



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De forumkeuze in het zeevervoer

Eckoldt, J.P.

Citation

Eckoldt, J. P. (2014, December 3). *De forumkeuze in het zeevervoer*. NTHR-reeks. Uitgeverij Paris, Zutphen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/29933>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/29933>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/29933> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Eckoldt, Jan

Title: De forumkeuze in het zeevervoer

Issue Date: 2014-12-03

Hoofdstuk 3

Art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) in het kader van verschillende zeerechtelijke situaties

3.1 Bevrachtingsovereenkomsten en ‘losse’ vervoerovereenkomsten

3.1.1 Inleidende opmerkingen

In het voorafgaande hoofdstuk werd de forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) in het algemeen besproken. Onder andere werd nader uiteengezet welke (vorm)vereisten dit artikel stelt aan een forumkeuze. Daarnaast werd het nieuwe art. 25 EEX-Vo (nieuw) nader besproken alsmede het nieuwe art. 31 lid 2 en 3 EEX-Vo (nieuw). Hieronder wordt nader ingegaan op de verschillende zeerechtelijke situaties, waarin sprake zou kunnen zijn van een forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw). Het vertrekpunt is dan niet meer (zoals in het voorafgaande hoofdstuk) art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) in het algemeen, maar specifieke contractuele situaties zoals deze zich kunnen voordoen in verband met het vervoer van goederen over zee.

In het kader van de bespreking van de verschillende situaties wordt vooral aandacht besteed aan de in art. 23 lid 1 sub a) en sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) en sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten. Het onder b) genoemde vereiste, waarbij de tussen individuele partijen gebruikelijke handelwijzen doorslaggevend zijn, zal niet uitgebreid worden behandeld. Zoals hierboven in paragraaf 2.2.3 werd uitgelegd zijn ten aanzien van dit vereiste immers de specifieke omstandigheden, dat wil zeggen de individuele handelwijzen van de betrokken partijen, van belang. Dit vereiste leent zich derhalve niet goed voor een algemene schets van verschillende zeerechtelijke situaties.⁴⁷⁵

Om de bespreking van de verschillende contractuele situaties overzichtelijk te houden wordt hieronder in eerste instantie een onderscheid gemaakt tussen situaties die samenhangen met bevrachtingsovereenkomsten en situaties die samenhangen met ‘losse’ vervoerovereenkomsten. Deze laatste groep wordt in het Duitse recht aangeduid met de term ‘Stückgutfrachtvertrag’.⁴⁷⁶ De Engelsen spreken hier soms van ‘Bill of Lading Contracts’ (indien een cognossement is uitgegeven).⁴⁷⁷ Hieronder wordt nader toegelicht wat volgens mij onder deze twee begrippen moet worden verstaan althans welke situaties binnen deze twee categorieën vallen.

475. Zie omtrent dit vereiste bijv. Kuypers 2008, p. 330 e.v.

476. Zie bijv. § 481 lid 1 HGB (*‘Durch den Stückgutfrachtvertrag wird der Verfrachter verpflichtet, das Gut mit einem Schiff über See zum Bestimmungsort zu befördern und dort dem Empfänger abzuliefern’*); Herber 1999, p. 253; Mankowski 2004, p. 1144, nr. 1547; Egler 2011, p. 16.

477. Wilson 2008, p. 5.

3.1.2 Bevrachtingsovereenkomsten

Bij bevrachtingsovereenkomsten wordt een geheel schip ter beschikking gesteld.⁴⁷⁸ Hier moet in eerste instantie een onderscheid worden gemaakt tussen reisbevrachtingsovereenkomsten (voyage charter) en tijdbevrachtingsovereenkomsten (time charter). Bij reisbevrachting wordt een bepaald schip ter beschikking gesteld voor het vervoer van een lading van een specifieke 'Port of Loading' naar een specifieke 'Port of Discharge'.⁴⁷⁹ Bij tijdbevrachtingen wordt het schip voor een bepaalde periode, dus meerdere weken, maanden of jaren, ter beschikking gesteld aan de bevrachter.⁴⁸⁰ Daarnaast zijn er nog verschillende tussenvormen. Soms wordt bijvoorbeeld slechts een deel van een schip ter beschikking gesteld (slot charter) of er wordt een schip ter beschikking gesteld voor meerder reizen (trip charter).⁴⁸¹ De overeenkomst van rompbevrachting (bareboat charter) blijft hier buiten beschouwing. Centraal staan hier immers forumkeuzen in overeenkomsten van goederenvervoer over zee. De rompbevrachting kan in tegenstelling tot de hiervoor genoemde bevrachtingsovereenkomsten echter niet worden aangemerkt als vervoerovereenkomst.⁴⁸²

Discussies omtrent forumkeuzen in bevrachtingsovereenkomsten komt men niet vaak tegen. De reden hiervan is dat de meeste (standaard) bevrachtingsovereenkomsten arbitrale bedingen bevatten in plaats van forumkeuzen ten gunste van de gewone rechter.⁴⁸³ Vaak wordt hier gekozen voor arbitrage in Londen. De voorkeur voor arbitrage is mede gebaseerd op het idee dat de bij bevrachtingen betrokken professionele partijen vaak prefereren dat hun geschillen in verband met bevrachtingsovereenkomsten worden opgelost door tussenkomst van arbiters met een praktijkachtergrond en niet door rechters die minder vertrouwd zijn met de praktijk.⁴⁸⁴ Dit verklaart overigens niet waarom in de meeste gevallen voor arbitrage in Londen wordt gekozen. De arbiter met de nodige praktijkachtergrond zou immers net zo goed in Rotterdam of Hamburg kunnen worden gevonden.⁴⁸⁵ Hier moet dan ook ervan uitgegaan dat in het verleden veel is gelobbyd om de geschilbeslechting

478. Egler 2011, p. 16.

479. Wilson 2008, p. 4.

480. Wilson 2008, p. 4.

481. Zie voor een overzicht bijv. Mankowski 2004, p. 1178 e.v.; Wilson 2008, p. 3 e.v.

482. Wat de Nederlandse zienswijze betreft volgt dit uit Boek 8 BW. In art. 8:373 lid 1 BW is bijvoorbeeld het volgende bepaald: '*Tijd- of reisbevrachting in de zin van deze afdeling is de overeenkomst van goederenvervoer, waarbij de vervoerder zich verbindt tot vervoer aan boord van een schip, dat hij daartoe anders dan bij wijze van rompbevrachting, geheel of gedeeltelijk en al dan niet op tijdbasis (tijdbevrachting of reisbevrachting) ter beschikking stelt aan de afzender*' (onderstreping auteur). Dat de rompbevrachting naar Nederlandse opvatting niet wordt aangemerkt volgt verder uit de vermelding van deze overeenkomst in art. 8:530 BW dat onderdeel uitmaakt van afdeling 4 van titel 5 met het kopje '*Enige bijzondere overeenkomsten*'. Het hiervoor genoemde art. 8:373 BW vindt men terug in afdeling 2 met het kopje '*Overeenkomst van goederenvervoer over zee*'. Zie hieromtrent ook Seck 2011, p. 20 e.v. Dat een rompbevrachting ook naar Duitse opvatting geen vervoerovereenkomst is volgt bijv. uit § 553 HGB (ten aanzien van de '*Schiffsmietvertrag (Bareboat Charter)*'). Ook naar Engelse opvatting is dit het geval (zie bijv. Wilson 2008, p. 7).

483. Zie bijv. clause 19 van de Gencon (versie 1994); clause 54 van Shellvoy 6; clause 22 van de Baltime 1939; clause 45 van de New York Produce Exchange Form (versie 1993) genaamd 'NYPE 93'; clause 46 van de Shelltime 4 (versie 2003).

484. Van der Wiel 2010, p. 21; Rabe 2000a, p. 347.

485. Wat Nederland betreft moet worden gedacht aan de stichting Transport and Maritime Arbitration (TAMARA) en wat Duitsland betreft aan de German Maritime Arbitration Association (GMAA).

zo veel mogelijk in Londen te concentreren. Dat hiermee bepaalde financiële belangen van bij de geschilbeslechting betrokken personen gediend zijn kan volgens mij niet worden ontkend. Ook al worden de meeste geschillen in verband met bevrachtingsovereenkomsten beslecht door middel van arbitrage, komt het soms voor dat bevrachtingsovereenkomsten forumkeuzen bevatten.⁴⁸⁶

Bij de bespreking van de verschillende situaties, waarbij forumkeuzen in bevrachtingsovereenkomst kunnen opduiken, moet vooral aandacht worden besteed aan de manier van totstandkoming van de bevrachtingsovereenkomst (met daarin een forumkeuze). Tussen de bij het sluiten van een bevrachtingsovereenkomst betrokken partijen en tussenpersonen, zoals scheepsmakelaars ('shipbrokers'), wordt voor de totstandkoming van de overeenkomst meestal veelvuldig (per e-mail) heen en weer gecorrespondeerd of gebeld totdat overeenstemming wordt bereikt met betrekking tot de bevrachting van een bepaald schip. In korte berichten worden belangrijke punten, zoals bijvoorbeeld de beschikbaarheid van een bepaald schip en de 'charter rate', afgestemd. Ten aanzien van de punten die niet verder worden uitonderhandeld wordt door partijen in de regel verwezen naar een standaardbevrachtingsovereenkomst of naar een eerder tussen de partijen gesloten bevrachtingsovereenkomst. De tussen partijen gesloten overeenkomst wordt nadat alle voorbehouden ('subs') zijn opgeheven meestal vastgelegd in een bevestigend/samenvattend (e-mail)bericht, aangeduid als 'fixture'. Dit bericht wordt ook aangeduid als 'fixture recap', 'clean fixture', 'clean recap of fixture'. Hieronder zal de term 'fixture' worden gebruikt. Indien uiteindelijk een uitgebreide bevrachtingsovereenkomst wordt opgemaakt, die door de vervoerder en de bevrachter althans door hun tussenpersonen namens hen wordt ondertekend, leidt dit niet snel tot discussie omtrent de forumkeuze. Dat in dergelijke gevallen in de regel sprake is van een tussen de partijen tot stand gekomen forumkeuze wordt nader besproken in paragraaf 3.2.2. Echter, partijen volstaan vaak met de hiervoor genoemde 'fixture'. Of ook in een dergelijk situatie sprake is van een geldige forumkeuze wordt nader besproken in paragraaf 3.2.3.

Daarnaast worden door de vervoerder/vervrachter vaak een of meer cognossementen afgegeven. De in deze cognossementen opgenomen bedingen, waaronder mogelijk-kerwijs ook een forumkeuze, zijn niet relevant voor de verhouding tussen de afzender/bevrachter en de vervoerder/vervrachter. Over het algemeen wordt ervan uitgegaan dat de bedingen van de bevrachtingsovereenkomst prevaleren boven de in het cognossement genoemde bedingen.⁴⁸⁷ Indien de bevrachtingsovereenkomst bijvoorbeeld een arbitraal beding bevat is dit beding in de relatie tussen de afzender/bevrachter en de vervoerder/vervrachter primair van belang. Ten opzichte van een derde-cognossementhouder is vooral relevant het cognossement en de daarin opgenomen bedingen. De verhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder wordt immers primair beheerst door de in het

486. Zie bijvoorbeeld HR 28 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4911, NJ 2008/413, m.nt. P. Vlas (bij NJ 2008/412), *S&S* 2008/68 (Akin); *The Channel Ranger* [2013] EWHC 3081 (QB); *Antonio Gramsci Shipping Corporation v. Aviares Lembergs* [2013] EWCA Civ 730 (CA); *YM Mars Tankers Ltd v. Shield Petroleum Co* [2012] EWHC 2652 (QB).

487. Zie bijv. art. 8:410 BW; *Claringbould* 1997, p. 127 e.v.; *Seck* 2011, p. 23; *Spanjaart* 2012, p. 281; *Boonk* 1993, p. 20; *Wilson* 2008, p. 7 en *Mankowski* 2004, p. 1112, nr. 1497.

cognossement opgenomen bedingen.⁴⁸⁸ In dit verband verdient nog opmerking dat door de vervoerder/vervrachter vaak meer dan één cognossement wordt uitgegeven omdat bijvoorbeeld de in schip geladen lading uiteindelijk bestemd is voor verschillende ontvangers en derhalve wordt gesplitst in verschillende partijen. Per partij wordt dan één cognossement afgegeven.

De gebondenheid van de derde-cognossementhouder aan een in het cognossement opgenomen forumkeuze wordt uitgebreid besproken in de paragrafen 3.4.2 tot en met 3.4.4. Voor een derde-cognossementhouder kunnen de bedingen van bevrachtingsovereenkomst van belang zijn indien in het cognossement naar deze bedingen wordt verwezen. In dat geval moet worden onderzocht of de derde-cognossementhouder via deze verwijzing is gebonden aan de bedingen van de bevrachtingsovereenkomst, waaronder mogelijk erwijs een forumkeuze. Op dit onderwerp wordt nader ingegaan in paragraaf 3.4.5.

3.1.3 'Losse' vervoerovereenkomsten

Bij de 'losse' vervoerovereenkomsten staat, anders dan bij de bevrachtingsovereenkomst, niet het schip maar het vervoer van bepaalde goederen van A naar B, bijvoorbeeld tien containers van Shanghai naar Rotterdam, centraal. Met welk schip de lading uiteindelijk wordt vervoerd speelt in tegenstelling tot de bevrachtingsovereenkomsten bij de 'losse' vervoerovereenkomsten een minder belangrijke rol.⁴⁸⁹ Anders dan bij de hiervoor genoemde bevrachtingsovereenkomsten bevatten 'losse' vervoerovereenkomsten althans de in verband met dit soort vervoerovereenkomsten uitgegeven vervoerdocumenten (bijvoorbeeld een cognossement of zeevrachtbrief) in de regel een forumkeuze. Men kiest zelden voor geschilbeslechting door middel van arbitrage.

'Losse' vervoerovereenkomsten kunnen op sterk uiteenlopende manieren tot stand komen. Dit betekent dat ook de in verband met de 'losse' vervoerovereenkomst gesloten forumkeuze op verschillende manieren tot stand kan komen. Ook bij 'losse' vervoerovereenkomsten komt men bijvoorbeeld de hiervoor genoemde 'fixture' tegen.⁴⁹⁰ Dit komt bijvoorbeeld voor bij vervoerovereenkomsten met betrekking tot grote projectlading. Op de problemen met forumkeuzen in verband met een in een 'fixture' neergelegde 'losse' vervoerovereenkomst wordt hieronder in paragraaf 3.3.3 ingegaan. Partijen kiezen bij een 'losse' vervoerovereenkomst met betrekking tot een speciale lading soms ervoor de vervoerovereenkomst vast te leggen in een 'booking note'.⁴⁹¹ In de regel bevat de 'booking note' dezelfde be-

488. Claringbould 1997, p. 127 e.v.; Seck 2011, p. 23; Spanjaart 2012, p. 281; Boonk 1993, p. 20; Wilson 2008, p. 7 en Mankowski 2004, p. 1112, nr. 1497.

489. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de Duitse wetgeving ten aanzien van de 'losse' vervoerovereenkomsten, aangeduid als 'Stückgutfrachtvertrag'. Omtrent de 'Stückgutfrachtvertrag' is in § 481 lid 1 HGB het volgende bepaald: 'Durch den Stückgutfrachtvertrag wird der Verfrachter verpflichtet, das Gut mit einem Schiff über See zum Bestimmungsort zu befördern und dort dem Empfänger abzuliefern'. Ten aanzien van de reisbevrachtingsovereenkomst, door de Duitse wetgever aangeduid als 'Reisefrachtvertrag' is in § 527 lid 1 HGB daarentegen het volgende bepaald: 'Durch den Reisefrachtvertrag wird der Verfrachter verpflichtet, das Gut mit einem bestimmten Schiff im Ganzen, mit einem verhältnismäßigen Teil eines bestimmten Schiffes oder einem bestimmt bezeichneten Raum eines solchen Schiffes auf einer oder mehrere bestimmten Reisen über See zum Bestimmungshafen zu befördern und dort dem Empfänger abzuliefern'.

490. Treitel & Reynolds 2005, p. 68, nr. 3-001.

491. Zie bijv. de BIMCO Liner Booking Note (Onlinebooking 2000).

palingen zoals het later door de vervoerder uit te geven *cognossement*. Deze situatie wordt nader besproken in paragraaf 3.3.2. Een dergelijke ‘*fixture*’ of ‘*booking note*’ komt men in de regel niet tegen bij het massale vervoer van containers. Door vervoerders worden in eerste instantie vaak boekingsbevestigingen, ‘*booking confirmations*’, afgegeven waarin naar de toepasselijkheid van bepaalde vervoers- of *cognossementsvoorwaarden* (met een forumkeuze) wordt verwezen. Later wordt dan nog een *cognossement* of zeevrachtbrief opgemaakt. Of in deze situatie een forumkeuze tot stand komt tussen de afzender en de vervoerder wordt behandeld in paragraaf 3.3.4.

In de hiervoor genoemde situaties wordt door de vervoerder in de regel een vervoerdocument, een *cognossement* of zeevrachtbrief (‘*sea waybill*’), uitgegeven. Voor de vraag of tussen de afzender en de vervoerder een forumkeuze tot stand is gekomen moet in eerste instantie worden gekeken naar de hiervoor genoemde ‘*booking note*’, ‘*fixture*’ of boekingsbevestiging. Soms fungeert het later door de vervoerder afgegeven *cognossement* of de zeevrachtbrief in de verhouding vervoerder-afzender als bewijs van de bedingen van de eerder (bijvoorbeeld telefonisch) overeengekomen vervoerovereenkomst.⁴⁹² Dit is vooral van belang indien de forumkeuze eerder niet ter sprake is gekomen. Deze situatie wordt besproken in paragraaf 3.3.5.

In de hiervoor genoemde situaties staat de vraag centraal of tussen de afzender en de vervoerder een forumkeuze tot stand is gekomen. Of ook tussen een derde, bijvoorbeeld een derde-*cognossement*houder of de in een zeevrachtbrief genoemde geadresseerde, en de vervoerder een forumkeuze tot stand komt wordt in de paragrafen 3.4 en 3.5 ingegaan.

3.2 Forumkeuzen in bevrachtingsovereenkomsten

3.2.1 Een door partijen ondertekende bevrachtingsovereenkomst

Een forumkeuze opgenomen in een door beide, dat wil zeggen de vervrachter en de bevrachter althans hun vertegenwoordigers, ondertekende bevrachtingsovereenkomst behoeft geen uitgebreide bespreking. In dat geval is in de regel voldaan aan het in art. 23 lid 1 sub a) eerste alternatief EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) eerste alternatief EEX-Vo (nieuw) genoemde schriftelijkheidsvereiste en voldoet de forumkeuze dus aan het in dat artikel genoemde vormvereiste.⁴⁹³ Ook de vereiste wilsovereenstemming komt door middel van de gezamenlijke ondertekening duidelijk en nauwkeurig tot uiting.⁴⁹⁴

Van een schriftelijke overeenkomst in de zin van art. 23 lid 1 sub a) eerste alternatief EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) eerste alternatief EEX-Vo (nieuw) is ook sprake indien de forumkeuze is opgenomen in een ‘*rider*’ bij de door de partijen ondertekende overeenkomst.⁴⁹⁵ De handtekeningen van partijen hoeven niet onder het deel van de schriftelijke overeenkomst te staan, waarin de forumkeuze is opgenomen.⁴⁹⁶

Het is dus geen probleem dat bevrachtingsovereenkomsten vaak op de eerste pagina worden ondertekend. De handtekening van de partijen, dat wil zeggen hun in deze

492. Wilson 2008, p. 6.

493. Zie omtrent het onder a) genoemde vormvereiste paragraaf 2.2.2.

494. Zie omtrent de vereiste wilsovereenstemming paragraaf 2.3.1.

495. Kuypers 2008, p. 298.

496. Schlosser 2003, p. 160.

handtekening duidelijk en nauwkeurig tot uitdrukking komende wilsovereenstemming, omvat mede alle op de volgende pagina's genoemde bepalingen.

3.2.2 Een verwijzing in een 'fixture'

Zoals hierboven in paragraaf 3.1.2 werd opgemerkt komt het regelmatig voor dat de tussen partijen gesloten bevrachtingsovereenkomst slechts blijkt uit een 'fixture'.⁴⁹⁷ In de regel communiceren partijen (al dan niet via een (ship)broker) via e-mail met elkaar over het sluiten van een bevrachtingsovereenkomst.⁴⁹⁸ De aan de uiteindelijke 'fixture' voorafgaande tussen partijen gevoerde correspondentie is meestal een schoolvoorbeeld van over en weer gestuurde aanbiedingen, waarbij partijen uiteindelijk tot een aanvaarding komen. In de regel onderhandelen partijen vooral over de meest essentiële punten, zoals bijvoorbeeld de beschikbaarheid van een bepaald schip, de 'charter rate' en het aantal ligdagen. Ten aanzien van de punten die niet individueel worden uit onderhandeld verwijzen partijen dan naar een standaardbevrachtingsovereenkomst of een eerder tussen partijen gesloten bevrachtingsovereenkomst.

Uiteindelijk destilleert een van de partijen uit de over en weer gewisselde berichten datgene dat volgens haar tussen partijen is overeengekomen en vat zij dit samen in een 'recap'. De 'recap' kent vaak nog (een) ontbindende voorwaarde(n) ('sub(s)'), zoals bijvoorbeeld een goedkeuring van de directie. Nadat de ontbindende voorwaarden zijn gezuiverd ('the subs are lifted') wordt een 'fixture' opgemaakt. Indien echter een 'fixture' wordt opgemaakt waarin de overeengekomen hoofdpunten zijn vastgelegd maar die de toevoeging kent 'sub details', dat wil zeggen de aanvullende details moeten nog worden besproken, wordt (naar Engelse opvatting) ervan uitgegaan dat de partijen nog steeds onderhandelen en dat derhalve nog geen uiteindelijke overeenkomst tot stand is gekomen.⁴⁹⁹ In ieder geval moet men bij de toevoeging 'sub details' ervan uitgaan dat aanvullende details, zoals bijvoorbeeld een forumkeuze, nog niet zijn overeengekomen. Na het opmaken van de 'fixture' zonder enige voorwaarde ('sub') is naar mijn mening sprake van een tussen de partijen gesloten bevrachtingsovereenkomst. Een bevrachtingsovereenkomst op een bepaald formulier (dat door partijen moet worden ondertekend) wordt vaak niet meer opgemaakt.

In een 'fixture' wordt normaliter geen expliciete melding gemaakt van een forumkeuze (voor zover partijen überhaupt beogen een forumkeuze overeen te komen; bevrachtingsovereenkomsten bevatten immers meestal een arbitraal beding⁵⁰⁰). Het feit dat een van de partijen heeft beoogd een forumkeuze overeen te komen volgt in de regel uit een verwijzing in de 'fixture' naar een standaardbevrachtingsovereenkomst (hetgeen echter in de regel zou leiden tot het opnemen van een ar-

497. In plaats van 'fixture' wordt soms ook gesproken van 'fixture recap', 'clean fixture' of 'clean recap of fixture'.

498. Zie hieromtrent ook Seck 2011, p. 94.

499. Zie bijv. *Star Steamship Society v. Beogradska Plovidba (The Junior K)* [1988] 2 Lloyd's Rep. 583.

500. Zie bijv. clause 19 van de Gencon (versie 1994); clause 54 van Shellvoy 6; clause 22 van de Baltimore 1939; clause 45 van de New York Produce Exchange Form (versie 1993) genaamd 'NYPE 93'; clause 46 van de Shelltime 4 (versie 2003).

bitraal beding⁵⁰¹) of een verwijzing naar een eerder (tussen de partijen) gesloten bevrachtingsovereenkomst (bijvoorbeeld: *'O'wise as per c/p dtd 18 March 2011 with logical alterations'*), waarin een forumkeuze was opgenomen. Een goed voorbeeld van een dergelijke 'fixture', waarin uiteindelijk werd verwezen naar een andere bevrachtingsovereenkomst met een forumkeuze vindt men in het arrest *Akin* van de Hoge Raad.⁵⁰² De vervrachter en de bevrachter hadden met betrekking tot het vervoer van een lading staal van Turkije naar Spanje met het m.s. *Akin* een bevrachtingsovereenkomst gesloten. Deze overeenkomst was neergelegd in een niet ondertekende 'fixture', die onder andere de volgende zinsnede bevatte: *'[...] owise as per chrtrs Gencon C/P based on mv Orkun Kalkavan with logical alterations and following agreed amendments: [...]'*. Voor het overige ('owise'), dus hetgeen niet expliciet in de 'fixture' was geregeld, werd verwezen naar een eerder gesloten bevrachtingsovereenkomst met betrekking tot het m.s. *Orkun Kalkavan*. De bevrachtingsovereenkomst met betrekking tot het m.s. *Orkun Kalkavan* bevatte onder ander de volgende bepaling: *'If any dispute arises under this contract, same shall be settled in Istanbul in accordance with the Turkish law'*. De vraag rijst of in dergelijke gevallen (indien wordt verwezen naar een gerecht van een EU-lidstaat) een forumkeuze tussen de partijen tot stand komt en of deze forumkeuze voldoet aan het in art. 23 lid 1 sub a) of sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) of sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste.

Het onder a) genoemde vormvereiste

Ten aanzien van het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde vereiste dat in paragraaf 2.2.2 in het algemeen werd besproken kan het volgende worden opgemerkt.

Het feit dat bij een 'fixture' in de regel sprake is van elkaar opvolgende e-mails vormt geen belemmering voor het onder a) (eerste alternatief) genoemde vereiste.⁵⁰³ Uit de elkaar opvolgende berichten zou dan moeten blijken over welke bedingen de partijen het eens zijn geworden. Het is in eerste instantie ook geen probleem dat in de 'fixture' geen melding wordt gemaakt van de forumkeuze, maar bijvoorbeeld wordt verwezen naar een eerder gesloten bevrachtingsovereenkomst die een forumkeuze bevat.

Dat deze overeenkomst een forumkeuze bevat hoeft overigens niet te blijken uit de verwijzing naar de bevrachtingsovereenkomst.⁵⁰⁴ Hier kan mijns inziens een parallel worden getrokken met een verwijzing naar algemene voorwaarden (die een forumkeuze bevatten).⁵⁰⁵ Uit de rechtspraak en de literatuur volgt dat onder andere van belang is dat uitdrukkelijk naar een desbetreffend stuk wordt verwezen

501. Omdat de meeste standaardbevrachtingsovereenkomsten arbitrale bedingen en geen forumkeuzen bevatten, wordt door middel van een verwijzingen naar een standaardbevrachtingsovereenkomsten (bijv. Gencon 1994, Baltimex, NYPE, Shellvoy 6, Intertankvoy, enz.) in de regel beoogd arbitrage overeen te komen. Zie ook Van der Wiel 2010, p. 21; Rabe 2000a, p. 347.

502. HR 28 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4911, NJ 2008/413, m.nt. P. Vlas (bij NJ 2008, 412), S&S 2008/68 (*Akin*).

503. Kuypers 2008, p. 299 en 301. Zie in dit verband ook art. 23 lid 2 EEX-Vo/art. 25 lid 2 EEX-Vo (nieuw).

504. HvJ EG 14 december 1976, 24/76, NJ 1977/446, m.nt. J.C. Schultsz (*Colzani/Rüwa*) en HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 13, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); Kuypers 2008, p. 389.

505. Het in dit verband autonoom uit te leggen begrip 'verwijzing' ziet immers niet alleen op algemene voorwaarden. Zie hieromtrent uitvoerig Kuypers 2008, p. 385 e.v.

en dat dit stuk ten tijde van de verwijzing aan de wederpartij moet zijn medege-deeld.⁵⁰⁶ Mededelen impliceert dat de wederpartij over het stuk beschikt althans bekend is met de inhoud ervan.⁵⁰⁷ Dit is het geval indien het stuk eerder is toegezonden. Een verwijzing naar een eerder tussen dezelfde partijen gesloten bevrachtingsovereenkomst, met daarin een eenduidige forumkeuze, voldoet hieraan.⁵⁰⁸

Hier moet immers ervan worden uitgegaan dat partijen reeds beschikken over deze eerder gesloten overeenkomst, zodat het niet meer nodig is om dit stuk nogmaals voorafgaand mede te delen. Wordt verwezen naar een standaardbevrachtingsovereenkomst (met een forumkeuze) moet dit stuk voorafgaand zijn medegedeeld. Gebeurt dit niet, hetgeen in de praktijk in de regel het geval is, dan is niet voldaan aan het onder a) genoemde vereiste.

Bij een verwijzing naar een eerder tussen de partijen gesloten bevrachtingsovereenkomst is ook voldaan aan het in paragraaf 2.3.1 besproken vereiste van wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze. Door de uitdrukkelijke verwijzing in de door tussen partijen overeengekomen ‘fixture’ naar de eerder tussen dezelfde partijen gesloten bevrachtingsovereenkomst, waarvan de inhoud (en dus ook de forumkeuze) bij beide partijen bekend is, komt de wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze volgens mij duidelijk en nauwkeurig tot uiting.

Hetzelfde geldt mijns inziens indien bijvoorbeeld door (de agent van) de vervrachter wordt verwezen naar een eerdere bevrachtingsovereenkomst, waarbij de bevrachter (en niet de vervrachter) partij was. Het feit dat de vervrachter een ander is, hetgeen bij organisaties bestaande uit verschillende ‘single ship companies’ (scheeps-CV’s) met een overkoepelende bevrachtingsagent regelmatig voorkomt, vormt volgens mij geen obstakel. Ervan uitgaande dat de oorspronkelijke forumkeuze ten gunste van de eerdere vervrachter (een andere ‘single ship company’) was bedongen, heeft de huidige vervrachter er belang bij dat hij een beroep kan doen op de in de eerdere bevrachtingsovereenkomst genoemde bedingen. Overigens is de bevrachtingsagent, de vertegenwoordiger van de vervrachter, ten tijde van het sluiten wel op de hoogte van de inhoud van de eerdere bevrachtingsovereenkomst. Van belang is vooral dat de bevrachter, jegens wie later eventueel een beroep wordt gedaan op de forumkeuze, ten tijde van het sluiten van de bevrachtingsovereenkomst wel bekend was met de inhoud van de eerdere bevrachtingsovereenkomst en dus ook de forumkeuze.

Aan de volgens art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) vereiste mededeling is echter niet voldaan indien door (de agent van) de vervrachter wordt verwezen naar een eerder gesloten bevrachtingsovereenkomst, waarbij de bevrachter niet betrokken was en deze bevrachtingsovereenkomst ten tijde van de onderhandelingen omtrent de bevrachtingsovereenkomst ook niet aan hem was toegezonden. Een toezending achteraf kan niet baten.⁵⁰⁹ In dat geval vormt ook de vereiste wilsovereenstemming een probleem. De wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze kan in dat geval immers niet uit de in de ‘fixture’ opgenomen verwij-

506. HvJ EG 14 december 1976, 24/76, NJ 1977/446, m.nt. J.C. Schultsz (*Colzani/Rüwa*); Rb. Rotterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2666, *S&S* 2013/85 (*Heenvliet*); Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ8550, *S&S* 2013/130; Kuypers 2008, p. 385 e.v.; Mankowski 2011, p. 551, nr. 16 en 16a.

507. Kuypers 2008, p. 397.

508. In een dergelijk geval moet overigens ook worden gedacht aan het in art. 23 lid 1 sub b) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub b) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste.

509. Kuypers 2008, p. 389.

zing (en de omstandigheden) worden afgeleid en komt zodoende dus niet in de 'fixture' duidelijk en nauwkeurig tot uiting.

Indien de onderhandelingen mondeling (dus via de telefoon) zijn gevoerd en de 'fixture' alleen een schriftelijke samenvatting is van hetgeen de partijen hebben besproken, komt het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde tweede alternatief in beeld.⁵¹⁰ Van belang is hier dat de partijen expliciet over bijvoorbeeld de in de 'fixture' genoemde bevrachtingsovereenkomst (met daarin een forumkeuze) hebben gesproken en dat deze overeenkomst was medegedeeld aan de wederpartij. Zoals gezegd, is alleen sprake van een mededeling indien het desbetreffende stuk voorafgaand ter beschikking was gesteld.⁵¹¹ Ten aanzien van de mededeling geldt dus weer hetgeen hierboven zojuist werd uiteengezet in verband met het eerste alternatief. Wordt pas in de uiteindelijke 'fixture' verwezen naar een bepaalde bevrachtingsovereenkomst dan is niet voldaan aan dit vormvereiste.

Het onder c) genoemde vormvereiste

De vraag rijst of in een de hierboven geschetste situaties is voldaan aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste.⁵¹²

Deze vraag is van belang indien moet worden geconcludeerd dat niet is voldaan aan het onder a) genoemde vereiste. Zoals hierboven genoemd, is aan dit vormvereiste bijvoorbeeld niet voldaan indien in de 'fixture' naar een standaardbevrachtingsovereenkomst (met een forumkeuze) wordt verwezen ('otherwise as per [naam standaardbevrachtingsovereenkomst]') en de inhoud van deze standaardbevrachtingsovereenkomst voorafgaand niet is medegedeeld.

Voordat nader wordt onderzocht of in een dergelijk geval is voldaan aan het onder c) genoemde criterium verdient nogmaals opmerking dat er haast geen standaardbevrachtingsovereenkomsten zijn, waarin een forumkeuze is opgenomen. Bijna alle (standaard)bevrachtingsovereenkomsten bevatten een arbitraal beding en geen forumkeuzen.⁵¹³ Een van de weinige uitzonderingen hierop vormt de 'Hydrocharter' (versie 1997) van de Baltic and International Maritime Council (BIMCO), waarin een forumkeuze is opgenomen.⁵¹⁴ Indien nu in de 'fixture' de woorden 'otherwise as per Hydrocharter' zouden zijn opgenomen (in aanvulling op hetgeen de partijen expliciet in de 'fixture' hebben bepaald) rijst de vraag of hier sprake is van een geldige forumkeuze in de zin van het onder c) genoemde criterium omdat de forumkeuze mogelijkwerwijs werd gesloten in een vorm die overeenstemt met een 'gewoonte'.

510. Zie omtrent het tweede alternatief van het onder a) genoemde vormvereiste paragraaf 2.2.2.

511. Kuypers 2008, p. 397.

512. Zie omtrent het onder c) genoemde vormvereiste paragraaf 2.2.4.

513. Zie bijv. clause 19 van de Gencon (versie 1994); clause 54 van Shellvoy 6; clause 22 van de Baltimore 1939; clause 45 van de New York Produce Exchange Form (versie 1993) ook genaamd NYPE 93; clause 46 van de Shelltime 4 (versie 2003).

514. In clause P van de Hydrocharter is het volgende bepaald: 'If not otherwise provided for in this Charter Party, any disputes to be brought before the City Court of Oslo and Norwegian Law to be applied'. Een dergelijke forumkeuze valt overigens niet binnen het toepassingsgebied van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw), maar binnen het toepassingsgebied van art. 23 EVEX-Verdrag (Verdrag van Lugano 2007). Omdat de artikelen gelijkkluidend zijn en ook voor het overige de aan art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) gegeven uitleg geldt is het verschil hier niet verder relevant.

Zoals uiteengezet in paragraaf 2.2.4.3 moet het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) gebezigde begrip 'gewoonte' autonoom worden uitgelegd.⁵¹⁵ Volgens het Hof van Justitie is sprake van een 'gewoonte' indien de marktdeelnemers van een bepaalde handelsbranche bij het sluiten van een bepaalde soort overeenkomsten doorgaans en regelmatig een bepaalde handelwijze volgen.⁵¹⁶ De vraag of er sprake is van een bepaalde 'gewoonte' moet feitelijk en niet juridisch worden bekeken.⁵¹⁷ Van belang zijn dus de bij het sluiten van de overeenkomst door de marktdeelnemers feitelijk verrichte handelingen. Zoals in paragraaf 2.2.4.3 is uiteengezet hoeft de door de marktdeelnemers gevolgde handelwijze niet specifiek te zijn gericht op het overeenkomen van forumkeuzen, maar kan deze handelwijze ook zijn gericht op het sluiten van bepaalde overeenkomsten in zijn geheel, hier bevrachtingsovereenkomsten.⁵¹⁸ Interessant zijn dus de handelwijzen die door de marktdeelnemers, hier vervrachters en bevrachters alsmede hun agenten, bij het sluiten van bevrachtingsovereenkomsten in de onderhavige handelsbranche wordt gevolgd. De hier relevante handelsbranche is volgens mij vooral de reisbevrachtingsmarkt (ook 'spot market' of 'tramp market' genoemd).⁵¹⁹ Er moet dus worden achterhaald of de marktdeelnemers van de reisbevrachtingsmarkt bij het sluiten van bevrachtingsovereenkomsten doorgaans en regelmatig een bepaalde handelwijze aan de dag leggen. In dat verband speelt ook het gedrag van de bevrachtingsmakelaars (shipbrokers) een belangrijke rol.⁵²⁰

Vaststaat dat in 'fixtures', dus bij het sluiten van bevrachtingsovereenkomsten in vorm van een 'fixture', door de marktdeelnemers doorgaans en regelmatig verwijzingen worden opgenomen naar een standaardbevrachtingsovereenkomst (zoals bijvoorbeeld: '*otherwise as per Gencon C/P 1994*'). In principe is dus sprake van een bepaalde handelwijze die de marktdeelnemers bij het sluiten van bevrachtingsovereenkomsten in vorm van een 'fixture' doorgaans en regelmatig aan de dag leggen. Echter, het gaat hier bijna uitsluitend om verwijzingen naar standaardbevrachtingsovereenkomsten, die een arbitraal beding en geen forumkeuze bevatten (zoals de hiervoor genoemde 'Gencon 1994').⁵²¹ Zou onder deze omstandigheden vanwege het opnemen van een verwijzing naar de 'Hydrocharter', die als grote uitzondering wel een forumkeuze bevat, desalniettemin sprake kunnen zijn van een forumkeuze die voldoet aan het onder c) genoemde vormvereiste?

Zoals uiteengezet in paragraaf 2.2.4.3 kan bij het achterhalen van bepaalde handelwijzen die bij het sluiten van overeenkomsten doorgaans en regelmatig in acht worden genomen, worden gekeken naar feitelijke handelwijzen in het algemeen. Het is volgens mij niet vereist dat de naar aanleiding van deze handelwijze tot stand gekomen overeenkomst een forumkeuze bevat. In art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) staat immers uitdrukkelijk dat de forumkeuze

515. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 25, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*); Kropholler 2005, nr. 55, p. 307; Kuypers 2008, p. 352; Vlas 1997, p. 224.

516. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 26, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*).

517. Kropholler 2005, p. 307.

518. Mankowski 2011, p. 562, nr. 29.

519. Bij tijdbevrachtingsovereenkomsten wordt in de regel toch nog een uitgebreide bevrachtingsovereenkomst opgemaakt en door partijen ondertekend. De hier van belang zijnde 'fixture' vindt men in de regel terug bij reisbevrachtingen.

520. Seck 2011, p. 94.

521. Zie clause 19 van de Gencon 1994.

moet worden gesloten in 'een vorm die overeenstemt met een gewoonte'.⁵²² Het gaat dus om een vorm, die overeenstemt met een bepaalde handelwijze die de marktdeelnemers van een bepaalde handelsbranche bij het sluiten van bepaalde overeenkomsten aan de dag leggen. Uit de tekst van het artikel en de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt mijns inziens niet dat hierbij alleen de vormen van belang zouden kunnen zijn, die in acht worden genomen bij het sluiten van overeenkomsten, waarin een forumkeuze is opgenomen. Volgens mij is hier dan ook de feitelijke handelwijze, dus de vorm, van belang die de marktdeelnemers doorgaans en regelmatig in acht nemen bij het sluiten van overeenkomsten die geen forumkeuze maar bijvoorbeeld een arbitraal beding bevatten.

Het voorgaande betekent concreet dat ook de handelwijze van belang is die door de marktdeelnemers in acht worden genomen bij het sluiten van bevrachtingsovereenkomsten door middel van een 'fixture', waarbij naar standaardbevrachtingsovereenkomsten wordt verwezen die een arbitraal beding bevatten. Zoals gezegd verwijzen de marktdeelnemers doorgaans en regelmatig bij het sluiten van bevrachtingsovereenkomsten in vorm van een 'fixture' naar standaardbevrachtingsovereenkomsten (zoals bijvoorbeeld een verwijzing naar een 'Gencon 1994' of 'Inter-tankvoy'). Wordt nu op dezelfde manier in een 'fixture' verwezen naar de 'Hydrocharter' (die een forumkeuze bevat), is mijns inziens sprake van een forumkeuze gesloten in een 'vorm die overeenstemt met een gewoonte'. De manier van verwijzen naar de 'Hydrocharter' in de 'fixture' komt immers overeen met de door de marktdeelnemers doorgaans en regelmatig gebezigde manier van verwijzen naar andere standaardbevrachtingsovereenkomsten (die een arbitraal beding bevatten). Aan dit onderdeel van het onder c) genoemde vereiste is volgens mij dan ook voldaan.

Verder vereist art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw), zoals werd uiteengezet in paragraaf 2.2.4.4, dat de 'gewoonte' algemeen bekend is en dat de betrokken partijen ervan op de hoogte zijn althans hadden behoren te zijn. Zoals werd uiteengezet in de hiervoor genoemde paragraaf moet in principe ervan worden uitgegaan dat er sprake is van algemene bekendheid. De hiervoor geschetste handelwijze wordt door de marktdeelnemers immers doorgaans en regelmatig in acht genomen. Slechts de vereiste subjectieve bekendheid zou hier een struikelblok kunnen vormen. Indien de partij, jegens wie de forumkeuze wordt ingeroepen, echter reeds eerder vergelijkbare bevrachtingsovereenkomsten in vorm van een 'fixture' heeft gesloten wordt subjectieve bekendheid in principe verondersteld.⁵²³ Dit kan echter niet altijd worden bewezen. Zoals uitgelegd in paragraaf 2.2.4.4 wordt subjectieve bekendheid ook vermoed indien de hier van belang zijnde handelwijze kan worden beschouwd als 'vaste praktijk'.⁵²⁴ In paragraaf 2.2.4.4 werd uitgelegd dat het begrip 'vaste praktijk' ziet op een handelwijze van de marktdeelnemers die nog meer gevestigd is in de desbetreffende handelsbranche dan dit bij

522. De relevante Engelse en Duitse tekst van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) luidt als volgt: '[...] an agreement conferring jurisdiction shall be either: [...] in a form which accords with a usage [...]' en 'eine Gerichtsstandsvereinbarung muss geschlossen werden [...] in einer Form, die einem Handelsbrauch entspricht [...]']'.

523. Zie hieromtrent paragraaf 2.2.4.4.

524. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 43, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); zie ook HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 24, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

een 'gewoonte' het geval is.⁵²⁵ Dus bijvoorbeeld een handelwijze die door bijna alle marktdeelnemers wordt gevolgd. Omdat het sluiten van bevrachtingsovereenkomsten op verschillende manieren gebeurt, zal het niet makkelijk zijn om aan te tonen dat de hiervoor besproken handelwijze kan worden gezien als een 'vaste praktijk'. Het aantonen van subjectieve bekendheid zou voor de partij die een beroep doet op de forumkeuze eventueel nog een probleem kunnen vormen.

