, 24/76, EU:C:1976:177, punt 7; 7 februari 2013, Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, punt 27, en 20 april 2016, Profit Investment SIM, C-366/13, EU:C:2016:282 («JOR» 2016/159, m.nt. Arons: *red.*), punt 27).

39. De vormvereisten van artikel 23, lid 1, van de Brussel I-verordening hebben immers tot doel te waarborgen dat de wilsovereenstemming tussen de partijen inderdaad vaststaat (zie naar analogie, met betrekking tot het Executieverdrag, arrest van 14 december 1976, Estasis Salotti di Colzani, 24/76, EU:C:1976:177, punt 7), aangezien de daadwerkelijke instemming van de belanghebbenden een van de doelstellingen van die bepaling is (zie in die zin arresten van 7 februari 2013, Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 20 april 2016, Profit Investment SIM, C-366/13, EU:C:2016:282 («JOR» 2016/159, m.nt. Arons: *red.*), punt 27).

40. In dit verband heeft het Hof met betrekking tot het Executieverdrag geoordeeld dat een fo-

rumkeuzebeding dat is vervat in de algemene verkoopvoorwaarden van een van de partijen, in beginsel voldoet aan het vereiste van een geschrift in de zin van artikel 17, eerste alinea, van dat verdrag in het geval dat die algemene voorwaarden op de achterzijde van de overeenkomst zijn afgedrukt en deze uitdrukkelijk naar die algemene voorwaarden verwijst, of nog in het geval dat de partijen in de tekst van hun overeenkomst hebben verwezen naar een aanbod dat, op zijn beurt, uitdrukkelijk verwijst naar de algemene voorwaarden wanneer deze uitdrukkelijke verwijzing kan worden nagegaan door een partij bij betrachtning van een normale zorgvuldigheid, en indien vaststaat dat de algemene voorwaarden, waarin het forumkeuzebeding is opgenomen, daadwerkelijk aan de andere contractant zijn meegedeeld (zie in die zin arrest van 14 december 1976, *Estasis Salotti di Colzani*, 24/76, EU:C:1976:177, punten 10 en 12).

41. Het Hof heeft evenwel gepreciseerd dat aan het vereiste van een geschrift in de zin van artikel 17, eerste alinea, van het Executieverdrag niet is voldaan bij indirecte of stilzwijgende verwijzingen naar vorige correspondentie, daar in dat geval geen zekerheid bestaat dat het forumkeuzebeding daadwerkelijk deel uitmaakt van het eigenlijke contract (zie in die zin arrest van 14 december 1976, *Estasis Salotti di Colzani*, 24/76, EU:C:1976:177, punt 12).

42. Evenzo heeft het Hof geoordeeld dat een forumkeuzebeding niet voldoet aan de vereisten van artikel 25, lid 1, onder a), van de Brussel I bis-verordening, waarvan de bewoordingen vergelijkbaar zijn met die van artikel 23, lid 1, onder a), van het Lugano II-Verdrag, wanneer de overeenkomst mondeling en zonder nadere schriftelijke bevestiging is gesloten, en dat de algemene voorwaarden die het betrokken forumkeuzebeding bevatten, slechts op de door een van de partijen uitgereikte facturen zijn vermeld (zie in die zin arrest van 8 maart 2018, *Saey Home & Garden*, C-64/17, EU:C:2018:173, punten 28 en 29).

43. Volgens artikel 23, lid 2, van de Brussel I-verordening, dat in vergelijking met artikel 17 van het Executieverdrag een nieuwe bepaling vormt die is toegevoegd om rekening te houden met de ontwikkeling van nieuwe communicatietechnieken, kan de geldigheid van een overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter zoals die in het hoofdgeding, met name afhangen van de

vraag of de overeenkomst duurzaam geregistreerd kan worden (arrest van 21 mei 2015, *El Majdoub*, C-322/14, EU:C:2015:334, punt 32).

44. Uit een letterlijke uitlegging van die bepaling volgt dat het mogelijk moet zijn om de overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter duurzaam te registreren en dat het van geen belang is of de koper de tekst van de algemene voorwaarden daadwerkelijk duurzaam heeft geregistreerd vóór of na het klikken op het veld waarin staat dat hij die voorwaarden accepteert (arrest van 21 mei 2015, *El Majdoub*, C-322/14, EU:C:2015:334, punt 33).