Ten slotte is uiteraard nog vereist dat er sprake is van wilsovereenstemming.⁵²⁶ Indien door de partij, die een beroep doet op de forumkeuze, kan worden aange- toond dat in casu is voldaan aan de zojuist besproken vereisten van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw), vormt het aantonen van de vereiste wilsovereenstemming in de regel geen probleem. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.1.3 heeft het Hof van Justitie immers bepaald dat het bestaan van wilsovereen- stemming onder deze omstandigheden wordt vermoed.⁵²⁷ Het komt erop neer dat in principe alleen van belang is dat de partij, die een beroep doet op de forumkeuze, bewijst dat de forumkeuze voldoet aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste.⁵²⁸

Het verdient echter nog opmerking dat in de rechtspraak hieraan nog uitdrukkelijk wordt toegevoegd dat dit vermoeden alleen geldt '*behoudens tegenbewijs*' en indien '*niet is geprotesteerd tegen de forumkeuze*'.⁵²⁹ Indien kan worden aangetoond dat is ge- protesteerd tegen de forumkeuze, zou dit de basis van het tegenbewijs tegen het vermoeden vormen. Zodra het vermoeden van wilsovereenstemming op losse schroeven komt te staan, is de partij, die een beroep wil doen op de forumkeuze, alsnog genoodzaakt om het bestaan van wilsovereenstemming daadwerkelijk aan te tonen.

525. Zoals in paragraaf 2.2.4.3 wordt uitgelegd is een 'gewoonte' een handelwijze die door de marktdeel- nemers '*doorgaans en regelmatig*' bij het sluiten van bepaalde overeenkomsten in acht wordt genomen. Een 'vaste praktijk' vereist volgens mij dat de handelwijze bijna altijd in acht wordt genomen (en niet alleen '*doorgaans en regelmatig*'). Zie hieromtrent uitvoerig paragraaf 2.2.4.4.

526. Zie omtrent het begrip 'wilsovereenstemming' paragraaf 2.3.1.

527. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 21, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*). Zie ook HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 19, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

528. Kropholler 2005, nr. 52, p. 306.

529. Zie bijv. HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8689, r.o. 3.4.2 en 3.4.3, NJ 2012/391, m.nt. M.V. Polak (*Demerara/Karl Heinz Haus*). Dat er niet moet zijn geprotesteerd haalt de Hoge Raad hier waar- schijnlijk uit het arrest van het HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 20, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*). In dat geval ging het echter om een specifieke situatie, te weten het niet reageren op een bevestigingsbrief, waarin een forumkeuze was opgenomen. Dat dit echter ook algemeen geldt volgt bijv. uit overweging 23 van de conclusie van A-G L. Strikwerda bij HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7716, RvdW 2008/525 (*Pentamedia/New Skies Satellites*). Dat het niet protesteren tegen de forumkeuze een rol kan spelen volgt bijv. ook uit Rb. Rotterdam 8 juni 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AK4307, S&S 2000/121; Rb. Arnhem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7494; Rb. Overijssel 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3023.

3.3 De beoordeling van forumkeuzen bij 'losse' vervoervereenkomsten in de verhouding tussen vervoerder en afzender

3.3.1 Inleidende opmerkingen

In de volgende paragrafen wordt ingegaan op forumkeuzen in 'losse' vervoervereenkomsten.⁵³⁰ In eerste instantie wordt aandacht besteed aan forumkeuzen in de verhouding tussen de afzender en de vervoerder. De relatie tussen de vervoerder en de ontvanger van de vervoerde goederen, bijvoorbeeld een derde-cognossementhouder of de in een zeevrachtbrief genoemde geadresseerde, wordt vanaf paragraaf 3.4 en 3.5 nader onder de loep genomen.

Hieronder zullen eerst verschillende situaties worden geschetst, waarin reeds vóór de afgifte van een cognossement of zeevrachtbrief (voor zover een dusdanig vervoerdocument überhaupt wordt afgegeven⁵³¹) sprake kan zijn van een tussen partijen gesloten forumkeuze. De vervoervereenkomst en dus ook de forumkeuze komt meestal reeds vóór de afgifte van het vervoerdocument (bijvoorbeeld een cognossement) tot stand. De volgende situaties worden in paragraaf 3.3 behandeld:

- een forumkeuze in een 'booking note' (paragraaf 3.3.2);
- een forumkeuze via een verwijzing in een 'fixture' (paragraaf 3.3.3);
- een forumkeuze via een verwijzing naar bepaalde vervoervoorwaarden (met een forumkeuze) in een boekingsbevestiging (paragraaf 3.3.4).

Verder zal in paragraaf 3.3.5 aandacht worden besteed aan de situatie, waarin pas na de afgifte van het cognossement of de zeevrachtbrief blijkt dat de vervoerder een forumkeuze met de afzender wil overeenkomen en deze forumkeuze eerder niet ter sprake is gekomen.

3.3.2 Een door partijen ondertekende 'booking note'

Een 'losse' vervoervereenkomst kan worden opgemaakt in vorm van een 'booking note'. Dit zijn in de regel standaardvervoervereenkomsten, die het midden houden tussen een bevrachtingsovereenkomst en een cognossement (zie bijvoorbeeld de 'Conlinebooking 2000' van de BIMCO). Bij de verscheping van bijvoorbeeld slechts een paar containers maken de partijen in de regel geen 'booking note' op. Indien daarentegen bijvoorbeeld bijzondere lading, zoals een zeiljacht of een grote machine moet worden vervoerd, hebben de vervoerder en de afzender vaak de behoefte om de inhoud van de vervoervereenkomst voorafgaand uitgebreid vast te leggen. Dit zou dan bijvoorbeeld in vorm van een 'booking note' kunnen gebeuren.

530. Zoals uiteengezet in paragraaf 3.1.3 wordt hier onder 'losse' vervoervereenkomst verstaan vervoervereenkomsten, waarbij — anders dan bij de bevrachtingsovereenkomst — niet het schip maar het vervoer van een bepaalde lading, zoals een paar containers of een zware machine, van A naar B centraal staat. Deze vervoervereenkomsten worden in het Duits vaak aangeduid als 'Stückgutfrachtverträge' (zie bijv. Herber 1999, p. 253; Mankowski 2004, p. 1144, nr. 1547) en in het Engels soms (indien een cognossement is uitgegeven) als 'Bill of Lading contracts' (Wilson 2008, p. 5).

531. In sommige gevallen zoals bijvoorbeeld short-sea-vervoer met rorosschepen worden door zeevervoerders vaak geen vervoerdocumenten afgegeven.

De 'booking note' wordt normaliter naar aanleiding van een schriftelijke of telefonische aanvraag van de afzender of diens vertegenwoordiger, vaak een expediteur, door de vervoerder (althans diens vertegenwoordiger) opgemaakt en toegezonden.⁵³² De 'booking note' wordt in de regel op de voorkant door de afzender, vaak aangeduid als 'Merchant', en door de vervoerder ondertekend. Op de voorkant wordt de 'time for shipment', de overeengekomen vracht en verschillende 'special terms' (bijvoorbeeld extra ligdagen en overliggeld) vermeld. In dat opzicht lijkt de 'booking note' dus op veel standaardbevrachtingsovereenkomsten. Verder zijn op de achterkant van de 'booking note' de vervoersvoorwaarden opgenomen, die in de regel een forumkeuze bevatten. Deze vervoersvoorwaarden komen over het algemeen overeen met de cognossementsvoorwaarden, van het eventueel nog op te maken cognossement. Een goed voorbeeld is wederom de 'Conlinebooking 2000' van de BIMCO, die wat de voorwaarden betreft correspondeert met het 'Conlinebill 2000' cognossement.⁵³³ Soms is in de 'booking note' expliciet bepaald dat de daarin vastgelegde afspraken worden vervangen door de inhoud van het later af te geven cognossement.⁵³⁴ Het komt daarnaast overigens regelmatig voor dat partijen in aanvulling op de in de 'booking note' genoemde voorwaarden nog een 'rider' opnemen.⁵³⁵ In dat geval corresponderen de in de 'booking note' genoemde voorwaarden slechts gedeeltelijk met de cognossementsvoorwaarden.

De vraag of een forumkeuze opgenomen in de 'booking note' of in een 'rider' voldoet aan een van de in art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten is makkelijk te beantwoorden. Indien de 'booking note', met daarin (op de achterkant of in de rider) een forumkeuze door de vervoerder en de afzender althans hun vertegenwoordigers is ondertekend is mijns inziens voldaan aan het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste.⁵³⁶ De handtekeningen van partijen hoeven niet onder het deel van de schriftelijke overeenkomst te staan, waarin de forumkeuze is opgenomen.⁵³⁷ Dus het feit dat de handtekening in de regel op de voorkant staat van de 'booking note' en dat de forumkeuze op de achterkant is vermeld, is niet relevant. Verder geldt dat een schriftelijke overeenkomst in de zin van het eerste alternatief niet noodzakelijkerwijs een door alle partijen ondertekende akte hoeft te zijn.⁵³⁸ Voor de partij die een beroep wil doen op de forumkeuze, hier normaliter de vervoerder, is vooral van belang dat de afzender de 'booking note' heeft ondertekend. De handtekening van de vervoerder is minder relevant. Hij heeft de 'booking note' immers opgesteld

532. Stevens 2001, p. 10.

533. Hier verdient echter opmerking dat de in de Conlinebooking 2000 opgenomen forumkeuze niet bepaald gelukkig is. Hier staat immers: '*Disputes arising out of or in connection with this Bill of Lading [...]*', terwijl dit document geen cognossement is. Hier is het gelijktrekken met de cognossementsbepalingen te ver doorgevoerd, hetgeen hier zelfs ertoe kan leiden dat de forumkeuze buiten beschouwing blijft (zie bijv. Rb. Rotterdam 12 mei 2004, NIPR 2005/66).

534. Zie bijv. de Conlinebooking 2000 (van de BIMCO), waarin op de voorkant het volgende is bepaald: '*It is hereby agreed that this Contract shall be performed subject to the terms contained on Page 1 and 2 hereof which shall prevail over any previous arrangements and which shall in turn be superseded (except as to deadfreight) by the terms of the Bill of Lading.*'

535. Zie bijv. de vervoerovereenkomst die ten grondslag lag aan de beslissing van het Hof Amsterdam van 28 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BD4264, S&S 2008/57 (*Da Qiang*).

536. Zie omtrent het onder a) genoemde vormvereiste paragraaf 2.2.2.

537. Schlosser 2003, p. 160.

538. Kropholler 2005, p. 296, nr. 33.

althans, indien een standaard booking note wordt gebruikt, uitgekozen en aan de afzender ter ondertekening voorgelegd. Indien de afzender de 'booking note' ondertekent staat volgens mij in de regel vast dat hij met de forumkeuze heeft ingestemd. De vereiste wilsovereenstemming komt zodoende immers duidelijk en nauwkeurig schriftelijk tot uiting.⁵³⁹

3.3.3 Een verwijzing in een 'fixture'

Op een verwijzing in een 'fixture'⁵⁴⁰ naar bepaalde standaardovereenkomsten werd ingegaan in paragraaf 3.3.3 in verband met forumkeuzen in bevrachtingsovereenkomsten. Soms wordt ook bij 'losse' vervoerovereenkomsten gewerkt met een dergelijke 'fixture'. Dit gebeurt, zoals bij de hiervoor genoemde 'booking note', in de regel alleen bij het vervoeren van bijzondere lading (bijvoorbeeld een grote generator, een uit verschillende onderdelen bestaande projectlading) en zeker niet bij het gestandaardiseerde massavervoer van containers. Een 'fixture' kan soms ook voorafgaan aan het opmaken van de hiervoor omschreven 'booking note'. Anders dan bij een 'fixture' met betrekking tot het sluiten van een bevrachtingsovereenkomst wordt in een 'fixture' ten aanzien van een 'losse' vervoerovereenkomst in de regel naar vervoers-, 'booking note'- of cognossemmentsvoorwaarden van de vervoerder verwezen. Soms wordt bijvoorbeeld in de 'fixture' (vaak als het laatste punt) iets opgenomen in de strekking van *'owise usual carrier bn/bl conditions'*.⁵⁴¹ Dat bij een dergelijke 'fixture' soms tegelijkertijd naar de voorwaarden van de 'booking note' en de cognossemmentsvoorwaarden wordt verwezen is geen probleem. Deze voorwaarden zijn immers, zoals hierboven uiteengezet, in de regel hetzelfde.⁵⁴² Een goed voorbeeld van een dergelijke 'fixture' vindt men in de uitspraak van het Hof Amsterdam van 15 juni 2010.⁵⁴³ Hier ging het om het vervoer van een grote scheepsmotor van Spanje naar de VS. De scheepsmotor raakte bij de belading van het schip beschadigd. De tussen partijen gemaakte afspraken bleken uit een door de vervoerder voorafgaand gestuurde 'fixture'. De vervoerder stuurde nog een 'booking note' aan ladingbelanghebbenden, maar omdat dit pas na het voorval gebeurde waren vooral de uit de 'fixture' blijkende afspraken van belang. De vervoerder had in de 'fixture' onder andere de volgende zinsnede opgenomen: *'[...] pleased to confirm fixture as follows (all subs lifted so vessel fully booked: [...] carriers bookingnote/bladings/ [...]'*. Er werd dus in de 'fixture' verwezen naar de 'booking note'- en cognossemmentsvoorwaarden. Deze voorwaarden bevatten een forumkeuze ten gunste van de Rechtbank Amsterdam. Deze voorwaarden waren voorafgaand niet medegedeeld aan ladingbelanghebbenden. Door de vervoerder werd (op basis van de in de voorwaarden opgenomen forumkeuze) een procedure bij de Rechtbank Amsterdam aanhangig gemaakt. De bevoegdheid van de rechtbank werd vervolgens door ladingbelanghebbenden betwist. Volgens hen zou in het onderhavige geval geen sprake zou zijn van een forumkeuze ten gunste van de Rechtbank Amsterdam. Gezien de omstandigheden kon de rechtbank haar bevoegdheid ook niet ontleen

539. Zie omtrent het vereiste van wilsovereenstemming paragraaf 2.3.1.

540. In plaats van 'fixture' wordt soms ook gesproken van 'fixture recap', 'clean fixture' of 'clean recap of fixture'. Zie hieromtrent verder paragraaf 3.2.2.

541. De letters 'bn/bl' staan voor 'Booking note' en 'Bill of Lading'.

542. Zie als voorbeeld de 'Onlinebooking 2000' en de 'Onlinebill 2000' van de BIMCO.

543. Hof Amsterdam 15 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO2084, *S&S* 2011/27 (*Schippersgracht*).

aan een objectieve bevoegdheidsgrondslag. Alles draaide dus om de vraag of tussen partijen op basis van de in de 'fixture' genoemde verwijzing een forumkeuze ten gunste van de rechtbank tot stand was gekomen.

Hieronder wordt ingegaan op de vraag of in het hiervoor genoemd geval, waarin in een 'fixture' aanvullend wordt verwezen naar bijvoorbeeld de 'booking note'- of cognossementsvoorwaarden (die een forumkeuze bevatten) en die voorafgaand niet zijn medegedeeld, sprake is van een forumkeuze in de zin van art. 23 lid 1 sub a) en sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) of sub c) EEX-Vo (nieuw).

Het onder a) genoemde vormvereiste

Aan het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste is in de hiervoor genoemde situatie mijns inziens niet voldaan.⁵⁴⁴ Het is geen probleem dat in de 'fixture', die de uitkomst is van eerdere tussen partijen over een weer gevoerde (e-mail)correspondentie of telefoongesprekken, alleen wordt verwezen naar bijvoorbeeld de cognossementsvoorwaarden, zonder dat expliciet melding wordt gemaakt van de forumkeuze.⁵⁴⁵ Echter, zoals in het hiervoor genoemde voorbeeld omschreven worden deze voorwaarden meestal niet op voorhand toegezonden. Uit de rechtspraak en de literatuur volgt dat een 'verwijzing'⁵⁴⁶ alleen voldoet aan het onder a) genoemde vereiste indien uitdrukkelijk op de toepasselijkheid van de voorwaarden (met daarin een forumkeuze) is gewezen en de voorwaarden voorafgaand aan de wederpartij zijn medegedeeld.⁵⁴⁷ Mededelen impliceert dat de wederpartij over het stuk beschikt althans bekend is met de inhoud ervan.⁵⁴⁸ Aan het onder a) genoemde vormvereiste is in het hiervoor genoemde voorbeeld dan ook niet voldaan.

Dit is naar mijn mening anders indien de 'fixture' deel uitmaakt van een uitwisseling van e-mails, waarbij in een eerdere e-mail de in 'fixture' genoemde voorwaarden als bijlage zijn toegezonden. In dat geval zijn de voorwaarden wel voorafgaand medegedeeld.⁵⁴⁹ Echter, zoals in de hiervoor genoemde situatie, worden deze voorwaarden voorafgaand vaak niet medegedeeld.

544. Zie ten aanzien van het onder a) genoemde vormvereiste paragraaf 2.2.2.

545. HvJ EG 14 december 1976, 24/76, NJ 1977/446, m.nt. J.C. Schultsz (*Colzani/Rüwa*) en HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 13, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); Kuypers 2008, p. 389.

546. Zie hieromtrent het begrip 'verwijzing' ook paragraaf 2.2.2 en 3.3.3 alsmede uitvoerig Kuypers 2008, p. 385 e.v.

547. HvJ EG 14 december 1976, 24/76, NJ 1977/446, m.nt. J.C. Schultsz (*Colzani/Rüwa*); Rb. Rotterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2666, S&S 2013/85, LJN BZ2666 (*Heenvliet*); Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ8550, S&S 2013/130; Kuypers 2008, p. 393 en 397.

548. Kuypers 2008, p. 397.

549. Zie voor een vergelijkbaar geval bijv. Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ8550, S&S 2013/130. In een van de eerdere e-mails werd als bijlage een 'Contract of Ocean Carriage' met daarin een forumkeuze ten gunste van de Rechtbank Amsterdam toegezonden. Hierop volgde op gegeven moment de mededeling van de afzender dat 'all is OK'. Dat de vervoerovereenkomst niet ondertekend was geretourneerd en de afzender ook heeft afgezien van het vervoer, vormde voor het Hof Amsterdam geen struikelblok. Op basis van het eerder toesturen van de stukken en de daarop volgende mededeling van de afzender kwam het hof tot de conclusie dat in casu was voldaan aan het onder a) genoemde criterium.

Het onder c) genoemde vormvereiste

Zoals blijkt uit de hierboven genoemde uitspraak van het Hof Amsterdam, is onder de hierboven genoemde omstandigheden waarschijnlijk ook geen sprake van een forumkeuze die voldoet aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste.⁵⁵⁰ De partij, die een beroep doet op de forumkeuze, zal in ieder geval moeite hebben te bewijzen dat de forumkeuze in de onderhavige situatie is gesloten in een vorm die overstemt met een 'gewoonte', dus een handelwijze die de marktdeelnemers van een handelsbranche bij het sluiten van dit soort 'losse' vervoerovereenkomsten doorgaans en regelmatig aan de dag leggen.⁵⁵¹

Om te beginnen is het in het onderhavige geval al niet makkelijk om de voor het bepalen van de 'gewoonte' relevante handelsbranche af te bakenen. Het moet immers gaan om een handelwijze die door de marktdeelnemers van een specifieke handelsbranche in acht wordt genomen.⁵⁵² Indien de hier relevante handelsbranche te veelomvattend zou zijn, bijvoorbeeld alle 'losse' vervoerovereenkomsten ten aanzien van stukgoederen, is het naar verwachting niet mogelijk om aan te tonen dat sprake is van een bepaalde handelwijze, hier het gebruik maken van een 'fixture' met een verwijzing naar bepaalde vervoersvoorwaarden zonder deze voorwaarden voorafgaand mede te delen. 'Losse' vervoerovereenkomsten ten aanzien van het vervoer van stukgoederen over zee worden immers op sterk uiteenlopende manieren gesloten.⁵⁵³ De zojuist omschreven handelwijze is slechts een van de verschillende handelwijzen, zodat niet kan worden gezegd dat deze specifieke handelwijze doorgaans en regelmatig wordt gevolgd. De relevante handelsbranche zou dus nader moeten worden ingeperkt, wil kunnen worden aangetoond dat er sprake is van een bepaalde 'gewoonte'.

Bij het bepalen van de handelsbranche moet rekening worden gehouden met de omstandigheden van het specifieke geval. Zoals in paragraaf 2.2.4.3 werd opgemerkt zou hier kunnen worden gedacht aan een nadere concretisering aan de hand van de te vervoeren lading. Partijen zullen eerder de behoefte hebben hun afspraken vast te leggen in een 'fixture' bij het vervoer van bijzondere stukgoederen (zoals bijvoorbeeld een grote scheepsmotor, een grote ketel, een voertuig enzovoort).⁵⁵⁴

550. Hof Amsterdam 15 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO2084, S&S 2011/27 (*Schippersgracht*). Anders daarentegen Mankowski 2011, p. 567, nr. 36a die hiervan zonder nadere toelichting uitgaat ('Ebenfalls hat sich im Seehandelsverkehr ein Modus des Vertragsabschlusses eingebürgert, bei dem schlich auf "B/L" oder "B/N" verwiesen und die weiteren Ausfüllungen des Vertragsinhaltes einem späteren Konnossement oder einer späteren booking note überlassen wird. Eine solche booking note enthält dann ihrerseits die Konnossementsbedingungen mit der Gerichtsstandsklausel. Auch dies dürfte schon handelsgebräuchlich sein.')

551. Zie omtrent het begrip 'gewoonte' paragraaf 2.2.4.3.

552. Zie omtrent de afbakening van de 'handelsbranche' paragraaf 2.2.4.3.

553. Zie bijv. de in paragraaf 3.3.2, 3.3.4 en 3.3.5 geschetste manieren van sluiten van zeevervoerovereenkomsten.

554. De partij, die een beroep wil doen op de forumkeuze, moet ervoor waken dat de handelsbranche niet te nauw wordt afgebakend. Anders wordt het lastig om het vereiste bewijs van het bestaan van de 'gewoonte' te leveren. Zie in dit verband wederom Hof Amsterdam 15 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO2084, S&S 2011/27 (*Schippersgracht*).

Mede als gevolg van de zojuist geschetste moeilijkheid in verband met het bepalen van de handelsbranche in kwestie, heeft de partij, die in de onderhavige situatie een beroep wil doen op de in de vervoersvoorwaarden opgenomen forumkeuze, moeite om aan te tonen dat de hiervoor geschetste handelwijze doorgaans en regelmatig bij het sluiten van bepaalde 'losse' vervoerovereenkomsten aan de dag wordt gelegd. Zoals hiervoor reeds opgemerkt worden 'losse' vervoerovereenkomsten immers op uiteenlopende manieren gesloten (bijvoorbeeld door middel van het opmaken van een 'booking note', een *cognossement* of een zeevrachtbrief, *mondeling* enzovoort). Dit geldt ook indien men slechts zou kijken naar 'losse' vervoerovereenkomsten ten aanzien de hiervoor genoemde bijzondere stukgoederen. Het sluiten van 'losse' vervoerovereenkomsten door middel van een dergelijke 'fixture' (waarin naar de toepasselijkheid van bijvoorbeeld de *cognossementsvoorwaarden* wordt verwezen, zonder dat deze voorwaarden zijn meegezonden) is volgens mij slechts een mogelijkheid naast verschillende andere mogelijkheden.

Dus naast het feit dat het in deze situatie al lastig is om de relevante handelsbranche af te bakenen moet mijns inziens tevens ervan worden uitgegaan dat deze handelwijze — anders dan bij het sluiten van bevrachtingsovereenkomsten (hetgeen een andere handelsbranche is)⁵⁵⁵ — niet dusdanig vaak voorkomt dat hier snel sprake zou kunnen zijn van een 'gewoonte'. Het komt weliswaar vaak voor dat partijen met een dergelijke 'fixture' werken bij het sluiten van 'losse' vervoerovereenkomsten, maar dit komt — kijkt men naar de gehele branche — volgens mij niet dusdanig vaak voor dat sprake kan zijn van het '*doorgaans en regelmatig*'⁵⁵⁶ sluiten van bepaalde 'losse' vervoerovereenkomsten door middel van dergelijke 'fixtures', waarin wordt verwezen naar bepaalde vervoersvoorwaarden (die een forumkeuze bevatten) zonder deze voorwaarden voorafgaand aan de afzender mede te delen. Bovendien moet het bestaan van de 'gewoonte' worden aangetoond aan de hand van het gedrag van de marktdeelnemers en niet aan de hand van het eigen gedrag.⁵⁵⁷ Dit maakt het in veel gevallen nog lastiger om het bestaan van de 'gewoonte' aan te tonen. Het is immers niet eenvoudig mogelijk om dit soort informatie van de andere marktdeelnemers te verkrijgen.

Ook het aantonen van de bekendheid met de 'gewoonte' (indien kan worden aangetoond dat sprake is van een desbetreffende 'gewoonte') is onder de gegeven omstandigheden niet makkelijk. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.2.4.4 vereist art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) dat de 'gewoonte' algemeen en bij de betrokken partijen bekend is. Het tweede vereiste wordt ook aangeduid als subjectieve bekendheid.⁵⁵⁸ Indien sprake is van een bepaalde 'gewoonte' vormt de vereiste algemene bekendheid geen probleem.⁵⁵⁹ Het aantonen van het bestaan van subjectieve bekendheid kan daarentegen een groter struikelblok vormen. Volgens het Hof van Justitie wordt subjectieve bekendheid dan ook in bepaalde

555. Zie hieromtrent paragraaf 3.2.2.

556. Zie hieromtrent paragraaf 2.2.4.3.

557. Zie bijv. Hof Amsterdam 15 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO2084, *S&S* 2011/27 (*Schippersgracht*); Hof Arnhem 29 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1267, *NJF* 2011/221.

558. Zie hieromtrent paragraaf 2.2.4.4.

559. Het feit dat er sprake moet zijn van een 'gewoonte', dus een handelwijze die de marktdeelnemers bij het sluiten van een bepaald soort overeenkomsten doorgaans en regelmatig volgen, impliceert mijns inziens dat de marktdeelnemers in het algemeen bekend zijn met deze handelwijze.

gevallen vermoed. Volgens het Hof is dit het geval indien: ([...] wordt aangetoond dat de partijen tevoren reeds onderling of met andere in de betrokken sector werkzame partijen handelsbetrekkingen hadden aangeknoopt, dan wel dat in deze sector een bepaalde handelwijze, doordat zij bij het sluiten van een bepaald soort van overeenkomsten doorgaans en regelmatig wordt gevolgd, voldoende bekend is om als een vaste praktijk te kunnen worden beschouwd).⁵⁶⁰

Het door het Hof van Justitie gebezigde begrip 'vaste praktijk' werd eerder besproken in paragraaf 2.2.4.4. In het licht van de hiervoor genoemde omstandigheden kan volgens mij niet ervan worden uitgegaan dat hier sprake is van een 'vaste praktijk'. Subjectieve bekendheid zou dus alleen worden vermoed indien kan worden aangetoond dat de partij jegens wie een beroep wordt gedaan op de forumkeuze eerder vergelijkbare overeenkomsten heeft gesloten.

Samengevat moet worden geconcludeerd dat het voor een partij, in de regel de vervoerder, die in de hiervoor genoemde situatie een beroep wil doen op de forumkeuze zeer moeilijk is om te bewijzen dat in casu is voldaan aan het in art. 23 lid 1 onderdeel c EEX-Vo/art. 25 lid 1 onderdeel c EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten. Dit blijkt ook uit de uitspraak van het Hof Amsterdam, waarin het beroep van de vervoerder op de forumkeuze strandde op het feit dat hij niet kon bewijzen dat op grond van de in de 'fixture' opgenomen verwijzing naar zijn 'bookingnote/bladings', die niet voorafgaand aan de afzender waren medegedeeld, sprake was van een forumkeuze die was gesloten in een vorm die overeenstemt met een bepaalde 'gewoonte'.

3.3.4 Een verwijzing in een boekingsbevestiging

Bij het gestandaardiseerde vervoer van containers sturen vervoerders naar aanleiding van een telefonische of een (via internet of een speciaal boekingssysteem ontvangen) elektronische aanvraag in de regel een gestandaardiseerde boekingsbevestiging (vaak aangeduid als 'booking confirmation'). Met het toesturen van deze boekingsbevestiging komt de vervoerovereenkomst in de regel tot stand.⁵⁶¹ De afzender althans diens vertegenwoordiger (een expediteur) stelt in de regel vervolgens zonder op- of aanmerkingen de in de boekingsbevestiging genoemde lading aan de vervoerder ter beschikking. Door de vervoerder wordt meestal op een later moment nog een cognossement of een zeevrachtbrief afgegeven.

Van belang is dat in bijna alle boekingsbevestigingen (ergens in de 'kleine lettertjes') wordt gewezen op de toepasselijkheid van de vervoers-/cognossementsvoorwaarden (of de zeevrachtbriefvoorwaarden) en dat deze voorwaarden te vinden zijn op de website van de vervoerder. De voorwaarden worden in de regel niet ter hand gesteld. Voorbeelden van een dergelijke verwijzing vindt men in de boekingsbevestigingen van bijna alle grote containervervoerders. Deze luiden bijvoorbeeld als volgt:

'The Hapag-Lloyd AG is operating under the Terms and Conditions of its Bill of Lading or Sea Waybill depending on which document will be issued for the shipment. Our

560. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 43, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); zie ook HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 24, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

561. Stevens 2001, p. 10.

Terms and Conditions may be viewed at any office of the Hapag-Lloyd AG or its agents or on our website under www.hapag-lloyd.com.

'Shipment shall be subject to CMA CGM bill of lading terms and conditions available in any CMA CGM agencies or on CMA CGM web site: www.cma-cgm.com.

'This booking confirmation, bookings and carriage are subject to the terms, conditions and provisions of the governing Maersk Line Combined Transport Bill of Lading. These terms, conditions and provisions are available upon request from the carrier or his representatives and are furthermore accessible on the Maersk Line website "<http://www.maerskline.com>" under "Do Business".

'This Booking Confirmation confirms a contract between you and MSC. The terms of the contract are those contained in this document, together with the Terms and Conditions of MSC's standard Bill of Lading or Sea Waybill as applicable. A copy of these Terms and Conditions will be made available on request or can be viewed at http://www.mscevva.ch/bl_terms/bl.html.

De hiervoor genoemde cognossementsvoorwaarden, waarnaar in de boekingsbevestiging wordt verwezen, bevatten allemaal een forumkeuze ten gunste van respectievelijk de rechter te Hamburg, te Marseille en (twee keer) te Londen.

De vraag rijst nu of — nog voordat een cognossement (of een zeevrachtbrief) wordt afgegeven — op grond van de hiervoor genoemde verwijzingen in de boekingsbevestiging naar de cognossementsvoorwaarden sprake is van een tussen de afzender en de vervoerder tot stand gekomen forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw). Voor de goede orde moet hier nogmaals voorafgaand in herinnering worden geroepen dat bij de beoordeling van deze vraag de in het nationale recht opgenomen regeling omtrent algemene voorwaarden geen rol speelt.⁵⁶² Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van de mogelijke vernietigbaarheid van bedingen in algemene voorwaarden wegens niet terhandstelling van de voorwaarden (in Nederland art. 6:233 BW). De vraag of op grond van de onderhavige verwijzing sprake is van een geldige forumkeuze moet in eerste instantie worden beantwoord aan de hand van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw).⁵⁶³

Het onder a) genoemde vormvereiste

Aan het in art. 23 lid 1 sub a) (eerste en tweede alternatief) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) (eerste en tweede alternatief) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste zal niet snel zijn voldaan. Zoals gezegd worden de voorwaarden, waarnaar in de boekingsbevestiging wordt verwezen, in de regel niet voorafgaand toegezonden. Zoals hierboven (in bijvoorbeeld paragraaf 2.2.2, 3.2.2 en 3.3.3) uitgelegd is echter vereist dat de in de 'verwijzing' genoemde voorwaarden voorafgaand aan de wederpartij zijn medegedeeld.⁵⁶⁴ Dat de afzender ten tijde van het sluiten van de vervoerovereenkomst kennis moet hebben kunnen nemen van de in de voorwaarden genoemde

562. Zie bijv. Kuypers 2008, p. 387; Kropholler 2005, p. 290, nr. 19; Hausmann 2010, p. 1962, nr. 6391; zie hieromtrent ook paragraaf 2.3.1.1.

563. Kuypers 2008, p. 386.

564. Kuypers 2008, p. 385 e.v.

forumkeuze is tevens ten aanzien van de vereiste wilsovereenstemming van belang.⁵⁶⁵ De wilsovereenstemming moet immers schriftelijk tot uiting zijn gekomen. Een latere mededeling van de voorwaarden althans de forumkeuze, bijvoorbeeld door middel van het toesturen van het cognossement, baat niet.⁵⁶⁶

Het onder c) genoemde vormvereiste

Aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vereiste is volgens mij onder de gegeven omstandigheden daarentegen wel voldaan. Tenzij de vervoerovereenkomst wordt gesloten door een consument (hetgeen bij containervervoer niet geheel ondenkbaar is). In dat geval is immers geen sprake van een in het kader van de 'internationale handel' gesloten forumkeuze, hetgeen echter een van de in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde voorwaarden is.⁵⁶⁷

Zoals hierboven in paragraaf 2.2.4.3 werd uiteengezet moet bij het onder c) genoemde vereiste worden achterhaald of de forumkeuze is gesloten in een vorm die overeenstemt met een 'gewoonte', dat wil zeggen een bepaalde handelwijze die door de marktdeelnemers van een specifieke handelsbranche bij het sluiten van een bepaald soort overeenkomsten doorgaans en regelmatig in acht wordt genomen.⁵⁶⁸ Van belang is in dat verband dat de door de marktdeelnemers gevolgde handelwijze niet specifiek hoeft te zijn gericht op het overeenkomen van forumkeuzen, maar kan zijn gericht op het sluiten van bepaalde overeenkomsten in het algemeen, hier het sluiten van 'losse' vervoerovereenkomsten ten aanzien van containers.⁵⁶⁹

De relevante handelsbranche is hier klaarblijkelijk het massale vervoer van containers over zee. Door de partij, die een beroep wenst te doen op de in de cognossementsvoorwaarden opgenomen forumkeuze (meestal de vervoerder), moet worden aangetoond dat deelnemers van deze handelsbranche, hier vooral de containervervoerders, doorgaans en regelmatig op de hierboven geschetste manier vervoerovereenkomsten sluiten. Dit moet worden aangetoond aan de hand van het gedrag van de marktdeelnemers en niet aan de hand van eigen gedrag.⁵⁷⁰ Een containervervoerder, die een beroep wenst te doen op de forumkeuze, kan dus niet volstaan met het overleggen van kopieën van eigen boekingsbevestigingen. Deze containervervoerder kan echter, gezien de veelvuldige voorbeelden van zijn 'conculaga's', makkelijk aantonen dat ook de overige marktdeelnemers bij het sluiten van vervoerovereenkomsten met betrekking tot containers doorgaans en regelmatig een boekingsbevestiging wordt gestuurd, waarin naar de cognossementsvoorwaarden (of zeevrachtbriefvoorwaarden) wordt verwezen, die in de regel een forumkeuze

565. Zie omtrent de vereiste wilsovereenstemming paragraaf 2.3.1.

566. Kuypers 2008, p. 389.

567. Zie omtrent het begrip 'internationale handel' paragraaf 2.2.4.2 en Kuypers 2008, p. 348 e.v.

568. HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 23, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 26, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*).

569. Mankowski 2011, p. 562, nr. 29.

570. Zie bijv. Hof Amsterdam 15 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO2084, *S&S* 2011/27 (*Schippersgracht*); Hof Arnhem 29 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1267, *NJF* 2011/221.

bevatten.⁵⁷¹ Verder kan worden aangetoond dat het niet gebruikelijk is dat deze voorwaarden op voorhand aan de afzender worden gezonden. Ook is niet gebruikelijk dat de afzender (althans diens vertegenwoordiger; vaak een expediteur) reageert op de in de boekingsbevestiging genoemde verwijzing. Dus een containervervoerder, die op de hiervoor genoemde manier een vervoerovereenkomst sluit door middel van het toezenden van een boekingsbevestiging met een verwijzing naar bepaalde voorwaarden met een forumkeuze zonder deze voorwaarden voorafgaand toe te zenden, kan makkelijk aantonen dat deze forumkeuze wordt gesloten in een vorm die overeenstemt met een 'gewoonte', dus een handelwijze die door de marktdeelnemers van de containervervoerbranche bij het sluiten van 'losse' vervoerovereenkomsten doorgaans en regelmatig wordt gevolgd. Het onder c) genoemde criterium vereist bovendien niet dat de voorwaarden althans de forumkeuze daadwerkelijk aan de wederpartij is/zijn medegedeeld.⁵⁷² Dit deel van het onder c) genoemde vereiste zal dan ook geen struikelblok vormen.

Ook de in paragraaf 2.2.4.4 omschreven drempel van het vereiste van algemene en subjectieve bekendheid wordt in de regel gehaald. Gezien het hiervoor omschreven gedrag van de marktdeelnemers moet van algemene bekendheid van deze 'gewoonte' in de branche van het containervervoer worden uitgegaan. Daarnaast wordt de vereiste subjectieve bekendheid onder de hiervoor geschetste omstandigheden volgens mij vermoed. Volgens het Hof van Justitie wordt subjectieve bekendheid vermoed indien *'wordt aangetoond dat de partijen tevoren reeds onderling of met andere in de betrokken sector werkzame partijen handelsbetrekkingen hadden aangeknoopt, dan wel dat in deze sector een bepaalde handelwijze, doordat zij bij het sluiten van een bepaald soort van overeenkomsten doorgaans en regelmatig wordt gevolgd, voldoende bekend is om als een vaste praktijk te kunnen worden beschouwd'*.⁵⁷³ Staat dus vast dat partijen reeds eerder vergelijkbare vervoerovereenkomsten hebben gesloten, hetgeen gezien de huidige grote relevantie van het containervervoer voor de logistieke branche vaak het geval is, wordt subjectieve bekendheid vermoed.

Verder kan volgens mij ervan worden uitgegaan dat hier tevens sprake is van een 'vaste praktijk'. Zoals hierboven in paragraaf 2.2.4.4 werd uiteengezet is volgens mij sprake van een 'vaste praktijk' indien een bepaalde handelwijze door bijna alle marktdeelnemers wordt gevolgd en door alle marktdeelnemers als vanzelfsprekend wordt beschouwd. De hiervoor omschreven handelwijze wordt mijns inziens door bijna alle containervervoerders gevolgd bij het sluiten van 'losse' vervoerovereenkomsten. Subjectieve bekendheid wordt dus volgens mij ook dan vermoed indien een afzender voor de eerste keer een container doet vervoeren en de vervoerovereenkomst op de hiervoor genoemde wijze tot stand komt.

Ten slotte geldt dat onder de onderhavige omstandigheden ook de vereiste wilsovereenstemming geen probleem vormt.⁵⁷⁴ Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.1.2 wordt het bestaan van wilsovereenstemming volgens het Hof van Justitie vermoed indien

571. Bovendien wordt dit ook in de literatuur beaamd. Zie bijv. Stöve 1993, p. 165; Mankowski 1995, p. 232; Rabe 2000a, p. 347, nr. 133; Stevens 2001, p. 249.

572. Zilinsky 2013, p. 150.

573. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 43, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 24, NJ 1998, 565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

574. Zie omtrent de vereiste wilsovereenstemming paragraaf 2.3.1.

is voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste.⁵⁷⁵ Voor de partij, die een beroep doet op de forumkeuze, is dus vooral van belang om te bewijzen dat de forumkeuze voldoet aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten.⁵⁷⁶ Het daadwerkelijke bestaan van wilsovereenstemming is echter ook vereist indien is voldaan aan het onder c) genoemde criterium.⁵⁷⁷

Omdat de in de boekingsbevestiging genoemde voorwaarden veelal voorafgaand niet aan de afzender zijn medegedeeld, zou het voor de vervoerder zonder het vermoeden van wilsovereenstemming lastig(er) zijn om de vereiste wilsovereenstemming aan te tonen.⁵⁷⁸ Of alleen uit het feit dat de afzender (althans diens tegenwoordiger) na ontvangst van de boekingsbevestiging de lading meegeeft aan de vervoerder kan worden afgeleid dat hij stilzwijgend instemt met de in de voorwaarden genoemde forumkeuze is niet duidelijk. Het door het Hof van Justitie geïntroduceerde vermoeden is dan ook essentieel voor de containervervoerder die met succes een beroep wil doen op de in zijn vervoers- of cognossemmentsvoorwaarden opgenomen forumkeuze.

Volgens de rechtspraak geldt het vermoeden van het bestaan van wilsovereenstemming overigens alleen '*behoudens tegenbewijs*' en indien '*niet is geprotesteerd tegen de forumkeuze*'.⁵⁷⁹ Dus indien door de afzender na ontvangst van de hiervoor genoemde boekingsbevestiging uitdrukkelijk zou worden geprotesteerd tegen de toepasselijkheid van de voorwaarden althans tegen de in deze voorwaarden opgenomen forumkeuze zou het vermoeden van wilsovereenstemming op losse schroeven komen te staan.

Gezien het voorgaande moet – samengevat – ervan worden uitgegaan dat in het hierboven genoemde geval in de regel – reeds voor de afgifte van een cognossement of een zeevrachtbrief – op grond van de in de boekingsbevestiging opgenomen verwijzing naar de bepaalde voorwaarden (met daarin een forumkeuze) sprake is van een forumkeuze die voldoet aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste en dat de vereiste wilsovereenstemming aldus wordt vermoed te bestaan.

Afsluitend moet overigens nogmaals worden benadrukt dat het voorgaande alleen ziet op de door vervoerders van containers gestuurde boekingsbevestigingen. De relevante handelsbranche, waarbinnen sprake is van de hiervoor geschetste 'gewoonte', is dus het massale vervoer van containers door (Europese) containervervoerders. Voor zover een dergelijke boekingsbevestiging wordt afgegeven ten aan-

575. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 21, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 19, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

576. Kropholler 2005, nr. 52, p. 306.

577. Mankowski 2011, p. 569, nr. 39.

578. Mankowski 2011, p. 570, nr. 39b.

579. Zie bijv. HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8689, r.o. 3.4.2 en 3.4.3, NJ 2012/391, m.nt. M.V. Polak (*Demerara/Karl Heinz Haus*). Dat er niet moet zijn geprotesteerd haalt de Hoge Raad hier waarschijnlijk uit het arrest van het HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 20, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*). In dat geval ging het echter om een specifieke situatie, te weten het niet reageren op een bevestigingsbrief, waarin een forumkeuze was opgenomen. Dat dit echter ook algemeen geldt volgt bijv. uit overweging 23 van de conclusie van A-G L. Strikwerda bij HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7716, RvdW 2008/525 (*Pentamedia/New Skies Satellites*). Dat het niet protesteren tegen de forumkeuze een rol kan spelen volgt bijv. ook uit Rb. Rotterdam 8 juni 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AK4307, S&S 2000/121; Rb. Arnhem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7494; Rb. Overijssel 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3023.

zien van bijvoorbeeld het vervoer van speciale projectlading (die niet op flatracks aan boord van een containerschip wordt vervoerd) of het vervoer van in het ruim gestorte bulkloading, kan het voorgaande niet zonder meer worden toegepast op de forumkeuze. Dergelijke vervoerovereenkomsten vallen mijns inziens immers buiten de hiervoor genoemde handelsbranche. De van belang zijnde handelsbranche zou in dat geval opnieuw moeten worden gedefinieerd en er zou opnieuw onderzoek moeten worden gedaan naar de gebruikelijke handelwijzen binnen deze handelsbranche.

3.3.5 Een forumkeuze blijkt achteraf uit het cognossement of de zeevrachtbrief

Hierboven werden verschillende situaties geschetst, waarin reeds vóór de afgifte van een cognossement of zeevrachtbrief (voor zover een dusdanig vervoerdocument überhaupt wordt afgegeven⁵⁸⁰) sprake kan zijn van het tot stand komen van een forumkeuze, door bijvoorbeeld een verwijzing naar de cognossementsvoorwaarden (met een forumkeuze) in een boekingsbevestiging.

Hieronder wordt onderzocht of sprake is van een geldige forumkeuze indien partijen bijvoorbeeld mondeling of door middel van een beknopte e-mail een vervoerovereenkomst sluiten (en zich in dat kader alleen beperken tot een omschrijving van de goederen, het tijdstip van verscheping en de hoogte van de vracht) en in dit verband *niet* ter sprake komt dat de vervoerder beoogt een bepaalde forumkeuze overeen te komen althans bepaalde vervoersvoorwaarden (met een forumkeuze) wenst deel te laten uitmaken van de vervoerovereenkomst. Dat de vervoerder beoogt een forumkeuze overeen te komen blijkt achteraf uit het vervoerdocument (bijvoorbeeld een cognossement of een zeevrachtbrief) dat pas wordt afgegeven nadat de goederen aan boord van het schip zijn geladen. Dat het cognossement pas wordt overhandigd nadat de goederen aan boord zijn geladen en dat de inhoud van het cognossementsvoorwaarden eerder niet is besproken komt regelmatig voor.⁵⁸¹ Dit past bijvoorbeeld ook bij art. III lid 3 HVR, waarin is bepaald dat de vervoerder '*na de goederen ontvangen en aangenomen te hebben [...] op verlangen van de afzender aan deze een cognossement*' moet afgeven.

Hier moet eerst nogmaals worden benadrukt dat de vervoerovereenkomst tussen de afzender en de vervoerder reeds voorafgaand aan de afgifte van het vervoerdocument tot stand is gekomen. De afgifte van bijvoorbeeld een cognossement veronderstelt dat er voorafgaand reeds een vervoerovereenkomst tot stand is gekomen.⁵⁸² Over het algemeen wordt ervan uitgegaan dat het cognossement in een dergelijk geval de voorwaarden van de vervoerovereenkomst onder cognossement bewijst.⁵⁸³ Maar geldt dit ook ten aanzien van de forumkeuze? Zoals uiteengezet in paragraaf

580. In sommige gevallen zoals bijvoorbeeld short-sea-vervoer met rorosschepen worden door zeevervoerder vaak geen cognossementen of zeevrachtbrieven afgegeven.

581. Loyens 1999, p. 669.

582. Stevens 2001, p. 5; Seck 2011, p. 129.

583. Zie bijv. art. 8:412 BW (waarin is bepaald dat het cognossement '*vermeldt de voorwaarden waarop het vervoer plaatsvindt*'); Haak & Zwitser 2010, p. 158; Treitel & Reynolds 2005, p. 68, nr. 3-001; Wilson 2008, p. 127; Sparka 2010, p. 43; Stevens 2001, p. 22.

1.2 is de forumkeuze een aparte procesrechtelijke overeenkomst, die naast de hoofdovereenkomst, hier de vervoerovereenkomst, staat. Daarnaast geldt dat een forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) eigen vormvoorschriften en vereisten ten aanzien van de wilsovereenstemming kent. Om deze reden moet volgens mij altijd apart worden beoordeeld of in een specifiek geval een forumkeuze tussen de partijen tot stand is gekomen.⁵⁸⁴

Hieronder zal nader worden ingegaan op situaties, waarin de forumkeuze op geen enkele manier ter sprake is gekomen vóór de (beoogde) uitgifte van het uiteindelijke vervoerdocument, bijvoorbeeld een cognossement. Ten eerste wordt gekeken naar de situatie waarin pas na de belading een cognossement wordt afgegeven, dat een forumkeuze bevat. Bij deze situatie kan nog een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie, waarin het cognossement aan de afzender wordt afgegeven, en de situatie waarin het cognossement aan een aflader, de FOB-verkoper, wordt afgegeven.⁵⁸⁵ Ten tweede wordt de situatie besproken waarin het weliswaar de bedoeling was om een cognossement uit te geven, maar deze uitgifte (bijvoorbeeld vanwege schade opgetreden vóór of bij belading) uiteindelijk achterwege blijft.

Het onder a) genoemde vormvereiste

De vraag of in de hiervoor genoemde gevallen is voldaan aan het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste (dat uitgebreid in paragraaf 2.2.2 werd geïntroduceerd) kan kort als volgt worden beantwoord. Mijns inziens is in de hiervoor genoemde gevallen niet voldaan aan dit vormvereiste. Dat het simpelweg opnemen van een forumkeuze in het cognossement hiervoor onvoldoende is heeft het Hof van Justitie reeds in het arrest *Tilly Russ* bepaald.⁵⁸⁶ Het Hof heeft destijds geoordeeld: *'Een bevoegdheidsbeding dat deel uitmaakt van de voorwaarden die op een door de vervoerder ondertekend cognossement zijn gedrukt, voldoet slechts aan het in art. 17 Executieverdrag [thans art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo en straks art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw)] gestelde vereiste van een 'schriftelijke overeenkomst', indien de inlader schriftelijk heeft verklaard in te stemmen met de voorwaarden die dat beding bevatten, hetzij op het betrokken document zelf, hetzij bij afzonderlijk geschrift.'*⁵⁸⁷ Van de volgens art. 23 lid 1 sub a), eerste alternatief, EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a), eerste alternatief, EEX-Vo (nieuw) vereiste *'schriftelijke overeenkomst'* is in de hier van belang zijnde situatie geen sprake.

Verder vereist het onder a) genoemde vormvereiste dat wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze duidelijk en nauwkeurig schriftelijk tot uiting is gekomen.⁵⁸⁸ Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.1.3 moet de wilsovereenstemming immers afhankelijk van het vormvereiste op een bepaalde manier tot uiting komen. In het hiervoor genoemde arrest oordeelde het Hof van Justitie ten aanzien van dit punt het volgende: *'Aan de voorwaarden van art. 17 is niet voldaan indien het bevoegdheidsbeding*

584. Bepalingen van het nationale recht, zoals het in de voorafgaande voetnoot genoemde art. 8:412 BW, spelen hier dus geen rol.

585. Zie hieromtrent uitvoerig Claringbould 1996, p. 31 e.v.; Zwitser 2008a, p. 165; Zwitser 2008b, p. 201.

586. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 16, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (*Tilly Russ*).

587. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 16, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (*Tilly Russ*).

588. Zie omtrent de vereiste wilsovereenstemming paragraaf 2.3.1.

eenvoudig op de achterzijde van het cognossement is gedrukt, want in dat geval ontbreekt iedere waarborg dat de wederpartij daadwerkelijk met de van de algemene bevoegdheidsregeling van het Verdrag afwijkende clause heeft ingestemd'.⁵⁸⁹ In het onderhavige geval komt de wilsovereenstemming dus niet conform het onder a) genoemde vormvereiste tot uiting.

Ook van een schriftelijke bevestiging van een eerdere mondelinge overeenkomst (in de zin van het tweede alternatief) is in een dergelijk geval geen sprake.⁵⁹⁰ Dit vereist immers dat de partijen voorafgaand in ieder geval mondeling overeenstemming hebben bereikt over de forumkeuze althans over de toepasselijkheid van de cognossementsvoorwaarden (waaronder de forumkeuze) en dat deze voorwaarden voorafgaand aan de afzender zijn medegedeeld.⁵⁹¹ In de hier geschetste situatie is dit niet het geval. Aan het onder a) genoemde vormvereiste is dan ook niet voldaan.

Het onder c) genoemde vormvereiste

Interessant is vooral of in een dergelijk geval is voldaan aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vereiste.⁵⁹² Terzijde moet nogmaals worden opgemerkt dat ook het onder b) genoemde vormvereiste niet moet worden vergeten. Indien tussen de vervoerder en de afzender reeds een lopende handelsbetrekking bestaat is het onder b) genoemde vormvereiste van belang. Wanneer sprake is van een lopende handelsbetrekking werd nader uiteengezet in paragraaf 2.2.3. Omdat de vraag of aan dit vereiste is voldaan geheel afhankelijk is van de specifieke handelwijzen van individuele partijen leent dit vereiste zich niet voor de hier beoogde algemene bespreking.

Volgens het onder c) genoemde criterium (dat uitgebreid in paragraaf 2.2.4 werd besproken) moet de forumkeuze zijn gesloten in 'een vorm die overeenstemt met een gewoonte', dat wil zeggen een handelwijze die de marktdeelnemers van een bepaalde handelsbranche bij het sluiten van een bepaald soort overeenkomsten doorgaans en regelmatig aan de dag leggen.⁵⁹³ Zoals uiteengezet in paragraaf 2.2.4.3 moet de vraag of er sprake is van een bepaalde 'gewoonte' feitelijk en niet juridisch worden bekeken.⁵⁹⁴ Relevant zijn de feitelijke handelingen die door de marktdeelnemers van een handelsbranche bij het sluiten van een bepaald soort overeenkomsten in acht worden genomen. Deze handelwijze hoeft niet specifiek te zijn gericht op het overeenkomen van forumkeuzen, maar kan zijn gericht op het sluiten van bepaalde overeenkomsten in het algemeen.⁵⁹⁵

Zoals in het kader van de in de voorafgaande paragrafen geschetste gevallen uiteengezet zijn de handelingen die door de partijen bij het sluiten van vervoerovereenkomsten in acht worden genomen niet specifiek gericht op de forumkeuze. Het in de literatuur veelvuldig benadrukte feit dat cognossementsvoorwaarden over het

589. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 16, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (Tilly Russ).

590. Zie hieromtrent ook paragraaf 2.2.2.

591. Mankowski 2011, p. 555, nr. 22-23; Kropholler 2005, nr. 42, p. 301; Mankowski 1995, p. 252.

592. Zie omtrent het onder c) genoemde vormvereiste paragraaf 2.2.4.

593. HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 23, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (MSG/Les Gravières Rhénanes), en in vergelijkbare zin HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 26, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (Castelletti/Trumpy).

594. Kropholler 2005, p. 307.

595. Mankowski 2011, p. 562, nr. 29.

algemeen een forumkeuze bevatten,⁵⁹⁶ is als zodanig dan ook niet voldoende om te kunnen concluderen dat in de hier relevante situatie (waarin de beoogde forumkeuze pas blijkt achteraf uit het cognossement of de zeevrachtbrief) sprake is van een forumkeuze die is gesloten in een vorm die overeenstemt met een 'gewoonte' in de zin van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw). Bij het onder c) genoemde vereiste is immers van belang de bij het sluiten van de overeenkomst gevolgde handelwijze en niet het algemene gegeven dat een bepaald beding als zodanig gebruikelijk is. Dit zegt nog niets over de specifieke handelwijze van partijen die in het concrete geval in acht wordt genomen.

Terug naar het onderhavige geval, waarin de forumkeuze pas blijkt uit het cognossement (of de zeevrachtbrief) die door de vervoerder na belading van het schip aan de afzender wordt verstrekt. Is een dergelijke forumkeuze gesloten in een vorm die overeenstemt met een 'gewoonte', dus een handelwijze die door de marktdeelnemers bij het sluiten van dit soort vervoerovereenkomsten doorgaans en regelmatig aan de dag wordt gelegd? Volgens mij kan ervan worden uitgegaan dat dit het geval is. Het gebeurt doorgaans en regelmatig dat na de belading van het schip een cognossement (met daarin een forumkeuze) aan de afzender wordt afgegeven zonder dat de vervoerder voorafgaand in een of ander vorm naar de cognossementsvoorwaarden (met een forumkeuze) althans de forumkeuze heeft verwezen. De inhoud van de vervoersvoorwaarden (waaronder de forumkeuze) wordt dus pas achteraf, dat wil zeggen nadat de vervoerovereenkomst bijvoorbeeld mondeling of op basis van een beknopte e-mailwisseling tot stand is gekomen, eenzijdig door de vervoerder bepaald en medegedeeld. Dit is geen probleem omdat het onder c) genoemde criterium niet vereist dat de vervoersvoorwaarden, waaronder de forumkeuze, voorafgaand worden medegedeeld.⁵⁹⁷ Verder hoort bij deze handelwijze dat partijen voorafgaand aan de afgifte van het cognossement niet over de cognossementsvoorwaarden, waaronder de forumkeuze, hebben gecommuniceerd. Deze handelwijze is mijns inziens niet per se beperkt tot een specifieke handelsbranche binnen het zeevervoer, dus specifieke 'losse' vervoerovereenkomsten, maar komt voor bij alle vormen van 'losse' zeevervoerovereenkomsten onder cognossement. Er zou dus sprake kunnen zijn van het vervoer van een enkele container, maar ook van grote machine. De hier van belang zijnde handelsbranche zou dan ook het gehele zeevervoer van stukgoederen onder cognossement kunnen omvatten.

Verder moet ervan worden uitgegaan dat in de onderhavige situatie is voldaan aan het in paragraaf 2.2.4.4 omschreven vereiste van algemene en subjectieve bekendheid.⁵⁹⁸ Omdat de hiervoor omschreven handelwijze doorgaans en regelmatig wordt gevolgd vormt het vereiste van algemene bekendheid geen probleem.⁵⁹⁹ Daarnaast geldt dat volgens het Hof van Justitie subjectieve bekendheid wordt vermoed indien kan worden aangetoond dat de partijen reeds eerder onderling althans met andere

596. Zie bijv. Stöve 1993, p. 165; Mankowski 1995, p. 232; Rabe 2000a, p. 347, nr. 133; Stevens 2001, p. 249.

597. Zilinsky 2010, p. 150.

598. Zie hieromtrent paragraaf 2.2.4.4.

599. Zie hieromtrent wederom paragraaf 2.2.4.4, waarin wordt uiteengezet dat dit vereiste vanwege het vereiste bestaan van een 'gewoonte' eigenlijk overbodig is.

partijen vergelijkbare overeenkomsten hebben gesloten.⁶⁰⁰ Mijns inziens moet ervan worden uitgegaan dat de hier betrokken partijen reeds eerder vergelijkbare 'losse' vervoerovereenkomsten hebben gesloten op de hiervoor omschreven manier. Anders lijkt niet waarschijnlijk dat voor de partijen een telefoontje of een beknopte e-mail voldoende is. Onder deze omstandigheden wordt de subjectieve bekendheid naar verwachting dan ook vermoed.

Over het algemeen kan mijns inziens ervan worden uitgegaan dat in de onderhavige situatie is voldaan aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste.⁶⁰¹ Onder deze omstandigheden vormt de vereiste wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze geen probleem.⁶⁰² Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.1.3 wordt het bestaan van wilsovereenstemming volgens het Hof van Justitie vermoed indien is voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste.⁶⁰³ Voor de partij die een beroep doet op de forumkeuze, hier meestal de vervoerder, is dus vooral van belang om te bewijzen dat de forumkeuze voldoet aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste.⁶⁰⁴ Zonder dit vermoeden zou het (voor de vervoerder) in de onderhavige situatie lastiger zijn om het bestaan van de vereiste wilsovereenstemming aan te tonen. De afzender beschikte ten tijde van het sluiten van de vervoerovereenkomst nog niet over het cognossement of de zeevrachtbrief en was dus nog niet bekend met de concrete forumkeuze. Enkel uit het feit dat de afzender zijn lading meegeeft aan de vervoerder volgt niet dat hij instemt met de pas achteraf uit het vervoerdocument blijkende forumkeuze. De wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze komt zodoende mijns inziens niet zonder meer duidelijk en nauwkeurig tot uitdrukking, zoals vereist door het Hof van Justitie.⁶⁰⁵ Het door het Hof van Justitie geïntroduceerde vermoeden is dus essentieel voor de vervoerder die met succes een beroep wil doen op de forumkeuze. In verband met het vermoeden van wilsovereenstemming moet afsluitend nog worden opgemerkt dat dit vermoeden alleen geldt '*behoudens tegenbewijs*' en indien '*niet is geprotesteerd tegen de forumkeuze*'.⁶⁰⁶ Dus indien de afzender meteen na de uitgifte van het cognossement

600. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 43, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 24, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

601. Zie bijv. Rb. Rotterdam 16 mei 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AK4703, S&S 2002/103 (*Actor*); Rb. Rotterdam 22 oktober 1998, ECLI:NL:RBROT:1998:AJ3099, S&S 1999/80; Rb. Rotterdam 17 juni 1994, ECLI:NL:RBROT:1994:AJ3559, S&S 1994/115 (*La Fayette*); Rb. Rotterdam 24 augustus 1990, ECLI:NL:RBROT:1990:AJ2615, S&S 1992/14; Stöve 1993, p. 171.

602. Zie omtrent de vereiste wilsovereenstemming paragraaf 2.3.1.

603. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 21, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 19, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

604. Kropholler 2005, nr. 52, p. 306.

605. Zie bijv. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 14, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (*Tilly Russ*); HvJ EG 11 juli 1985, 221/84, r.o. 13, NJ 1986/602 (*Berghöfer/ASA*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 15, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 13, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*).

606. Zie bijv. HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8689, r.o. 3.4.2 en 3.4.3, NJ 2012/391, m.nt. M.V. Polak (*Demerara/Karl Heinz Haus*). Dat er niet moet zijn geprotesteerd haalt de Hoge Raad hier waarschijnlijk uit het arrest van het HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 20, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*). In dat geval ging het echter om een specifieke situatie, te weten het niet reageren op een bevestigingsbrief, waarin een forumkeuze was opgenomen. Dat dit echter ook algemeen geldt volgt bijv. uit overweging 23 van de conclusie van A-G L. Strikwerda bij HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7716, RvdW 2008/525 (*Pentamedia/New Skies Satellites*). Dat het niet protesteren tegen de forumkeuze een rol kan spelen volgt bijv. ook uit Rb. Rotterdam 8 juni 2000,

of de zeevrachtbrief tegen de in dit document opgenomen forumkeuze zou protesteren, zou niet zonder meer kunnen worden verondersteld dat wilsovereenstemming bestaat ten aanzien van de forumkeuze.⁶⁰⁷

Geldt het voorgaande ook indien het cognossement niet aan de afzender wordt afgegeven, maar aan de aflader? Dat het cognossement wordt afgegeven aan de aflader en niet de afzender en dat de aflader dan wordt vermeld als 'shipper' gebeurt vaak indien goederen FOB worden verkocht.⁶⁰⁸ Dit gebeurt op instructie van de werkelijke afzender.⁶⁰⁹ Komt ook in dit geval de in het cognossement genoemde forumkeuze tussen de vervoerder en de afzender tot stand?

Volgens mij staat het gegeven dat het cognossement wordt afgegeven aan de aflader niet noodzakelijkerwijs aan een toepassing van het voorgaande in de weg. Vanuit het perspectief van de vervoerder gezien valt de aflader in het kamp van de afzender.⁶¹⁰ Hij zou bij de inontvangstneming van het cognossement bijvoorbeeld kunnen worden aangemerkt als vertegenwoordiger van de afzender.⁶¹¹ Mocht niet worden aangenomen dat de aflader (de FOB-verkoper) de afzender (de FOB-koper) heeft vertegenwoordigt, maar dat de aflader een eigen onafhankelijke positie heeft en het cognossement vervolgens ook niet bij de afzender terecht komt, kan dit echter tot problemen leiden. Zelfs indien ervan zou worden uitgegaan dat in dat geval is voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste, stuit men volgens mij op een probleem ten aanzien van de wilsovereenstemming. Het apart te beoordelen bestaan van wilsovereenstemming, naast het beoordelen van de vraag of is voldaan aan een van de vormvereisten, blijft immers vereist.⁶¹² Dit geldt ook indien is voldaan aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste.⁶¹³ Er moet dus in feite daadwerkelijk sprake zijn van wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze. Indien de aflader nu niet in het kamp van de afzender valt en de afzender ook na belading van het schip geen kennis heeft kunnen nemen van de in het cognossement opgenomen forumkeuze, is het mijns inziens niet gerechtvaardigd om het bestaan van wilsovereenstemming, zoals in de hiervoor genoemde situatie, te vermoeden. Hierbij speelt ook een rol dat in de onderhavige situatie ook voorafgaand niet is verwezen naar bepaalde cognossementsvoorwaarden (met de forumkeuze) en derhalve van bekendheid met (de beoogde toepasselijkheid van) de cognossementsvoorwaarden (en de daarin opgenomen forumkeuze) ook om die reden niet kan worden uitgegaan.⁶¹⁴

ECLI:NL:RBROT:2000:AK4307, S&S 2000/121; Rb. Arnhem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7494; Rb. Overijssel 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3023.

607. Dit is weer anders indien tussen de partijen al een 'lopende handelsbetrekking' bestaat en dus zou kunnen zijn voldaan aan het onder b) genoemde vormvereiste; zie hieromtrent paragraaf 2.2.3.

608. Zie hieromtrent bijv. Spanjaart 2012, p. 87 e.v.; Claringbould 1996, p. 31 e.v.; Zwitser 2008a, p. 165; Zwitser 2008b, p. 201.

609. Spanjaart 2012, p. 88.

610. Zie omtrent de positie van de aflader/FOB-verkoper Claringbould 1996, p. 31 e.v.

611. Zwitser 2008b, p. 201.

612. Mankowski 2011, p. 569, nr. 39.

613. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 21, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 19, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*); Mankowski 2011, p. 569, nr. 39.

614. Het gaat hier om bekendheid met de forumkeuze en niet om de in paragraaf 2.2.4.4 besproken bekendheid met de 'gewoonte'.

Het door het Hof van Justitie geïntroduceerde vermoeden van bestaan van wilsovereenstemming is mijns inziens slechts dan gerechtvaardigd indien de afzender althans diens vertegenwoordiger op een gegeven moment ook daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om erachter te komen dat in het cognossement een forumkeuze is opgenomen. Weliswaar kan de instemming met de forumkeuze, zoals in paragraaf 2.3.1.3 is uitgelegd, in principe ook stilzwijgend geschieden,⁶¹⁵ maar dit vereist mijns inziens nog steeds dat het voor de afzender theoretisch mogelijk moet zijn geweest om kennis te nemen van de forumkeuze. Indien ook deze theoretische mogelijkheid niet bestaat omdat hij noch zijn vertegenwoordiger onbetwist het cognossement nooit in handen heeft gehad en ook nergens anders op het bestaan van de forumkeuze is gewezen, kan niet meer worden uitgegaan van (het vermoeden van) wilsovereenstemming. Het Hof van Justitie heeft bovendien zelf benadrukt dat moet worden voorkomen dat een forumkeuze onopgemerkt wordt opgenomen in een overeenkomst.⁶¹⁶ Kortom, indien de vervoerder in een dergelijke situatie een procedure begint tegen de afzender bij het in de forumkeuze genoemde forum (bijvoorbeeld vanwege onbetaalde vracht of een verklaring van recht) kan de afzender in deze situatie naar verwachting met succes betogen dat de vereiste wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze ontbreekt en dus geen sprake is van geldige forumkeuze.

Afsluitend moet overigens nog worden opgemerkt dat de hiervoor besproken problematiek naar verwachting geen rol speelt indien de afzender het cognossement op een later moment alsnog in handen krijgt en aan de vervoerder presenteert. Soms komt het voor dat de werkelijke afzender in het cognossement wordt genoemd als 'consignee'. Het cognossement komt dus uiteindelijk bijvoorbeeld via de bank terecht bij de afzender. Dat in de meeste gevallen een geldige forumkeuze tot stand komt tussen de houder van het cognossement en de vervoerder op het moment van presentatie van het cognossement wordt hieronder uiteengezet in paragraaf 3.4.4.5. Dus ook al wordt ervan uitgegaan dat in het begin geen sprake is van een geldige forumkeuze tussen de afzender en de vervoerder kan deze forumkeuze op een later moment alsnog tot stand komen.

Tot slot nog de situatie, waarin *geen* cognossement of zeevrachtbrief wordt afgegeven omdat de lading bijvoorbeeld reeds bij de belading zwaar beschadigd raakt en uiteindelijk wordt besloten de goederen niet te vervoeren. De vervoerder heeft wederom niet eerder naar de forumkeuze althans zijn vervoersvoorwaarden, waarvan de forumkeuze deel uitmaakt, verwezen. Indien de afzender nu een procedure tegen de vervoerder aanspant bij een objectief bevoegde rechter zou de vervoerder kunnen betogen dat deze rechter niet bevoegd is op grond van een in zijn cognossesments- of zeevrachtbriefvoorwaarden opgenomen derogerende forumkeuze. Indien vaststaat dat partijen niet reeds eerder veelvuldig op basis van deze voorwaarden met elkaar hebben samengewerkt (hetgeen vooral relevant is voor het in art. 23 lid 1 sub b) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub b) EEX-Vo (nieuw) genoemde vereiste), is volgens mij naar verwachting niet voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste, laat staan dat er sprake is van wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze.

615. Hausmann 2010, p. 1966, nr. 6412.

616. HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 17, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 19, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*).

Van een forumkeuze die is gesloten in 'een vorm die overeenstemt met een gewoonte' is volgens mij geen sprake. Dus aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste is niet voldaan.⁶¹⁷ Zoals hiervoor is betoogd komt het doorgaans en regelmatig voor dat partijen slechts telefonisch of door middel van een beknopt bericht een vervoerovereenkomst sluiten en dat pas nadat de lading aan boord is geladen een cognossement of een zeevrachtbrief aan de afzender wordt afgegeven, waarin een forumkeuze is opgenomen. Het is echter *niet* gebruikelijk om na het sluiten van de vervoerovereenkomst, waarbij het oorspronkelijk de bedoeling was een cognossement of een zeevrachtbrief uit te geven, de uitgifte van dit vervoerdocument geheel achterwege te laten. Blijft dus de afgifte van het vervoerdocument achterwege dan is niet voldaan aan het onder c) genoemde vereiste omdat de handelwijze van partijen in dat geval niet overeenstemt met een 'gewoonte', dus een handelwijze die door de marktdeelnemers bij het sluiten van vervoerovereenkomsten doorgaans en regelmatig in acht wordt genomen is geen sprake. Van een forumkeuze in de zin van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) kan in de onderhavige situatie geen sprake zijn.⁶¹⁸

Bovendien vormt in dit geval ook de vereiste wilsovereenstemming nog een obstakel.⁶¹⁹ Het is onder de gegeven omstandigheden voor de vervoerder lastig om aan te tonen dat de afzender heeft ingestemd met een forumkeuze, die is opgenomen in een vervoerdocument, dat hij *niet* heeft ontvangen. Zelfs indien de vervoerder alsnog een cognossement of een zeevrachtbrief afgeeft (en zodoende weer zou kunnen zijn voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste) neemt een oplettende afzender dit vervoerdocument, nadat zijn lading tijdens de belading zwaar beschadigd is geraakt, naar verwachting niet klakkeloos in ontvangst. Een oplettende afzender zou onder deze omstandigheden kunnen protesteren tegen de in het cognossement opgenomen bedingen, waaronder de forumkeuze. Omdat schade aan de goederen is opgetreden en de goederen niet worden verscheept is de afzender althans diens vertegenwoordiger meestal voldoende wakker geschud. Los van de forumkeuze zou dit voor de afzender ook vanwege de in het cognossement of de zeevrachtbrief opgenomen exonerationen van belang kunnen zijn. Zoals reeds veelvuldig opgemerkt kan niet ervan worden uitgegaan dat wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze wordt vermoed indien hiertegen is geprotesteerd.⁶²⁰ Of de afzender expliciet tegen de forumkeuze of tegen de in het vervoerdocument opgenomen bedingen als geheel protesteert, is volgens mij niet verder relevant.

617. Anders daarentegen OLG Hamburg 30 juli 1992, *TranspR* 1993, p. 25 e.v. (Quyyuan).

618. Zie in die zin ook Rb. Rotterdam 15 januari 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AM2982, *S&S* 2003/111 (Kagoro).

619. Zie omtrent de wilsovereenstemming paragraaf 2.3.1.

620. Zie bijv. HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8689, r.o. 3.4.2 en 3.4.3, *NJ* 2012/391, m.nt. M.V. Polak (Demerara/Karl Heinz Haus). Dat er niet moet zijn geprotesteerd haalt de Hoge Raad hier waarschijnlijk uit het arrest van het HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 20, *NJ* 1998/565, m.nt. P. Vlas (MSG/Les Gravières Rhénanes). In dat geval ging het echter om een specifieke situatie, te weten het niet reageren op een bevestigingsbrief, waarin een forumkeuze was opgenomen. Dat dit echter ook algemeen geldt volgt bijv. uit overweging 23 van de conclusie van A-G L. Strikwerda bij HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7716, *RvdW* 2008/525 (Pentamedia/New Skies Satellites). Dat het niet protesteren tegen de forumkeuze een rol kan spelen volgt bijv. ook uit Rb. Rotterdam 8 juni 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AK4307, *S&S* 2000/121; Rb. Arnhem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7494; Rb. Overijssel 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3023.

3.4 De gebondenheid van de derde-cognossementhouder aan een in het cognossement opgenomen forumkeuze

3.4.1 Inleidende opmerkingen

Een forumkeuze werkt in principe alleen in de verhouding tussen de partijen die met de forumkeuze hebben ingestemd.⁶²¹ In de voorafgaande paragrafen werd onderzocht of sprake is van een geldige forumkeuze in de relatie tussen de afzender/bevrachter, de oorspronkelijke wederpartij van de vervoerder, en de vervoerder/vervrachter. In de volgende paragrafen wordt nader aandacht besteed aan de relatie tussen de vervoerder en een derde, aan wie een eerder uitgegeven cognossement wordt overgedragen, te weten de derde-cognossementhouder. Nu de forumkeuze in principe alleen werkt indien partijen ermee hebben ingestemd rijst de vraag in hoeverre de nu in beeld komende derde gebonden is aan de forumkeuze.

Voor de duidelijkheid moet worden opgemerkt dat indien hieronder wordt gesproken van een 'derde-cognossementhouder' hiermee een partij wordt bedoeld die niet oorspronkelijk met de vervoerder een vervoerovereenkomst heeft gesloten. Dus niet de FOB-koper die op grond van het feit dat het cognossement wordt overhandigd aan de aflader, de FOB-verkoper, in het cognossement wordt aangeduid als 'consignee'.⁶²² Het gaat hier dus om een derde (en zijn vertegenwoordiger(s)) die de in het cognossement genoemde goederen van iemand, bijvoorbeeld de oorspronkelijke afzender/bevrachter, heeft gekocht. Deze derde krijgt op gegeven moment het cognossement in handen en eist aan de hand daarvan in de loshaven de afgifte van de in het cognossement genoemde lading.

Inleidend moet nog het volgende worden opgemerkt. Zoals zojuist gezegd wordt hieronder ervan uitgegaan dat de derde-cognossementhouder oorspronkelijk geen partij was bij de vervoerovereenkomst. De oorspronkelijke partijen zijn de afzender/bevrachter en de vervoerder/vervrachter. In de voorafgaande paragrafen werd uiteengezet wanneer en hoe een forumkeuze tot stand komt in de relatie tussen de oorspronkelijke partijen. Een derde, zoals een derde-cognossementhouder, is in het begin geen partij. De vraag is nu in hoeverre een in het cognossement opgenomen forumkeuze werking kan hebben jegens de derde-cognossementhouder. Op een gegeven moment komt ook een rechtsverhouding tot stand tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder. De enkele vermelding van de ontvanger op het cognossement als 'consignee' zorgt niet ervoor dat er een rechtsverhouding ontstaat tussen de hem en de vervoerder.⁶²³ Er moet dus een juridische basis zijn, waarop de rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder kan worden gestoeld. De derde-cognossementhouder zou bijvoorbeeld later kunnen

621. Ibili 2013, p. 2484.

622. De aflader, dus de verkoper, wordt in deze situaties vaak als 'shipper' of 'consignor' vermeld in het cognossement, terwijl hij geen vervoerovereenkomst heeft gesloten met de vervoerder. E.e.a. hangt ermee samen dat het cognossement in eerste instantie als zekerheid (voor de betaling van de koopprijs) aan de FOB-verkoper wordt afgegeven. Het cognossement wordt dan later – tegen betaling (bijv. via een documentair accredietief) – overgedragen aan de oorspronkelijke afzender, dus de FOB-koper.

623. Spanjaart 2012, p. 91.

toetreden tot de in het cognossement belichaamde vervoerovereenkomst.⁶²⁴ Het feit dat de derde-cognossementhouder in een later stadium bijvoorbeeld toetreedt tot de vervoerovereenkomst betekent echter niet dat hij ook zonder meer is gebonden aan de in het cognossement opgenomen forumkeuze. Zoals in paragraaf 1.2 reeds uiteengezet is de forumkeuze een aparte procesrechtelijke overeenkomst die onafhankelijk moet worden beoordeeld van de overige bedingen van vervoerovereenkomst. Dit wordt mijns inziens regelmatig verwaarloosd. Vaak wordt uitgegaan van de gebondenheid van de derde-cognossementhouder aan alle bepalingen van het cognossement, dus ook de forumkeuze, zonder dat een onderscheid wordt gemaakt tussen de forumkeuze en de overige bedingen van de vervoerovereenkomst. Hieronder wordt nader uiteengezet wanneer een derde-cognossementhouder gebonden is aan een in het cognossement opgenomen forumkeuze, die valt binnen het toepassingsgebied van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw).

3.4.2 De gebondenheid van de derde-cognossementhouder volgens het Hof van Justitie

3.4.2.1 De jurisprudentie van het Hof van Justitie

Bij het beantwoorden van de vraag of een derde-cognossementhouder gebonden is aan een in het cognossement opgenomen forumkeuze moet in eerste instantie acht worden geslagen op de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het Hof heeft zich in een drietal arresten, te weten de arresten *Tilly Russ*, *Castelletti/Trumpy* en *Coreck/Handelsveem*, nader uitgelaten omtrent de derdenwerking van forumkeuzen in cognossementen.⁶²⁵ Het Hof heeft in het arrest *Coreck/Handelsveem* (althans het met de naam van het betrokken schip, hier het m.s. Karl Liebknecht, aangeduide arrest) omtrent de vraag naar de gebondenheid van een derde-cognossementhouder het volgende opgemerkt:

‘23. Dienaangaande volstaat het eraan te herinneren, dat het Hof heeft geoordeeld dat, wanneer een forumkeuzebeding in een cognossement in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder geldig is in de zin van artikel 17 Executieverdrag [thans art. 23 EEX-Vo en straks art. 25 EEX-Vo (nieuw)], het tegenover een derde-cognossementhouder kan worden ingeroepen, wanneer deze krachtens het toepasselijke nationale recht de afzender in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd (reeds aangehaalde arresten *Tilly Russ*, punt 24, en *Castelletti*, punt 41).
24. Derhalve moet naar het toepasselijke nationale recht worden beoordeeld, of een buiten de oorspronkelijke overeenkomst staande derde tegen wie een forumkeuzebe-

624. Naar heersende Nederlandse opvatting treedt de derde-cognossementhouder via het aanvaarden van een derdenbeding toe tot de in het cognossement belichaamde vervoerovereenkomst (zie hieromtrent bijv. Seck 2011, p. 185 e.v.; Claringbould 1992, p. 474; Claringbould 1996, p. 32; Claringbould 1997, p. 140 e.v.; Boonk 1993, p. 10 e.v.; Boonk 2003, p. 133; Zwitser 2000, p. 39 e.v.; Zwitser 2002, p. 157 e.v.; Spanjaart 2012, p. 90 e.v.; HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8458, NJ 2003/374, m.nt. K.F. Haak, S&S 2003/62 (*Ladoga* 15); Hof Den Haag 26 juni 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD5585, S&S 2008/115 (*ODPR Lisboa*)).

625. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (*Tilly Russ*); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

*ding wordt ingeroepen, een van beide oorspronkelijke partijen in haar rechten en verplichtingen is opgevolgd.*⁶²⁶

In het recente arrest *Refcomp/AXA*, dat niet zag op een forumkeuze in een cognossement, heeft het Hof van Justitie nogmaals de hiervoor genoemde zienswijze herhaald.⁶²⁷ Samengevat is er volgens het Hof van Justitie sprake van gebondenheid van een derde-cognossementhouder aan een in het cognossement opgenomen forumkeuze indien is voldaan aan de volgende vereisten:

- a) Er moet sprake zijn van een geldige forumkeuze ‘in een cognossement’ in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) ‘in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder’, dus in de relatie tussen de oorspronkelijke partijen bij de vervoerovereenkomst.⁶²⁸
- b) De derde-cognossementhouder moet de afzender⁶²⁹ krachtens het toepasselijke nationale recht ‘in diens rechten en verplichtingen’ zijn opgevolgd.⁶³⁰

Het Hof van Justitie heeft verder bepaald dat wanneer aan de hiervoor genoemde voorwaarden is voldaan ‘behoeft de instemming van de derde met het in de oorspronkelijke overeenkomst opgenomen forumkeuzebeding niet te worden onderzocht’.⁶³¹ Dit is een uitzondering op de regel dat forumkeuzen in beginsel enkel rechtsgevolgen hebben in de betrekking tussen partijen die met het sluiten van de overeenkomst hebben ingestemd.⁶³² Indien dus aan de hiervoor genoemde vereisten is voldaan dient ervan te worden uitgegaan dat de derde-cognossementhouder gebonden is aan de in het cognossement opgenomen forumkeuze. Anders gezegd: de in het cognossement opgenomen forumkeuze heeft in dat geval derdenwerking ten opzichte van de derde-cognossementhouder.⁶³³ Er hoeft dus niet nogmaals te worden beoordeeld of is voldaan aan de in art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten en of sprake is van wilsovereenstemming. Hieronder wordt nader ingegaan op de door het Hof van Justitie genoemde voorwaarden voor derdenwerking. Het Hof van Justitie lijkt zich overigens te realiseren dat de derde-cognossementhouder de oorspronkelijke afzender niet in alle gevallen opvolgt ‘in diens rechten en

626. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 23-24, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

627. HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, r.o. 34 e.v., NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (*Refcomp/AXA*).

628. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 26, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (*Tilly Russ*); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 41, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 23, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

629. In verband met het voorgaande verdient overigens nog opmerking dat het in de Nederlandse vertaling van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Tilly Russ* van 19 juni 1984 wordt gesproken over ‘inlader’, hetgeen naar het Duits zou kunnen worden vertaald met de term ‘Ablader’. Naar Duitse opvatting heeft de ‘Ablader’ een zelfstandige positie naast de ‘Befrachter’, dus afzender (zie hieromtrent ook paragraaf 3.4.3). In r.o. 26 staat bijv. o.a. ‘[...] indien dat beding als geldig is erkend in de betrekking tussen de inlader en de vervoerder en de derde-houder bij de verkrijging van het cognossement volgens het toepasselijke nationale recht de inlader in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd’ (HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 26, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (*Tilly Russ*)). In de Duitse vertaling van dit arrest wordt staat echter ‘Befrachter’ zodat niet ervan kan worden uitgegaan dat het Hof van Justitie hier de ‘Ablader’ (conform de Duitse opvatting) en niet de afzender heeft bedoeld.

630. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 26, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (*Tilly Russ*); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 41, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 23, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

631. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 25, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

632. HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, r.o. 29, NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (*Refcomp/AXA*).

633. Kuypers gebruikt hier vooral het begrip ‘derdenwerking’ (Kuypers 2008, p. 191 e.v.).

verplichtingen'. Zo oordeelde het Hof bijvoorbeeld in het arrest *Coreck/Handelsveem* (m.s. Karl Liebknecht) dat: '[...] wanneer de derde krachtens het toepasselijke nationale recht niet een van de oorspronkelijke partijen in haar rechten en verplichtingen is opgevolgd, moet de geadieerde rechter in het licht van de vereisten van artikel 17, eerste alinea, Executieverdrag [thans art. 23 EEX-Vo en straks art. 25 EEX-Vo (nieuw)] nagaan of hij werkelijk met het tegen hem ingeroepen forumkeuzebeding heeft ingestemd' (onderstreping auteur).⁶³⁴ Verder bepaalde het Hof van Justitie in het meer recente arrest *Refcomp/AXA* dat: '[...] wanneer [...] geen vervanging plaatsvindt, moet de aangezochte rechter nagaan of de derde daadwerkelijk met het forumkeuzebeding heeft ingestemd' (onderstreping auteur).⁶³⁵ Vanaf paragraaf 3.4.4 wordt nader besproken in welke gevallen niet is voldaan aan de door het Hof genoemde voorwaarden en hoe in deze gevallen moet worden beoordeeld of er sprake is van een forumkeuze in de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder.

3.4.2.2 De geldigheid van de forumkeuze tussen de oorspronkelijke partijen

Volgens het Hof van Justitie vereist derdenwerking in eerste instantie dat er sprake is van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) 'in een cognossement in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder'.⁶³⁶ Het Hof spreekt hier ook van 'het in de oorspronkelijke overeenkomst opgenomen forumkeuzebeding'.⁶³⁷ Niet kan worden uitgesloten dat het Hof van Justitie bij het opstellen van deze voorwaarden de praktijk niet goed voor ogen heeft gehad.⁶³⁸ Onder andere moet men zich afvragen hoe precies de zinsnede moet worden opgevat dat sprake moet zijn van een geldig 'forumkeuzebeding in een cognossement in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder'. Zoals in de voorafgaande paragrafen 3.2 en 3.3 uiteengezet komt de vervoerovereenkomst tussen de afzender/bevrachter en de vervoerder/vervrachter veelal niet pas tot stand bij het afgeven althans opmaken van het cognossement. Er is bijvoorbeeld sprake van een voorafgaand opgemaakt 'booking note' of de vervoerder heeft een boekingsbevestiging gestuurd, waarin naar bepaalde vervoersvoorwaarden wordt verwezen. De forumkeuze in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder komt, zoals hierboven betoogd, in dergelijke gevallen reeds via de 'booking note' of de boekingsbevestiging tot stand. Het feit dat later een cognossement wordt afgegeven met een gelijkkluidende forumkeuze is minder relevant.⁶³⁹ Kan onder deze omstandigheden worden gezegd dat er sprake is van een geldig 'forumkeuzebeding in een cognossement in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder'? Mijns inziens moeten de door het Hof van Justitie gekozen woorden niet te nauw worden uitgelegd. Het Hof van Justitie heeft immers gepoogd om een algemene regel te ontwikkelen, aan de hand waarvan derdenwerking van forumkeuzen in cognossementen (in het licht van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw)) kan worden beoordeeld. Indien daadwerkelijk sprake zou moeten zijn van een tussen de oorspronkelijk partijen overeengekomen geldige forumkeuze 'in een cognossement', zou dit het toepassingsgebied van de door het Hof van Justitie ontwikkelde regel sterk

634. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 26, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

635. HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, r.o. 36, NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (*Refcomp/AXA*).

636. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 23, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

637. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 25, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

638. Basedow 1985, p. 137.

639. Dit is uiteraard anders in de in paragraaf 3.3.5 omschreven situatie.

beperken. Van belang lijkt mij dat uiteindelijk door de vervoerder een cognossement wordt opgemaakt, dat een forumkeuze bevat (die bijvoorbeeld reeds eerder ter sprake is gekomen in een ‘booking note’ of via een verwijzing in een boekingsbevestiging), en dat dit cognossement aan de afzender (of diens vertegenwoordiger) wordt afgegeven. Voor de afzender is dit cognossement vaak (nogmaals) het bewijs van de tussen hem en de vervoerder gesloten vervoerovereenkomst.⁶⁴⁰ Het feit dat de vervoerovereenkomst reeds eerder tot stand is gekomen en dat de inhoud ervan reeds blijkt uit bijvoorbeeld een eerder opgemaakte ‘booking note’ of boekingsbevestiging staat volgens mij niet eraan in de weg om ook in deze gevallen te concluderen dat er sprake is van een ‘forumkeuzebeding in een cognossement in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder’. Soms is in de eerdere contractdocumenten overigens expliciet bepaald dat de daarin vastgelegde afspraken worden vervangen door de inhoud van het later af te geven cognossement.⁶⁴¹

Van een geldige forumkeuze ‘*in een cognossement in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder*’ is volgens mij daarentegen in de regel geen sprake indien de afzender, tevens bevrachter, een reisbevrachtingsovereenkomst heeft gesloten. Indien tussen de oorspronkelijke partijen een bevrachtingsovereenkomst tot stand is gekomen, naar aanleiding waarvan de vervoerder een cognossement heeft afgegeven, moet naar algemene opvatting immers ervan worden uitgegaan dat dit cognossement in de relatie tussen de oorspronkelijke partijen slechts de functie heeft van ontvangstbewijs.⁶⁴² Het cognossement (met de forumkeuze) vormt dus in dat geval normaliter niet het bewijs van de tussen de bevrachter en de vervrachter gesloten overeenkomst. In een dergelijk geval is volgens mij niet voldaan aan het door het Hof van Justitie genoemde vereiste dat sprake moet zijn van een geldige forumkeuze ‘*in een cognossement in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder*’. Bovendien kiezen partijen bij het sluiten van bevrachtingsovereenkomsten meestal voor het opnemen van arbitrale bedingen.⁶⁴³ Kortom, in deze situatie is naar verwachting niet voldaan aan de eerste voorwaarde die door het Hof werd genoemd. Hoe de gebondenheid van de derde-cognossementhouder in een dergelijk geval moet worden beoordeeld wordt beoordeeld wordt nader uiteengezet in paragraaf 3.4.4.

3.4.2.3 Het opvolgen in de ‘rechten en verplichtingen’

Het tweede vereiste voor gebondenheid van de derde-cognossementhouder aan een in het cognossement opgenomen forumkeuze is volgens het Hof van Justitie dat de derde ‘*krachtens het toepasselijke nationale recht de afzender in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd*’.⁶⁴⁴ Deze zinsnede moet in die zin worden uitgelegd dat het Hof

640. Wilson 2008, p. 128.

641. Zie bijv. de Conlinebooking 2000 (van de BIMCO), waarin op de voorkant het volgende is bepaald: ‘It is hereby agreed that this Contract shall be performed subject to the terms contained on Page 1 and 2 hereof which shall prevail over any previous arrangements and which shall in turn be superseded (except as to deadfreight) by the terms of the Bill of Lading.’

642. Zie bijv. Seck 2011, p. 23; Haak & Zwitser 2010, p. 157; Teunissen, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, 2011, art. 8:410 BW; Wilson 2008, p. 236.

643. Van der Wiel 2010, p. 21; Rabe 2000a, p. 347, nr. 133. Zie ook de arbitrale bedingen in de meeste standaardbevrachtingsovereenkomst (bijv. Gencon 1994, Baltimex, NYEP, Shellvoy 6, Intertankvoy, enz.).

644. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 23, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

van Justitie hier voor de rechtsfiguur van de rechtsopvolging heeft gekozen.⁶⁴⁵ Er is dus sprake van derdenwerking van de forumkeuze indien de derde-cognossementhouder *'steps exactly into the shoes of the original shipper'*.⁶⁴⁶ Het Hof van Justitie spreekt ook van het *'vervangen van de afzender door de cognossementhouder'*.⁶⁴⁷ Kortom, van derdenwerking van een in een cognossement opgenomen forumkeuze moet volgens het Hof van Justitie worden uitgegaan indien de derde-cognossementhouder geheel de positie overneemt van de oorspronkelijke afzender, die gebonden was aan deze forumkeuze.

De door het Hof van Justitie gekozen route kan mijns inziens om meerdere redenen niet worden toegejuicht. In de literatuur wordt terecht opgemerkt dat de vraag niet is of de derde-cognossementhouder de afzender in zijn rechten en verplichtingen opvolgt, maar of de inhoud van het cognossement aan de derde-cognossementhouder kan worden tegengeworpen dan wel of door de derde-cognossementhouder een beroep daarop kan doen.⁶⁴⁸ Zoals wordt besproken in paragraaf 3.4.3 wordt in verschillende rechtsstelsels niet ervan uitgegaan dat de derde-cognossementhouder de oorspronkelijke afzender in zijn rechten en plichten opvolgt. Aan de rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder liggen veelal andere rechtsfiguren ten grondslag, zoals bijvoorbeeld een toetreding tot de in het cognossement belichaamde vervoerovereenkomst via een aanvaarding van een derdenbeding.⁶⁴⁹

Verder heeft het Hof van Justitie volgens mij over het hoofd gezien dat de gekozen constructie van het opvolgen *'in diens rechten en verplichtingen'* niet aansluit bij de vaak voorkomende situatie, waarbij de oorspronkelijke partijen een bevrachtingsovereenkomst hebben gesloten. Zoals hieronder in paragraaf 3.4.4.2 wordt besproken kan in een dergelijk geval over het algemeen niet worden gezegd dat de derde-cognossementhouder de bevrachter in diens rechten en plichten opvolgt althans de oorspronkelijke bevrachter *'vervangt'*.

Het Hof van Justitie rechtvaardigt de gekozen constructie onder andere nog met het argument dat *'voor de derde-houder in dat geval immers niet meer rechten uit de verkrijging van het cognossement ontstaan dan de afzender had'*.⁶⁵⁰ Door de te focussen op de 'rechten' van de oorspronkelijke afzender heeft het Hof volgens mij miskend dat de forumkeuze de derde-cognossementhouder meestal geen voordeel oplevert. Door de derogerende werking van de forumkeuze zal de derde-cognossementhouder vaak gedwongen zijn een procedure aanhangig te maken bij een voor hem uit bijvoorbeeld kostenoverwegingen nadelig forum.⁶⁵¹ Daarnaast mag niet worden ver-

645. Zie bijv. Mankowski 1995, p. 279; Mankowski 2011, p. 584, nr. 53; Kropholler 2005, p. 312, nr. 66; Stevens 2001, p. 250; Hof van Cassatie van België 7 januari 2011, C.09.0611.N (SIS/Robert Sinto), TVR 2011, afl. 2, p. 85 e.v.; anders: Rabe 200b, p. 392; Boonk 2011, p. 235.

646. Boonk 2011, p. 235.

647. HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, r.o. 36, NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (Refcomp/AXA).

648. J.C. Schultsz in zijn noot onder het arrest HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (Tilly Russ).

649. Zie hieromtrent paragraaf 3.4.3.

650. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 25, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (Coreck/Handelsveem).

651. Hier moet vooral worden gedacht aan de High Court te Londen. Een forumkeuze ten gunste van de High Court te Londen komt men vaak tegen in cognossementen en zeevrachtbrieven. Wat de kosten betreft is het procederen in Londen, mede op grond van het Engelse systeem, waarbij het in de regel nodig is om met een *'solicitor'* te werken die op zijn beurt een *'barrister'* inschakelt, en de hoge tarieven, aanzienlijk duurder dan het procederen in andere Europese landen. Op grond hiervan zien landingbelanghebbenden vaak af van een procedure in Londen in geval van een 'kleine' schade.

geten dat het de oorspronkelijke afzender waarschijnlijk niet boeit waar de derde-cognossementhouder uiteindelijk een procedure tegen de vervoerder aanhangig moet maken. Voor zover de afzender tevens CIF-verkoper is, zal hij ten tijde van de lossing van het schip (en dus op het moment dat de meeste geschillen ontstaan) in de regel al zijn betaald en ligt het risico van schade aan de lading opgekomen tijdens de zeereis bij de uiteindelijke derde-cognossementhouder. Bij een CIF-verkoop is voor de oorspronkelijke afzender bij het sluiten van de vervoerovereenkomst vooral de hoogte van de vracht van belang en niet de forumkeuze. Hij wil snel kunnen beschikken over het cognossement om dit samen met andere documenten te kunnen aanbieden aan de bank om de koopsom te krijgen.⁶⁵² De forumkeuze is voor afzender dan ook vaak de minste zorg.⁶⁵³

3.4.2.4 *Het 'toepasselijke nationale recht'*

Of de derde-cognossementhouder de afzender in '*diens rechten en verplichtingen*' is opgevolgd dan wel '*vervanging plaatsvindt*' dient volgens het Hof van Justitie te worden bepaald aan de hand van '*het toepasselijke nationale recht*'.⁶⁵⁴ Dus aan de hand van nationaal recht moet worden beoordeeld of de derde-cognossementhouder de afzender in diens rechten en verplichtingen opvolgt dan wel of de rechtsverhouding tussen de vervoerder onder cognossement en de derde-cognossementhouder op een andere manier tot stand komt (er zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn van toetreding tot de in het cognossement neergelegde vervoerovereenkomst).

Welk recht '*het toepasselijke nationale recht*' is wordt door het Hof van Justitie niet nader geconcretiseerd. De beantwoording van deze vraag wordt verder bemoeilijkt door het ontbreken van een eensluidende Europese conflictenregel ten aanzien van dit punt. In de literatuur en de jurisprudentie wordt onder andere de toepassing van het recht van de contractuele lossaven of het recht dat van toepassing is op de vervoerovereenkomst (de *lex causae*) verdedigd.⁶⁵⁵ Ook wordt de mogelijke toepasselijkheid geopperd van de *lex fori*, de *lex cartae sitae* (dat wil zeggen het recht van het land waar het cognossement zich bevindt) of het recht van het land waar het cognossement werd geëndosseerd.⁶⁵⁶ Aan de hand van welk recht uiteindelijk moet worden beoordeeld of de derde-cognossementhouder de afzender in diens rechten en plichten is opgevolgd hangt uiteindelijk af van het conflictenrecht van de geadieerde rechter.⁶⁵⁷

652. Loyens 1999, p. 670.

653. Loyens 1999, p. 670.

654. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 26, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (*Tilly Russ*); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 41, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 23, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*); HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, r.o. 36, NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (*Refcomp/AXA*).

655. J.C. Schultsz in zijn noot onder het arrest HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (*Tilly Russ*); Kuypers 2008, p. 202; *O.T. Africa Line Ltd v. Hijazy and others (The Kribi)* [2001] 1 Lloyd's Rep. 76 (QB) (waarbij een rechtskeuze was opgenomen in het cognossement ten gunste van Engels recht en de Engelse rechter oordeelde dat Engels recht, '*the proper law of the contract of carriage*', van belang was voor de vraag of de derde-cognossementhouder '*succeeds to the Shipper's rights and obligations*' (zie r.o. 66)).

656. Mankowski 2011, p. 586. Mankowski schijnt bij geëndosseerde order-cognossementen de voorkeur te geven aan de *lex cartae sitae* tevens *lex loci indossamenti*. Bij naamcognossementen lijkt hem een toepassing van het 'Zessionsstatut', het recht dat van toepassing is op de cessie, van toepassing.

657. Mankowski 1995, p. 256.

Voor zover deze vraag door een Nederlandse rechter zou moeten worden beantwoord geldt het volgende. Volgens mij kan uit de literatuur en de jurisprudentie een voorkeur worden afgeleid voor de toepassing van het recht van de overeengekomen loshaven.⁶⁵⁸ Dit sluit tevens aan bij de in art. 10:162 BW neergelegde conflictenregel die hier zou kunnen worden toegepast.⁶⁵⁹ Volgens dat artikel wordt ‘*de vraag wie drager is van de uit het cognossement voortvloeiende rechten en verplichtingen jegens de vervoerder*’ beantwoord aan de hand van het recht van de overeengekomen loshaven.⁶⁶⁰ Dit artikel wordt door rechters toegepast bij het bepalen van het recht aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of de derde-cognossementhouder de afzender is opgevolgd in diens rechten en verplichtingen.⁶⁶¹

Men zou zich wel kunnen afvragen of art. 10:162 BW daadwerkelijk een conflictregel voor het onderhavige geval bevat. Strikt genomen moet hier immers worden achterhaald op welke manier de derde-cognossementhouder zijn positie verkrijgt en niet *wie* dit is. Maar het toepassingsgebied van de in dit artikel neergelegde conflictregel kan mijns inziens in die vorm worden uitgelegd dat deze regel ook ziet op de hier van belang zijnde vraag.

De keuze voor het recht van de overeengekomen loshaven verdient volgens mij ook om andere redenen de voorkeur. Dit recht wordt aan de hand van een uit het cognossement blijkende objectieve factor bepaald. De beoogde loshaven (‘port of discharge’) blijkt in de regel immers uit het cognossement. De loshaven is ook de contractueel overeengekomen plaats van uitvoering van de hoofdverplichting van de vervoerder, te weten de aflevering van de goederen op een bepaalde plaats. Dit is tevens de plaats waar het cognossement aan de vervoerder wordt gepresenteerd.⁶⁶²

Het recht van overeengekomen loshaven is in de regel ook het recht van het land waar het cognossement zich bevindt; dus de *lex cartae sitae*. Indien het recht zou worden gekozen van het land waar het cognossement werd overgedragen dan wel geëndosseerd, zou dit ertoe kunnen leiden dat dit recht – bij een langere keten van koopovereenkomsten (en dus telkens een overdracht en endossement) – meerdere keren van kleur verschieft. Ook voor de vervoerder is in dat geval niet (goed) te achterhalen of hij nu ervan mag uitgaan dat de derde-cognossementhouder de afzender in diens rechten en plichten is opgevolgd dan wel dat de rechtsverhouding met de derde-cognossementhouder op een andere manier tot stand is gekomen.

De toepassing van het recht van de overeengekomen loshaven geniet dus ook vanuit praktisch oogpunt de voorkeur. Voor iedereen is makkelijk objectief bepaalbaar welk recht moet worden toegepast. Dit geldt niet voor het op de vervoerovereenkomst toepasselijke recht. In dat geval zou immers het van belang zijnde recht kunnen worden beïnvloed door bijvoorbeeld het opnemen van een desbetreffende

658. Zie bijv. Rb. Rotterdam 6 augustus 2014, ECLI:RBROT:2014:7079; Rb. Rotterdam 2 februari 2005, ECLI:NL:RBROT:2006:BD0843, *S&S* 2008/33 (*OPDR Lisboa*); J.C. Schultz in zijn noot onder HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (*Tilly Russ*); Kuypers 2008, p. 202; Van Huizen 2001, p. 120.

659. Rb. Rotterdam 6 augustus 2014, ECLI:RBROT:2014:7079; Vlas 2008, p. 521 (met verwijzing naar art. 5 van de Wet IPR Zee-, binnenvaart- en luchtrecht; deze conflictenregel is thans neergelegd in art. 10:162 BW).

660. Zie ten aanzien van dit artikel bijv. Boonk 1998, p. 133 e.v.; Boonk 2007a, p. 91 e.v.; Eckoldt & Ten Bruggencate 2010, p. 599 e.v.; Claringbould 2010, p. 216 e.v.; Smele 1998, p. 286 e.v.

661. Rb. Rotterdam 2 februari 2005, ECLI:NL:RBROT:2006:BD0843, *S&S* 2008/33 (*OPDR Lisboa*).

662. Zie hieromtrent uitgebreid paragraaf 3.4.4.5.

clausule of (partiële) rechtskeuze in het cognossement.⁶⁶³ De toepassing van het op de vervoerovereenkomst toepasselijke recht ligt volgens de literatuur ook minder voor de hand, omdat de overgang van rechten en verplichtingen zelfstandig moet worden beoordeeld.⁶⁶⁴

Kortom, indien een derde-cognossementhouder naar aanleiding van schade ontstaan tijdens de zeereis naar een Nederlandse haven een procedure aanhangig maakt bij de objectief bevoegde Nederlandse rechter en discussie ontstaat omtrent de vraag of de derde-cognossementhouder gebonden is aan de forumkeuze (bijvoorbeeld ten gunste van de rechter te Hamburg), moet aan de hand van Nederlands recht worden beoordeeld of de derde-cognossementhouder de afzender in diens rechten en plichten is opgevolgd (en dus om deze reden gebonden is aan de forumkeuze). Zoals in paragraaf 3.4.3 wordt uiteengezet, is dit naar Nederlandse opvatting niet het geval.

Afsluitend moet in verband met het voorgaande nog het volgende worden benadrukt. In dit boek wordt op verschillende plaatsen gesproken over het toepasselijke recht althans verschillende verwijzingsregels aan de hand waarvan het toepasselijke recht moet worden bepaald. Hier moet een nauwkeurig onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende onderwerpen die samenhangen met de forumkeuze. Op elk onderwerp dat kan immers een ander recht van toepassing zijn. Hierboven werd bijvoorbeeld uiteengezet aan de hand van welk recht moet worden beoordeeld of de derde-cognossementhouder de afzender in diens rechten en plichten is opgevolgd. Dus centraal staat de vraag naar het recht aan de hand waarvan moet worden beoordeeld hoe de rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder tot stand komt. Aan de hand van dit recht wordt niet ook de inhoud van de forumkeuze bepaald. Dus dit recht is *niet* de *lex causae* van de forumkeuze (ook al kan het voorkomen dat dit recht hetzelfde is). Het op de forumkeuze toepasselijke recht, dus de *lex causae* van de forumkeuze, werd hierboven in paragraaf 2.3.2.3 besproken.

3.4.2.5 Complicaties met het 'woonplaatsvereiste' van art. 23 EEX-Vo

In paragraaf 2.1.3.4 werd uiteengezet dat een forumkeuze slechts binnen het toepassingsgebied van art. 23 EEX-Vo valt indien ten minste een van de partijen haar 'woonplaats' heeft op het grondgebied van een EU-lidstaat. (Dat dit niet meer het geval is bij art. 25 EEX-Vo (nieuw) werd reeds uitgelegd in paragraaf 2.1.2.) Wat onder 'woonplaats' moet worden verstaan werd nader uiteengezet in de hiervoor genoemde paragraaf.

Het voorgaande zou in sommige gevallen de weg kunnen staan aan derdenwerking van de forumkeuze overeenkomstig de door het Hof van Justitie ontwikkelde jurisprudentie. Het Hof van Justitie spreekt immers van een forumkeuze '*in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder [die] geldig is in de zin van artikel 17 Executieverdrag [thans art. 23 EEX-Vo en straks art. 25 EEX-Vo (nieuw)]*'.⁶⁶⁵ Volgens het Hof moet

663. Deze mogelijkheid werd toen al bekritiseerd door J.C. Schultz in zijn noot onder HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultz (Tilly Russ).

664. Kuypers 2008, p. 202.

665. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 23, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (Coreck/Handelsveem).

niet alleen sprake zijn van een forumkeuze tussen de oorspronkelijke partijen, maar moet deze forumkeuze ook geldig zijn ‘in de zin van’ van de EEX-Vo. Wil het Hof van Justitie hiermee zeggen dat de forumkeuze tussen de oorspronkelijke partijen moet vallen binnen het toepassingsgebied van art. 23 EEX-Vo? Zo ja, dan moet, zoals besproken in paragraaf 2.1.3.4 ten minste een van de partijen bij de oorspronkelijke forumkeuze haar ‘woonplaats’ hebben in de EU. Het Hof van Justitie heeft zich in de door het Hof besliste gevallen hiermee niet hoeven bezig te houden. In deze gevallen was in ieder geval een van de oorspronkelijk partijen gevestigd in de EU althans werd hiervan simpelweg uitgegaan.⁶⁶⁶ Er werd dus aangenomen dat de tussen de oorspronkelijke partijen tot stand gekomen forumkeuze voldeed aan het in art. 23 lid 1 EEX-Vo (toen nog art. 17 EEX-Verdrag) genoemde ‘woonplaatsvereiste’.

Maar hoe moet de situatie worden beoordeeld indien de afzender en de vervoerder, dus de oorspronkelijke partijen, bijvoorbeeld allebei hun ‘woonplaats’ hebben in China? In de praktijk komt deze situatie vaak voor. Meestal wordt in dit soort gevallen ook gekozen voor een rechter buiten de EU, zodat de forumkeuze uiteindelijk niet valt binnen het toepassingsgebied van art. 23 EEX-Vo.⁶⁶⁷ Mocht de in China gevestigde vervoerder echter wel een forumkeuze ten gunste van bijvoorbeeld de High Court te Londen hebben opgenomen in het cognossement, rijst de vraag of de door het Hof van Justitie ontwikkelde jurisprudentie in beeld komt. Stel dat de in een EU-land gevestigde derde-cognossementhouder de afzender volgens het toepasselijke recht in diens rechten en plichten opvolgt, geldt dan de door het Hof van Justitie ontwikkelde opvatting met betrekking tot de derdenwerking van de forumkeuze ondanks het feit dat geen van de oorspronkelijke partijen haar ‘woonplaats’ heeft in de EU? De tussen de oorspronkelijke partijen tot stand gekomen forumkeuze valt dan immers niet binnen het in art. 23 lid 1 EEX-Vo bepaalde toepassingsgebied.⁶⁶⁸

Men gaat ervan uit dat voor de toepassing van de door het Hof van Justitie ontwikkelde theorie van de derdenwerking vereist is dat de tussen de oorspronkelijke partijen tot stand gekomen forumkeuze daadwerkelijk valt binnen het toepassingsgebied van art. 23 EEX-Vo, hetgeen vereist dat ten minste een van de oorspronkelijke partijen haar ‘woonplaats’ heeft binnen de EU.⁶⁶⁹ Het is volgens mij juist dat de door het Hof van Justitie ontwikkelde opvatting omtrent de derdenwerking van een in een cognossement opgenomen forumkeuze niet geldt indien de tussen de oorspronkelijke partijen tot stand gekomen forumkeuze niet valt binnen het toepassingsgebied van art. 23 EEX-Vo. De derde-cognossementhouder is in dat geval niet zonder meer automatisch gebonden aan de forumkeuze. In ieder geval is een mogelijke gebondenheid niet terug te voeren op de door het Hof van Justitie ontwikkelde theorie.

Het wegvallen van de op de jurisprudentie van het Hof van Justitie gebaseerde derdenwerking ten opzichte van de derde-cognossementhouder is mijns inziens ook gerechtvaardigd. De in art. 23 EEX-Vo genoemde vereisten en de daarin verdis-

666. Kuypers 2008, p. 203.

667. De forumkeuze buiten het toepassingsgebied van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) wordt vanaf paragraaf 4.1 uitgebreid besproken.

668. Mankowski 2011, p. 538, nr. 9.

669. Kupers 2008, p. 203; A-G Slynn in zijn conclusie bij HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultz (Tilly Russ).

contereerde waarborgen zouden anders geheel buiten spel zijn gezet.⁶⁷⁰ Immers, de tussen de oorspronkelijke partijen tot stand gekomen forumkeuze valt niet binnen het toepassingsgebied van art. 23 EEX-Vo en hoeft dus ook niet te voldoen aan de uit dat artikel voortvloeiende voorwaarden.

Indien de derde-cognossementhouder in principe gebonden zou zijn aan de tussen de oorspronkelijke partijen overeengekomen forumkeuze (die niet valt binnen het toepassingsgebied van art. 23 EEX-Vo) en hij deze gebondenheid ter discussie wil stellen zou dit verder tot extra procesrechtelijke complicaties kunnen leiden. Indien slechts de positie van de oorspronkelijke partijen relevant zou zijn, zou art. 23 lid 3 EEX-Vo immers een rol moeten spelen.⁶⁷¹ Dit zou dan ertoe moeten leiden dat in eerste instantie slechts het in de forumkeuze aangewezen gerecht (of gerechten) het geschil mogen beoordelen ook al zouden gerechten van andere EU-lidstaten (op basis van hun eigen recht) objectief bevoegd zijn.⁶⁷²

Stel dat een in Rotterdamse gevestigde derde-cognossementhouder, nadat de lading beschadigd in Rotterdam arriveerde, een procedure bij Rechtbank Rotterdam tegen de Chinese vervoerder aanhangig maakt en dus de in het cognossement opgenomen forumkeuze ten gunste van de High Court te Londen negeert. Indien de derde-cognossementhouder de afzender in diens rechten en plichten opvolgt zou kunnen worden betoogd dat slechts de positie van de oorspronkelijke partijen van belang is. Nu deze partijen hun 'woonplaats' hebben buiten de EU zou overeenkomstig art. 23 lid 3 EEX-Vo moeten gelden dat de geadieerde rechter, hier de Rechtbank Rotterdam, van het geschil geen kennis mag nemen totdat het aangewezen gerecht, hier de High Court te Londen, zich onbevoegd heeft verklaard.⁶⁷³ Deze oplossing zou redelijk kunnen zijn bij 'gewone' twee-partijen-verhoudingen, maar schiet naar mijn mening tekort in een vervoer specifieke drie-partijen-constellatie, waarbij de gebondenheid van de derde-cognossementhouder ter discussie staat.⁶⁷⁴

In het hiervoor genoemde voorbeeld zou de Rotterdamse rechter de forumkeuze niet mogen toetsen, maar moeten wachten totdat de Engelse rechter zich omtrent de geldigheid van de forumkeuze heeft uitgelaten. De in de forumkeuze aangewezen rechter beoordeelt de geldigheid van de forumkeuze echter niet aan de hand van art. 23 EEX-Vo maar aan de hand van zijn eigen internationaal bevoegdheidsrecht.⁶⁷⁵ De door dat bevoegdheidsrecht te stellen voorwaarden voor een forumkeuze zouden echter veel minder streng kunnen zijn dan de door art. 23 EEX-Vo gestelde voorwaarden. Daarnaast kan niet worden uitgesloten dat de derde-cognossementhouder

670. Zie hieromtrent onder andere paragraaf 2.3.1.2.

671. Het derde lid van art. 23 EEX-Vo luidt als volgt: *'Wanneer een dergelijke overeenkomst wordt gesloten door partijen die geen van allen woonplaats op het grondgebied van een lidstaat hebben, kunnen de gerechten van de andere lidstaten van het geschil niet kennisnemen, zolang het aangewezen gerecht of de aangewezen gerechten zich niet onbevoegd hebben verklaard'.*

672. Kropholler 2005, p. 286, nr. 12.

673. Zie hieromtrent bijv. Kuypers 2008, p. 183 e.v.; Kropholler 2005, p. 286; Hausmann 2010, p. 1950, nr. 6372.

674. Zie in dit verband ook de opmerkingen ten aanzien van art. 31 lid 2 EEX-Vo (nieuw) in paragraaf 2.4.

675. Mankowski 2011, p. 538, nr. 9. Indien art. 23 EEX-Vo op de forumkeuze van toepassing was, zou de Nederlandse rechter in het hiervoor genoemde voorbeeld de geldigheid van de forumkeuze zelf kunnen toetsen.

zodoende uiteindelijk om proceseconomische redenen wordt ‘gedwongen’ om bij de in de forumkeuze genoemde rechter te procederen.⁶⁷⁶

Indien de derde-cognossementhouder de afzender volgens het toepasselijke recht opvolgt in diens rechten en plichten brengt dit niet zonder meer met zich dat de derde-cognossementhouder overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie gebonden is aan een in het cognossement opgenomen forumkeuze. Indien geen van de oorspronkelijke partijen haar ‘woonplaats’ heeft in de EU is geen sprake van een forumkeuze ‘*in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder [die] geldig is in de zin van artikel 17 Executieverdrag* [thans art. 23 EEX-Vo en straks art. 25 EEX-Vo (nieuw)]’.⁶⁷⁷ De door het Hof ontwikkelde jurisprudentie is volgens mij in dat geval niet van toepassing. De tussen de oorspronkelijke partijen tot stand gekomen forumkeuze valt immers niet binnen het toepassingsgebied van art. 23 EEX-Vo. Dit betekent ook dat niet zonder meer kan worden gezegd dat de derde-cognossementhouder, ook al volgt hij de afzender op in diens rechten en plichten, gebonden is aan de forumkeuze. Indien de derde-cognossementhouder zijn ‘woonplaats’ heeft in een EU-lidstaat, is in het licht van de hiervoor geuite bezwaren volgens mij gerechtvaardigd om in de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder apart te beoordelen of tussen deze partijen een forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo tot stand is gekomen. Hoe deze beoordeling moet geschieden wordt hieronder in de paragrafen 3.4.4.4 en 3.4.4.5 uitgebreid besproken.

De relevantie van de hiervoor geschetste complicatie moet niet worden overschat. Zoals hieronder nog wordt uiteengezet wordt vaak ervan uitgegaan dat de derde-cognossementhouder de afzender niet in diens rechten en plichten opvolgt. Volgens het toepasselijke recht is bijvoorbeeld sprake van een zelfstandige rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder.⁶⁷⁸ In de paragrafen 3.4.4.2 en 3.4.4.4 wordt uitgelegd dat in dergelijke gevallen apart moet worden beoordeeld of tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder een forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo tot stand is gekomen. De derde-cognossementhouder heeft meestal zijn ‘woonplaats’ in een EU-lidstaat, zodat in dat geval is voldaan aan het in art. 23 lid 1 EEX-Vo genoemde vereiste dat ten minste een van de partijen haar ‘woonplaats’ heeft in een EU-lidstaat.

Verder brengt het nieuwe art. 25 EEX-Vo (nieuw) met zich dat het voorgaande in de toekomst geen rol meer zal spelen. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.1.2 kent dit artikel immers niet meer het vereiste dat een van de partijen haar ‘woonplaats’ moet hebben in een EU-lidstaat. Van belang is dan alleen nog dat de oorspronkelijke partijen voor een gerecht van een EU-lidstaat, bijvoorbeeld de High Court te Londen, hebben gekozen. Waar de oorspronkelijke partijen of de derde-cognossementhouder hun ‘woonplaats’ hebben is dan verder niet relevant voor de vraag of de forumkeuze valt binnen het toepassingsgebied van art. 25 EEX-Vo (nieuw). Dit geldt mijns inziens

676. Het voeren van een discussie omtrent de bevoegdheid kan immers een langdurige en kostbare aangelegenheid zijn. Het is dus goed mogelijk dat deze strijd reeds al vanwege de kosten wordt gestaagd en dus uiteindelijk niet wordt beoordeeld of tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder daadwerkelijk een forumkeuze tot stand is gekomen.

677. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 23, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

678. Zie bijvoorbeeld de Nederlandse opvatting omtrent de rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder onder cognossement (zie paragraaf 3.4.3).

ook in verband met de door het Hof van Justitie ontwikkelde jurisprudentie.⁶⁷⁹ De hierboven omschreven complicatie in verband met art. 23 lid 3 EEX-Vo is dan van de baan. Art. 25 EEX-Vo (nieuw) kent geen vergelijkbare bepaling. Een en ander is nu geregeld in art. 31 lid 2 en 3 EEX-Vo (nieuw), hetgeen nader werd besproken in paragraaf 2.4.

3.4.3 Korte schets van verschillende rechtsstelsels

In paragraaf 3.4.2.3 is besproken dat het Hof van Justitie de gebondenheid van de derde-cognossementhouder probeert te construeren via de rechtsfiguur van de rechtsofvolgving. De derde-cognossementhouder is gebonden aan de in het cognossement opgenomen forumkeuze indien hij de oorspronkelijke afzender volgens het toepasselijke recht is opgevolgd in diens rechten en verplichtingen. Hoe het toepasselijke recht moet worden bepaald werd in paragraaf 3.4.2.4 uiteengezet. Maar moet op basis van het toepasselijke recht vaak worden geconcludeerd dat de derde-cognossementhouder de afzender daadwerkelijk in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd? Met betrekking tot de wijze waarop de derde-cognossementhouder bijvoorbeeld het recht op aflevering van de in het cognossement genoemde goederen verkrijgt bestaat geen internationaal uniforme regeling.⁶⁸⁰ Hieronder wordt kort geschetst hoe in Nederland en in de Nederland omringende landen de gebondenheid van de derde-cognossementhouder aan de in het cognossement opgenomen bedingen wordt geconstrueerd en of er sprake is van de door het Hof van Justitie beoogde rechtsofvolgving. Hoe de beoordeling van de gebondenheid van de derde-cognossementhouder moet geschieden indien geen sprake is van rechtsofvolgving wordt uiteengezet in paragraaf 3.4.4.

Naar heersende Nederlandse opvatting vormt een derdenbeding de grondslag van de rechtsverkrijging door de derde-cognossementhouder.⁶⁸¹ In de overeenkomst met afzender belooft de vervoerder de goederen af te leveren aan wie het cognossement is overgedragen en wie het vervolgens kan presenteren.⁶⁸² De vervoerder belooft dus iets aan de afzender ten gunste van een derde, de toekomstige houder van het cognossement. Er is dus sprake van een derdenbeding. Zwitser spreekt hier van een '*derdenbeding of soortgelijke contractuele constructie*'.⁶⁸³ Door dat derdenbeding te aanvaarden treedt de derde-cognossementhouder toe tot de in het cognossement belichaamde vervoerovereenkomst.⁶⁸⁴ Er wordt een driepartijenovereenkomst tot

679. Voor het beantwoorden van de vraag of in de relatie tussen de oorspronkelijke partijen sprake is van een geldige forumkeuze in de zin van art. 25 EEX-Vo (nieuw) is alleen van belang dat is gekozen voor een gerecht van een EU-lidstaat en dat is voldaan aan een van de in dat artikel genoemde vormvereisten alsmede dat sprake was van wilsovereenstemming van de oorspronkelijke partijen ten aanzien van de forumkeuze.

680. Logmans 2013, p. 314.

681. Hieromtrent bijv. uitgebreid Logmans 2013, p. 314; Spanjaart 2012, p. 96 e.v.; Seck 2011, p. 185 e.v.; Smele 2009, p. 272 e.v.; Claringbould 1997, p. 140 e.v.; Claringbould 1996, p. 32; Claringbould 1992, p. 474; Boonk 1993, p. 10 e.v.; Boonk 2003, p. 133; Zwitser 2000, p. 39 e.v.; Zwitser 2002, p. 157 e.v.; HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8458, NJ 2003/374, m.nt. K.F. Haak, S&S 2003/62 (*Ladoga 15*); Hof Den Haag 26 juni 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD5585, S&S 2008, 115 (*ODPR Lisboa*).

682. Logmans 2013, p. 314.

683. Zwitser 2011, p. 45.

684. Logmans 2013, p. 314; Boonk 1993, p. 11; zie ook art. 8:441 lid 2 BW.

stand gebracht.⁶⁸⁵ Het moment waarop de derde-cognossementhouder het derdenbeding aanvaardt wordt gesitueerd op het moment van presentatie van het cognossement.⁶⁸⁶ Met de constructie van het derdenbeding wordt duidelijk dat de derde-cognossementhouder een eigen recht jegens de vervoerder uitoefent.⁶⁸⁷ De toetreding van de derde-cognossementhouder laat dus onverlet dat ook de afzender nog bepaalde rechten jegens de vervoerder kan uitoefenen.⁶⁸⁸

Naast de hiervoor genoemde toetreding via een derdenbeding wordt in de literatuur ook verdedigd dat er geen sprake zou zijn van toetreding krachtens derdenbeding, maar dat er sprake zou zijn van een bijzondere vorm van totstandkoming van een tweede vervoerovereenkomst, waarbij de derde-cognossementhouder partij wordt.⁶⁸⁹ Of er nu sprake is van toetreding krachtens een derdenbeding of van een tweede vervoerovereenkomst is mijns inziens hier niet relevant. Vaststaat dat over het algemeen wordt aangenomen dat de afzender en de derde-cognossementhouder ieder zijn eigen originaire en dus zelfstandige rechtspositie heeft.⁶⁹⁰ Naar algemene Nederlandse opvatting kan derhalve geen sprake zijn van de door het Hof van Justitie voor derdenwerking van de forumkeuze vereiste rechtsopvolging.⁶⁹¹

Naar Duitse opvatting wordt ervan uitgegaan dat op grond van het cognossement een op het cognossement gebaseerde zelfstandige contractuele verhouding in het leven wordt geroepen, die naast de vervoerovereenkomst ('Seefrachtvertrag') komt te staan.⁶⁹² De rechten uit cognossement zijn niet identiek aan de rechten uit de vervoerovereenkomst.⁶⁹³ De op het cognossement gebaseerde zelfstandige contractuele verhouding wordt onder andere aangeduid met de term 'Konnossementsbegebungsvertrag'.⁶⁹⁴ In de wet is vastgelegd dat de aflader ('Ablader'), dus niet de afzender, recht heeft op uitgifte van een ordercognossement.⁶⁹⁵ De hiervoor genoemde zelfstandige rechtsverhouding komt dan ook tot stand tussen de aflader en de vervoerder. Omdat volgens de wet de aflader (bijvoorbeeld de FOB-verkoper) recht heeft op het cognossement hoeft de eerste houder van het cognossement niet noodzakelijkerwijs de oorspronkelijke afzender ('Befrachter') te zijn. Overigens wordt in sommige gevallen ook de oorspronkelijke afzender aangemerkt als 'Ablader'.⁶⁹⁶

685. Seck 2011, p. 187.

686. Logmans 2013, p. 314; Boonk 2003, p. 138. Zie ook art. 8:481 BW.

687. Logmans 2013, p. 314.

688. Logmans 2013, p. 314.

689. Boonk 1993, p. 26; Seck 2011, p. 200; Spanjaart 2012, p. 98.

690. Seck 2011, p. 217 e.v.; Zwitser 2011, p. 45.

691. Spanjaart 2012, p. 97 (met verwijzing naar Claringbould 1992, p. 474, waarin door de minister het idee van rechtsopvolging zoals geopperd door het Hof van Justitie niet werd aanvaard).

692. Zie bijv. Hartenstein 2010, p. 187 e.v.; Mankowski 1995, p. 247; Herber 1999, p. 283; Mankowski 2008, p. 418; Von Werder 2005, p. 112; Eckardt 2004, p. 53; Egler 2011, p. 62; Spanjaart 2012, p. 240 e.v.; Smeele 2009, p. 262 e.v.; Bundesgerichtshof 23 november 1978, II ZR 27/77; BGHZ 73, 4, 6 e.v.

693. Egler 2011, p. 62.

694. Mankowski 1995, p. 247; Spanjaart 2012, p. 240 e.v.; Smeele 2009, p. 266.

695. Zie § 513 HGB.

696. Dat echter ook de afzender ('Befrachter') de 'Ablader' kan zijn volgt uit § 513 lid 2 HGB: 'Ablader ist, wer das Gut dem Verfrachter zur Beförderung übergibt und vom Befrachter als Ablader zur Eintragung in das Konnossement benannt ist. Übergibt ein anderer als der Ablader das Gut oder ist ein Ablader nicht benannt, gilt der Befrachter als Ablader'.

De Konnossementsbegebuingsvertrag omvat de overeenkomst tot uitgifte van het cognossement.⁶⁹⁷ Door middel van uitgifte van het cognossement ontstaat het recht op afgifte van de goederen voor de houder van het cognossement ('Konnossement-sinhaber' of 'Konnossementsberechtigter').⁶⁹⁸ De eerste houder van het cognossement ('erster Nehmer') verkrijgt naar Duitse opvatting een originair recht jegens de vervoerder strekkende tot afgifte van de goederen.⁶⁹⁹ Dit recht is vastgelegd ('verbriefd') in het cognossement.⁷⁰⁰ De Konnossementsbegebuingsvertrag, waaruit het recht op afgifte van de goederen voortvloeit, wordt mede ten behoeve van een derde-cognossementhouder, niet zijnde de aflader, gesloten. Deze overeenkomst omvat dus ook een derdenbeding ('Vertrag zugunsten eines Dritten') ten behoeve van de derde-cognossementhouder.⁷⁰¹ Als gevolg van het derdenbeding ten behoeve van de derde-cognossementhouder maakt deze in de loshaven uiteindelijk zijn eigen rechten geldend.⁷⁰² In de verhouding tussen de oorspronkelijke partijen bij de vervoerovereenkomst, dus afzender en vervoerder, is de vervoerovereenkomst van belang.⁷⁰³ De vervoerovereenkomst en de uit het cognossement voortvloeiende rechterverhouding zijn gescheiden en bestaan naast elkaar.⁷⁰⁴ De derde-cognossementhouder kan dan ook – zuiver juridisch bekeken – niet worden aangemerkt als rechtsopvolger van de afzender.⁷⁰⁵

In verband met het voorgaande verdient overigens nog opmerking dat het in de Nederlandse vertaling van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Tilly Russ* van 19 juni 1984 wordt gesproken over 'inlader', hetgeen naar het Duits zou kunnen worden vertaald met de term 'Ablader'.⁷⁰⁶ In de Duitse vertaling van dit arrest wordt staat echter 'Befrachter', dus afzender, zodat niet ervan kan worden uitgegaan dat het Hof van Justitie hier de 'Ablader' en niet de afzender heeft bedoeld.

De Belgische zienswijze kan als volgt worden samengevat. Naar Belgische opvatting volgt de derde-cognossementhouder de afzender/bevrachter niet op in diens rechten en plichten.⁷⁰⁷ Sterker nog, soms wordt aangenomen dat via het cognossement

697. Herber 1999, p. 289.

698. Egler 2011, p. 62; Bundesgerichtshof 29 juli 1986, NJW 1987, p. 588.

699. Egler 2011, p. 59.

700. Egler 2011, p. 62.

701. Eckardt 2004, p. 64.

702. Bundesgerichtshof 25 september 1986, NJW 1987, 588. Het Bundesgerichtshof oordeelde o.a.: 'Allerdings trifft es zu, daß Rechtsprechung und Schrifttum in dem zwischen Verfrachter und Ablader geschlossenen Konnossementsbegebuingsvertrag einen Vertrag zugunsten des jeweils berechtigten Konnossementsinhabers sehen [...]. Richtig ist ferner, daß dem Versprechenden Einwendungen aus dem Vertrag zugunsten eines Dritten auch gegenüber dem Begünstigten zustehen (§ 334 BGB). Indes ist diese Vorschrift in Fällen der vorliegenden Art mit Rücksicht auf Sinn und Zweck des Konnossements sowie dessen Wertpapiercharakter [...] nicht anwendbar. Der Konnossementsinhaber, der keinen Einblick in die Beziehungen zwischen dem Ablader und dem Verfrachter hat, soll sich auf den Inhalt des Konnossements verlassen können [...]. Dieses bestimmt das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Verfrachter (vgl. § 656 I u. III HGB [oud]). Damit wäre nicht zu vereinbaren, daß der Verfrachter Einwendungen, die ihm gegenüber dem Ablader zustehen und sich nicht aus dem Konnossement ergeben, gegen den gutgläubigen Konnossementsberechtigten geltend machen kann.'

703. Rabe 2000b, p. 392.

704. Spanjaart 2012, p. 258 e.v.

705. Rabe 2000b, p. 392; Spanjaart 2012, p. 241.

706. In r.o. 26 staat bijv. o.a. '[...] indien dat beding als geldig is erkend in de betrekking tussen de inlader en de vervoerder en de derde-houder bij de verkrijging van het cognossement volgens het toepasselijke nationale recht de inlader in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd' (HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 26, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (Tilly Russ)).