45. Met deze bepaling wordt namelijk beoogd bepaalde vormen van elektronische mededeling als schriftelijk aan te merken, om het elektronisch sluiten van overeenkomsten te vereenvoudigen, aangezien de betrokken informatie ook wordt meegedeeld wanneer de informatie toegankelijk is via een beeldscherm. Om te kunnen spreken van elektronische mededeling die dezelfde waarborgen kan bieden, in het bijzonder op het gebied van bewijsvoering, is het voldoende dat de informatie vóór het sluiten van de overeenkomst kan worden opgeslagen en afgedrukt (arrest van 21 mei 2015, *El Majdoub*, C-322/14, EU:C:2015:334, punt 36).

46. In casu blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde forumkeuzebeding is opgenomen in de algemene voorwaarden van Unilever, waarnaar in de tussen partijen gesloten schriftelijke overeenkomst uitdrukkelijk wordt verwezen.

47. Met betrekking tot een situatie waarin, zoals in casu, de algemene voorwaarden waarin het forumkeuzebeding is opgenomen, niet rechtstreeks bij de overeenkomst zijn gevoegd, moet overeenkomstig de in de in de punten 37 tot en met 45 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak worden vastgesteld dat een dergelijk beding geoorloofd is indien in de tekst zelf van de door beide partijen gesloten overeenkomst uitdrukkelijk wordt verwezen naar die algemene voorwaarden die dit beding bevatten.

48. Dit geldt evenwel enkel bij een uitdrukkelijke verwijzing die door een partij bij betrachtning van een normale zorgvuldigheid kan worden nagegaan, en indien vaststaat dat de algemene voorwaarden, met het daarin vervatte forumkeuzebeding, daadwerkelijk aan de andere contractpartij zijn meegedeeld (zie in die zin arrest van 7 juli 2016, *Höszig*, C-222/15, EU:C:2016:525, punt 40).

49. In het onderhavige geval lijkt niet te worden betwist dat de tekst van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst een dergelijke uitdrukkelijke verwijzing bevat die door verzoekster in het hoofdgeding kan worden gecontroleerd, hetgeen de verwijzende rechter evenwel dient te beoordelen.

50. Derhalve moet worden nagegaan of de algemene voorwaarden daadwerkelijk aan deze contractspartij werden meegedeeld.

51. Voor zover overeenkomstig artikel 23, lid 2, van de Brussel I-verordening, zoals uitgelegd door het Hof, de betrokken informatie wordt meegedeeld wanneer deze toegankelijk is via een beeldscherm, moet de verwijzing naar de algemene voorwaarden in de schriftelijke overeenkomst, door vermelding van de hyperlink van een website waar in beginsel kennis kan worden genomen van deze algemene voorwaarden – mits deze hyperlink werkt en door een partij bij betrachtiging van een normale zorgvuldigheid kan worden geopend – a fortiori worden beschouwd als bewijs dat deze informatie werd meegedeeld.

52. In een dergelijk geval kan de omstandigheid dat er op de betrokken website geen enkel vakje kan worden aangevinkt om die algemene voorwaarden te aanvaarden of dat de website waarop die voorwaarden worden vermeld zich niet automatisch opent bij de toegang tot deze website, aan die conclusie niet afdoen (zie in die zin arrest van 21 mei 2015, El Majdoub, C-322/14, EU:C:2015:334, punt 39), op voorwaarde dat de toegang tot deze algemene voorwaarden mogelijk is vóór de ondertekening van de overeenkomst en dat de aanvaarding van deze voorwaarden plaatsvindt bij de ondertekening door de betrokken contractspartij.

53. Aangezien bovendien de loutere mogelijkheid om de algemene voorwaarden vóór het sluiten van de overeenkomst op te slaan en af te drukken volstaat om aan de vormvereisten te voldoen, is het niet relevant of deze informatie door de betrokken onderneming werd “verstrekt” dan wel door de contractant werd “ontvangen”.