707. Loyens 1999, p. 667.

geen rechtstreekse overeenkomst tot stand komt tussen de zeevervoerder en de derde-cognossementhouder.⁷⁰⁸ In de Belgische literatuur wordt hieromtrent aangevoerd dat de derde-cognossementhouder niet de wil heeft om een contractuele relatie aan te gaan met de vervoerder.⁷⁰⁹ De derde-cognossementhouder is alleen geïnteresseerd in de afgifte van de goederen, welk recht hem door de wet wordt toegekend op grond van het feit dat hij houder is van het cognossement.⁷¹⁰ Daarnaast blijkt uit de rechtspraak dat de derde-cognossementhouder naar Belgische opvatting over eigen rechten en plichten beschikt, die hij put uit het cognossement en die los staan van de vooraf bestaande rechtsverhouding tussen de vervoerder en de afzender.⁷¹¹ Tevens kan uit het loutere overleggen van het cognossement naar Belgische opvatting geen instemming met de in het cognossement opgenomen forumkeuze worden afgeleid.⁷¹² Naar Belgische opvatting volgt de derde-cognossementhouder de afzender dan ook niet op in diens rechten en verplichtingen.⁷¹³ De hiervoor genoemde Belgische opvatting werd recent door het Belgische Hof van Cassatie bevestigd. In zijn arrest van 7 januari 2011 bevestigde het hof nogmaals dat de derde-cognossementhouder de afzender (het hof spreekt hier van ‘inlader’) naar Belgische opvatting niet in diens rechten en plichten opvolgt.⁷¹⁴ Verder liet het Hof van Cassatie bij arrest van dezelfde dag een eerder door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen arrest in stand, waarin het Hof van Beroep had geoordeeld dat de derde-cognossementhouder zijn ‘eigen rechten en plichten [...] put uit het cognossement’ en dat de forumkeuze ‘afgesloten tussen afzender en vervoerder, in principe niet tegenwerpelij [is] aan de derde-houder’.⁷¹⁵

De Engelse opvatting omtrent de derde-cognossementhouder is thans wettelijk geregeld in de Carriage of Goods by Sea Act 1992 (COGSA 1992). In art. 2 lid 1 COGSA 1992 is onder andere bepaald dat ‘a person who becomes – (a) the lawful holder of a bill of lading; [...] shall (by virtue of becoming the holder of the bill or, as the case may be, the person to whom delivery is to be made) have transferred to and vested in him all rights of suit under the contract of carriage as if he had been a party to that contract’. Verder is in art. 3 lid 1 COGSA 1992 bepaald dat ‘where subsection (1) of section 2 of this Act operates in relation to any document to which this Act applies and the person in whom rights are vested by virtue of that subsection – (a) takes of demands delivery from the carrier [...] (b) makes a claim under the contract of carriage against the carrier [...] that person shall (by virtue of taking or demanding delivery or making the claim or, in a case falling within paragraph (c) above, of having

708. Hof van Beroep te Antwerpen 27 juni 2005, 2002/AR/1860, ETL 2005, p. 704 e.v. (Beursgracht).

709. Stevens 2001, p. 205.

710. Stevens 2001, p. 205.

711. Hof van Beroep te Antwerpen 20 oktober 2008, 2007/AR/1357 (Parkgracht).

712. Hof van Beroep te Antwerpen 27 juni 2005, 2002/AR/1860, ETL 2005, p. 704 e.v. (Beursgracht); Hof van Beroep te Antwerpen 20 oktober 2008, 2007/AR/1357 (Parkgracht).

713. Stevens 2001, p. 250; zie omtrent de situatie in België ook Verguts 2005, p. 101 e.v.

714. Hof van Cassatie van België 7 januari 2011, C.09.0611.N (SIS/Robert Sinto), TVR 2011, afl. 2, p. 85 e.v. (‘Uit artikel 91, § 1, Zeewet blijkt dat de rechten en verplichtingen in de betrekking tussen de vervoerder en de derde-cognossementhouder bepaald worden, niet door de verhouding die tussen de inlader en de vervoerder bestaat, maar door de bepalingen van het cognossement zelf; dat, daar de rechten en verplichtingen van de derde-houder tegenover de vervoerder aldus zelfstandig in het cognossement worden geregeld, niet kan worden gezegd, dat de derde-houder bij de verkrijging van het cognossement de inlader in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd.’); zie ook Hof van Cassatie van België 18 september 1987, Arr. Cass. 1987, 88 (Regina).

715. Hof van Cassatie van België 7 januari 2011, C.09.0275.N/1, ETL 2011, p. 627 (Parkgracht), cassatie van Hof van Beroep te Antwerpen 20 oktober 2008, 2007/AR/1357 (Parkgracht).

the rights vested in him) become subject to the same liabilities under that contract as if he had been a party to that contract'.⁷¹⁶ Bij overdracht van het cognossement gaat dus het 'rights of suit' over op de derde-cognossementhouder en zodra hij aflevering eist van de in het cognossement genoemde goederen gaan ook de 'liabilities' op hem over.⁷¹⁷ De rechtsverhouding met de derde-cognossementhouder wordt dus wettelijke geconstrueerd 'as if there had been a contract in the terms contained in the bill of lading and he had been party to that contract'.⁷¹⁸ De Engelse benadering van de positie van de derde-cognossementhouder berust dus op een wettelijk vastgelegde juridische fictie.⁷¹⁹ Wettelijk wordt een 'new contract' in het leven geroepen.⁷²⁰ Men kan zich afvragen of in dat geval strikt genomen sprake is van het door het Hof van Justitie genoemde opvolgen in de 'rechten en verplichtingen' van de afzender. De hiervoor genoemde bepalingen van de COGSA 1992 lijken primair te zien op materieelrechtelijke punten zoals 'rights of suit' en 'liabilities'.⁷²¹ Streng genomen vallen hieronder geen procesrechtelijke afspraken, zoals een forumkeuze. Verder is hier van belang dat in art. 3 lid 3 COGSA 1992 het volgende is bepaald: 'This section, so far as it imposes liabilities under any contract on any person, shall be without prejudice to the liabilities under the contract of any person as an original party to the contract.' Op de derde-cognossementhouder rusten dus geen 'liabilities' die zijn ontstaan vóór overdracht van het cognossement.⁷²² De oorspronkelijke wederpartij van de vervoerder blijft in dat geval aansprakelijk.⁷²³ Volgens mij kan in het licht van het voorgaande niet worden gezegd dat de derde-cognossementhouder de afzender daadwerkelijk opvolgt in alle rechten en plichten. In de Engelse literatuur en jurisprudentie wordt echter ervan uitgegaan dat op grond van de COGSA 1992 naar Engelse opvatting sprake is van 'rechtsopvolging' ('succession').⁷²⁴ Men gaat ervan uit dat indien de art. 2 (1) COGSA 1992 wordt toegepast de derde-cognossementhouder overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie is gebonden aan de in het cognossement opgenomen forumkeuze.⁷²⁵ Men kan zich echter afvragen of dit dogmatisch helemaal juist is. Verder verdient nog opmerking dat de COGSA 1992 niet de enige route is. Een vordering jegens de vervoerder zou bijvoorbeeld ook kunnen zijn gebaseerd op het

716. Zie omtrent de vraag wanneer iemand 'demands delivery' Chuha 2009, p. 203; Spanjaart 2012, p. 287 e.v.; *Borealis AB v. Stargas Ltd (The Berge Sisar)* [2001] 2 All E.R. 193 (HL). Zie omtrent de vraag wanneer iemand 'makes a claim under the contract of carriage' Chuha 2009, p. 203 en *The Ythan* [2005] EWHC 2399 (QB).
717. Chuha 2009, p. 203.
718. Scrutton 1996, p. 74.
719. Seck 2011, p. 206.
720. Treitel & Reynolds 2005, p. 201, nr. 5-045.
721. Zoals uiteengezet in paragraaf 1.2 is een forumkeuze een separate procesrechtelijke overeenkomst.
722. Chuha 2009, p. 205.
723. Chuha 2009, p. 205.
724. Zie bijv. Briggs 2012, p. 379. (Briggs schrijft: 'Take, for example, the case of a jurisdiction clause in a bill of lading which is sought to be enforced against a transferee to whom the bill was delivered and who, as a matter of English law, would be taken to have stepped in to the shoes of the transferor'. Briggs merkt in dit verband echter op dat dit wordt aangenomen 'for practical purposes, at least' (zo Briggs in de voetnoot bij de hiervoor geciteerde zin)). Zie verder Baatz 2011a, p. 15; Baatz 2011b, p. 211; *O.T. Africa Line Ltd. v. Hijazy and others (The Kribi)* [2001] 1 Lloyd's Rep. 76 (QB).
725. Y. Baatz schrijft hieromtrent het volgende: 'So, for example, under English law the "lawful holder" of a transferable bill of lading does have transferred to it the rights and obligations under the bill of lading pursuant to ss 2(1) and 3 of the Carriage of Goods by Sea Act 1992 and will be bound by a jurisdiction agreement if it chooses to sue on the bill of lading' (Baatz 2010, p. 2). Zie verder Aikens, Lord & Boole 2006, p. 372, nr. 14.50.

Engelse idee van ‘bailment on terms’.⁷²⁶ De Engelse route verloopt dus niet altijd via de COGSA 1992. Of dit echter tot een andere uitkomst leidt is de vraag.⁷²⁷

3.4.4 Situaties waarin niet is voldaan aan de door het Hof van Justitie genoemde vereisten

3.4.4.1 Inleidende opmerkingen

Zoals hierboven werd uiteengezet gaat het Hof van Justitie ervan uit dat de derde-cognossementhouder gebonden is aan de forumkeuze indien sprake is van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) in de relatie tussen de oorspronkelijke partijen *en* de derde-cognossementhouder de afzender in zijn rechten en verplichtingen opvolgt.⁷²⁸ Is aan deze voorwaarden voldaan, dan kan de forumkeuze door de vervoerder aan de derde-cognossementhouder worden tegengeworpen. Er hoeft niet nog een keer apart te worden beoordeeld of in de rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder is voldaan aan de in art. 23 lid 1 EEX-Vo/art. 25 lid 1 EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten en of sprake is van wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze. Regelmatig is echter niet voldaan aan de hiervoor genoemde vereisten. Hieronder wordt aandacht besteed aan vaak voorkomende situaties, waarin niet is voldaan aan de door het Hof van Justitie genoemde vereisten.

3.4.4.2 Geen opvolgen in de rechten en verplichtingen

Aan de door het Hof van Justitie bepaalde voorwaarden van gebondenheid of derdenwerking is niet voldaan indien aan de hand van het toepasselijke recht wordt geoordeeld dat de derde-cognossementhouder de afzender niet in diens rechten en plichten opvolgt.⁷²⁹ Zoals hierboven in paragraaf 3.4.3 werd uiteengezet wordt in verschillende rechtsstelsels ervan uitgegaan dat de derde-cognossementhouder de afzender niet in diens rechten en plichten opvolgt. Men gaat er bijvoorbeeld van uit dat de derde-cognossementhouder toetreedt tot de in het cognossement neergelegde vervoerovereenkomst of dat de derde-cognossementhouder een eigen uit het cognossement afgeleid recht tegenover de vervoerder geldend maakt.⁷³⁰ In deze gevallen is niet voldaan aan de door het Hof van Justitie genoemde voorwaarden voor gebondenheid. De vraag of de derde-cognossementhouder onder deze omstandigheden gebonden is aan de in het cognossement opgenomen forumkeuze zou dan ook anders moeten worden beantwoord, hetgeen hieronder in paragraaf 3.4.4.5 nader wordt uiteengezet.

726. Zie hieromtrent Treitel & Reynolds 2005, p. 213; Spanjaart 2012, p. 316 e.v.; Baatz 2011a, p. 15; Chuha 2009, p. 201; *P&O Nedlloyd v. Utaniko Ltd. Dampskibsselskabet AF 1992 A/S (Maersk Line v. East West Corp)* [2003] EWCA Civ 83 (QB).

727. *The Pioneer Container KH Enterprise v. Pioneer Container* [1994] 2 AC 324; Spanjaart 2012, p. 321.

728. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (Tilly Russ); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

729. Zie omtrent het toepasselijke recht paragraaf 3.4.2.4.

730. Seck 2011, p. 143.

Door de gebondenheid van de derde-cognossementhouder te laten afhangen van de vraag of hij de afzender in diens rechten en plichten is opgevolgd, heeft het Hof van Justitie impliciet bepaald dat er geen sprake kan zijn van gebondenheid in de situaties, waarbij de oorspronkelijke partijen een bevrachtingsovereenkomst hebben gesloten. Over het algemeen wordt immers uitgegaan van een scheiding tussen de uit de bevrachtingsovereenkomst voortvloeiende rechtsverhouding tussen de afzender/bevrachter en vervoerder/vervrachter en de latere rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder.⁷³¹ Van het vereiste opvolgen in de rechten en plichten kan dan ook geen sprake zijn. Weliswaar wordt het cognossement naar aanleiding van de tussen de afzender/bevrachter en de vervoerder/vervrachter gesloten bevrachtingsovereenkomst afgegeven, maar de rechtsverhouding tussen deze partijen wordt beheerst door de bedingen van de bevrachtingsovereenkomst.⁷³² De rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder onder cognossement wordt daarentegen in eerste instantie beheerst door bepalingen van het cognossement (en het dwingend toepasselijke verdragenrecht, zoals bijvoorbeeld de Hague Visby Rules).⁷³³ Aan de hand van het zojuist geschetste gegeven wordt duidelijk dat de keuze van het Hof van Justitie voor de rechtsfiguur van de rechtsoپvolging in veel gevallen niet (goed) kan worden toegepast.

Verder verdient in verband met het voorgaande opmerking dat weliswaar regelmatig wordt gepoogd de bepalingen van de bevrachtingsovereenkomst te incorporeren in het cognossement, maar dit kan – juridisch gezien – niet ertoe leiden dat de derde-cognossementhouder de oorspronkelijke afzender/bevrachter in diens rechten en verplichtingen opvolgt. Door een dergelijke incorporatie wordt hooguit de zelfstandige rechtspositie van de derde-cognossementhouder contractueel doorbroken omdat er een juridische link ontstaat met de bevrachtingsovereenkomst,⁷³⁴ maar dit is mijns inziens iets anders dan hetgeen het Hof van Justitie met het opvolgen in de *‘rechten en verplichtingen’* heeft bedoeld. Het Hof doelt hier volgens mij op ‘echte’ rechtsoپvolging. Een incorporatie van de bedingen van een bevrachtingsovereenkomst in het cognossement verandert echter niets aan het gegeven dat er nog steeds sprake is van twee gescheiden contractuele rechtsverhoudingen.⁷³⁵ Op grond van een geldige incorporatie gaan slechts de bedingen van de bevrachtingsovereenkomst deel uitmaken van de op het cognossement gebaseerde rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder en kan niet worden aangenomen dat de derde-cognossementhouder partij wordt bij de bevrachtingsovereenkomst.⁷³⁶

Tot slot moet worden opgemerkt dat in deze situatie meestal niet is voldaan aan het in paragraaf 3.4.2.2 besproken vereiste dat er sprake moet zijn van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) *‘in een cognossement in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder’*.⁷³⁷ De meeste bevrachtingsovereen-

731. Zie bijv. Treitel & Reynolds 2005, p. 78, nr. 3-012; Seck 2011, p. 23; Spanjaart 2012, p. 281 en 312.

732. Zie bijv. Seck 2011, p. 23; Teunissen, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, 2011, art. 8:410 BW; Wilson 2008, p. 236.

733. Seck 2011, p. 121 e.v.; Teunissen, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, 2011, art. 8:441 BW, aant. 2.

734. Seck 2011, p. 227.

735. Treitel & Reynolds 2005, p. 78, nr. 3-012.

736. Seck 2011, p. 285.

737. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 23, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (Coreck/Handelsveem).

komsten bevatten immers arbitrale bedingen en geen forumkeuzen.⁷³⁸ Aan de door het Hof van Justitie voor derdenwerking van de forumkeuze opgestelde voorwaarden van het bestaan van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) ‘in een cognossement in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder’ is in deze gevallen niet voldaan.

3.4.4.3 Een andere vervoerder onder cognossement

Zoals hierboven in de paragrafen 3.4.2.1 e.v. werd uiteengezet gaat het Hof van Justitie ervan uit dat de derde-cognossementhouder gebonden is aan een in het cognossement opgenomen forumkeuze indien hij de afzender overeenkomstig het toepasselijke recht in diens rechten en plichten opvolgt. Maar kan de derde-cognossementhouder, ook al volgt hij de afzender in principe in diens rechten en plichten op, gebonden zijn aan een uit het cognossement blijkende forumkeuze indien zijn wederpartij, de vervoerder onder cognossement, niet de oorspronkelijke contractuele wederpartij van de afzender/bevrachter is?

In de meeste gevallen is de vervoerder onder cognossement dezelfde partij die ook met de oorspronkelijke afzender een vervoerovereenkomst heeft gesloten. Dit is bijvoorbeeld in de regel het geval bij het sluiten van ‘losse’ vervoerovereenkomsten met de grote containervervoerders. Er zijn echter ook veel situaties, waarbij dit anders is. De oorspronkelijke afzender zou bijvoorbeeld een reisbevrachtingsovereenkomst met de tijdbevrachter van het schip kunnen hebben gesloten. Het door de kapitein ondertekende cognossement bevat – naast een forumkeuze – een ‘identity of carrier-clause’ of ‘demise-clause’, waarmee de reder van het betrokken schip als enige vervoerder (onder cognossement) wordt aangewezen. Vanuit het perspectief van de derde-cognossementhouder zou op basis van het in het cognossement opgenomen beding in principe alleen sprake zijn van een rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de reder.⁷³⁹ De reder is voor de derde-cognossementhouder de vervoerder onder cognossement.

Iets vergelijkbaars doet zich voor in de situatie, waarin door de derde-cognossementhouder uit het door de kapitein ondertekende cognossement niet zonder meer kan worden afgeleid wie moet worden aangemerkt als vervoerder onder cognossement. Op de achterkant van het cognossement, dat niet is opgemaakt op een formulier van een bepaalde partij, zou bijvoorbeeld onder het kopje ‘Definitions’ het volgende kunnen staan: “‘Carrier’ means the party on whose behalf this Bill of Lading has been signed”.⁷⁴⁰ Indien nu niet duidelijk is namens wie de kapitein het cognossement heeft ondertekend kan de derde-cognossementhouder uit het cognossement niet zonder meer afleiden wie zijn contractuele wederpartij is. In dergelijke gevallen schiet de

738. Mankowski 2004, p. 1176, nr. 1608.

739. Indien de Hague (Visby) Rules van toepassing zijn moet hier nog worden gedacht aan art. I sub a H(V)R, waarin het volgende is bepaald: ‘(a) “carrier” includes the owners or the charterer who enters into a contract of carriage with the shipper’. Via deze regel zou dus toch nog sprake zijn van een andere vervoerder onder cognossement (Smele 1998, p. 100). Bij bevrachtingsovereenkomsten zou dit echter weer anders kunnen zijn. Het begrip ‘contract of carriage’ ziet immers niet op bevrachtingsovereenkomsten (zie art. I sub b H(V)R). Daarnaast zal het voor de derde-cognossementhouder vaak lastig zijn om te achterhalen en te bewijzen wie nu precies met de afzender een vervoerovereenkomst heeft gesloten. In dat geval zou de in het cognossement opgenomen bepaling, waarmee de reder als enige vervoerder wordt aangewezen, uiteindelijk toch bepalend kunnen zijn (Smele 1998, p. 196).

740. Zie clause 2 van de Combicobill (versie 1995) van de BIMCO.

wetgever of de rechter de derde-cognossementhouder soms te hulp en wijst één (of meerdere) bij de exploitatie van het schip betrokken partij(en) aan als vervoerder(s) onder cognossement.⁷⁴¹ Aan de hand van de wet of de jurisprudentie moet in dergelijk gevallen worden bepaald wie moet worden aangemerkt als passief gelegitimeerde vervoerder onder cognossement.⁷⁴² Er is in dergelijke gevallen dus veelal sprake van een op basis van een wettelijke grondslag tot stand gekomen en uit het cognossement voortvloeiende vervoerovereenkomst tussen de cognossementhouder en de passief gelegitimeerde vervoerder.⁷⁴³ Vaak komt men via deze route uit bij de reder van het schip.⁷⁴⁴ In de onderhavige situatie is de reder echter niet de partij die oorspronkelijk met de afzender een vervoerovereenkomst heeft gesloten. De hiervoor genoemde situatie wordt complexer indien op grond van wetsduiding sprake kan zijn van meer dan één passief gelegitimeerde vervoerder (zie bijvoorbeeld art. 8:461 BW). Bij de behandeling van een dergelijke situatie moet men zich afvragen met welke vervoerder de derde-cognossementhouder mogelijkerwijs een forumkeuze overeenkomt. Mijns inziens is dat vooral de partij die kan worden aangemerkt als de 'contractuele vervoerder'.⁷⁴⁵ Zoals hierboven uiteengezet, zou bijvoorbeeld uit de in het cognossement opgenomen bepalingen, zoals een 'Identity of Carrier-clause' of 'Demise-Clause', kunnen blijken dat de reder moet worden aangemerkt als 'contractuele vervoerder'. Hier moet ervan worden uitgegaan dat vooral deze partij de in het cognossement genoemde forumkeuze wenst overeen te komen met de derde-cognossementhouder.

Indien de derde-cognossementhouder de afzender volgens het toepasselijke recht in principe in diens rechten en plichten zou moeten opvolgen, moet men zich afvragen of dit onder de zojuist genoemde omstandigheid ertoe kan leiden dat de derde-cognossementhouder gebonden is aan de forumkeuze. Uit de in paragraaf 3.4.2.1 genoemde jurisprudentie blijkt dat volgens het Hof van Justitie vereist is dat '*in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder*' sprake is van een geldige forumkeuze.⁷⁴⁶ Er wordt dus gekeken naar '*het in de oorspronkelijke overeenkomst opgenomen forumkeuzebeding*'.⁷⁴⁷ Het Hof van Justitie spreekt van '*de vervoerder*' en van '*de oorspronkelijke overeenkomst*', hetgeen mijns inziens impliceert dat het Hof van Justitie ervan uitgaat dat de vervoerder, met wie de derde-cognossementhouder uiteindelijk op basis van het cognossement een rechtsverhouding aangaat (nadat hij de afzender in diens rechten en plichten is opgevolgd), dezelfde zou zijn als de oorspronkelijke

741. Zie bijv. art. 8:461 BW en de Duitse § 518 HGB.

742. Bij de toepasselijkheid van Nederlands recht moet acht worden geslagen op art. 8:461 BW. Naar Nederlands IPR wordt de vraag wie kan worden aangemerkt als passief gelegitimeerde vervoerder onder cognossement beoordeeld aan de hand van het recht van de contractueel overeengekomen loshaven (zie art. 10:162 BW). Art. 8:461 BW speelt dus vanuit Nederlands perspectief een rol indien goederen over zee naar Nederland worden verscheept. Zie omtrent het onderwerp 'passieve legitimatie' o.a. Smeele 1998, p. 122; Teunissen, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, 2011, art. 8:461 BW; Margetson 2004, p. 213 e.v.; F.G.M. Smeele noot bij HR 14 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1306, JBPB 2003/52 (*Copiapo*).

743. Smeele 1998, p. 92. Het begrip 'passief gelegitimeerde vervoerder' slaat op partijen die kunnen worden aangemerkt als schuldenaar van het recht tot afgifte van de lading zoals neergelegd in het cognossement (Smeele 1998, p. 3; Margetson 2004, p. 213).

744. Zie Tetley 2008, p. 568 e.v.; Chuah 2009, p. 193 e.v.; Smeele 1998, p. 204 (omtrent de Engelse jurisprudentie) en p. 215 (ten aanzien van het Duitse recht); zie ook § 518 HGB.

745. Zie hieromtrent ook paragraaf 1.5.4.6.

746. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 23, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

747. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 25, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

wederpartij van de afzender. In de hiervoor geschetste situaties is dit echter niet het geval. In deze situatie is de voor de derde-cognossementhouder van belang zijnde vervoerder onder cognossement een ander dan de oorspronkelijke contractuele wederpartij van de afzender/bevrachter. In een dergelijke situatie is niet voldaan aan de door het Hof van Justitie bepaalde criteria voor gebondenheid van de derde-cognossementhouder aan de in het cognossement opgenomen forumkeuze.⁷⁴⁸ Van derdenwerking van de forumkeuze overeenkomstig de door het Hof van Justitie bepaalde criteria kan derhalve volgens mij geen sprake zijn.

Niet valt uit te sluiten dat het Hof van Justitie zich niet goed heeft gerealiseerd dat de wederpartij van de derde-cognossementhouder niet noodzakelijkerwijs de vervoerder hoeft te zijn die met de afzender heeft gecontracteerd. Het voorgaande geldt volgens mij ook indien de derde-cognossementhouder de afzender op grond van het toepasselijke recht in principe in diens rechten en plichten zou moeten opvolgen. Indien de vervoerder onder cognossement, de uiteindelijke wederpartij van de derde-cognossementhouder, niet overeenstemt met de oorspronkelijke wederpartij van de afzender, moet mijns inziens apart worden beoordeeld of tussen de vervoerder onder cognossement en de derde-cognossementhouder een forumkeuze tot stand komt. Hoe deze beoordeling dient te geschieden wordt hieronder in paragraaf 3.4.4.4 nader uiteengezet.

3.4.4.4 Aparte beoordeling van de gebondenheid van de derde-cognossementhouder

Hoe moet nu in de hiervoor omschreven situaties, waarin niet is voldaan aan de door het Hof van Justitie genoemde vereisten, worden beoordeeld of de derde-cognossementhouder is gebonden aan een in het cognossement genoemde forumkeuze ten gunste van een rechter in een EU-lidstaat? Een antwoord op deze vraag kan volgens mij worden gevonden in het arrest *Coreck/Handelsveem* (m.s. Karl Liebknecht). Het Hof van Justitie heeft in dit arrest geoordeeld dat: '[...] wanneer de derde krachtens het toepasselijke nationale recht niet een van de oorspronkelijke partijen in haar rechten en verplichtingen is opgevolgd, moet de geadieerde rechter in het licht van de vereisten van artikel 17, eerste alinea, Executieveverdrag [thans art. 23 EEX-Vo en straks art. 25 EEX-Vo (nieuw)] nagaan of hij werkelijk met het tegen hem ingeroepen forumkeuzebeding heeft ingestemd'.⁷⁴⁹ Dit werd nogmaals herhaald in het recente arrest *Refcomp/AXA*.⁷⁵⁰ Hoe moet dit worden uitgelegd?

Het Hof van Justitie spreekt van 'instemmen' en niet expliciet ervan dat tevens aan een van de in art. 23 lid 1 EEX-Vo/art. 25 lid 1 EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten moet zijn voldaan. Moet dus alleen worden getoetst of er sprake is van wilsovereenstemming? Zoals hierboven in paragraaf 2.3.1.2 uitgelegd heeft het Hof van Justitie een aantal keer benadrukt dat de vormvoorschriften zijn bedoeld om te waarborgen dat er sprake is van wilsovereenstemming.⁷⁵¹ Dus het 'instemmen' (voor zover dit alleen zou zien op wilsovereenstemming) hangt nauw samen met

748. Egler 2011, p. 113.

749. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 26, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

750. In het arrest *Refcomp/AXA* heeft het HvJ EU het volgende geoordeeld: ('wanneer [...] geen vervanging plaatsvindt, moet de aangezochte rechter nagaan of de derde daadwerkelijk met het forumkeuzebeding heeft ingestemd' (zie HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, r.o. 36, NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (*Refcomp/AXA*)).

751. Zie bijv. HvJ EG 14 december 1976, 24/76, r.o. 9, NJ 1977/446, m.nt. J.C. Schultsz (*Colzani/Rüwa*); HvJ EG 11 juli 1985, 221/84, r.o. 13, NJ 1986/602 (*Berghöfer/ASA*); HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 13, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

de in art. 23 EEX-Vo genoemde vormvereisten.⁷⁵² De in art. 23 lid 1 sub a) tot en met c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) tot en met c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten hebben immers mede tot doel te waarborgen dat wilsovereenstemming tussen de betrokken partijen inderdaad vaststaat.⁷⁵³ Daarnaast geldt dat, indien geen sprake is van rechtsopvolging, in de regel sprake is van een zelfstandige rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder. In het licht van het voorgaande kan de hiervoor geciteerde zinsnede mijns inziens alleen in die zin worden begrepen dat gewoon moet worden beoordeeld of in de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder is voldaan aan een van de in art. 23 lid 1 EEX-Vo/art. 25 lid 1 EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten.⁷⁵⁴ In ieder geval valt niet in te zien waarom in een dergelijk geval de door de vormvoorschriften beoogde waarborg niet zou moeten gelden in de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder onder cognossement.

Kortom, in de situatie, waarin niet is voldaan aan de door het Hof van Justitie genoemde voorwaarden voor gebondenheid, moet apart worden beoordeeld of de in het cognossement opgenomen forumkeuze in de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder onder cognossement geldig tot stand is gekomen. Hier verdient nogmaals opmerking dat, zoals in paragraaf 2.3 werd uiteengezet, de vraag of sprake is van een rechtsgeldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) in eerste instantie moet worden beoordeeld aan de hand van de uit dat artikel voortvloeiende vereisten, dus de vormvoorschriften en de vereiste wilsovereenstemming.⁷⁵⁵ Deze noodzakelijke beoordeling kan mijns inziens ook niet worden omzeild door middel van het opnemen van een clause in het cognossement, waarin is bepaald dat de derde-cognossementhouder gebonden is aan de cognossementsvoorwaarden, waaronder de forumkeuze.⁷⁵⁶ Dit strookt ook met de in paragraaf 1.2 uiteengezette scheiding tussen de forumkeuze (als procesrechtelijke overeenkomst) en de overige hoofdovereenkomst (hier de vervoerovereenkomst zoals belichaamd in het cognossement).⁷⁵⁷ Zoals uiteengezet in deze paragraaf moet de forumkeuze immers apart van de overige overeenkomst worden beoordeeld. Het enkele feit dat iemand gebonden is aan de in het cognossement neergelegde vervoerovereenkomst brengt dus niet met zich dat deze partij ook ge-

752. Indien is voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste wordt het bestaan van wilsovereenstemming vermoed; HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 21, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 19, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

753. Mankowski 2011, p. 548, nr. 14.

754. Zie bijv. Kuypers 2008, p. 200; Kropholler 2005, p. 312, nr. 67; Egler 2011, p. 105; Van Huizen 2001, p. 120; Vlas 2008, p. 514; A-G G. Slynn in zijn conclusie bij HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultz (*Tilly Russ*).

755. Kuypers 2008, p. 247.

756. Zie bijv. de vermelding op de voorkant van de 'Conlinebill 2000': 'In accepting this Bill of Lading the Merchant' expressly accepts and agrees to all its stipulations on both Page 1 and Page 2, whether written, printed, stamped or otherwise incorporated, as fully as if they were all signed by the Merchant'. De beslissing van het Hof Den Haag 28 september 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AK4165, S&S 2000/96 (*Magnum*), waarin het Hof heeft geoordeeld dat de derde-cognossementhouder 'reeds daarom aan het jurisdictiebeding gebonden is, nu de cognossementen in clause 32 uitdrukkelijk bepalen dat de houder daarvan gebonden is aan alle cognossementscondities en mitsdien ook aan de jurisdictieclause', is mijns inziens dan ook onjuist althans onvoldoende gemotiveerd.

757. Dat de forumkeuze moet worden aangemerkt als een separate procesrechtelijke overeenkomst is uitdrukkelijk bepaald in art. 25 lid 5 EEX-Vo (nieuw) en volgt ook uit de jurisprudentie (zie bijv. HvJ EG 3 juli 1997, C-269/95, NJ 1999/681, m.nt. P. Vlas (*Benincasa/Dentalkit*)). Zie hieromtrent verder paragraaf 1.2.

bonden is aan de in het cognossement opgenomen forumkeuze. Er moet dus opnieuw worden beoordeeld of de in het cognossement opgenomen forumkeuze voldoet aan een van de in art. 23 lid 1 EEX-Vo/art. 25 lid 1 EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten en of er sprake is van wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze.

3.4.4.5 *Het moment van overeenkomen van de forumkeuze: de presentatie van het cognossement in de loshaven*

Zoals hierboven in paragraaf 3.4.4.2 en 3.4.4.3 werd uiteengezet zijn er voldoende gevallen, waarin niet is voldaan aan de door het Hof van Justitie bepaalde voorwaarden voor derdenwerking van een in het cognossement opgenomen forumkeuze (zoals uiteengezet vanaf paragraaf 3.4.2.1). De derde-cognossementhouder is dus niet zomaar gebonden aan deze forumkeuze. Of de derde-cognossementhouder indien hij de afzender bijvoorbeeld niet in diens rechten en plichten is opgevolgd gebonden is aan de in het cognossement opgenomen forumkeuze moet, zoals in paragraaf 3.4.4.4 werd uiteengezet, apart worden beoordeeld. Omdat onafhankelijk van de rechtsverhouding tussen de oorspronkelijk partijen moet wordt getoetst of er sprake is van een tussen de vervoerder en de derde-cognossementhouder tot stand gekomen forumkeuze, rijst de vraag wanneer en hoe de rechtsverhouding tussen de vervoerder en de derde-cognossementhouder tot stand komt. En nog concreter: komt de in het cognossement opgenomen forumkeuze tussen vervoerder en derde-cognossementhouder tot stand en zo ja, wanneer en hoe?

In het kader van de beantwoording van de voorgaande vraag moet acht worden geslagen op de gedragingen van de vervoerder onder cognossement en de derde-cognossementhouder althans hun respectievelijke vertegenwoordigers (zoals scheepsagenten en ontvangstexpediteurs).⁷⁵⁸ Mijns inziens is het bepalende moment de presentatie van het cognossement door (een ontvangstexpediteur van) de derde-cognossementhouder aan (de scheepsagent van) de vervoerder. De derde-cognossementhouder presenteert het cognossement aan (de agent van) de vervoerder om de beschikking te krijgen over de in het cognossement genoemde goederen. De eerdere inontvangstneming van het cognossement door de ladingbelanghebbende — buiten het zicht van de vervoerder — kan niet worden aangemerkt als aanvaarding van dit aanbod.⁷⁵⁹ Aanvaarding geschiedt door een aparte daarop gerichte rechtshandeling die in het algemeen besloten ligt in de presentatie van het cognossement.⁷⁶⁰ Het moment van presenteren van het cognossement is meestal ook het eerste en enige contact tussen de vervoerder en de derde-cognossementhouder (althans hun lokale vertegenwoordigers: de scheepsagent en ontvangstexpediteur).

758. Dit is ook het moment dat de partijen, hier de derde-cognossementhouder en de vervoerder, bepaalde handelingen verrichten. Het in acht nemen van bepaalde handelwijzen is vooral van belang in verband met het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten. De aan dit vormvereiste ten grondslag liggende 'gewoonte' vereist immers een handeling die door de marktdeelnemers bij het sluiten van een bepaald soort overeenkomsten doorgaans en regelmatig in acht wordt genomen (zie hieromtrent uitgebreid paragraaf 2.2.4.3).

759. Boonk 2007b, p. 375; Logmans 2013, p. 314.

760. Boonk 2007b, p. 375; Logmans 2013, p. 314.

Dit moet naar mijn mening dan ook het moment zijn waarop de rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder in de regel tot stand komt.⁷⁶¹

Het presenteren houdt over het algemeen in dat het (via de bank) ontvangen originele cognossement wordt overhandigd aan (de lokale agent van) de vervoerder. Slechts bij kleinere verschepingen worden de cognossemента aan de kapitein van het schip gepresenteerd. Grote containerlijndiensten hebben in de havens, die zij aanlopen, hun eigen plaatselijke vertegenwoordiger.⁷⁶² Andere vervoerders die geen lijndiensten onderhouden, maar slechts incidenteel een bepaalde haven aanlopen, maken gebruik van scheepsagenten die voor verschillende vervoerders optreden.

De vervoerder althans diens vertegenwoordiger neemt het originele cognossement in ontvangst nadat dit op de achterkant is voorzien van handtekening/stempel van (de ontvangstexpediteur van) de derde-cognossementhouder. Na de ontvangstneming van het cognossement en nadat bijvoorbeeld is vastgesteld dat de vracht is voldaan wordt meestal een schriftelijke althans elektronische bevestiging afgegeven, waaruit volgt dat de in het cognossement genoemde goederen mogen worden meegegeven aan een bepaalde partij. Deze bevestiging wordt bijvoorbeeld aangeduid als 'Laat volgen', 'Delivery Order', 'Release Order'. Soms wordt een desbetreffend bericht gestuurd aan de stuwadoor, die de goederen (bijvoorbeeld enkele containers) op dat moment onder zijn hoede heeft. In dit soort gevallen krijgt de derde-cognossementhouder althans diens ontvangstexpediteur vaak een pincode medegedeeld die hij vervolgens nodig heeft om de goederen bij de stuwadoor op te halen.

Hierna wordt bekeken in hoeverre bij het presenteren van het cognossement een forumkeuze tot stand komt tussen de vervoerder onder cognossement en de derde-cognossementhouder en zo ja, of deze forumkeuze voldoet aan het in art. 23 lid 1 EEX-Vo/art. 25 lid 1 EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste.

Het onder a) genoemde vormvereiste

De vraag of in het onderhavige geval is voldaan aan het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste moet ontkennend worden beantwoord.⁷⁶³ Uit het feit dat de derde-cognossementhouder in de regel verplicht is het cognossement voorafgaand aan de aflevering van de in het cognossement genoemde goederen te overhandigen en soms voor kwijting af te tekenen kan mijns inziens niet worden afgeleid dat er sprake is van een 'schriftelijke overeenkomst' in de zin van het onder a) genoemde criterium.⁷⁶⁴ Het doel van het overhandigen en voor kwijting aftekenen is niet het bewerkstelligen van de gebondenheid van de derde-cognossementhouder aan de in het cognossement genoemde bedingen. Met een dergelijke handeling wordt slechts beoogd vast te leggen dat de lading aan de houder van het cognossement wordt afgeleverd, zodat achteraf niemand anders

761. Claringbould 1997, p. 139; Seck 2011 p. 155; Zwitser 2012, p. 94.

762. Dit is in de regel een apart voor deze doeleinden opgerichte vennootschap. Deze vennootschap heeft meestal '[handelsnaam containervervoerder] Nederland B.V.'.

763. Zie omtrent onder a) genoemde vormvereiste in het algemeen paragraaf 2.2.2.

764. Zie bijv. art. 8:481 BW.

opnieuw de afgifte van de in het cognossement genoemde lading kan eisen.⁷⁶⁵ Bovendien is deze plicht vaak wettelijk bepaald zodat hieruit niet kan worden afgeleid dat er sprake is van een uit de handtekening blijken de wilsovereenstemming met betrekking tot de forumkeuze.⁷⁶⁶

Verder heeft het Hof van Justitie ten aanzien van de relatie tussen de afzender en de vervoerder bepaald dat het eenvoudig opnemen van een forumkeuze op de achterkant van het cognossement niet voldoet aan het eerste alternatief van het onder a) genoemde vereiste.⁷⁶⁷ Dit geldt volgens mij evenzeer ten aanzien van de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder. Ook van een schriftelijke bevestiging van een eerdere mondelinge overeenkomst (in de zin van het tweede alternatief) is in een dergelijk geval geen sprake.⁷⁶⁸ Dit zou immers vereisen dat met de derde-cognossementhouder voorafgaand mondeling overeenstemming zou zijn bereikt over de forumkeuze althans over de toepasselijkheid van de cognossementsvoorwaarden (waaronder de forumkeuze), die reeds voorafgaand aan de derde-cognossementhouder ter beschikking zouden moeten zijn gesteld.⁷⁶⁹ Dit gebeurt in de praktijk niet. Aan beide alternatieven van het onder a) genoemde vormvereiste is mijns inziens dan ook niet voldaan. Daarnaast vormt de vereiste wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze hier nog een probleem. Aangezien het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste veronderstelt dat is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste, moet de wilsovereenstemming ook schriftelijk 'duidelijk en nauwkeurig' tot uiting komen.⁷⁷⁰ Dit is hier niet het geval.

Het onder b) genoemde vormvereiste

Voordat uitgebreid aandacht wordt besteed aan het onder c) genoemde vormvereiste verdient nogmaals opmerking dat in de praktijk ook moet worden onderzocht of in casu aan het onder b) genoemde vormvereiste is voldaan. Zoals werd uiteengezet in paragraaf 2.2.3 vereist dit vormvereiste dat sprake is van een reeds langer bestaande zakenrelatie.⁷⁷¹ Van specifieke 'handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden' zou immers zonder het bestaan van een lopende handelsbetrekking geen sprake kunnen zijn. Wanneer sprake is van een lopende handelsbetrekking werd in paragraaf 2.2.3 nader uiteengezet. Er moeten in ieder geval gedurende een langere periode (bijvoorbeeld een aantal maanden of jaren) regelmatig overeenkomsten worden gesloten. In het onderhavige geval zou dus tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder al een langlopende handelsbetrekking moeten bestaan. Pas dan komt het onder b) genoemde vereiste in beeld. Vaak heeft een derde-

765. Zie bijv. Rb. Rotterdam 6 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ0989, S&S 2011/120 (*Chembulk Kings Point; Chembulk Barcelona*) en Hof Den Haag 25 augustus 1998, ECLI:NL:GHSGR:1998:AJ3093, S&S 1999/73 (*Nedlloyd Van Cloon*).

766. Zie bijv. art. 8:481 BW.

767. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 16, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (Tilly Russ). Zie hieromtrent ook paragraaf 2.2.2.

768. Zie hieromtrent wederom paragraaf 2.2.2.

769. Mankowski 2011, p. 555, nr. 22-23; Kropholler 2005, nr. 42, p. 301; Mankowski 1995, p. 252.

770. Zie bijv. HvJ EG 14 december 1976, 24/76, r.o. 7, NJ 1977/446, m.nt. J.C. Schultsz (*Colzani/Rüwa*). Het HvJ EU heeft deze overweging later (in licht gewijzigde bewoording) meervoudig herhaald. Zie ook Hausmann 2010, p. 1966, nr. 6412; Kropholler 2005, p. 292, nr. 25.

771. Kropholler 2005, p. 305, nr. 50.

cognossementhouder, voor zover de derde-cognossementhouder regelmatig onder cognossement vervoerde goederen in ontvangst neemt, te maken met verschillende vervoerders. Dus van een langlopende handelsbetrekkingen met een specifieke vervoerder is niet snel sprake.

Dit is waarschijnlijk anders indien de derde-cognossementhouder optreedt als tussenliggende 'papieren' vervoerder, een zogenaamde 'non vessel operating common carrier' (NVOCC), en dus zelf een cognossement uitgeeft aan de uiteindelijke ladingbelanghebbenden. Dit komt vooral voor bij het vervoer van containers. Van de feitelijke vervoerder wordt in deze gevallen een cognossement, vaak genoemd 'master bill of lading', afgegeven. De NVOCC wordt in dit cognossement genoemd als 'shipper' of als 'consignee'. In welke hoedanigheid de NVOCC op de 'master bill of lading' opduikt is meestal afhankelijk van het geval. Een in Rotterdam gevestigde NVOCC wordt bij vervoer vanuit China naar Rotterdam meestal genoemd als 'consignee'. Hij wil de goederen immers in Rotterdam in ontvangst nemen. De 'shipper' is dan vaak een lokale partij. Dergelijke NVOCC's sluiten veelvuldig vervoerovereenkomsten met dezelfde feitelijke vervoerders en presenteren ook weer veelvuldig cognossementen aan dezelfde vervoerder. Er is dan waarschijnlijk ook snel sprake van een bepaalde *'handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk is geworden'* in de zin van het onder b) genoemde vormvereiste.

Het onder b) genoemde vereiste komt dus slechts in beeld indien tussen een bepaalde derde-cognossementhouder (die mogelijk zelfs als NVOCC optreedt) en een bepaalde vervoerder zou dus gedurende een langere periode een specifieke handelwijze gebruikelijk moeten zijn geworden. Of in casu is voldaan aan het onder b) genoemde vormvereiste is dus sterk afhankelijk van het individuele geval. Het is om deze reden niet goed mogelijk om in het algemeen te bespreken of in de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder een forumkeuze tot stand is gekomen die voldoet aan het in art. 23 lid 1 sub b) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub b) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste.

Het onder c) genoemde vormvereiste

Voorafgaand moet ten aanzien van het onder c) genoemde vereiste nogmaals erop worden gewezen dat de toepassing van dit vormvereiste, zoals uiteengezet in paragraaf 2.2.4.2, vereist dat sprake is van 'internationale handel'. Dit is bijvoorbeeld niet het geval indien de derde-cognossementhouder een consument is, die bijvoorbeeld een container met een auto of zijn inboedel in ontvangst neemt.⁷⁷² Omdat hier los van de relatie tussen de oorspronkelijke partijen wordt beoordeeld of er sprake is van een geldige forumkeuze, is niet van belang of de oorspronkelijke afzender een onderneming was. Het feit dat de afzender een onderneming is leidt er immers niet toe dat in de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder sprake is van een transactie tussen twee ondernemingen, dus van 'internationale handel'. Dit is volgens mij niet anders indien de consument wordt vertegenwoordigd door een ontvangstexpediteur. De ontvangstexpediteur handelt immers slechts als vertegenwoordiger van de consument. Het feit dat de expediteur

772. Kuypers 2008, p. 349; Stöve 1993, p. 38; Mankowski 2011, p. 563, nr. 30.

bedrijfsmatig handelt leidt er niet toe dat er opeens sprake is van de voor 'internationale handel' vereiste 'business to business' transactie.⁷⁷³

Het onder c) genoemde criterium vereist verder dat er sprake is van een 'gewoonte'. Zoals uitgebreid besproken in paragraaf 2.2.4.3 moet onder 'gewoonte' worden verstaan een bepaalde feitelijke handelwijze die door de marktdeelnemers van een bepaalde handelsbranche bij het sluiten van een bepaald soort overeenkomsten doorgaans en regelmatig in acht wordt genomen.⁷⁷⁴ Verder is in dat verband van belang dat het bestaan van een 'gewoonte' feitelijk en niet juridisch moet worden beoordeeld.⁷⁷⁵ Het gaat dus om bepaalde handelwijzen van de partijen *bij het sluiten van een bepaald soort overeenkomsten*. Zoals werd benadrukt in paragraaf 2.2.4.3 staat de specifieke handelwijze centraal staan en *niet*, zoals regelmatig in de jurisprudentie wordt aangenomen, het gegeven dat een forumkeuze normaliter onderdeel uitmaakt van de in een cognossement opgenomen bepalingen.⁷⁷⁶

Verder moet hier inleidend nogmaals worden opgemerkt dat begrip 'gewoonte' autonoom moet worden uitgelegd, hetgeen impliceert dat het nationale recht in dit verband geen rol speelt.⁷⁷⁷ Het gegeven dat de grondslag van de rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder (onder cognossement) in de verschillende rechtsstelsels juridisch op andere manieren wordt geconstrueerd,⁷⁷⁸ staat dus niet eraan in de weg dat in deze landen allemaal sprake kan zijn van dezelfde 'gewoonte' (in de zin van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw)). Bovendien moet in dit verband nogmaals worden benadrukt dat de forumkeuze, zoals uiteengezet in paragraaf 1.2, losstaat van de hoofdovereenkomst en dus gescheiden van deze overeenkomst moet worden beoordeeld.⁷⁷⁹ Tussen de forumkeuze, een aparte procesrechtelijke overeenkomst, en de hoofdovereenkomst, hier de tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder onder cognossement tot stand gekomen vervoerovereenkomst, loopt een scheiding. Hoe het toepasselijke nationale recht de gebondenheid van de derde-cognossementhouder aan de overige bedingen van het cognossement construeert is hier dus niet van belang.

773. Zie hieromtrent verder paragraaf 2.2.4.2.

774. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 26, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 23, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

775. Kuypers 2008, p. 352.

776. Zie bijv. Bundesgerichtshof 15 februari 2007, I ZR 40/04, *TranspR* 2007, p. 119 e.v. ('*Die Formvorschriften des Art. 23 Abs. 1 Brüssel-I-VO sind eingehalten, da Gerichtsstandsklauseln in Konnossementen im internationalen Seerecht handelsüblich sind*' (r.o. 26) onderstreping auteur); alsmede het Oostenrijkse Oberster Gerichtshof (8 juli 2009, 7 Ob 18/09m), dat de redenering van het Bundesgerichtshof overneemt ('*Dass im internationalen Seerecht ein Handelsbrauch darüber besteht, dass in Konnossemente Gerichtsstandsklauseln aufgenommen werden, ist allgemein anerkannt und kann als notorisch gelten* (BGH 15.2.2007, I ZR 40/04 [...]). *Es wurde also im Sinne des Art. 17 LGVÜ kraft Handelsbrauchs die Gerichtsstandsvereinbarung wirksam geschlossen*'; Hof van Beroep te Antwerpen 20 februari 2012, 2009/AR/3418, *ETL* 2012, 398 ('[...] is het hoe dan ook een vaststaand gegeven dat er in de sector van het zeevervoer een gewoonte bestaat om in het cognossement een bevoegdheidsbeding in te lassen').

777. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 25, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*); Kropholler 2005, p. 307, nr. 55; Kuypers 2008, p. 352; Vlas 1997, p. 224.

778. Zie hieromtrent paragraaf 3.4.3.

779. Dat de forumkeuze moet worden aangemerkt als een separate procesrechtelijke overeenkomst is uitdrukkelijk bepaald in art. 25 lid 5 EEX-Vo (nieuw) en volgt ook uit de jurisprudentie (zie bijv. HvJ EG 3 juli 1997, C-269/95, NJ 1999/681, m.nt. P. Vlas (*Benincasa/Dentalkit*)). Zie hieromtrent verder paragraaf 1.2.

Indien uiteindelijk wordt geconstateerd dat is voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste vormt de vereiste wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze waarschijnlijk geen obstakel. Zoals werd uiteengezet in paragraaf 2.3.1.3 wordt wilsovereenstemming in dat geval op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie vermoed. Het door het Hof van Justitie geïntroduceerde vermoeden helpt de vervoerder. De vervoerder onder cognossement kan de forumkeuze dan aan derde-cognossementhouder tegenwerpen.

Hieronder wordt nader onderzocht of aan het onder c) genoemde vormvereiste is voldaan. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen twee verschillende situaties. Ten eerste zal onder i) worden besproken of aan het vormvereiste is voldaan indien de derde-cognossementhouder het cognossement zonder verdere op- of aanmerkingen presenteert en ten tweede zal onder ii) worden besproken of aan het vormvereiste is voldaan indien de derde-cognossementhouder althans diens vertegenwoordiger bij de presentatie van het cognossement op een of andere manier laat blijken niet te willen instemmen met de in het cognossement opgenomen forumkeuze.

i) Het cognossement wordt gepresenteerd zonder op- of aanmerking

Zoals werd uiteengezet in paragraaf 2.2.4.3 moet in eerste instantie de relevante handelsbranche worden afgebakend. In eerste instantie moet immers worden bepaald of er sprake is van een bepaalde handelsbranche, waarvan de marktdeelnemers een bepaalde handelwijze volgen bij het sluiten van bepaalde overeenkomsten. Zoals uiteengezet moet in het onderhavige geval onafhankelijk van de rechtsverhouding tussen de oorspronkelijke partijen worden beoordeeld of er sprake is van een geldige forumkeuze in de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder. Aan de door het Hof van Justitie genoemde vereisten voor gebondenheid/derdenwerking is immers niet voldaan. De voor het achterhalen van een bepaalde handelwijze relevante marktdeelnemers kunnen alleen de derde-cognossementhouders en vervoerders onder cognossement (althans hun respectievelijke vertegenwoordigers) zijn. Dit heeft gevolgen voor de afbakening van de relevante handelsbranche. Anders dan bij de hierboven in paragrafen 3.2 en 3.3 besproken handelwijzen van de afzender/bevrachter en de vervoerder/vervrachter bij het sluiten van verschillende ('losse') vervoerovereenkomsten, hoeft de relevante handelsbranche in het onderhavige geval mijns inziens minder fijnmazig te worden afgebakend. Dit hangt ermee samen dat, anders dan bij het sluiten van de oorspronkelijke vervoerovereenkomst tussen de afzender/bevrachter en vervoerder/vervrachter, de meeste derde-cognossementhouders op een vergelijkbare manier door middel van presentatie van het cognossement om aflevering van de goederen verzoeken. Er hoeft geen onderscheid te worden gemaakt tussen een derde-cognossementhouder die aflevering eist van een container en een derde-cognossementhouder die aflevering eist van een paar duizend ton graan in bulk. Kortom, de relevante handelsbranche is hier min of meer het gehele vervoer onder cognossement. Het voorgaande brengt tevens met zich dat het hier van belang zijnde 'soort overeenkomsten' — het moet immers gaan om een handelwijze die bij het sluiten van een bepaald soort overeenkomsten doorgaans en regelmatig in acht wordt genomen — alleen de zelfstandige contractuele rechtsverhouding tussen de derde-cog-

nossementhouder en de vervoerder kan zijn.⁷⁸⁰ Zoals hierboven in paragraaf 2.2.4.3 is uiteengezet hoeft de door de marktdeelnemers gevolgde handelwijze niet specifiek te zijn gericht op het overeenkomen van forumkeuzen, maar kan deze handelwijze ook zijn gericht op het sluiten van bepaalde overeenkomsten in het geheel, hier de tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder tot stand gekomen rechtsverhouding.⁷⁸¹ Er moet dus worden achterhaald of er sprake is van een bepaalde feitelijke handelwijze van vervoerders onder cognossement en derde-cognossementhouders die door hen doorgaans en regelmatig wordt gevolgd bij het tot stand komen van hun zelfstandige rechtsverhouding. Het ligt voor de hand om hier vooral te kijken naar de presentatie van het cognossement. Dit is, zoals gezegd, immers in meeste gevallen het eerste en ook het enige contact tussen de vervoerder en de derde-cognossementhouder (althans hun lokale vertegenwoordigers: de scheepsagent en ontvangstexpediteur). Dit is dan ook het moment waarop de rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder in de regel tot stand komt.⁷⁸² De hier van belang zijnde handelwijze moet dus wel gelegen zijn in dit contactmoment, dus het moment van presenteren van het cognossement. Mijns inziens kan ervan worden uitgegaan dat derde-cognossementhouders (althans hun vertegenwoordigers) doorgaans en regelmatig cognossementen, met daarin een forumkeuze, presenteren en daarmee het recht op aflevering van de in de cognossementen genoemde goederen geldend maken zonder tegen de daarin opgenomen forumkeuze te protesteren.⁷⁸³ Onderdeel van het presenteren vormt vaak nog het aftekenen voor kwijting.⁷⁸⁴ Cognossementen worden dus over het algemeen door derde-cognossementhouders of hun ontvangstexpediteurs zonder enige aanvullen op- of aanmerking overhandigd aan de vervoerder althans diens lokale agent. Er wordt dus in de regel op geen enkele manier gesproken over de in het cognossement genoemde voorwaarden, waaronder de forumkeuze.⁷⁸⁵ Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.1.3 gaan hier de vereiste vorm en het vereiste van wilsovereenstemming in elkaar over.⁷⁸⁶

Volgt een derde-cognossementhouder de zojuist geschetste handelwijze bij het presenteren van een cognossement, met daarin een forumkeuze, is aan het eerste deel van het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste voldaan. De forumkeuze wordt in dat geval gesloten in een vorm die overeenstemt met een 'gewoonte', dat wil zeggen een handelwijze die door derde-cognossementhouders en vervoerders doorgaans en regelmatig bij de totstandkoming van hun rechtsverhouding in acht nemen.

780. Zie omtrent de zelfstandige rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder bijv. Seck 2011, p. 206.

781. Mankowski 2011, p. 562, nr. 29.

782. Claringbould 1997, p. 139; Seck 2011 p. 155; Zwitser 2012, p. 94; Logmans 2013, p. 314; Rb. Rotterdam 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY0678, *S&S* 2013/38 (*MSC Daniela*).

783. Dat het niet protesteren deel kan uitmaken van de 'gewoonte' vindt men ook terug in de jurisprudentie. Zie bijv. Rb. Rotterdam 22 november 2001, *NIPR* 2002/130.

784. Claringbould 1992, p. 495; zie ook art. 8:481 BW.

785. Het feit dat cognossementen over het algemeen op de achterkant een forumkeuze bevatten is mede van belang (Rb. Rotterdam 22 oktober 1998, ECLI:NL:RBROT:1998:AJ3099, *S&S* 1999/80).

786. Door niet te protesteren tegen de forumkeuze kan volgens de jurisprudentie worden uitgegaan van wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze (HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8689, *NJ* 2012/391, m.nt. M.V. Polak (*Demerara/Karl Heinz Haus*)); Rb. Rotterdam 8 juni 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AK4307, *S&S* 2000/121; Rb. Arnhem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7494; Rb. Overijssel 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3023).

Naast het vereiste dat de forumkeuze moet worden gesloten in een vorm die overeenstemt met een ‘gewoonte’ vereist art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) nog dat deze ‘gewoonte’ algemeen en bij de partijen bekend is. Het vereiste van algemene en subjectieve bekendheid werd reeds nader toegelicht in paragraaf 2.2.4.4. Omdat de hiervoor omschreven handelwijze door derde-cognossementhouders en vervoerders doorgaans en regelmatig in acht wordt genomen, moet ervan worden uitgegaan dat deze handelwijze bij de marktdelnemers ook algemeen bekend is. Ten aanzien van de vereiste subjectieve bekendheid, hier vooral de bekendheid van de derde-cognossementhouder tegen wie de forumkeuze wordt ingeroepen, met de hiervoor omschreven ‘gewoonte’, is van belang dat subjectieve bekendheid volgens het Hof van Justitie onder bepaalde omstandigheden wordt vermoed. Volgens het Hof wordt subjectieve bekendheid vermoed indien *‘wordt aangetoond dat de partijen tevoren reeds onderling of met andere in de betrokken sector werkzame partijen handelsbetrekkingen hadden aangeknoopt, dan wel dat in deze sector een bepaalde handelwijze, doordat zij bij het sluiten van een bepaald soort van overeenkomsten doorgaans en regelmatig wordt gevolgd, voldoende bekend is om als een vaste praktijk te kunnen worden beschouwd.’*⁷⁸⁷ Dat de vervoerder reeds eerder op een vergelijkbare manier overeenkomsten met derde-cognossementhouders heeft gesloten kan bijna altijd worden verondersteld. Ook de subjectieve bekendheid van de derde-cognossementhouder met de forumkeuze vormt naar verwachting geen probleem. Volgens mij kan ervan worden uitgegaan dat hier sprake is van een ‘vaste praktijk’, zodat subjectieve bekendheid wordt vermoed. Zoals hierboven in paragraaf 2.2.4.4 werd uiteengezet is mijns inziens sprake van een ‘vaste praktijk’ indien een bepaalde handelwijze door bijna alle marktdelnemers wordt gevolgd en door alle marktdelnemers als vanzelfsprekend wordt beschouwd. De hiervoor omschreven handelwijze wordt mijns inziens in bijna alle gevallen gevolgd en kan derhalve worden aangemerkt als ‘vaste praktijk’. Subjectieve bekendheid wordt dus naar verwachting ook vermoed indien de derde-cognossementhouder voor het eerst een cognossement presenteert. Overigens verdient in verband met de subjectieve bekendheid nog opmerking dat derde-cognossementhouder zich vaak laten vertegenwoordigen door ontvangstexpediteurs. De specifieke kennis van een dergelijke logistieke dienstverlener omtrent een bepaalde ‘gewoonte’ kan mijns inziens in de regel aan de derde-cognossementhouder worden toegerekend.⁷⁸⁸ De subjectieve bekendheid is bovendien geen probleem indien de ontvangstexpediteur het cognossement in eigen naam presenteert.

Ten slotte geldt dat onder de zojuist geschetste omstandigheden ook de vereiste wilsovereenstemming geen probleem vormt.⁷⁸⁹ Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.1.3 wordt het bestaan van wilsovereenstemming volgens het Hof van Justitie vermoed indien is voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste.⁷⁹⁰ Voor de partij, die een beroep doet op de forumkeuze, is dus vooral van belang om te be-

787. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 43, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 24, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

788. Zie bijv. Hof Den Haag 30 januari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ7736, NIPR 2007/211; Vlas 2008, p. 521.

789. Zie omtrent het begrip ‘wilsovereenstemming’ paragraaf 2.3.1.

790. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 21, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 19, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

wijzen dat de forumkeuze voldoet aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten.⁷⁹¹ Zonder dit vermoeden zou het voor de partij, die een beroep wenst te doen op de forumkeuze, meestal de vervoerder, lastiger kunnen zijn om het bestaan van de vereiste wilsovereenstemming aan te tonen. Wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze blijft immers in principe ook vereist indien is voldaan aan het onder c) genoemde criterium.⁷⁹² Het vermoeden geldt echter alleen behoudens tegenbewijs en indien '*niet is geprotesteerd tegen de forumkeuze*'.⁷⁹³ Juist het niet protesteren vormt volgens mij een onderdeel van de hiervoor omschreven handelwijzen en dus ook een aanwijzing voor het bestaan van wilsovereenstemming. Het is voor de derde-cognossementhouder onder deze omstandigheden minder makkelijk om achteraf aannemelijk te maken dat hij niet stilzwijgend met de forumkeuze heeft willen instemmen. Gezien het door het Hof van Justitie geïntroduceerd vermoeden van wilsovereenstemming zal dit in ieder geval lastig zijn. Hieronder zal nader worden ingegaan op de situatie, waarin de derde-cognossementhouder wel protesteert tegen de forumkeuze althans laat blijken niet te willen instemmen met de forumkeuze.

In de zojuist geschetste situatie werd ervan uitgegaan dat er sprake is van een geldige forumkeuze tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder. Geldt het voorgaande echter ook indien de derde-cognossementhouder de in het cognossement genoemde goederen uiteindelijk niet in ontvangst kan nemen? De in het cognossement genoemde goederen, bijvoorbeeld bepaalde containers, zouden bijvoorbeeld tijdens de reis overboord kunnen zijn geslagen. Zou overeenkomstig het voorgaande ook in deze situatie sprake kunnen zijn van een forumkeuze in de zin van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) omdat de derde-cognossementhouder handelt overeenkomstig de hiervoor geschetste 'gewoonte'?

Indien de derde-cognossementhouder niet weet dat de lading tijdens de reis verloren is gegaan presenteert hij naar verwachting gewoon het cognossement (hij weet immers nog van niets). Indien de bij het presenteren gevolgde handelwijze van de derde-cognossementhouder niet afwijkt van de hierboven geschetste handelwijze is mijns inziens, zoals hierboven uiteengezet, voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste en wordt de vereiste wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze vermoed. Het feit dat de derde-cognossementhouder vervolgens helaas geen lading in ontvangst kan nemen, maar vervangende schadevergoeding moet eisen, doet hieraan niet af. Indien de derde-cognossementhouder echter reeds voorafgaand op de hoogte is van het feit dat zijn lading tijdens de reis verloren is gegaan althans dat hij de lading om andere redenen niet meer in ontvangst wil nemen kan de

791. Kropholler 2005, nr. 52, p. 306.

792. Mankowski 2011, p. 569, nr. 39.

793. Zie bijv. HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8689, r.o. 3.4.2 en 3.4.3, NJ 2012/391, m.nt. M.V. Polak (Demerara/Karl Heinz Haus), . Dat er niet moet zijn geprotesteerd haalt de Hoge Raad hier waarschijnlijk uit het arrest van het HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 20, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (MSG/Les Gravières Rhénanes). In dat geval ging het echter om een specifieke situatie, te weten het niet reageren op een bevestigingsbrief, waarin een forumkeuze was opgenomen. Dat dit echter ook algemeen geldt volgt bijv. uit overweging 23 van de conclusie van A-G L. Strikwerda bij HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7716, RvdW 2008/525 (Pentamedia/New Skies Satellites). Dat het niet protesteren tegen de forumkeuze een rol kan spelen volgt bijv. ook uit Rb. Rotterdam 8 juni 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AK4307, S&S 2000/121; Rb. Arnhem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7494; Rb. Overijssel 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3023.

derde-cognossementhouder ervoor kiezen het cognossement niet op de hiervoor omschreven wijze te presenteren. Op deze situatie wordt hieronder ingegaan.

Afsluitend moet hier nog worden gewezen op verschillende specifieke problemen, die in de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder een rol zouden kunnen spelen. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de invloed van het materiële verdragenrecht op de forumkeuze of vragen omtrent de formulering van de forumkeuze (zoals bijvoorbeeld een forumkeuzen, waarin naar het forum van de 'principal place of business' van de vervoerder wordt verwezen). Deze problemen zijn uitgebreid besproken in paragraaf 1.5.4.

ii) De derde-cognossementhouder protesteert tegen de forumkeuze of beoogt een andersluidende forumkeuze overeen te komen

In de hiervoor omschreven situatie wordt het cognossement door de derde-cognossementhouder althans diens ontvangstexpediteur gepresenteerd zonder enige vorm van uitdrukkelijk protest of uiting die zou kunnen worden opgevat als weigering in te stemmen met de in het cognossement opgenomen forumkeuze. Het cognossement wordt dus zonder enkele op- of aanmerking gepresenteerd. Zoals hierboven uiteengezet is in dat geval voldaan aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vereiste en wordt wilsovereenstemming van de derde-cognossementhouder ten aanzien van de forumkeuze vermoed.⁷⁹⁴ Gezien het feit dat in de forumkeuze over het algemeen een voor ladingbelanghebbenden (bijvoorbeeld uit kostenoverwegingen) minder gunstig forum is aangewezen is de hierboven geschetste gang van zaken, te weten het zonder op- of aanmerking presenteren van het cognossement, wel opmerkelijk. De derde-cognossementhouder zou ook een meer proactieve houding kunnen kiezen en bijvoorbeeld tegen de forumkeuze protesteren of kunnen proberen andersluidende afspraken te maken. Ook al lijkt dit (tot nu toe) in de praktijk haast niet voor te komen zal hieronder nader worden ingegaan op een dergelijke situatie. De vraag rijst of nog steeds sprake is van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) indien de derde-cognossementhouder althans diens vertegenwoordiger afwijkt van de hierboven omschreven gedraging en bijvoorbeeld uitdrukkelijk protesteert tegen de forumkeuze of beoogt een andersluidende forumkeuze overeen te komen.

Voordat nader wordt ingegaan op de vraag welke consequenties het zou hebben voor de in het cognossement genoemde forumkeuze indien de derde-cognossementhouder hiertegen zou protesteren of indien de derde-cognossementhouder zou beogen een andersluidende forumkeuze met de vervoerder overeen te komen, moet men zich eerst afvragen of dit überhaupt mogelijk is. De derde-cognossementhouder wil voor het overige met de presentatie van het cognossement gewoon de aflevering van de in het cognossement genoemde goederen bewerkstelligen. Zou de derde-cognossementhouder zijn recht op aflevering van de goederen (praktisch) teniet

794. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 21, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 19, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

doen door actie te ondernemen tegen de in het cognossement opgenomen forumkeuze?

De vervoerder zal naar verwachting 'not amused' zijn indien de derde-cognossementhouder actie jegens de forumkeuze onderneemt, maar juridisch gezien beïnvloedt een dergelijke handeling volgens mij niet het recht van de derde-cognossementhouder op aflevering van de goederen. In dit verband moet in eerste instantie nogmaals worden benadrukt dat een forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) is gebaseerd op een autonoom concept.⁷⁹⁵ De vraag of sprake is van een forumkeuze in deze zin wordt dus bijna geheel onafhankelijk van het toepasselijke nationale recht beoordeeld.⁷⁹⁶ Verder is hier van cruciaal belang dat de derde-cognossementhouder alleen weigert in te stemmen met de forumkeuze. Zijn weigering richt zich niet tegen de overige bedingen van de vervoerovereenkomst zoals die blijken uit het cognossement. Nu is van belang dat men in dit verband niet uit het oog moet verliezen dat er sprake is van een scheiding tussen de forumkeuze en het overige deel van de vervoerovereenkomst, zoals dit blijkt uit het cognossement. Zoals in paragraaf 1.2 werd uiteengezet moet de forumkeuze worden gekwalificeerd als een aparte procesrechtelijke overeenkomst, die los staat van de hoofdovereenkomst, hier de vervoerovereenkomst.⁷⁹⁷ Bij de beoordeling mogen forumkeuze en hoofdovereenkomst dan ook niet zomaar over een kam worden geschoren. Er is dus sprake van een separate procesrechtelijke overeenkomst naast de hoofdovereenkomst.⁷⁹⁸ Deze aparte procesrechtelijke overeenkomst is niet gericht op enig materieelrechtelijk rechtsgevolg dat buiten de te procedure van belang kan zijn.⁷⁹⁹ Uit deze aparte procesrechtelijke overeenkomst vloeien dus geen verbintenissenrechtelijke verplichtingen voort.⁸⁰⁰ Dit brengt met zich dat de weigering in te stemmen met de forumkeuze geen materieelrechtelijke gevolgen voor de vervoerovereenkomst kan hebben. Het uit deze overeenkomst voortvloeiende materieelrechtelijke recht op aflevering van de in het cognossement genoemde goederen wordt hierdoor dan ook niet beïnvloed. Het uit het cognossement voortvloeiende recht op aflevering is bovendien een algemene belofte van de vervoerder strekkende tot aflevering van de goederen op de plaats van bestemming.⁸⁰¹ Kortom, een weigering van de derde-cognossementhouder om in te stemmen met de in het cognossement opgenomen forumkeuze heeft onder de hierboven geschetste omstandigheden mijns inziens geen invloed op het recht van de derde-cognossementhouder om aflevering van de in het cognossement genoemde goederen te eisen (zie echter de opmerkingen hieronder). Wat de hoofdovereenkomst betreft treedt de derde-cognossementhouder bijvoorbeeld dan ook gewoon toe door middel van aanvaarding van een derdenbeding.⁸⁰²

795. Mankowski 2011, p. 570, nr. 39b.

796. Dit uitgangspunt is na de introductie van de 'materiële geldigheid' in art. 25 lid 1 EEX-Vo (nieuw) niet wezenlijk veranderd (zie hieromtrent paragraaf 2.3.2).

797. Dat de forumkeuze moet worden aangemerkt als een separate procesrechtelijke overeenkomst is uitdrukkelijk bepaald in art. 25 lid 5 EEX-Vo (nieuw) en volgt ook uit de jurisprudentie (zie bijv. HvJ EG 3 juli 1997, C-269/95, NJ 1999/681, m.nt. P. Vlas (*Benincasa/Dentalkit*)). Zie hieromtrent verder paragraaf 1.2.

798. Zie bijv. Kuypers 2008, p. 240; Hausmann 2010, p. 1946, nr. 6355.

799. Hausmann 2010, p. 1946, nr. 6355.

800. Hausmann 2010, p. 1946, nr. 6355.

801. Spanjaart 2012, p. 59.

802. Zie omtrent de verschillende theorieën ten aanzien van de grondslag van de rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder onder cognossement paragraaf 3.4.3.

Zoals zojuist uiteengezet belet het protesteren tegen de in het cognossement opgenomen forumkeuze althans het (beoogde) overeenkomen van een andersluidende forumkeuze – juridisch gezien – volgens mij niet het recht op aflevering van de in het cognossement genoemde goederen. Dat dit, afhankelijk van de reactie van de vervoerder, om praktische redenen anders kan uitpakken valt echter niet te ontkennen. De vervoerder althans de in opdracht van de vervoerder handelende stuwadoor heeft immers nog de goederen onder zijn hoede. Zodoende kan druk op de derde-cognossementhouder worden uitgeoefend en kan hij worden gedwongen om alsnog de in het cognossement opgenomen forumkeuze te aanvaarden. De derde-cognossementhouder zou bijvoorbeeld een verklaring moeten ondertekenen dat hij akkoord gaat met alle in het cognossement genoemde voorwaarden althans expliciet moeten verklaren dat hij instemt met de forumkeuze.

Indien de derde-cognossementhouder onder deze omstandigheden alsnog ogenschijnlijk instemt met de forumkeuze is volgens mij twijfelachtig of de forumkeuze geldig tot stand is gekomen. In dit geval is waarschijnlijk sprake van een forumkeuze die wat haar materiële geldigheid betreft nietig is. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.2 ziet het begrip ‘materiële geldigheid’ (dat men terug vindt in art. 25 lid 1 EEX-Vo (nieuw)) op de wilsgebreken, zoals misbruik van omstandigheden of dwang. Het in paragraaf 2.3.1.1 besproken begrip ‘overeenkomst’ kent geen regeling ten aanzien van dit soort wilsgebreken. De vraag of de hier ogenschijnlijk tot stand gekomen forumkeuze uiteindelijk daadwerkelijk geldig is moet aan de hand van het toepasselijke nationale recht worden bepaald. Hoe dit recht (naar Nederlandse opvatting) moet worden bepaald werd uitgelegd in paragraaf 2.3.2.3.

De zojuist genoemde praktische bezwaren tegen het protesteren doen zich echter niet voor indien de derde-cognossementhouder reeds voordat het schip in de loshaven arriveert op de hoogte is van het feit dat de in het cognossement genoemde goederen, bijvoorbeeld drie containers, tijdens de zeereis overboord zijn geslagen of door een brand zijn vernietigd. In deze gevallen is de derde-cognossementhouder zeker niet (om praktische redenen) gedwongen de cognossementen zonder enkele op- of aanmerkingen te presenteren. Aflevering van de goederen kan via deze route immers toch niet meer worden verkregen. Iets vergelijkbaars geldt indien de derde-cognossementhouder reeds voorafgaand aan de beoogde presentatie van het cognossement op de hoogte is van het feit dat de lading tijdens de reis dusdanig beschadigd is geraakt dat hij niet meer is geïnteresseerd in de goederen. Meteen na het openen van de luiken zou bijvoorbeeld kunnen blijken dat de gehele lading graan door zeewater beschadigd is geraakt. Of er zou sprake kunnen zijn van een lading benzine, waarvan na het trekken van een monster in de loshaven moet worden vastgesteld dat de lading tijdens de reis gecontamineerd is geraakt en derhalve geheel ‘off spec’ is.⁸⁰³ Indien de derde-cognossementhouder alleen nog vervangende schadevergoeding kan of wil claimen kan de vervoerder weinig druk uitoefenen op de derde-cognossementhouder. De derde-cognossementhouder is weliswaar vaak alsnog genoodzaakt het cognossement toch te presenteren, maar hij kan in de zojuist genoemde situaties gerust de strijd omtrent de forumkeuze

803. Zie voor een vergelijkbaar geval de Engelse uitspraak *Borealis AB v. Stargas Ltd (The Berge Sisar)* [2001] 1 ALL ER 673 (HL).

aangaan en hiertegen uitdrukkelijk protesteren.⁸⁰⁴ Een aanvaarding van de forumkeuze zou door de vervoerder immers niet meer goed kunnen worden afgedwongen.

Indien de derde-cognossementhouder nu tijdens de presentatie van het cognossement uitdrukkelijk protesteert tegen de in het cognossement opgenomen forumkeuze (hij zou bijvoorbeeld een aantekening op het cognossement kunnen maken, de forumkeuze doorhalen en/of in een begeleidend schrijven expliciet kunnen aanvoeren dat hij de forumkeuze niet aanvaardt) kan volgens mij niet ervan worden uitgegaan dat tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder een forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) tot stand is gekomen. Naast het feit dat het gedrag van de derde-cognossementhouder in dit geval afwijkt van het hiervoor omschreven 'gewoonte', zodat reeds om die reden mijns inziens niet is voldaan aan het vormvereiste in de zin van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw), strandt de beoogde forumkeuze van de vervoerder op het klaarblijkelijke gebrek aan wilsovereenstemming. De derde-cognossementhouder laat immers duidelijk blijken dat hij niet wenst in te stemmen met de in het cognossement genoemde forumkeuze. Zonder wilsovereenstemming kan echter geen sprake zijn van de in art. 23 lid 1 EEX-Vo/art. 25 lid 1 EEX-Vo (nieuw) bedoelde *'overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht'*. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.1.1 impliceert het in het kader van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) autonoom uit te leggen begrip *'overeenkomst'* dat er sprake moet zijn van wilsovereenstemming van de betrokken partijen ten aanzien van de forumkeuze.⁸⁰⁵ Wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze blijft ook vereist indien is voldaan aan het onder c) genoemde criterium.⁸⁰⁶

Nu de derde-cognossementhouder uitdrukkelijk heeft geprotesteerd en van (stilzwijgende) aanvaarding van de in het cognossement opgenomen forumkeuze zodoende geen sprake kan zijn, ontbreekt klaarblijkelijk de vereiste wilsovereenstemming. Daarnaast geldt het door het Hof van Justitie geïntroduceerde vermoeden van wilsovereenstemming (indien is voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste) alleen geldt behoudens tegenbewijs en indien *'niet is geprotesteerd tegen de forumkeuze'*.⁸⁰⁷ Gezien het klaarblijkelijke gebrek aan wilsovereenstemming komt de door de vervoerder beoogde forumkeuze tussen hem en de derde-cognossementhouder niet tot stand. Zoals uiteengezet in paragraaf 3.4.4.1 is het voorgaand uiteraard slechts mogelijk indien de derde-cognossementhouder niet reeds overeen-

804. De derde-cognossementhouder is vaak gedwongen het cognossement alsnog te presenteren omdat hij moet aantonen dat hij actief gelegitimeerd is (dat wil zeggen dat hij kan worden aangemerkt als recht- en regelmatige cognossementhouder) en derhalve schadevergoeding van de vervoerder kan eisen (zie bijv. art. 8:441 BW). Dit is vooral noodzakelijk indien de goederen werden vervoerd onder een order- of toondercognossement.

805. Zie omtrent de vereiste wilsovereenstemming paragraaf 2.3.1.

806. Mankowski 2011, p. 569, nr. 39.

807. Zie bijv. HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8689, r.o. 3.4.2 en 3.4.3, NJ 2012/391, m.nt. M.V. Polak (*Demerara/Karl Heinz Haus*). Dat er niet moet zijn geprotesteerd haalt de Hoge Raad hier waarschijnlijk uit het arrest van het HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 20, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*). In dat geval ging het echter om een specifieke situatie, te weten het niet reageren op een bevestigingsbrief, waarin een forumkeuze was opgenomen. Dat dit echter ook algemeen geldt volgt bijv. uit overweging 23 van de conclusie van A-G L. Strikwerda bij HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7716, RvdW 2008/525 (*Pentamedia/New Skies Satellites*). Dat het niet protesteren tegen de forumkeuze een rol kan spelen volgt bijv. ook uit Rb. Rotterdam 8 juni 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AK4307, S&S 2000/121; Rb. Arnhem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7494; Rb. Overijssel 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3023.

komstig de in paragraaf 3.4.2 besproken jurisprudentie van Hof van Justitie gebonden wordt geacht aan de forumkeuze.

In plaats van uitdrukkelijk tegen de forumkeuze te protesteren zou de derde-cognossementhouder (via zijn ontvangstexpediteur) ook kunnen beogen een andersluidende forumkeuze met de vervoerder overeen te komen en op deze manier te laten blijken niet te wensen in te stemmen met de in het cognossement genoemde forumkeuze. De cognossementen worden immers vaak niet zomaar opgestuurd of overgelegd. Soms worden deze stukken opgestuurd samen met een begeleidend schrijven, waarmee de derde-cognossementhouder expliciet schriftelijk verzoekt om aflevering van de goederen. Dit schrijven wordt soms aangeduid als 'Release Request'. Hieronder zal de term 'afleveringsverzoek' worden gebuikt. Indien in een dergelijk schriftelijk afleveringsverzoek nu uitdrukkelijk een forumkeuze ten gunste van bijvoorbeeld de Rechtbank Rotterdam is opgenomen kan in ieder geval niet meer zonder meer ervan worden uitgegaan dat de derde-cognossementhouder instemt met een in het cognossement opgenomen forumkeuze ten gunste van bijvoorbeeld de High Court te Londen.

Van belang is dat duidelijk moet zijn dat de derde-cognossementhouder althans diens ontvangstexpediteur beoogt een andersluidende forumkeuze met de vervoerder overeen te komen. Dit is bijvoorbeeld niet duidelijk indien een ontvangstexpediteur voor een derde-cognossementhouder een naamcognossement presenteert en in dit verband een afleveringsverzoek op het briefpapier van de ontvangstexpediteur wordt meegestuurd, waarop in een standaardvoettekst een forumkeuze is opgenomen. In dit geval ligt immers niet voor de hand dat de ontvangstexpediteur poogt hetgeen in zijn eigen standaard voettekst is opgenomen ook namens de in het naamcognossement genoemde ontvanger overeen te komen. Zodra de ontvangstexpediteur echter zelf moet worden aangemerkt als derde-cognossementhouder is dit weer anders.⁸⁰⁸

Wat standaardvoetteksten betreft is nog het volgende van belang. Indien de standaardvoettekst in het afleveringsverzoek klaarblijkelijk is bedoeld om de rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder althans de ontvangstexpediteur en zijn eigen opdrachtgevers nader in te kleuren, hebben de in deze standaardvoettekst verwoorde bepalingen volgens mij geen invloed op de rechtsverhouding met de vervoerder. Stel bijvoorbeeld dat een staalhandelaar bij het presenteren van zijn cognossement in een gestandaardiseerde voettekst verwijst naar zijn algemene verkoopvoorwaarden, waarin — naast een forumkeuze — alleen bepalingen zijn opgenomen die van belang zijn voor de relatie tussen hem en zijn kopers (bijvoorbeeld bepalingen omtrent leverings- en betalingstermijnen, garantieverplichtingen, klachttermijn enzovoort). In dat geval kan mijns inziens moeilijk worden betoogd dat het de bedoeling was van de staalhandelaar om bij de presentatie van het cognossement zijn eigen verkoopvoorwaarden, waaronder de forumkeuze, van toepas-

808. Hier moet bijvoorbeeld worden gedacht aan een situatie zoals die ten grondslag lag aan het arrest HR 8 november 1991, NJ 1993/609, m.nt. J.C. Schultsz, *S&S 1992/37 (Brouwersgracht)*, waarbij een ontvangstexpediteur een blanco geëndosseerd cognossement presenteert en naar Nederlandse opvatting (zie art. 8:441 BW) moet worden aangemerkt als recht- en regelmatige cognossementhouder.

sing te doen zijn op de relatie met de vervoerder.⁸⁰⁹ Of dit ook geldt indien de forumkeuze expliciet in de standaard voettekst is opgenomen hangt dan af van de formulering van de gehele voettekst.

Hoe moet nu worden omgegaan met een schriftelijk afleveringsverzoek dat samen met het cognossement aan (de agent van) de vervoerder wordt gestuurd en waaruit blijkt dat de derde-cognossementhouder beoogt een andersluidende forumkeuze met de vervoerder overeen te komen? Los van de vraag of de door de derde-cognossementhouder in het afleveringsverzoek genoemde forumkeuze daadwerkelijk tot stand komt tussen hem en de vervoerder, geldt mijns inziens dat onder deze omstandigheden niet zonder meer ervan kan worden uitgegaan dat de in cognossement genoemde forumkeuze tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder tot stand komt. Het gedrag van de derde-cognossementhouder wijkt in ieder geval af van de hierboven geschetste situatie, waarbij de derde-cognossementhouder het cognossement zonder op- of aanmerking presenteert. De handelwijze van de derde-cognossementhouder (althans van diens vertegenwoordiger) komt dus niet meer overeen met de hierboven geschetste 'gewoonte' in de zin van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw).

Daarnaast geldt volgens mij dat onder deze omstandigheden de vereiste wilsovereenstemming op losse schroeven komt te staan. De derde-cognossementhouder laat hier immers duidelijk blijken dat hij in principe een andersluidende forumkeuze met de vervoerder wenst overeen te komen. Duidelijk is in ieder geval dat hij niet zonder meer wenst in te stemmen met de in het cognossement genoemde forumkeuze. Zonder wilsovereenstemming kan echter geen sprake zijn van de in art. 23 lid 1 EEX-Vo/art. 25 lid 1 EEX-Vo (nieuw) bedoelde *'overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht'*. Zoals hierboven reeds gezegd, moet sprake zijn van wilsovereenstemming van de betrokken partijen ten aanzien van de forumkeuze en blijft wilsovereenstemming ook vereist indien is voldaan aan het onder c) genoemde criterium.⁸¹⁰ Ook het feit dat het bestaan van wilsovereenstemming volgens het Hof van Justitie wordt vermoed indien is voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste impliceert de facto dat er nog steeds sprake moet zijn van wilsovereenstemming.⁸¹¹ Met het vermelden van een andersluidende forumkeuze in het afleveringsverzoek dat samen met het cognossement (waarin de andersluidende forumkeuze van de vervoerder is opgenomen) aan (de agent van) de vervoerder wordt overhandigd, geeft de derde-cognossementhouder nu te kennen dat hij niet wil instemmen met de in het cognossement genoemde forumkeuze. De voor het tot stand komen van de in het cognossement genoemde forumkeuze vereiste wilsovereenstemming ontbreekt.⁸¹² Zonder wilsovereenstemming kan echter geen sprake zijn van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw). Een geldige forumkeuze vereist immers dat is voldaan aan een van de

809. Zie voor een vergelijkbare situatie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7453, NIPR 2012/222; Rb. Arnhem 23 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW2247.

810. Mankowski 2011, p. 569, nr. 39.

811. Dat wilsovereenstemming wordt vermoed te bestaan indien is voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste heeft het Hof van Justitie bepaald (HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 21, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 19, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*)).