54. De in artikel 23, lid 1, van de Brussel I-verordening neergelegde vormvereisten zijn namelijk ingegeven door het streven om geen inbreuk te maken op de handelsgebruiken, ofschoon daarbij de gevolgen van de clausules in de contracten, die al vlug onopgemerkt blijven, worden geneutraliseerd, zoals bedingen die gedrukt voorkomen op de correspondentie of de facturen en die niet door

de partij tegen welke zij worden ingeroepen, zijn geaccepteerd (zie in die zin arresten van 24 juni 1981, Elefanten Schuh, 150/80, EU:C:1981:148, punt 24, en 7 juli 2016, Hószig, C-222/15, EU:C:2016:525, punt 36).

55. In casu heeft het hoofdgeding betrekking op voortdurende contractuele betrekkingen tussen commerciële ondernemingen, zodat de vereisten op het gebied van consumentenbescherming voor kopers niet in aanmerking kunnen worden genomen.

56. Hoe dan ook en zelfs indien de verwijzende rechter het Hof niet heeft gevraagd of er eventueel sprake is van een door de partijen gekende gewoonte in de internationale handel, moet hieraan worden toegevoegd dat artikel 23, lid 1, onder b) en c), van het Lugano II-Verdrag – afgezien van de twee mogelijkheden waarin artikel 23, lid 1, onder a), van datzelfde verdrag voorziet, te weten de schriftelijke overeenkomst of de schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst – bepaalt dat een forumkeuzebeding ook kan worden overeengekomen hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelswijzen 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 (zie naar analogie arrest van 8 maart 2018, Saey Home & Garden, C-64/17, EU:C:2018:173, punt 31).

57. In een dergelijk geval wordt een forumkeuzebeding immers geacht rechtsgeldig te zijn wanneer het is bedongen in een vorm die wordt toegelaten door de gebruiken op dit gebied en die de partijen kennen of geacht worden te kennen. Hoewel deze versoepeling niet noodzakelijk betekent dat een wilsovereenstemming tussen de partijen niet vereist is, aangezien de daadwerkelijke instemming van de belanghebbenden nog steeds een van de doelstellingen van die bepaling is, wordt de wilsovereenstemming tussen partijen over het forumkeuzebeding geacht te bestaan wanneer er dienaangaande in de betrokken tak van de internationale handel handelsgebruiken bestaan die deze partijen kennen of geacht worden te kennen (zie in die zin arrest van 20 februari 1997, MSG, C-106/95, EU:C:1997:70, punten 16, 17 en 19, en 20 april 2016, Profit Investment

SIM, C-366/13, EU:C:2016:282 («JOR» 2016/159, m.nt. Arons; *red.*), punten 39 en 40).

58. In casu staat het in voorkomend geval aan de verwijzende rechter om na te gaan of tussen partijen in het hoofdgeding een forumkeuzebeding is overeengekomen in een van de in artikel 23, lid 1, onder b) en c), van het Lugano II-Verdrag bedoelde vormen.

59. Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 23, leden 1 en 2, van het Lugano II-Verdrag aldus moet worden uitgelegd dat een forumkeuzebeding rechtsgeldig gesloten is wanneer het is opgenomen in de algemene voorwaarden waarnaar in de schriftelijk gesloten overeenkomst wordt verwezen door vermelding van de hyperlink naar een website waar van deze algemene voorwaarden, vóór de ondertekening van die overeenkomst, kennis kan worden genomen en waar deze kunnen worden gedownload en afgedrukt, zonder dat de partij aan wie deze clause wordt tegengeworpen, is uitgenodigd om de algemene voorwaarden te aanvaarden door het aanvinken van een vakje op die website.

Kosten

60. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Zevende kamer) verklaart voor recht:

Artikel 23, leden 1 en 2, van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend op 30 oktober 2007, waarvan de sluiting namens de Europese Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 2009/430/EG van de Raad van 27 november 2008, moet aldus worden uitgelegd dat:

een forumkeuzebeding rechtsgeldig gesloten is wanneer het is opgenomen in de algemene voorwaarden waarnaar in de schriftelijk gesloten overeenkomst wordt verwezen door vermelding van de hyperlink naar een website waar van deze algemene voorwaarden, vóór de ondertekening van die overeenkomst, kennis kan worden genomen en waar deze kunnen worden gedownload en afgedrukt, zonder dat de partij aan wie deze clausu-

le wordt tegengeworpen, is uitgenodigd om de algemene voorwaarden te aanvaarden door het aanvinken van een vakje op die website.

NOOT

1. Geschillen over de forumkeuze in internationale overeenkomsten komen veelvuldig voor. Het onderhavige arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie is gewezen naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het Belgische Hof van Cassatie over de geldigheid van een forumkeuzebeding in de algemene voorwaarden waarnaar in een overeenkomst tussen in verschillende staten gevestigde partijen door een websitehyperlink wordt verwezen. Het arrest heeft betrekking op de uitleg van art. 23 Verdrag van Lugano (*PbEU* 2009, L 147/5), maar geldt ook voor de uitleg van art. 25 Brussel I-bis (*Vo* (EU) 1215/2012, *PbEU* 2012, L 351/1). Ingevolge art. 1 lid 1 van Protocol 2 betreffende de uitlegging van het Verdrag van Lugano moet dit verdrag worden toegepast en uitgelegd met inachtneming van de beginselen die het Hof heeft vastgesteld met betrekking tot gelijkkluidende of soortgelijke bepalingen in Brussel I-bis dan wel haar voorgangers.
2. In deze zaak hebben Tilman en Unilever een overeenkomst gesloten waarin de algemene voorwaarden van Unilever van toepassing worden verklaard. De overeenkomst voorziet in een hyperlink naar de website van Unilever waar de algemene voorwaarden kunnen worden geraadpleegd en gedownload. Deze voorwaarden bevatten een forumkeuzebeding voor de Engelse rechter. Tussen partijen ontstaat een meningsverschil over de wijze van facturering. Tilman start een procedure tegen Unilever bij de Belgische rechter. In eerste aanleg verklaart de Belgische rechter zich bevoegd tot kennisneming van het geschil tussen partijen. In hoger beroep honoreert de Belgische rechter echter het beroep van Unilever op de onbevoegdheid van de Belgische rechter in verband met de forumkeuze voor de Engelse rechter in de algemene voorwaarden. Het Hof van Cassatie stelt op 20 mei 2021 een prejudiciële vraag aan het Europese Hof of het forumkeuzebeding in de algemene voorwaarden rechtsgeldig is in de zin van art. 23 lid 1 en lid 2 van het Verdrag van Lugano.
3. Het Verenigd Koninkrijk is vanwege de Brexit met ingang van 1 januari 2021 niet meer aan

Brussel I-bis gebonden. Een forumkeuze voor de Engelse rechter is na deze datum geen forumkeuze in de zin van art. 25 Brussel I-bis, omdat dit beding niet de rechter van een lidstaat aanwijst. De procedure voor de Belgische rechter is voor 1 januari 2021 is gestart, zodat Brussel I-bis ingevolge art. 67 lid 1 onder a van het EU/VK-Terugtrekkingsakkoord (PbEU 2019, Cl 384/1) in beginsel wel van toepassing is. Hetzelfde geldt ook met betrekking tot het Verdrag van Lugano. Dit verdrag is in casu relevant, nu een der partijen in Zwitserland is gevestigd. Zwitserland is partij bij dit verdrag, maar is geen lidstaat van de Europese Unie.