812. Zie omtrent de vereiste wilsovereenstemming paragraaf 2.3.1.

vormvereisten *en* dat tevens sprake is van wilsovereenstemming.⁸¹³ De vervoerder zou onder deze omstandigheden de discussie omtrent de in het cognossement opgenomen forumkeuze volgens mij alleen weer in zijn voordeel kunnen beslissen indien de derde-cognossementhouder voorafgaand aan de aflevering nogmaals schriftelijk moet bevestigen met de cognossementsvoorwaarden, waaronder de forumkeuze, in te stemmen.⁸¹⁴

Indien de vervoerder vervolgens niet reageert op de in het afleveringsverzoek genoemde forumkeuze en de goederen aflevert aan de derde-cognossementhouder, rijst de vraag of de in het afleveringsverzoek genoemde forumkeuze — ondanks de andersluidende forumkeuze in het cognossement — tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder tot stand is gekomen. Onafhankelijk van de vraag of hier is voldaan aan een van de in art. 23 lid 1 EEX-Vo/art. 25 lid 1 EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten zou ten aanzien van de wilsovereenstemming kunnen worden betoogd dat de vervoerder door aflevering van de goederen blijk geeft van instemming met de afwijkende forumkeuze.⁸¹⁵ Echter, de vraag of de in het afleveringsverzoek genoemde forumkeuze tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder tot stand komt, hoeft wellicht niet eens te worden beantwoord. Het antwoord op deze vraag is vermoedelijk uiteindelijk immers minder relevant. Vaak zullen bijvoorbeeld Nederlandse derde-cognossementhouders kiezen voor een forum dicht bij huis, bijvoorbeeld de Rechtbank Rotterdam. Indien Rotterdam nu is vermeld in het cognossement als loshaven en de goederen ook aldaar worden gelost, zou de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid sowieso kunnen ontlenen aan een objectieve bevoegdheidsgrondslag.⁸¹⁶

Indien de derde-cognossementhouder een procedure tegen de vervoerder bij de Rechtbank Rotterdam aanhangig maakt zal de vervoerder naar verwachting met een beroep op de in het cognossement opgenomen forumkeuze (ten van gunste van bijvoorbeeld de High Court te Londen) de bevoegdheid van de Rechtbank Rotterdam betwisten. Voor de derde-cognossementhouder is in dat geval vooral van belang dat de rechter tot de conclusie komt dat de in het cognossement opgenomen forumkeuze niet geldig tussen hem en de vervoerder tot stand is gekomen. Of de rechter uiteindelijk tot de conclusie komt dat de door de derde-cognossementhouder in het afleveringsverzoek genoemde forumkeuze ten gunste van de Rechtbank Rotterdam tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder overeen is gekomen is minder relevant. De rechter kan zijn bevoegdheid in dat geval immers ook

813. Kuypers 2008, p. 247.

814. Een dergelijke schriftelijke instemming met de voorwaarden en dus ook de forumkeuze voldoet volgens mij aan het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste. De derde-cognossementhouder was immers voorafgaand bekend met deze voorwaarden. Zie omtrent het onder a) genoemde vereiste paragraaf 2.2.2.

815. De derde-cognossementhouder stemt dus niet in met de in het cognossement genoemde forumkeuze, maar legt de vervoerder een afwijkende forumkeuze voor, die vervolgens stilzwijgend door de vervoerder wordt aanvaard. Zie omtrent een vergelijkbare situatie Rb. Rotterdam 8 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3617, *S&S* 2012/116 (waarbij partijen hebben besloten om vragen omtrent de wilsovereenstemming aan de hand van Nederlands recht te beoordelen) en Rb. Amsterdam 3 juni 2009, *S&S* 2011/36.

816. Hier moet vooral worden gedacht aan art. 5 sub 1 EEX-Vo/art. 7 sub 1 EEX-Vo (nieuw) (zie bijv. HvJ EG 9 juli 2009, C-204/08, NJ 2013/314, *S&S* 2009/119 (*Rehder*)) en art. 5 sub 3 EEX-Vo/art. 7 sub 3 EEX-Vo (nieuw) (zie hieromtrent HvJ EG 27 oktober 1998, C-51/97, NJ 2000/156, m.nt. P. Vlas, *S&S* 2000/60 (*Alblasgracht*); Rb. Rotterdam 5 april 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV9820, *S&S* 2007/51 (*Hanjin Pennsylvania*); Rb. Arnhem 1 december 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:A54051).

ontlenen aan een objectieve bevoegdheidsgrondslag.⁸¹⁷ Relevant is voor de derde-cognossementhouder dus vooral dat vast komt te staan dat de in het cognossement genoemde forumkeuze tussen hem en de vervoerder *niet* is overeengekomen. Daarnaast geldt dat de vraag of de in het afleveringsverzoek genoemde forumkeuze tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder tot stand komt niet makkelijk is te beantwoorden. Gezien het feit dat het (tot nu toe) volgens mij haast niet voorkomt dat derde-cognossementhouders proberen via een schriftelijk afleveringsverzoek een andersluidende forumkeuze overeen te komen kan in ieder geval niet worden teruggegrepen op het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vereiste. De hiervoor vereiste ‘gewoonte’ kan immers naar verwachting niet worden aangetoond.

Tot slot moet in verband met het voorgaande nog een opmerking worden gemaakt ten aanzien van art. 31 lid 2 EEX-Vo (nieuw). Zoals uiteengezet in paragraaf 2.4.3.1 is de in dit artikel verwoorde regeling niet van toepassing indien er sprake is van ‘tegenstrijdige forumkeuzebedingen’. In de hiervoor omschreven situatie is naar mijn mening sprake van ‘tegenstrijdige forumkeuzebedingen’. Indien de derde-cognossementhouder vervolgens een procedure aanhangig maakt zou de vervoerder niet op basis van art. 31 lid 2 EEX-Vo een aanhoudingsverzoek kunnen indienen.

3.4.5 Verwijzing in het cognossement naar een bevrachtingsovereenkomst, waarin een forumkeuze is opgenomen

In de hiervoor besproken situatie werd ervan uitgegaan dat het cognossement alle bedingen, waaronder een forumkeuze, bevat die voor de beoordeling van de rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder van belang zijn. Het komt echter vaak voor dat het cognossement een verwijzing bevat naar een bevrachtingsovereenkomst en zodoende door de vervoerder wordt gepoogd de bedingen van de bevrachtingsovereenkomst te incorporeren.⁸¹⁸ In de praktijk doet zich vaak de volgende situatie voor. De derde-cognossementhouder krijgt een cognossement, waarin wordt verwezen naar een op een bepaalde dag opgemaakte bevrachtingsovereenkomst. Het cognossement is meestal opgemaakt op een verkort cognossementformulier, waarop slechts een aantal essentiële bepalingen (waaronder geen forumkeuze) staan vermeld.⁸¹⁹ Stel nu dat de bevrachtingsovereenkomst, waarnaar in het cognossement wordt verwezen een forumkeuze bevat, dan rijst de vraag of er ook sprake is van een forumkeuze in de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder onder cognossement.⁸²⁰

817. Hier moet vooral worden gedacht aan art. 5 sub 1 EEX-Vo/art. 7 sub 1 EEX-Vo (nieuw) (zie bijv. HvJ EG 9 juli 2009, C-204/08, NJ 2013/314, S&S 2009/119 (*Rehder*)) en art. 5 sub 3 EEX-Vo/art. 7 sub 3 EEX-Vo (nieuw) (zie hieromtrent HvJ EG 27 oktober 1998, C-51/97, NJ 2000/156, m.nt. P. Vlas, S&S 2000/60 (*Alblasgracht*); Rb. Rotterdam 5 april 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV9820, S&S 2007/51 (*Hanjin Pennsylvania*); Rb. Arnhem 1 december 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS4051).

818. Zie omtrent het incorporeren van bedingen uit een bevrachtingsovereenkomst uitgebreid Seck 2011, p. 227 e.v.

819. Zie bijv. de Congenbill (versie 1994).

820. In de onderhavige paragraaf staat de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder centraal. De vraag of in de relatie tussen de oorspronkelijke afzender/bevrachter en de vervoerder/vervrachter een geldige forumkeuze tot stand is gekomen werd besproken in paragraaf 3.2.

Normaliter wordt het hiervoor genoemde cognossement met de verwijzing naar een bevrachtingsovereenkomst gepresenteerd aan de vervoerder althans diens agent. De hierbij door de partijen in acht genomen handelwijze wijkt in de regel niet af van de hierboven in paragraaf 3.4.4.5 geschetste handelwijze bij het presenteren van cognossementen met daarin een forumkeuze. Dit betekent echter niet dat hetgeen in deze paragraaf werd betoogd zonder meer ook van toepassing is op de onderhavige situatie. De forumkeuze is in het onderhavige geval immers niet in het cognossement opgenomen. Van belang is nu dat de derde-cognossementhouder over het algemeen ten tijde van het presenteren van het cognossement niet beschikt over een kopie van de in het cognossement genoemde bevrachtingsovereenkomst. Vaak wordt een kopie van de bevrachtingsovereenkomst pas in een later stadium opgevraagd. Dit gebeurt in de regel nooit voorafgaand aan de presentatie van het cognossement, dus voorafgaand aan het moment van de totstandkoming van de rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder onder cognossement.⁸²¹ Indien de derde-cognossementhouder, na ontvangst van een kopie van de bevrachtingsovereenkomst, vaststelt dat de bevrachtingsovereenkomst een forumkeuze ten gunste van een gerecht van een EU-lidstaat bevat, rijst de vraag of hij aan deze forumkeuze is gebonden. Anders gezegd: is hier sprake van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) in de verhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder?

Zoals hierboven in paragraaf 3.4.2.1 e.v. werd uiteengezet gaat het Hof van Justitie – samengevat – ervan uit dat de derde-cognossementhouder gebonden is aan een forumkeuze indien sprake is van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) in de relatie tussen de oorspronkelijke partijen en de derde-cognossementhouder de afzender in zijn ‘*rechten en verplichtingen*’ opvolgt.⁸²² Volgens mij is in de onderhavige situatie om verschillende redenen niet voldaan aan de door het Hof voor derdenwerking van een forumkeuze bepaalde vereisten. Van belang is in eerste instantie dat de oorspronkelijke partijen, hier de afzender/bevrachter en de vervoerder/vervrachter, een bevrachtingsovereenkomst hebben gesloten (waarnaar in het cognossement wordt verwezen). Zoals onder andere in paragraaf 3.4.4.2 werd uiteengezet is sprake van een scheiding tussen de bevrachtingsovereenkomst en de op een later moment tot stand komende – uit het cognossement voortvloeiende – rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder. Er is dus sprake van twee aparte rechtsverhoudingen. De rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder onder cognossement wordt in eerste instantie beheerst door de bepalingen van het cognossement en het toepasselijke verdragenrecht.⁸²³ Ook het feit dat nu een poging wordt gedaan om de bedingen van de bevrachtingsovereenkomst te incorporeren in het cognossement brengt hierin geen verandering.⁸²⁴ Volgens mij leidt een geslaagde incorpo-

821. De rechtsverhouding komt tot stand op het moment van presentatie van het cognossement (zie bijv. Claringbould 1997, p. 139; Seck 2011 p. 155; Zwitter 2012, p. 94; Logmans 2013, p. 314; Rb. Rotterdam 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY0678, S&S 2013/38 (MSC Daniela)).

822. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (Tilly Russ); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (Castelletti/Trumpy); HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (Coreck/Handelsveem).

823. Seck 2011, p. 121 e.v.; Wilson 2008, p. 240.

824. Treitel & Reynolds 2005, p. 78, nr. 3-012. Volgens Seck wordt door de incorporatie van de bedingen van de bevrachtingsovereenkomst de zelfstandige rechtspositie van de derde-cognossementhouder

ratie van de bedingen van een bevrachtingsovereenkomst er niet toe dat de derde-cognossementhouder de oorspronkelijke afzender/bevrachter in diens ‘*rechten en verplichtingen*’ opvolgt.⁸²⁵ Tevens is geen sprake van de door het Hof van Justitie voor derdenwerking vereiste geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) ‘*in een cognossement in de betrekking tussen de afzender en de vervoerder*’.⁸²⁶ Kortom, de door het Hof van Justitie ontwikkelde criteria van derdenwerking van een forumkeuze kunnen in het onderhavige geval niet leiden tot gebondenheid van de derde-cognossementhouder aan de in de bevrachtingsovereenkomst opgenomen forumkeuze. Zoals besproken in de paragrafen 3.4.4.2 en 3.4.4.4 moet in dergelijke gevallen apart worden getoetst of in de verhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder sprake is van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw).

Voordat nader wordt ingegaan op de vraag of in deze situatie is voldaan aan een van de in art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten en of er sprake is van wilsovereenstemming, moet nog worden benadrukt dat het niet nodig is om voorafgaand aan de hand van het toepasselijke nationale recht te beoordelen of de bepalingen van de bevrachtingsovereenkomst geldig zijn geïncorporeerd.⁸²⁷ Dit speelt weliswaar, zoals hieronder in het kader van de beoordeling van het onder c) genoemde vereiste wordt uiteengezet, een rol, maar de vraag of sprake is van een geldige forumkeuze wordt uiteindelijk primair in het kader van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) beantwoord.⁸²⁸

Verder moet voorafgaand nog aandacht worden besteed aan de formulering van zowel de forumkeuze alsmede de in het cognossement opgenomen verwijzing naar (de bedingen van) de bevrachtingsovereenkomst.

De in de bevrachtingsovereenkomst opgenomen forumkeuze zou bijvoorbeeld in die zin kunnen zijn geformuleerd dat de forumkeuze volgens de gekozen bewoording alleen ziet op geschillen tussen de bevrachter en de vervrachter die samenhangen met de bevrachtingsovereenkomst. De forumkeuze zou bijvoorbeeld slechts kunnen zien op ‘*any dispute [...] arising under this charter party*’. Bij een dergelijke formulering kan niet worden gezegd dat de forumkeuze ook ziet op geschillen die voortvloeien uit de op het cognossement gebaseerde rechtsverhouding tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder onder cognossement.⁸²⁹ In ieder geval lijkt de gekozen bewoording te suggereren dat de forumkeuze alleen ziet op geschil-

hooguit contractueel afgezwakt omdat er een juridische link ontstaat met de bevrachtingsovereenkomst (Seck 2011, p. 227).

825. Zoals hierboven in de paragrafen 3.4.2.3 en 3.4.2.4 uiteengezet, zou dit uiteindelijk aan de hand van het toepasselijke nationale recht moeten worden bepaald (zie ook HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 26, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultz (Tilly Russ); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 41, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (Castelletti/Trumpy); HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 23, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (Coreck/Handelsveem)).

826. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, r.o. 23, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (Coreck/Handelsveem).

827. Aikens, Lord & Bools 2006, p. 372, nr. 14.49; hetzelfde geldt ook ten aanzien van de vraag of bepaalde algemene voorwaarden van toepassing zijn op de hoofdovereenkomst (zie paragraaf 1.2 en 2.3.1.1).

828. Aikens, Lord & Bools 2006, p. 372, nr. 14.49.

829. *Siboti K/S v. BP France SA* [2003] EWHC 1278, APPL.R. 06/11 (QB). Zie ook *YM Mars Tankers Ltd v. Shield Petroleum Ltd* [2012] EWHC 2652 (QB) ten aanzien van een vergelijkbaar geval, waarbij het ook ging om de in de Congenbill opgenomen verwijzing en een in de bevrachtingsovereenkomst opgenomen ‘Litigation Clause’, die voorzag in arbitrage en geschilbeslechting bij de ‘English court’ voor geschillen boven \$ 50 000. Zie ook Wilson 2008, p. 242 omtrent een vergelijkbare situatie.

len tussen de partijen bij de bevrachtingsovereenkomst. De derde-cognossementhouder is echter geen partij bij de bevrachtingsovereenkomst. Hij krijgt hooguit (een deel van) de bedingen van de bevrachtingsovereenkomst voor zijn kiezen via de in het cognossement opgenomen verwijzing naar de bevrachtingsovereenkomst. Dus bij de beoordeling van de vraag of de derde-cognossementhouder gebonden is aan de in de bevrachtingsovereenkomst opgenomen forumkeuze speelt de formulering van deze forumkeuze een rol. Er bestaat geen discussie indien de forumkeuze ruim is geformuleerd. De forumkeuze zou bijvoorbeeld kunnen zien op *'any and all disputes in connection with this charter party and/or any bill of lading issued'*.

Wat de formulering van de in het cognossement opgenomen verwijzing betreft geldt het volgende. Omdat bevrachtingsovereenkomsten in de regel arbitrale bedingen bevatten wordt in de verwijzing vaak expliciet verwezen naar een *'Arbitration Clause'*. De Congenbill 1994, die in dergelijke situaties vaak wordt gebruikt, bevat bijvoorbeeld de volgende verwijzing: *'All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause are herewith incorporated'*. Stel nu dat de bevrachtingsovereenkomst een forumkeuze bevat, maar in het cognossement de hiervoor genoemde verwijzing is opgenomen naar onder andere een *'Arbitration Clause'* (terwijl de bevrachtingsovereenkomst geen arbitraal beding bevat). Kan op grond van deze verwijzing een forumkeuze tot stand komen tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder? Er wordt immers de indruk gewekt dat de bevrachtingsovereenkomst een arbitraal beding bevat terwijl in de bevrachtingsovereenkomst eigenlijk een forumkeuze is opgenomen.

Volgens een recente Engelse uitspraak, waarin een dergelijke situatie uitgebreid aan de orde kwam, is het geen probleem dat in het cognossement naar een *'Arbitration Clause'* in plaats van een *'Jurisdiction Clause'* wordt verwezen.⁸³⁰ De reisbevrachtingsovereenkomst kende een forumkeuze ten gunste van de *'High Court of Justice of England and Wales'*. (De forumkeuze werd overigens niet beoordeeld aan de hand van art. 23 EEX-Vo omdat geen van de partijen een *'woonplaats'* had in de EU.⁸³¹) Naar deze bevrachtingsovereenkomst werd verwezen in het cognossement, opgemaakt op een Congenbill 1994-formulier met de hiervoor genoemde verwijzing. De vervoerder maakt uiteindelijk een procedure aanhangig jegens de derde-cognossementhouder bij de High Court te Londen. De derde-cognossementhouder betwiste vervolgens de bevoegdheid van de Engelse rechter en voerde in dit verband aan dat de forumkeuze op grond van de bewoording van de verwijzing niet zou zijn geïncorporeerd in het cognossement. De High Court, die zich hoe dan ook bevoegd achtte, zag dit echter anders.⁸³² Volgens de Engelse rechter moet in dergelijke gevallen — samengevat — ervan worden uitgegaan dat de verwijzing slechts in die zin kan worden uitgelegd dat zij verwijst naar de forumkeuze die is opgenomen in de bevrachtingsovereenkomst.⁸³³ De derde-cognossementhouder is

830. *The Channel Ranger* [2013] EWHC 3081 (QB).

831. Zie omtrent het in art. 23 EEX-Vo genoemde *'woonplaatsvereiste'* paragraaf 2.1.3.4.

832. Dat de High Court zich hoe dan ook bevoegd achtte blijkt duidelijk uit de afsluitende conclusie van Males J: *'[...] Even if the bill contains no English jurisdiction clause, this court is clearly the appropriate forum and the proceedings serve a practical purpose [...]'* (zie r.o. 69 van *The Channel Ranger* [2013] EWHC 3081 (QB)).

833. De rechter Males J oordeelde onder andere als volgt: *'[...] It seems to me that the question here is essentially one of construction rather than incorporation. Thus, although it can be posed by asking whether the jurisdiction clause in the charterparty is incorporated into the bill of lading, the real question is what the parties should reasonably be understood to have meant by the words "law and arbitration clause" which plainly contemplate the incorporation of at least one kind of ancillary clause. That is a question to be answered objectively, having regard*

derhalve gebonden aan de in de bevrachtingsovereenkomst opgenomen forumkeuze, aldus de High Court. De rechter ging er verder van uit dat er weliswaar sprake was van een ‘*need for clarity and certainty*’, maar dat dit in der onderhavige situatie niet in de weg kon staan aan de conclusie dat de forumkeuze tot stand was gekomen.⁸³⁴

De redenering van de Engelse rechter kan mijns inziens niet zonder meer worden gevolgd. In eerste instantie past dit niet bij de contra-proferentem-uitleg die in dergelijke situaties zou moeten worden gevolgd.⁸³⁵ Naar mijn mening besteedde de rechter onvoldoende aandacht aan de vraag hoe de forumkeuze moest worden bezien vanuit het perspectief van de derde-cognossementhouder. Hoe zou onder deze omstandigheden ervan uit kunnen worden uitgegaan dat de derde-cognossementhouder heeft ingestemd met de forumkeuze? Op basis van de in het cognossement opgenomen verwijzing ontstond immers de indruk dat er sprake was van een arbitraal beding. Er zou dus hooguit kunnen worden gezegd dat hij de wil heeft gehad om in te stemmen met een arbitraal beding. Zoals hieronder nog wordt uiteengezet is naar mijn mening voor het tot stand komen van een forumkeuze verder vereist dat in de verwijzing duidelijk melding wordt gemaakt van de in de bevrachtingsovereenkomst opgenomen forumkeuze althans dat in de verwijzing een meer algemene term, zoals ‘Dispute Resolution Clause’ of ‘Litigation Clause’ wordt gebezigd. Ook mag hier wederom niet worden vergeten dat een procesrechtelijke overeenkomst zoals een forumkeuze (of een arbitraal beding) gescheiden moet worden beoordeeld van de hoofdovereenkomst. Dus ook om deze reden kan de forumkeuze niet samen met de overige bedingen van de bevrachtingsovereenkomst, waarnaar in het cognossement wordt verwezen, over een kam worden geschoren.

Omdat de vervoerder en de derde-cognossementhouder niet in de EU waren gevestigd hoefde de High Court geen acht te slaan op art. 23 EEX-Vo. Met de invoering van art. 25 EEX-Vo (nieuw) gaat dit echter veranderen.⁸³⁶ Mocht art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) wel van toepassing zijn moet niet worden vergeten dat het overeenkomen van een forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) andere vereisten kent dan het overeenkomen van een arbitraal beding. Om tot de conclusie te kunnen komen dat in de hiervoor genoemde situatie sprake is van een forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) is, zoals hieronder wordt besproken, volgens mij meer nodig dan de uitleg die werd gegeven door de Engelse rechter.

Tot slot verdient nog opmerking dat een forumkeuze tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder alleen tot stand kan komen indien de forumkeuze duidelijk is opgenomen in de bevrachtingsovereenkomst, waarnaar in het cognossement

to the background circumstances, which include the fact that the charterparty does not contain an arbitration clause, but does contain a law and jurisdiction clause. [...] It is clear [...] that the only clause in the charterparty to which the parties could have intended their words to refer is the law and jurisdiction clause. There is no other candidate. That being so, it seems to me to be a more natural construction of the bill of lading to read it as referring to that clause, rather than to read it as referring to an arbitration clause in the charterparty “if any”. [...]’ (zie r.o. 43 en 44 van *The Channel Ranger* [2013] EWHC 3081 (QB)).

834. *The Channel Ranger* [2013] EWHC 3081 (QB), r.o. 46 e.v.

835. Wilson 2008, p. 241.

836. Omdat het ‘woonplaatsvereiste’ is weggefallen zou de Engelse rechter in een dergelijke situatie ook acht moeten slaan op art. 25 EEX-Vo (nieuw). Zie omtrent het ‘woonplaatsvereiste’ paragraaf 2.1.3.4.

wordt verwezen. Dit is uiteraard geen probleem indien tussen de bevrachter en de vervrachter een schriftelijke bevrachtingsovereenkomst werd opgemaakt, die door (of namens) de partijen werd ondertekend. Zoals uiteengezet in paragraaf 3.2.2 komt het in de praktijk echter vaak voor dat geen bevrachtingsovereenkomst wordt opgemaakt, maar dat partijen volstaan met een ‘fixture’. In een dergelijke ‘fixture’ wordt vaak verwezen naar eerdere bevrachtingsovereenkomsten (*‘otherwise as c/p [...] with logical amendments’*). Het spreekt voor zich dat het voor de derde-cognossementhouder wel enigszins duidelijk moet zijn in welk stuk de forumkeuze is opgenomen. Het vinden van de juiste clausule, waarin iets is bepaald omtrent de manier en de plaats waar de geschillen moeten worden beslecht, moet geen ingewikkelde speurtocht zijn.

Indien de hiervoor genoemde punten geen struikelblok vormen rijst de vraag of in de inleidend genoemde situatie sprake is van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) in de relatie tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder onder cognossement.

Het onder a) genoemde vormvereiste

De vraag of in de hiervoor geschetste situatie sprake is van een forumkeuze in de zin van art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) kan mijns inziens ontkennend worden beantwoord. Zoals werd uiteengezet in paragraaf 2.2.2 is een van de vereisten dat het stuk, dat de forumkeuze bevat en waarnaar wordt verwezen, voorafgaand is medegedeeld.⁸³⁷ Alleen al om deze reden is in de hiervoor geschetste situatie niet voldaan aan dit vormvereiste. De derde-cognossementhouder beschikt ten tijde van het tot stand komen van de rechtsverhouding tussen hem en de vervoerder immers niet over een kopie van de bevrachtingsovereenkomst. Dit komt in de praktijk ook nauwelijks voor. Aan beide alternatieven van het onder a) genoemde vormvereiste is mijns inziens dan ook niet voldaan vanwege het feit dat (de inhoud van) de bevrachtingsovereenkomst (waaronder de forumkeuze) voorafgaand niet was medegedeeld.

Daarnaast vormt de vereiste wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze hier nog een probleem. Aangezien het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste veronderstelt dat is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste, moet de wilsovereenstemming schriftelijk ‘duidelijk en nauwkeurig’ tot uiting komen.⁸³⁸ Dit is hier niet het geval.

Het onder c) genoemde vormvereiste

Inleidend verdient hier opmerking dat de voor art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) van belang zijnde begrippen uitgebreid in paragraaf 2.2.4 zijn behandeld. Het onder c) genoemde criterium vereist – samengevat – dat de forumkeuze is gesloten in een vorm die overeenstemt met een ‘gewoonte’, dat wil zeggen een bepaalde handelwijze die de marktdeelnemers van een bepaalde

837. Zie omtrent de vereiste ‘mededeling’ ook Kuypers 2008, p. 386 en 396.

838. Zie bijv. HvJ EG 14 december 1976, 24/76, r.o. 7, NJ 1977/446, m.nt. J.C. Schultz (Colzani/Rüwa). Het HvJ EU heeft deze overweging later (in licht gewijzigde bewoording) meervoudig herhaald. Zie ook Hausmann 2010, p. 1966, nr. 6412; Kropholler 2005, nr. 25, p. 292.

handelsbranche doorgaans en regelmatig aan de dag leggen bij het sluiten van bepaalde overeenkomsten.⁸³⁹

In de voorafgaande paragraaf 3.4.4.5 werd geconstateerd dat er sprake was van 'gewoonte', te weten het doorgaans en regelmatig presenteren van cognossementen, met daarin een forumkeuze, door derde-cognossementhouders (althans door hun vertegenwoordigers) en daarmee het geldend maken van het recht op aflevering van de in de cognossementen genoemde goederen zonder tegen de daarin opgenomen forumkeuze te protesteren. Indien een derde-cognossementhouder dus een cognossement met daarin een forumkeuze presenteert op de in paragraaf 3.4.4.5 geschetste wijze, is sprake van tussen hem en de vervoerder gesloten forumkeuze, die voldoet aan het onder c) genoemde vereiste.

De omstandigheden, waaronder de hier van belang zijnde handelsbranche, zijn in de onderhavige situatie min of meer hetzelfde. Hier kan dan ook grotendeels aansluiting worden gezocht bij hetgeen is betoogd in de hiervoor genoemde paragraaf. Groot verschil is echter dat het cognossement geen forumkeuze bevat maar een verwijzing naar een bevrachtingsovereenkomst met een forumkeuze en dat de derde-cognossementhouder ten tijde van het presenteren van het cognossement niet beschikt over een kopie van de bevrachtingsovereenkomst. Hij is dus niet bekend met (de inhoud van) de in de bevrachtingsovereenkomst opgenomen forumkeuze. De vraag is nu of ook sprake is van een forumkeuze die voldoet aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste indien een derde-cognossementhouder een cognossement op de hiervoor genoemde verwijzing presenteert. Is dus ook in de onderhavige situatie sprake van een forumkeuze gesloten in een vorm die overeenstemt met een 'gewoonte'?

Problematisch zou kunnen zijn dat in cognossementen meestal wordt verwezen naar bevrachtingsovereenkomsten die arbitrale bedingen bevatten. Vervoerders pogen in de regel via een dergelijke verwijzing onder andere arbitrage overeen te komen. Zou dit gegeven eraan in de weg kunnen staan dat in verband met het achterhalen van de 'gewoonte' ook naar dergelijke situaties mag worden gekeken? Anders gezegd: mag aansluiting worden gezocht bij handelwijzen die worden gevolgd door de marktdeelnemers in verband het presenteren van cognossementen die verwijzen naar bevrachtingsovereenkomsten met arbitrale bedingen en dus uiteindelijk leiden tot het overeenkomen van arbitrage?

Mijns inziens vormt het feit dat de meeste bevrachtingsovereenkomsten arbitrale bedingen bevatten en de via de verwijzing in de regel niet wordt gepoogd een forumkeuze met de derde-cognossementhouder overeen te komen geen struikelblok. In paragraaf 2.2.4.3 werd uiteengezet dat de hier van belang zijnde handelwijze niet specifiek hoeft te zijn gericht op het overeenkomen van forumkeuzen, maar dat deze handelwijze ook kan zijn gericht op het sluiten van bepaalde overeenkomsten in het algemeen.⁸⁴⁰ Verder werd in deze paragraaf uiteengezet dat bij het achterhalen van bepaalde handelwijzen die bij het sluiten van overeenkomsten in acht worden genomen, wordt gekeken naar feitelijke handelwijzen in het algemeen.

839. HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 23, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 26, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*).

840. Mankowski 2011, p. 562, nr. 29.

Het is volgens mij niet vereist dat de naar aanleiding van deze handelwijze tot stand gekomen overeenkomst een forumkeuze bevat. In art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) staat immers uitdrukkelijk dat de forumkeuze moet worden gesloten in *'een vorm die overeenstemt met een gewoonte'*.⁸⁴¹ Het gaat dus om een vorm, die overeenstemt met een bepaalde handelwijze die de marktdeelnemers van een bepaalde handelsbranche bij het sluiten van bepaalde overeenkomsten aan de dag leggen. Uit de tekst van het artikel en de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt mijns inziens niet dat hierbij alleen de vormen van belang zouden kunnen zijn, die in acht worden genomen bij het sluiten van forumkeuzen althans overeenkomsten, waarin een forumkeuze is opgenomen.

Kortom, hier moet dus in het algemeen worden achterhaald of de marktdeelnemers, hier derde-cognossementhouders en vervoerders, in de onderhavige situatie (waarin een cognossement met een verwijzing naar een bevrachtingsovereenkomst wordt gepresenteerd) een bepaalde handelwijze doorgaans en regelmatig aan de dag leggen bij de totstandkoming van hun rechtsverhouding. Dat in dergelijke gevallen door de vervoerder meestal wordt beoogd door middel van een verwijzing naar de bevrachtingsovereenkomst arbitrage met de derde-cognossementhouder overeen te komen is niet relevant. Bij het beantwoorden van de vraag of de forumkeuze is gesloten in een vorm die overeenstemt met een *'gewoonte'* kan dus ook worden gekeken naar de handelwijze die in verband met verwijzingen naar bevrachtingsovereenkomsten met arbitraal bedingen doorgaans in acht wordt genomen.⁸⁴² Bovendien is het arbitraal beding, eveneens als de forumkeuze, een aparte procesrechtelijke overeenkomst die gescheiden van de hoofdovereenkomst moet worden beoordeeld.⁸⁴³ Reden des te meer om juist naar deze situaties te kijken.

Zoals inleidend opgemerkt lijkt de hier door de derde-cognossementhouders en vervoerders in acht genomen handelwijze grotendeels op de hierboven in paragraaf 3.4.4.5 omschreven *'gewoonte'*, dus de handelwijze die wordt in acht genomen bij het presenteren van cognossementen met een forumkeuze. Groot verschil is echter, zoals gezegd, dat het cognossement geen forumkeuze bevat maar een verwijzing naar een bevrachtingsovereenkomst met een forumkeuze. Omdat ervan moet worden uitgegaan dat de derde-cognossementhouder ten tijde van de presentatie niet bekend is met de inhoud van de bevrachtingsovereenkomst (en dus ook niet met (de inhoud van) de forumkeuze), speelt de bewoording van de in het cognossement opgenomen verwijzing volgens mij een cruciale rol. De verwijzing is immers de verbinding naar de bevrachtingsovereenkomst (en daarmee ook naar de forumkeuze). De manier waarop in het cognossement naar de bevrachtingsovereenkomst wordt verwezen, vormt volgens mij derhalve een cruciaal onderdeel van de hier van belang zijnde *'vorm die overeenstemt met een gewoonte'*. In feite gaat het hier dus om het presenteren van het cognossement met daarin opgenomen een *bepaalde* verwijzing naar een bevrachtingsovereenkomst. Maar hoe moet de verwijzing

841. De relevante Engelse en Duitse tekst van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) luidt als volgt: '[...] an agreement conferring jurisdiction shall be either: [...] in a form which accords with a usage [...]' en *'eine Gerichtsstandsvereinbarung muss geschlossen werden [...] in einer Form, die einem Handelsbrauch entspricht [...]'*.

842. *Siboti K/S v. BP France SA* [2003] EWHC 1278 (QB); *The Channel Ranger* [2013] EWHC 3081 (QB).

843. Zie art. 1053 Rv, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat *'de overeenkomst tot arbitrage als een afzonderlijke overeenkomst'* dient te worden beschouwd. Zie bijv. ook Hof Leeuwarden 25 juli 2001, ECLI:NL:GHLEE:2001:AS3847, BR 2002/150.

concreet eruit zien wil er sprake zijn van een forumkeuze die is gesloten in een vorm die overeenstemt met een ‘gewoonte’?

Wat de vorm, dus de bewoording, van de verwijzing betreft is volgens mij vooral van belang de beoogde incorporatie van een in de bevrachtingsovereenkomsten opgenomen arbitraal beding. Zoals hiervoor reeds opgemerkt komt dit ook het dichtst in de buurt van de incorporatie van een in de bevrachtingsovereenkomst genoemde forumkeuze. Kijkt men nu naar de bewoording van de gebruikelijke verwijzingen, dan valt op dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen verschillende vormen van verwijzingen. Ten eerste zijn er verwijzingen, waarbij specifiek naar het arbitraal beding wordt verwezen. Een dergelijke verwijzing luidt bijvoorbeeld als volgt: ‘[...] *all terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause, are herewith incorporated*’.⁸⁴⁴ Ten tweede zijn er verwijzingen, waarbij geen melding wordt gemaakt van het feit dat de bevrachtingsovereenkomst een arbitraal beding bevat. Dergelijke verwijzingen luiden bijvoorbeeld: ‘[...] *all terms, conditions, liberties, and exceptions of the Charter Party dated as overleaf are herewith incorporated*’.⁸⁴⁵ Soms zijn dergelijke clausules nog algemener geformuleerd. Er staat bijvoorbeeld: ‘*This shipment is carried under and pursuant to the terms of the charter dated [...] and all the terms whatsoever of the said charter apply to and govern the rights of the parties concerned in this shipment*’.⁸⁴⁶ Volgens heersende opvatting leiden algemene verwijzingen, waarbij geen melding wordt gemaakt van het feit dat de bevrachtingsovereenkomst een arbitraal beding bevat, niet tot een geldige incorporatie van dit beding in het cognossement en wordt ervan uitgegaan dat tussen de derde-cognossementhouder en de vervoerder geen arbitrage is overeengekomen.⁸⁴⁷ Alleen indien in de verwijzing expliciet is vermeld dat de bevrachtingsovereenkomst een arbitraal beding bevat wordt over het algemeen van gebondenheid van de derde-cognossementhouder aan het arbitraal beding uitgegaan.⁸⁴⁸ Een algemene verwijzing kan hooguit leiden tot een incorporatie van bepaalde bedingen van de bevrachtingsovereenkomst die met het vervoer als zodanig samenhangen en niet tot incorporatie van bijkomende bepalingen zoals een arbitraal beding.⁸⁴⁹

Zoekt men nu bij het achterhalen van de hier van belang zijnde ‘gewoonte’ aansluiting bij situaties, waarin de vervoerder beoogt via de in het cognossement opgenomen verwijzing tevens arbitrage met de derde-cognossementhouder overeen te komen, is dus alleen de expliciete verwijzing van belang. Bij het achterhalen van de ‘gewoonte’ is immers alleen de handelwijze relevant die bij het sluiten van

844. Congenbill (versie 1994), Heavyconbill (versie 1986), Orevoybill (versie 1980) en Polcoalvoy (versie 1997).

845. Nuvoybill-84 en Scanconbill (versie 1993).

846. *Siboti K/S v. BP France SA* [2003] EWHC 1278, APPL.R. 06/11 (QB).

847. Zie bijv. Seck 2011, p. 273 en 285; Treitel & Reynolds 2005, p. 95, nr. 3-031; Tetley 2008, p. 1495; Hof Den Haag 27 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:BA3601, S&S 2007/38 (Alpha Future); Hof Den Haag 22 februari 2000, ECLI:NL:GHSGR:2000:AK4253, S&S 2001/77 (Stolt Taurus); *Siboti K/S v. BP France SA* [2003] EWHC 1278, APPL.R. 06/11 (QB); *Federal Bulk Carriers Inc v. C Itoh & Co Ltd (The Federal Bulker)* [1989] 1 Lloyd’s Rep. 103 (CA); Zhao & Chan 2012, p. 486.

848. Seck 2011, p. 273 en 285; Treitel & Reynolds 2005, p. 95, nr. 3-031; Tetley 2008, p. 1495; Hof Den Haag 27 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:BA3601, S&S 2007/38 (Alpha Future); Hof Den Haag 22 februari 2000, ECLI:NL:GHSGR:2000:AK4253, S&S 2001/77 (Stolt Taurus); *Siboti K/S v. BP France SA* [2003] EWHC 1278, APPL.R. 06/11 (QB); *Federal Bulk Carriers Inc v. C Itoh & Co Ltd (The Federal Bulker)* [1989] 1 Lloyd’s Rep. 103 (CA); Zhao & Chan 2012, p. 486.

849. *Siboti K/S v. BP France SA* [2003] EWHC 1278, APPL.R. 06/11 (QB).

een bepaald soort overeenkomsten aan de dag wordt gelegd.⁸⁵⁰ Relevant zijn dus alleen handelwijzen die uiteindelijk ook tot een overeenkomst leiden; dus de specifieke verwijzingen.⁸⁵¹

Volgens mij is de hier van belang zijnde handelwijze het door derde-cognossementhouders doorgaans en regelmatig presenteren van cognossementen met daarin een verwijzing naar een bepaalde bevrachtingsovereenkomst (met het doel de bedingen van deze bevrachtingsovereenkomst te incorporeren), waarbij in de verwijzing expliciet wordt gewezen op het feit dat de bevrachtingsovereenkomst een bepaalde procesrechtelijke overeenkomst, zoals een arbitraal beding, bevat zonder ten tijde van de presentatie te beschikken over een kopie van de bevrachtingsovereenkomst. Onderdeel van deze handelwijze is tevens dat niet tegen de verwijzing althans de beoogde procesrechtelijke overeenkomst wordt geprotesteerd.⁸⁵² De expliciete verwijzing lijkt overigens vaker voor te komen. Ook om deze reden moet eerder acht worden geslagen op een handelwijze die samenhangt met een expliciet verwijzing. Van een 'gewoonte' is immers alleen sprake indien een bepaalde handelwijze doorgaans en regelmatig wordt gevolgd.

In de onderhavige situatie, waarin een vervoerder via een in een cognossement opgenomen verwijzing naar een bevrachtingsovereenkomst (met een forumkeuze) een forumkeuze met een derde-cognossementhouder wil overeenkomen, betekent dit concreet het volgende. In het licht van het voorgaande moet volgens mij worden geconcludeerd dat de forumkeuze alleen is gesloten in een '*vorm die overeenstemt met een gewoonte*', indien de derde-cognossementhouder een cognossement presenteert, met daarin een verwijzing naar een voor hem onbekende bevrachtingsovereenkomst, waarbij *expliciet* wordt vermeld dat de bevrachtingsovereenkomst een forumkeuze bevat, en door de derde-cognossementhouder niet wordt geprotesteerd tegen deze verwijzing. De in het cognossement opgenomen verwijzing zou dan bijvoorbeeld als volgt kunnen luiden: '*all terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Jurisdiction Clause, are herewith incorporated*'. Zoals inleidend opgemerkt zou ook een meer algemene term zoals 'Dispute Resolution Clause' of 'Litigation Clause' kunnen worden gekozen.⁸⁵³ Presenteert een derde-cognossementhouder een cognossement met een dergelijke verwijzing (naar een voor hem onbekende bevrachtingsovereenkomst) zonder hiertegen te protesteren, is volgens mij sprake van een forumkeuze die is gesloten in een vorm die overeenstemt met een in deze handelsbranche aanwezige 'gewoonte', dus een handelwijze die door derde-cognossementhouders en vervoerders in dergelijke situaties doorgaans en regelmatig wordt gevolgd bij het tot stand komen van hun rechtsverhouding. Wordt daarentegen slechts in algemeen bewoording verwezen naar bijvoorbeeld de '*terms [...] of the Charter Party*' dan is mijns inziens niet voldaan aan het onder c) genoemde vereiste. Dit verandert volgens mij ook niet indien de vervoerder in een later stadium (dus ruim na de presentatie van het cognossement) alsnog een kopie van de bevrachtingsovereenkomst verstrekt.

850. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*).

851. *Siboti K/S v. BP France SA* [2003] EWHC 1278, APPL.R. 06/11 (QB).

852. Dat het niet protesteren deel kan uitmaken van de 'gewoonte' vindt men ook terug in de jurisprudentie (zie bijv. Rb. Rotterdam 22 november 2001, NIPR 2002/130).

853. Zie omtrent de in het cognossement opgenomen verwijzing naar een 'Arbitration Clause' de inleidende opmerkingen bij deze paragraaf alsmede *The Channel Ranger* [2013] EWHC 3081 (QB).

Aan het eerste deel van het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste is mijns inziens voldaan in de hiervoor genoemde situatie. Zoals inleidend werd opgemerkt is nog van belang dat de forumkeuze dusdanig is geformuleerd dat de forumkeuze ook ziet op geschillen tussen de vervoerder onder cognossement en de derde-cognossementhouder.

Nu rijst nog de vraag of ook is voldaan aan het bekendheidsvereiste. In paragraaf 2.2.4.4 werd uiteengezet dat het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste vereist dat de 'gewoonte' algemeen en bij de partijen bekend is. Omdat de hiervoor omschreven handelwijze door derde-cognossementhouders en vervoerders doorgaans en regelmatig in acht wordt genomen, moet ervan worden uitgegaan dat deze handelwijze, dus de 'gewoonte', algemeen bekend is. Ten aanzien van de vereiste subjectieve bekendheid van de derde-cognossementhouder met de hiervoor omschreven 'gewoonte', is van belang dat subjectieve bekendheid volgens het Hof van Justitie wordt vermoed indien *'wordt aangetoond dat de partijen tevoren reeds onderling of met andere in de betrokken sector werkzame partijen handelsbetrekkingen hadden aangeknoopt, dan wel dat in deze sector een bepaalde handelwijze, doordat zij bij het sluiten van een bepaald soort van overeenkomsten doorgaans en regelmatig wordt gevolgd, voldoende bekend is om als een vaste praktijk te kunnen worden beschouwd'*.⁸⁵⁴ Maar wordt subjectieve bekendheid van de derde-cognossementhouder hier vermoed?