4. Het Verdrag van Lugano en Brussel I-bis verschillen niet op het in het onderhavige geval centraal staande punt, namelijk of door het bestaan van een hyperlink naar een website met algemene voorwaarden met een forumkeuzebeding in een schriftelijk contract voldaan is aan het schriftelijkheidsvereiste met betrekking tot het forumkeuzebeding. Dit is echter anders indien de vraag naar de materiële geldigheid van het forumkeuzebeding zou rijzen. Men denke hierbij aan de mogelijkheid van dwaling ten aanzien van de totstandkoming van een forumkeuze, dan wel de gevolgen van bedrog of bedreiging bij de totstandkoming van een forumkeuze. Op basis van art. 25 Brussel I-bis wordt de vraag naar de materiële geldigheid beheerst door het recht van de lidstaat van de rechter die door het beding wordt aangewezen, inclusief het internationaal privaatrecht van die lidstaat (vgl. art. 25 Brussel I-bis jo. overweging 20 van de Considerans Brussel I-bis). In art. 23 Verdrag van Lugano ontbreekt een dergelijke regeling. In de literatuur wordt verdedigd dat de materiële geldigheid van een forumkeuzebeding dan beheerst wordt door het op het contract zelf toepasselijke recht of door het materiële recht van de aangewezen rechter. Deze regelingen kunnen dus tot verschillende uitkomsten leiden (zie L. Strikwerda, 'Het toepasselijke recht op de internationale forumkeuzeovereenkomst in het licht van art. 10:154 BW', in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce, M. Zilinsky (red.), *IPR in de spiegel van Paul Vlas*, Deventer: Kluwer 2012, p. 211-220).

5. In casu draait het om de vraag of sprake is van een schriftelijke forumkeuzeovereenkomst tussen partijen. Ingevolge vaste rechtspraak moet worden bepaald of tussen partijen wilsovereenstemming over de aanwijzing van het gerecht is ont-

staan die duidelijk en nauwkeurig tot uiting moet komen (HvJ EG 14 december 1976, ECLI:EU:C:1976:177 (*Colzani/Rüwa*) en HvJ EU 20 april 2016, «JOR» 2016/159, m.nt. Arons (*Profit Investment SIM*)). Of dit daadwerkelijk het geval is, dient volgens het Hof aan de hand van de vormvereisten te worden bepaald die in art. 25 Brussel I-bis zijn opgenomen. Voor zover in het onderhavige geval relevant, doet zich dit voor bij een schriftelijke forumkeuze of een schriftelijk bevestigde mondelinge forumkeuze.

6. Bij een forumkeuzebeding in de algemene voorwaarden is volgens het Hof aan het schriftelijkheidsvereiste voldaan indien de algemene voorwaarden op de achterzijde van de overeenkomst zijn afgedrukt en deze uitdrukkelijk naar die algemene voorwaarden verwijst. Een forumkeuzebeding dat niet rechtstreeks bij de overeenkomst is gevoegd, is geoorloofd indien in de overeenkomst tussen partijen zelf uitdrukkelijk naar de algemene voorwaarden wordt verwezen die dit beding bevat. Tevens moeten de algemene voorwaarden aan de wederpartij worden meegedeeld (HvJ EU 7 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:525 (*Höszig*)). In casu betwist Tilman niet dat de overeenkomst een dergelijke uitdrukkelijke verwijzing bevat die door Tilman kon worden gecontroleerd. Door middel van de hyperlink kan in beginsel kennis worden genomen van de algemene voorwaarden, mits deze hyperlink werkt en door de partij bij betrachtiging van normale zorgvuldigheid kan worden geopend. Het bestaan van een hyperlink wordt bovendien door het Hof beschouwd als bewijs dat de algemene voorwaarden aan de wederpartij zijn meegedeeld. Hieraan doet niet af dat deze partij geen enkel vakje hoeft aan te vinken om die algemene voorwaarden te aanvaarden of dat de website waarop die voorwaarden worden vermeld, zich niet automatisch opent bij de toegang tot deze website. Het Hof eist wel dat de toegang tot deze algemene voorwaarden mogelijk moet zijn voordat de overeenkomst door partijen wordt ondertekend, waarbij tevens de aanvaarding van deze voorwaarden door de partijen plaatsvindt. De loutere mogelijkheid om de algemene voorwaarden vóór het sluiten van de overeenkomst op te slaan en af te drukken, volstaat om aan de vormvereisten te voldoen. Het is niet van belang dat het forumkeuzebeding en/of de algemene voorwaarden waarvan dat beding onderdeel uitmaakt, door partijen daadwerkelijk is vastgelegd. Relevant is

óf een mogelijkheid daartoe voorafgaand aan het ondertekenen van het contract bestond. Deze mogelijkheid kan bestaan uit het kunnen opslaan of afdrukken van de voorwaarden.

7. Het Hof maakt in dit arrest een afweging tussen het belang van het handelsverkeer en het vereiste van geïnformeerde toestemming en laat het eerste zwaarder wegen. Het is dus blijkbaar aan de partij die wordt uitgenodigd om de algemene voorwaarden online te raadplegen, om dit daadwerkelijk te doen. Een klik en het online lezen op een scherm zijn in de digitale samenleving van vandaag de dag niet veeleisender dan het lezen van een papieren document in een bijlage bij een overeenkomst. Het arrest van het Hof vereenvoudigt het grensoverschrijdend contracteren doordat de mogelijkheid om algemene voorwaarden (incl. daarin opgenomen forumkeuzebeding) online te raadplegen, gelijk wordt gesteld aan de terhandstelling van deze voorwaarden in de papieren vorm. Vgl. ook Rb. Rotterdam 21 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7843.

8. Het Hof ziet het bestaan van een – goed werkende – hyperlink a fortiori als bewijs dat de algemene voorwaarden aan de wederpartij zijn meegedeeld (r.o. 51). Waarom dit a fortiori zo is, is mij niet helemaal duidelijk. De digitale toegang tot de algemene voorwaarden en de mogelijkheid om deze vervolgens op een scherm te lezen, zijn volgens het Hof een effectieve wijze om deze voorwaarden te raadplegen. Dit is mijns inziens echter niet het geval wanneer deze hyperlink niet is of kon worden aangeklikt. En dan nog een belangrijke praktische vraag: hoe moet worden aangetoond dat de link wel of niet werkte? En welke partij moet dit doen: de gebruiker van de algemene voorwaarden of de wederpartij die zich op het niet werken van de hyperlink beroept? Bij gebreke van een regeling hiervoor in Brussel I-bis en/of het Verdrag van Lugano wordt deze vraag in beginsel beheerst door het nationale procesrecht van de rechter waar de forumkeuze wordt ingeroepen. In een procedure voor de Nederlandse rechter brengt art. 150 Rv naar mijn mening met zich dat degene die zich op de forumkeuze beroept, aannemelijk moet maken dat de hyperlink werkte. Een bewijs daarvoor behoeft echter niet te worden geleverd. Bij het bepalen van de rechtsmacht is ingevolge vaste rechtspraak van het Hof géén ruimte voor een uitgebreide bewijsprocedure met betrekking tot de

betwiste feiten (HvJ EU 28 januari 2015, «JOR» 2015/109, m.nt. Arons (*Kolassa/Barclays*)).

mr. M. Zilinsky
adviseur bij Houthoff/universitair docent internationaal privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam

Klassiekers

118

Dépex. Afstemmings- en onvoltooidheidstoets aanwijzing voor vraag of distillatie-apparatuur bestanddeel is geworden van fabriek

Hoge Raad
15 november 1991, nr. 14.294,
ECLI:NL:HR:1991:ZC0412
(mr. Martens, mr. Haak, mr. Roelvink, mr. Davids, mr. Heemskerk)
(Concl. A-G Hartkamp)
Noot mr. K. Everaars

Natrekking. Bestanddeel volgens verkeersopvatting. Is door leverancier onder eigendomsvoorbehoud geleverde distillatie-apparatuur bestanddeel geworden van het fabrieksgebouw waarin zij is geïnstalleerd? Onvoltooidheidstoets en afstemmingstoets.

[BW art. 3:4; BW (oud) art. 563]

Het gaat om de vraag of de distillatie-apparatuur moet worden aangemerkt als bestanddeel van het onroerend goed van failliet. Het gaat in gevallen als het onderhavige om beantwoording van de vraag of apparatuur en gebouw naar verkeersopvatting tezamen als één zaak moeten worden gezien. Wanneer gebouw en apparatuur in constructief opzicht specifiek op elkaar zijn afgestemd, ligt hierin een aanwijzing voor een bevestigende beantwoording van die vraag. Hetzelfde geldt wanneer het gebouw uit een oogpunt van geschiktheid als fabrieksgebouw – gebouw dienende tot het huisvesten van een productie-inrichting – bij ontbreken van de apparatuur