De vervoerder, die een beroep wil doen op de in de bevrachtingsovereenkomst opgenomen forumkeuze, moet waarschijnlijk aantonen dat de derde-cognossementhouder eerder vergelijkbare cognossementen bij andere vervoerders heeft gepresenteerd. Van een de in paragraaf 2.2.4.4 besproken 'vaste praktijk' is volgens mij geen sprake. De hiervoor omschreven 'gewoonte' is mijns inziens niet dusdanig gebruikelijk dat hier sprake is van een 'vaste praktijk'. Dus via deze route wordt subjectieve bekendheid niet vermoed. In verband met de vereiste subjectieve bekendheid kan echter wel relevant zijn of de derde-cognossementhouder zich heeft laten vertegenwoordigen door een ontvangstexpediteur. De specifieke kennis van een dergelijke logistieke dienstverlener omtrent een bepaalde 'gewoonte' kan mijns inziens in het algemeen aan de derde-cognossementhouder worden toegerekend.⁸⁵⁵

Tot slot moet worden gekeken naar de vereiste wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.1.3 blijft wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze ook vereist indien is voldaan aan het onder c) genoemde criterium.⁸⁵⁶ Voor de vervoerder die onder de hiervoor genoemde omstandigheden een beroep wenst te doen op de forumkeuze is nu van groot belang dat het Hof van Justitie heeft bepaald dat het bestaan van wilsovereenstemming wordt vermoed indien is voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste.⁸⁵⁷ Dit is in het bijzonder in de onderhavige situatie van belang. De derde-cognossement-

854. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 43, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 24, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

855. Zie bijv. Hof Den Haag 30 januari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ7736, NIPR 2007/211; Vlas 2008, p. 521.

856. Mankowski 2011, p. 569, nr. 39.

857. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 21, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 19, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

houder kan weliswaar op grond van de in het cognossement opgenomen verwijzing weten dat de bevrachtingsovereenkomst, die de vervoerder wenst te incorporeren, een forumkeuze bevat, maar de inhoud van de forumkeuze blijkt niet uit het cognossement. Voor de vervoerder, die een beroep doet op de forumkeuze, is dus vooral van belang om te bewijzen dat de forumkeuze voldoet aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten, zodat zodoende wordt vermoed dat sprake is van wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze.⁸⁵⁸ Zonder dit vermoeden zou het voor hem uitermate lastig zijn om aan te tonen dat de derde-cognossementhouder met de forumkeuze heeft ingestemd.

Verder verdient nog opmerking dat het vermoeden van wilsovereenstemming alleen geldt behoudens tegenbewijs en indien '*niet is geprotesteerd tegen de forumkeuze*'.⁸⁵⁹ Juist het niet protesteren tegen de uit de verwijzing blijken de forumkeuze vormt een onderdeel van de hiervoor omschreven handelwijzen en dus ook een aanwijzing voor het bestaan van wilsovereenstemming. Een probleem met de vereiste wilsovereenstemming zou dus kunnen ontstaan indien bij presentatie van het cognossement wordt geprotesteerd tegen de verwijzing naar de bevrachtingsovereenkomst en/of de forumkeuze. In dat geval wordt overigens ook afgeweken van de hiervoor omschreven 'gewoonte'.

3.5 De gebondenheid van de geadresseerde aan een forumkeuze in een zeevrachtbrief

3.5.1 Inleidende opmerkingen omtrent zeevrachtbrieven

Hierboven werd uitvoerig ingegaan op de vraag of een derde-cognossementhouder gebonden is aan een in een cognossement opgenomen forumkeuze. Naast cognossementen wordt vooral bij lijnvervoer regelmatig gebruik gemaakt van zeevrachtbrieven, zogenaamde 'Sea Waybills'. Qua uiterlijk is een zeevrachtbrief soms moeilijk te onderscheiden van een naamcognossement. Vaak is het enige duidelijke verschil de op de voorkant weergegeven benaming van het document.⁸⁶⁰ Er staat bijvoorbeeld 'Non-negotiable Sea Waybill' in plaats van 'Bill of Lading'. De aan het document gegeven naam is dan ook regelmatig doorslaggevend bij de beantwoording van de vraag of iets een naamcognossement of een zeevrachtbrief is.⁸⁶¹

De vraag of een bepaald vervoerdocument moet worden gekwalificeerd als cognossement of zeevrachtbrief kan echter van cruciaal belang zijn. Een belangrijk verschil is bijvoorbeeld dat een zeevrachtbrief door de in de zeevrachtbrief genoemde ge-

858. Kropholler 2005, nr. 52, p. 306.

859. Zie bijv. HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8689, r.o. 3.4.2 en 3.4.3, NJ 2012/391, m.nt. M.V. Polak (*Demerara/Karl Heinz Haus*). Dat er niet moet zijn geprotesteerd haalt de Hoge Raad hier waarschijnlijk uit het arrest van het HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 20, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*). In dat geval ging het echter om een specifieke situatie, te weten het niet reageren op een bevestigingsbrief, waarin een forumkeuze was opgenomen. Dat dit echter ook algemeen geldt volgt bijv. uit overweging 23 van de conclusie van A-G L. Strikwerda bij HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7716, RvdW 2008/525 (*Pentamedia/New Skies Satellites*). Dat het niet protesteren tegen de forumkeuze een rol kan spelen volgt bijv. ook uit Rb. Rotterdam 8 juni 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AK4307, S&S 2000/121; Rb. Arnhem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7494; Rb. Overijssel 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3023.

860. Claringbould 1997, p. 131; Boonk 1993, p. 46.

861. Boonk 1993, p. 21.

adresseerde niet hoeft te worden gepresenteerd aan de vervoerder.⁸⁶² Het is voldoende dat de geadresseerde jegens de vervoerder aantoonst dat hij de partij is, die als geadresseerde in de zeevrachtbrief wordt genoemd.⁸⁶³ Dit hangt ermee samen dat uit zeevrachtbrieven geen zelfstandig recht op aflevering voortvloeit, zoals dit bij cognossementen het geval is.⁸⁶⁴ Hier wordt uitgegaan van de gedachte dat bij het sluiten van de vervoerovereenkomst tussen de afzender en de vervoerder is afgesproken dat de goederen aan de in de zeevrachtbrief genoemde geadresseerde moeten worden afgeleverd. Omdat het niet nodig is om een originele zeevrachtbrief te presenteren kan de afzender de zeevrachtbrief ook zonder meer elektronisch (bijvoorbeeld als pdf-bestand) aan de geadresseerde zenden.⁸⁶⁵ Vaak wordt volstaan met het (elektronisch) toesturen van een kopie van de voorkant.

3.5.2 De relatie tussen de geadresseerde en de vervoerder

Ook bij het gebruik van zeevrachtbrieven wordt ervan uitgegaan dat uiteindelijk een rechtsverhouding tussen de geadresseerde en de vervoerder tot stand komt. De grondslag van deze rechtsverhouding wordt in de verschillende rechtstelsels op diverse manieren geconstrueerd. Soms is er sprake van een wettelijke constructie, op grond waarvan de geadresseerde wordt behandeld alsof hij partij was bij de oorspronkelijke vervoerovereenkomst.⁸⁶⁶ Of men gaat ervan uit dat de geadresseerde toetreedt tot de vervoerovereenkomst op het moment van het in ontvangst nemen van de goederen.⁸⁶⁷ Verder wordt ook betoogd dat er sprake is van een aparte nieuwe overeenkomst tussen de vervoerder en de geadresseerde, die vooral ziet op de aflevering van de goederen.⁸⁶⁸ Daarnaast wordt in sommige gevallen gepoogd de rechtsverhouding tussen de vervoerder en de geadresseerde te baseren op een vertegenwoordigingsconstructie. Het idee is in dat geval dat de afzender de geadresseerde vertegenwoordigt bij het sluiten van de vervoerovereenkomst.⁸⁶⁹ Dus bijvoorbeeld geen toetreding achteraf, maar de vervoerovereenkomst wordt door de afzender mede namens de geadresseerde gesloten zodat de geadresseerde van meet af aan partij is bij de vervoerovereenkomst.

De in de zeevrachtbrief opgenomen vervoersvoorwaarden bevatten vaak bepalingen die lijken op cognossementsvoorwaarden. Soms is een groot deel van deze voorwaarden zelfs identiek. Dus op de achterkant is in de regel een forumkeuze opge-

862. Zie bijv. Girvin 2007, p. 48; Margetson & Margeston 2004a, p. 31; Tetley 2008, p. 2290; Herber 1999, p. 303; Mankowski 2008, p. 419; Egler 2011, p. 114.

863. Tetley 2008, p. 2290.

864. Mankowski 2008, p. 419; Van der Wiel 2003, p. 52.

865. Tetley 2008, p. 2291.

866. Zie bijv. art. 2 (1) (b) van de Engelse COGSA 1992 (dat volgens art. 1 (1) ook van toepassing is open 'sea waybill'), waarin is bepaald dat '*a person who becomes – [...] the person who (without being an original party to the contract of carriage) is the person to whom delivery of the goods to which a sea waybill relates is to be made by the carrier in accordance with that contract [...] shall [...] have transferred to an vested in him all rights of suit and the contract of carriage as if he had been a party to that contract*'. Zie verder ook art. 3 (lid 1) COGSA 1992.

867. Smeele 2009, p. 276.

868. Tetley 2008, p. 2342.

869. Zie bijv. art. 3 van de CMI Uniform Rules for Sea Waybills 1990, waarin is bepaald dat '*The shipper on entering into the contract of carriage does so not only on his own behalf but also as agent for and on behalf of the consignee [...]*'.

nomen. Nu over het algemeen ervan wordt uitgegaan dat ook sprake is van een rechtsverhouding tussen de geadresseerde en de vervoerder rijst de vraag of de geadresseerde ook is gebonden aan een in een zeevrachtbrief opgenomen forumkeuze. Ten aanzien van de vraag naar de gebondenheid van de afzender, de oorspronkelijke wederpartij van de vervoerder, geldt onder andere hetgeen hierboven in de paragrafen 3.3.4 en 3.3.5 is betoogd. Vaak zal er sprake zijn van een verwijzing naar bepaalde vervoersvoorwaarden (die een forumkeuze bevatten) in een boekingsbevestiging.⁸⁷⁰ Of uiteindelijk een cognossement of een zeevrachtbrief wordt uitgegeven maakt dan geen verschil. Maar is ook de geadresseerde gebonden aan een in de zeevrachtbrief opgenomen forumkeuze? Hieronder wordt nader ingegaan op de vraag wanneer de in de zeevrachtbrief genoemde geadresseerde gebonden is aan de forumkeuze. In dit verband wordt eerst aandacht besteed aan het idee dat de afzender de geadresseerde bij het sluiten van de vervoerovereenkomst heeft vertegenwoordigd. Daarna wordt gekeken hoe de mogelijke gebondenheid van de geadresseerde moet worden beoordeeld indien geen sprake is van vertegenwoordiging.

3.5.3 De afzender heeft de geadresseerde vertegenwoordigd

Zoals hierboven reeds aangestipt wordt door vervoerder soms gepoogd de gebondenheid van de geadresseerde aan de (in de zeevrachtbrief opgenomen) bedingen van de vervoerovereenkomst, waaronder de forumkeuze, te bewerkstelligen via een vertegenwoordigingsconstructie. In dat geval wordt ervan uitgegaan dat de afzender de geadresseerde bij het sluiten van de vervoerovereenkomst heeft vertegenwoordigd. Dat de afzender de geadresseerde bij het sluiten van de vervoerovereenkomst mede zou hebben vertegenwoordigd blijkt meestal echter pas uit de later door de vervoerder opgemaakte zeevrachtbrief. Op de voorkant van sommige zeevrachtbrieven staat bijvoorbeeld: *'To the extent necessary to enable the Consignee to sue and to be sued under this contract, the Shipper on entering into this contract does so on his own behalf and as agent for and on behalf of the Consignee and warrants that he has authority to do so'*.⁸⁷¹ Daarnaast wordt door sommige vervoerders in hun vervoersvoorwaarden althans zeevrachtbrieven bepaald dat de CMI Uniform Rules for Sea Waybills 1990 aanvullend van toepassing zijn.⁸⁷² Dat in deze regeling wordt uitgegaan van een vertegenwoordigingsconstructie blijkt uit art. 3, waarin onder andere is bepaald dat de *'shipper on entering into the contract of carriage does so not only on his own behalf but also as agent for and on behalf of the consignee [...]'*. Het idee dat de afzender de geadresseerde bij het sluiten van de vervoerovereenkomst mede heeft vertegenwoordigd zou echter alleen kunnen opgaan indien vast komt te staan dat de afzender de geadresseerde ook daadwerkelijk heeft vertegenwoordigd en dat zodoende een geldige forumkeuze tussen de vervoerder en de geadresseerde tot stand is gekomen. Het enkele gegeven dat achteraf, dat wil zeggen nadat de vervoerovereenkomst tussen de afzender en de vervoerder bijvoorbeeld naar aanleiding van een e-mailwisseling tot stand is gekomen, in een zeevrachtbrief

870. Zie ten aanzien van deze situatie paragraaf 3.3.4.

871. Zie de voorkant van de Non-Negotiable Sea Waybill van A.P. Møller Maersk.

872. De CMI Uniform Rules for Sea Waybills 1990 zijn geen internationaal verdrag (zoals bijv. de Hague (Visby) Rules). De CMI Uniform Rules for Sea Waybills 1990 zijn te vinden onder: <http://comitemaritime.org>. Zie hieromtrent ook bijv. Tetley 2008, p. 2340 e.v.; Girvin 2007, p. 51.

is bepaald dat de afzender bij het sluiten van de vervoerovereenkomst de geadresseerde zou hebben vertegenwoordigd is volgens mij niet toereikend. De intentie en bevoegdheid van de afzender om de geadresseerde bij het sluiten van de vervoerovereenkomst (en dus ook bij het overeenkomen van de forumkeuze) mede te vertegenwoordigen moet immers reeds bij het sluiten van de vervoerovereenkomst blijken. In dit verband verdient opmerking dat in het algemeen als uitgangspunt geldt dat de afzender in principe niet handelt als vertegenwoordiger van de geadresseerde.⁸⁷³ Een mogelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid van de afzender volgt in ieder geval niet uit het feit dat de afzender een vervoerovereenkomst sluit naar aanleiding van het sluiten van een koopovereenkomst met de geadresseerde.⁸⁷⁴

Verder moet niet worden vergeten dat het de afzender in veel gevallen niet interesseert wat nu precies met de vervoerder wordt afgesproken, laat staan bij welk forum uiteindelijk een procedure jegens de vervoerder zou moeten worden gevoerd. Vaak zullen goederen 'CIF' worden verkocht en ligt het risico voor schade aan de goederen tijdens de reis bij de geadresseerde. Het is dus in de meeste gevallen de geadresseerde die uiteindelijk te kampen heeft met de nadelige gevolgen van de door de afzender gemaakte afspraken met de vervoerder, waaronder de forumkeuze.

In het licht van het voorgaande ligt niet zonder meer voor de hand dat de afzender de geadresseerde bij het sluiten van de vervoerovereenkomst heeft vertegenwoordigd. Indien door de geadresseerde wordt betwist dat de afzender hem heeft vertegenwoordigd moet dit door vervoerder worden bewezen. Het zal voor de vervoerder onder de hiervoor genoemde omstandigheden niet al te makkelijk zijn om dit te bewijzen. Indien niet komt vast te staan dat de afzender de geadresseerde bij het sluiten van de vervoerovereenkomst heeft vertegenwoordigd kan via deze route volgens mij niet tot de conclusie worden gekomen dat er sprake is van een geldige forumkeuze in de relatie tussen de vervoerder en de geadresseerde.

Afsluitend moet hier nogmaals erop worden gewezen dat het in art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) neergelegde autonome concept geen rol speelt bij vertegenwoordigingsvragen. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.3 moeten dergelijke vragen worden beantwoord aan de hand van het toepasselijke nationale recht. Dergelijke vragen kunnen hier dan ook niet in het algemeen worden beantwoord.

3.5.4 De gebondenheid van de geadresseerde

3.5.4.1 *De gebondenheid van de geadresseerde wordt apart beoordeeld*

Indien niet kan worden gezegd dat de er sprake is van gebondenheid van de geadresseerde aan de forumkeuze via een vertegenwoordigingsconstructie moet worden gekeken of de geadresseerde op andere voet gebonden is aan de in de zeevrachtbrief opgenomen forumkeuze. Zoals hierboven opgemerkt wordt over het algemeen ervan uitgegaan dat ook tussen de geadresseerde en de vervoerder een rechtsverhouding tot stand komt. Echter, dat sprake is van een op het toepasselijke nationale recht gebaseerde rechtsverhouding tussen de vervoerder en de geadres-

873. Geense 2011, p. 201.

874. Geense 2011, p. 201; hier moet worden gedacht aan een 'CIF-verkoop'; zie ook Treitel & Reynolds 2005; p. 169, nr. 5-003.

seerde leidt mijns inziens niet ertoe dat de geadresseerde ook automatisch is gebonden aan een in de zeevrachtbrief opgenomen forumkeuze. Zoals in paragraaf 2.3.3 werd uiteengezet speelt het toepasselijke nationale recht, aan de hand waarvan een rechtsverhouding tussen de partijen wordt geconstrueerd, in principe geen rol bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw).⁸⁷⁵ De in dat artikel genoemde vormvereisten moeten autonoom worden uitgelegd en vormen in principe de enige toetsingsmaatstaf.⁸⁷⁶ Verder is hier de in paragraaf 1.2 omschreven scheiding tussen de forumkeuze, als procesrechtelijke overeenkomst, en de hoofdovereenkomst van belang. Zoals hierboven reeds meervoudig benadrukt staat de forumkeuze geheel los van de overige bepalingen van de vervoerovereenkomst.⁸⁷⁷ Mijns inziens leidt het autonome concept van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) alsmede de scheiding tussen forumkeuze en de hoofdovereenkomst ertoe dat het feit dat de geadresseerde mogelijkserwijs op grond van het toepasselijke nationale recht is gebonden aan de overige bedingen van de vervoerovereenkomst, niet met zich brengt dat de geadresseerde ook is gebonden aan de in de zeevrachtbrief genoemde forumkeuze. Ook het Hof van Justitie lijkt ervan uit te gaan dat de tegenwerpbaarheid van een forumkeuze aan een derde een kwestie is die niet door nationaal recht, maar in beginsel autonoom moet worden beslist.⁸⁷⁸

Aan de hand van de hierboven in paragraaf 3.4.2.1 e.v. besproken jurisprudentie van het Hof van Justitie kan de gebondenheid van de geadresseerde niet worden geconstrueerd. Het Hof heeft bepaald dat de derde-cognossementhouder gebonden is aan een forumkeuze, die is opgenomen in een cognossement, indien sprake is van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) in de relatie tussen de oorspronkelijke partijen en de derde-cognossementhouder de afzender in zijn rechten en verplichtingen opvolgt.⁸⁷⁹ De door het Hof van Justitie ontwikkelde criteria voor derdenwerking van een forumkeuze, zien volgens mij alleen op forumkeuzen in cognossementen.⁸⁸⁰ Dit heeft het Hof in het recente arrest *Refcomp/AXA* nogmaals bevestigd.⁸⁸¹ Het Hof van Justitie benadrukte dat de reikwijdte van de eerdere rechtspraak, te weten de arresten *Tilly Russ*, *Castelletti/Trumpy* en *Coreck/Handelsveem*, moet worden beoordeeld ‘*tegen de achtergrond van de bijzondere kenmerken van het cognossement*’, waarbij het Hof onder andere doelde op de bijzondere verhouding tussen de bij het vervoer onder cognossement betrokken partijen en het feit dat het cognossement een verhandelbaar waardepapier (‘verhan-

875. Het toepasselijke nationale recht kan wel een rol spelen in verband met de in art. 25 EEX-Vo (nieuw) geïntroduceerde ‘materiële geldigheid’ (zie hieromtrent paragraaf 2.3.2).

876. Kropholler 2005, nr. 17, p. 289.

877. Dat de forumkeuze moet worden aangemerkt als een separate procesrechtelijke overeenkomst is uitdrukkelijk bepaald in art. 25 lid 5 EEX-Vo (nieuw) en volgt ook uit de jurisprudentie (zie bijv. HvJ EG 3 juli 1997, C-269/95, NJ 1999/681, m.nt. P. Vlas (*Benincasa/Dentalkit*)). Zie hieromtrent verder paragraaf 1.2.

878. L. Strikwerda in zijn noot bij HvJ EU 7 februari 2013, C-545/10, NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (*Refcomp/AXA*).

879. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (*Tilly Russ*); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck/Handelsveem*).

880. HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, r.o. 35, NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (*Refcomp/AXA*); zie ook A-G N. Jääskinen in zijn conclusie bij dit arrest (overweging 53).

881. HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, r.o. 34 e.v., NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (*Refcomp/AXA*).

delbare titel') is.⁸⁸² De in paragraaf 3.4.2.1 genoemde jurisprudentie omtrent de derdenwerking van een in het cognossement opgenomen forumkeuze speelt bij de beoordeling van de vraag naar de mogelijke gebondenheid van een in een zeevrachtbrief genoemde geadresseerde volgens mij dus geen rol.⁸⁸³ Gebondenheid zou mijns inziens via deze route niet kunnen worden geconstrueerd. Bovendien geldt, zoals hierboven in paragraaf 3.4.4 werd uiteengezet, dat ook bij vervoer onder cognossement regelmatig niet is voldaan aan de door het Hof bepaalde criteria, zodat ook in deze gevallen apart moet worden beoordeeld of een geldige forumkeuze tussen de vervoerder en de derde-cognossementhouder tot stand is gekomen.

Algemeen moet ervan worden uitgegaan dat forumkeuzen niet zomaar doorwerken jegens derden.⁸⁸⁴ Een forumkeuze heeft in beginsel slechts rechtsgevolgen in de betrekking tussen de partijen die met het sluiten van deze overeenkomst hebben ingestemd.⁸⁸⁵ Een forumkeuze kan een derde, dus iemand die oorspronkelijk geen partij was bij de forumkeuze, dan ook slechts binden indien is aangetoond dat deze daarmee heeft ingestemd conform de in art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) genoemde voorwaarden.⁸⁸⁶ Volgens mij moet dan ook apart worden beoordeeld of in de verhouding tussen de vervoerder en de in de zeevrachtbrief genoemde geadresseerde een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) tot stand is gekomen. Hieronder wordt uiteengezet dat het antwoord op de vraag of in de relatie tussen deze partijen sprake is van een geldige forumkeuze sterk afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden.

Door partijen wordt wisselend omgegaan met zeevrachtbrieven. Sommige zeevrachtbrieven worden behandeld alsof het cognossementen waren. Dus de zeevrachtbrieven worden in originele vorm in de loshaven voorafgaand aan de aflevering van de goederen 'gepresenteerd' aan (de agent van) de vervoerder. Soms wordt slechts een kopie van de voorkant 'gepresenteerd' althans (elektronisch) opgestuurd aan (de agent van) de vervoerder. Hieronder wordt toegelicht dat in dat geval de bewoording van eventuele verwijzingen op de voorkant relevant zijn. In weer andere gevallen wordt voorafgaand aan de aflevering alleen de identiteit geverifieerd van de partij die beweert de in de zeevrachtbrief genoemde ontvanger te zijn. De geadresseerde legt dus geen kopie over van (de voorkant van) de zeevrachtbrief en legitimeert zich alleen.

3.5.4.2 *Is voldaan aan de vereisten van art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw)?*

Voordat nader wordt onderzocht of in de hiervoor genoemde situaties sprake is van een forumkeuze in de zin art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw), moet voorafgaand nogmaals worden gewezen op verschillende specifieke problemen die hier naast de vraag of de forumkeuze voldoet aan de in art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) genoemde vereisten een rol kunnen spelen. Hier kan bijvoorbeeld worden

882. HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, r.o. 35, NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (Refcomp/AXA).

883. Zie bijv. OLG Stuttgart 23 december 2003, TranspR 2004, p. 406 e.v.

884. A-G N. Jääskinen in zijn conclusie bij HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, overweging 51, NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (Refcomp/AXA).

885. HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, r.o. 29, NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (Refcomp/AXA).

886. A-G N. Jääskinen in zijn conclusie bij HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, overweging 51, NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (Refcomp/AXA).

gedacht aan onduidelijkheid vanwege de formulering van de forumkeuze (zoals bijvoorbeeld een forumkeuze, waarin naar het forum van de ‘principal place of business’ van de vervoerder wordt verwezen). Dit probleem is uitgebreid besproken in paragraaf 1.5.4.

Het onder a) genoemde vormvereiste

Het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde vereiste speelt in de onderhavige situaties naar verwachting geen grote rol.⁸⁸⁷ Dit hangt vooral samen met het volgende. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.1.3 heeft het Hof van Justitie herhaaldelijk benadrukt dat partijen daadwerkelijk met de forumkeuze moeten hebben ingestemd en dat de wilsovereenstemming ‘*duidelijk en nauwkeurig*’ tot uiting moet zijn gekomen.⁸⁸⁸ In principe moet de vereiste wilsovereenstemming derhalve blijken uit een handeling, waarmee de instemming tot uiting komt.⁸⁸⁹ De vraag in welke vorm de wilsovereenstemming uiteindelijk in het specifieke geval tot uiting moet komen hangt mede af van de in art. 23 lid 1 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereisten. De vormvoorschriften fungeren immers mede als waarborg dat inderdaad sprake is van wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze.⁸⁹⁰ Aangezien het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste veronderstelt dat is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste, moet de wilsovereenstemming namelijk schriftelijk ‘*duidelijk en nauwkeurig*’ tot uiting komen.⁸⁹¹ Van een schriftelijke aanvaarding van de geadresseerde is in de regel echter geen sprake en dus is ook niet voldaan aan het vormvereiste in de zin van het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde eerste alternatief.

Ook van een schriftelijke bevestiging van een eerdere mondelinge overeenkomst (in de zin van het tweede alternatief) is normaliter geen sprake.⁸⁹² Dit zou immers vereisen dat met de geadresseerde voorafgaand mondelinge overeenstemming zou zijn bereikt over de forumkeuze althans over de toepasselijkheid van de in de zeevrachtbrief genoemde voorwaarden (waaronder de forumkeuze), die reeds voorafgaand aan de geadresseerde ter beschikking zouden moeten zijn gesteld.⁸⁹³ Dit gebeurt in de praktijk niet. Aan beide alternatieven van het onder a) genoemde vormvereiste is in de regel dan ook niet voldaan.

In verband met het voorgaande moet nog worden gewezen op de situatie, waarin de geadresseerde voorafgaand aan de inontvangstneming van de lading een verklaring ondertekent, waarin hij uitdrukkelijk verklaart dat hij aan de vervoersvoor-

887. Zie ten aanzien van het onder a) genoemde vormvereiste paragraaf 2.2.2.

888. Zie bijv. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 14, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultz (Tilly Russ); HvJ EG 11 juli 1985, 221/84, r.o. 13, NJ 1986/602 (Berghöfer/ASA); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 15, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (MSG/Les Gravières Rhénanes); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 13, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (Castelletti/Trumpy).

889. Mankowski 2011, p. 371, nr. 39c.

890. Mankowski 2011, p. 569, nr. 39; Kuypers 2008, p. 284.

891. Zie bijv. HvJ EG 14 december 1976, 24/76, r.o. 7, NJ 1977/446, m.nt. J.C. Schultz (Colzani/Rüwa). Het HvJ EU heeft deze overweging later (in licht gewijzigde bewoording) meervoudig herhaald. Zie ook Hausmann 2010, p. 1966, nr. 6412; Kropholler 2005, nr. 25, p. 292.

892. Zie hieromtrent ook paragraaf 2.2.2.

893. Mankowski 2011, p. 563, nr. 22-23; Kropholler 2005, nr. 42, p. 301; Mankowski 1995, p. 252.

waarden gebonden is. Er zijn bijvoorbeeld containervervoerders die gebruik maken van zogenaamde 'Letter of Indemnity for Release under Sea Waybill' die door de geadresseerde wordt of moet worden ondertekend. In dit stuk is dan onder andere bijvoorbeeld bepaald dat de ondergetekende '[...] *accept the terms and conditions of [naam containervervoerder] to be applicable and that we consider ourselves bound by said terms and conditions against release or delivery of the Goods described in the Sea Waybill stated above [...]*'.⁸⁹⁴ Indien deze voorwaarden ten tijde van de ondertekening van de verklaring aan de geadresseerde waren medegedeeld is volgens mij wel voldaan aan het in art. 23 lid 1 sub a) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub a) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste en komt de vereiste wilsovereenstemming van de geadresseerde ten aanzien van de forumkeuze ook duidelijk en nauwkeurig tot uiting door middel van ondertekening van de verklaring.

Het onder b) genoemde vormvereiste

Voordat nader wordt ingegaan op het onder c) genoemde vereiste moet voor de volledigheid ten aanzien van het in art. 23 lid 1 sub b) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub b) EEX-Vo (nieuw) genoemde vereiste nog het volgende worden opgemerkt. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.2.3 vereist dit vormvereiste dat sprake is van een reeds langer bestaande zakenrelatie.⁸⁹⁵ Van 'handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden' zou immers zonder het bestaan van een lopende handelsbetrekking geen sprake kunnen zijn. Wanneer sprake is van een lopende handelsbetrekking werd in de hiervoor genoemde paragraaf nader uiteengezet. Er moeten in ieder geval gedurende een langere periode (bijvoorbeeld een aantal maanden of jaren) regelmatig overeenkomsten worden gesloten. In het onderhavige geval zou dus tussen de geadresseerde en de vervoerder al een langlopende handelsbetrekking moeten bestaan. Pas dan komt het onder b) genoemde vereiste in beeld. Vaak heeft de geadresseerde, voor zover hij vaker ladingen in ontvangst neemt, te maken met verschillende vervoerders. Dus van een langlopende handelsbetrekkingen met een specifieke vervoerder is niet snel sprake. Dit is waarschijnlijk anders indien de in de zeevrachtbrief genoemde geadresseerde optreedt als tussenliggende 'papieren' vervoerder, een zogenaamde 'non vessel operating common carrier' (NVOCC), en dus zelf een cognossement of zeevrachtbrief uitgeeft aan de uiteindelijke ladingbelanghebbenden.⁸⁹⁶ Hetzelfde geldt voor ontvangstexpediteurs die als geadresseerden worden genoemd. Dergelijke logistieke dienstverleners eisen regelmatig aflevering van de in zeevrachtbrieven genoemde goederen van dezelfde feitelijke vervoerder. Tussen deze partijen en de feitelijke vervoerder is waarschijnlijk eerder sprake van een bepaalde 'handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk is geworden' in de zin van het onder b) genoemde vormvereiste.

894. Zie bijv. de door Mediterranean Shipping Company S.A. soms gebruikte 'Letter of Indemnity for Release under Sea Waybill'.

895. Kropholler 2005, p. 305, nr. 50.

896. Dit komt vooral voor bij het vervoer van containers. Van de feitelijke vervoerder wordt in deze gevallen een zeevrachtbrief (of een cognossement) afgegeven. De NVOCC wordt in dit document genoemd als 'shipper' of als 'consignee'. In welke hoedanigheid de NVOCC opduikt is meestal afhankelijk van het geval. Een in Rotterdam gevestigde NVOCC wordt bij vervoer vanuit China naar Rotterdam meestal genoemd als 'consignee', dus als geadresseerde. Hij wil de goederen immers in Rotterdam in ontvangst nemen. De 'shipper' is dan vaak een lokale partij.

Hoe dan ook is de vraag of in casu is voldaan aan dit vormvereiste sterk afhankelijk van het individuele geval, zodat het niet goed mogelijk is om in het algemeen te bespreken of in een situatie zoals de onderhavige is voldaan aan het onder b) genoemde vormvereiste.

Het onder c) genoemde vormvereiste

Hierna wordt gekeken in hoeverre in de verschillende situaties zou kunnen zijn voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste. Aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste is voldaan indien de forumkeuze is gesloten in een vorm die overeenstemt met een 'gewoonte', dat wil zeggen een handelwijze die door de marktdeelnemers van een bepaalde handelsbranche bij het sluiten van een bepaald soort overeenkomsten doorgaans en regelmatig in acht wordt genomen.⁸⁹⁷ Of aan dit vormvereiste is voldaan moet feitelijk en niet juridisch worden bekeken.⁸⁹⁸ De te achterhalen handelwijze hoeft niet specifiek te zijn gericht op het overeenkomen van forumkeuzen, maar kan zijn gericht op het sluiten van bepaalde overeenkomsten in het algemeen (die een forumkeuze bevatten).⁸⁹⁹

Volgens mij is het afbakenen van de hier van belang zijnde handelsbranche geen probleem. In de regel zal het gaan om de rechtsverhoudingen tussen containervervoerders en in zeevrachtbrieven genoemde geadresseerden. Dit is overigens een nogal ruime handelsbranche. Van belang is nu of sprake is van een specifieke handelwijze die door geadresseerden en vervoerders wordt gevolgd. Bij het achterhalen van deze handelwijze moet in de onderhavige situatie volgens mij vooral acht worden geslagen op het handelen en nalaten van de geadresseerde. Is er een bepaalde handelwijze die door de geadresseerde bij het tot stand komen van de rechtsverhouding met de vervoerder doorgaans en regelmatig wordt gevolgd? Doorslaggevend is het feitelijke handelen van de geadresseerde op het moment van totstandkoming van de rechtsverhouding met de vervoerder. Dit is het moment waarop de geadresseerde aan de vervoerder kenbaar maakt dat hij de in de zeevrachtbrief genoemde geadresseerde is en dat hij de in de zeevrachtbrief genoemde goederen in ontvangst wil nemen. Omdat de omstandigheden vaak verschillen worden hieronder verschillende situaties besproken.

In eerste instantie moet worden gekeken naar de situatie, waarin de geadresseerde de zeevrachtbrief, met de op de achterkant opgenomen forumkeuze, behandelt als ware het een cognossement en de originele zeevrachtbrief 'presenteert' aan (de agent van) de vervoerder. Volgens mij kan in deze situatie aansluiting worden gezocht bij hetgeen hiervoor in paragraaf 3.4.4.5 is betoogd omtrent forumkeuzen in cognossementen. In deze paragraaf werd uiteengezet dat er sprake is van een bepaalde 'gewoonte', dus een handelwijze die vervoerders en derde-cognossementhouders bij het tot stand komen van hun rechtsverhouding doorgaans en regelmatig aan de dag leggen. Dit was het doorgaans en regelmatig presenteren van cognossementen (met daarin een forumkeuze) door derde-cognossementhouders (althans

897. Zie omtrent het begrip 'gewoonte' paragraaf 2.2.4.3.

898. Kuypers 2008, p. 352; Kropholler 2005, p. 307.

899. Mankowski 2011, p. 562, nr. 29.

door hun vertegenwoordigers) en daarmee het geldend maken van het recht op aflevering van de in de cognossementen genoemde goederen zonder tegen de daarin opgenomen forumkeuze te protesteren.

Indien nu precies deze handelwijze wordt gevolgd door in zeevrachtbrieven genoemde geadresseerden (en de betrokken vervoerders), kan volgens mij zonder meer een parallel worden getrokken met de situatie, waarin een derde-cognossementhouder een cognossement presenteert. De 'gewoonte' in de zin van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) moet immers feitelijk en niet juridisch worden beoordeeld. Dus dat het hier gaat om een in een zeevrachtbrief genoemde geadresseerde en niet om een derde-cognossementhouder is volgens mij niet van belang. Het is dus mijns inziens niet relevant dat in het ene geval — juridisch gezien — sprake is van een derde-cognossementhouder die partij wordt bij een vervoerovereenkomst onder cognossement en in het ander geval sprake is van een in een zeevrachtbrief genoemde geadresseerde die partij wordt bij een vervoerovereenkomst. Van belang is dat bij de totstandkoming van de rechtsverhouding dezelfde feitelijke handeling wordt verricht. Het feit dat het 'presenteren' van een zeevrachtbrief anders dan bij een cognossement niet is vereist, maakt dit niet anders. De originele zeevrachtbrief wordt immers in deze situatie desondanks gewoon 'gepresenteerd' als ware dit document een cognossement zonder dat tegen de daarin opgenomen forumkeuze wordt geprotesteerd. Er is dus eigenlijk geen verschil met de in paragraaf 3.4.4.5 geschetste handelwijze. De forumkeuze wordt mijns inziens in dat geval gesloten in een vorm die overeenstemt met de hiervoor genoemde paragraaf omschreven 'gewoonte'. In deze situatie kan derhalve worden teruggegrepen op hetgeen hierboven ten aanzien van de gebondenheid van een derde-cognossementhouder aan de in het cognossement opgenomen forumkeuze is betoogd, zodat in de relatie tussen de vervoerder en de in de zeevrachtbrief genoemde geadresseerde naar verwachting sprake is van een forumkeuze, die voldoet aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde criterium.⁹⁰⁰

Ook ten aanzien van de vereiste wilsovereenstemming geldt mijns inziens wederom hetgeen hierboven in paragraaf 3.4.4.5 werd betoogd. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.3.1.3 wordt het bestaan van wilsovereenstemming volgens het Hof van Justitie vermoed indien is voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste.⁹⁰¹ Het vermoeden geldt echter alleen behoudens tegenbewijs en indien '*niet is geprotesteerd tegen de forumkeuze*'.⁹⁰² Zoals uiteengezet in paragraaf 3.4.4.5 vormt het niet protesteren

900. Anders daarentegen OLG Stuttgart 23 december 2003, *TranspR* 2004, p. 406 e.v. Volgens het OLG is de hier van belang zijnde 'gewoonte' beperkt tot cognossementen en geldt dit niet ten aanzien van zeevrachtbrieven.

901. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 21, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 19, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

902. Zie bijv. HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8689, r.o. 3.4.2 en 3.4.3, NJ 2012/391, m.nt. M.V. Polak (*Demerara/Karl Heinz Haus*). Dat er niet moet zijn geprotesteerd haalt de Hoge Raad hier waarschijnlijk uit het arrest van het HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 20, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*). In dat geval ging het echter om een specifieke situatie, te weten het niet reageren op een bevestigingsbrief, waarin een forumkeuze was opgenomen. Dat dit echter ook algemeen geldt volgt bijv. uit overweging 23 van de conclusie van A-G L. Strikwerda bij HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7716, *RvdW* 2008/525 (*Pentamedia/New Skies Satellites*). Dat het niet protesteren tegen de forumkeuze een rol kan spelen volgt bijv. ook uit Rb. Rotterdam 8 juni 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AK4307, *SSS* 2000/121; Rb. Arnhem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7494; Rb. Overijssel 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3023.

mede onderdeel van de ‘gewoonte’. Verder wordt in deze paragraaf ook uiteengezet hoe de situatie moet worden beoordeeld, waarin wel wordt geprotesteerd tegen de forumkeuze althans waarin wordt gepoogd een andersluidende forumkeuze overeen te komen.

Kan ook een parallel worden getrokken met de in paragraaf 3.4.4.5 geschetste situatie indien de geadresseerde slechts beschikt over een kopie van de voorkant van de zeevrachtbrief en deze kopie vervolgens aan de vervoerder wordt ‘gepresenteerd’? In sommige zeevrachtbrieven is de forumkeuze op de voorkant opgenomen en staat dit beding niet (slechts) tussen de overige bedingen op de achterkant (die niet wordt gepresenteerd). Ten aanzien van een dergelijk geval valt mijns inziens goed te verdedigen dat aansluiting kan worden gezocht bij de hiervoor genoemde situatie. Weliswaar wordt niet de originele zeevrachtbrief gepresenteerd, maar er wordt nog steeds een voorkant van een vervoerdocument met daarin een voor de geadresseerde zichtbare forumkeuze ‘gepresenteerd’ als ware het een cognossement.

Met de in paragraaf 3.4.4.5 ten aanzien van forumkeuzen in cognossement omschreven situatie kan echter geen parallel worden getrokken indien de inhoud van de forumkeuze niet expliciet is vermeld op de voorkant van de zeevrachtbrief die uiteindelijk aan de vervoerder wordt ‘gepresenteerd’. Op de voorkant zou bijvoorbeeld slechts een verwijzing kunnen zijn opgenomen naar bepaalde vervoersvoorwaarden (die een forumkeuze bevatten). Bij sommige verwijzingen wordt expliciet vermeld dat de vervoersvoorwaarden een forumkeuze bevatten. De op de voorkant opgenomen verwijzing luidt bijvoorbeeld als volgt: *‘This contract is subject to the terms and conditions, including the law & jurisdiction clause, [...] of the current [naam vervoerder] Bill of Lading (available from the carrier, its agent and at www.[naam vervoerder].com)’*. Is in de verhouding tussen de geadresseerde en de vervoerder nu sprake van een geldige forumkeuze in de zin van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) indien de geadresseerde een dergelijke voorkant aan de vervoerder ‘presenteert’?

Er moet dus worden onderzocht of in deze situatie sprake is van een forumkeuze die is gesloten in een vorm die overeenstemt met een ‘gewoonte’, dat wil zeggen een handelwijze die door de marktdeelnemers van een bepaalde handelsbranche bij het sluiten van een bepaald soort overeenkomsten doorgaans en regelmatig aan de dag wordt gelegd.⁹⁰³ Zoals hierboven gezegd moet hier vooral acht worden geslagen op de feitelijke handelwijze die door geadresseerden wordt gevolgd op het moment dat zij jegens vervoerders kenbaar maken dat zij de in de zeevrachtbrief genoemde geadresseerden zijn. Volgens mij kan ervan worden uitgegaan dat (verteenwoordigers van) geadresseerden doorgaans en regelmatig voorkanten van zeevrachtbrieven presenteren, waarop wordt verwezen naar bepaalde vervoersvoorwaarden met een forumkeuze, zonder bekend te zijn met deze vervoersvoorwaarden (en dus ook de forumkeuze) en zonder tegen de toepasselijkheid van deze vervoersvoorwaarden (en dus ook de forumkeuze) te protesteren. Het onder c) genoemde criterium vereist niet dat de voorwaarden althans de forumkeuze daadwerkelijk

903. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 26, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 23, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

aan de wederpartij zijn medegedeeld.⁹⁰⁴ Dit betekent dat sprake is van een forumkeuze die is gesloten in een vorm die overeenstemt met een 'gewoonte' indien een geadresseerde althans diens vertegenwoordiger op de hiervoor genoemde manier een voorkant van een zeevrachtbrief met een verwijzing naar bepaalde vervoersvoorwaarden, die een forumkeuze bevatten, aan (de vertegenwoordiger van) de vervoerder 'presenteert'. Onderdeel van deze 'gewoonte' vormt wederom het gegeven dat niet wordt geprotesteerd tegen de verwijzing althans de forumkeuze. Mocht de geadresseerde, zoals in paragraaf 3.4.4.5 is besproken, protesteren, althans duidelijk pogen een andersluidende forumkeuze overeen te komen, dan is mijns inziens niet voldaan aan de hiervoor genoemde 'gewoonte'.

Nu moet nog worden beoordeeld of de zojuist geschetste 'gewoonte' ook bekend is. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.2.4.4 vereist het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste verder dat de 'gewoonte' algemeen en bij de partijen bekend is. Omdat de hiervoor omschreven handelwijze door geadresseerden en vervoerders doorgaans en regelmatig in acht wordt genomen, moet ervan worden uitgegaan dat deze handelwijze, dus de 'gewoonte', algemeen bekend is. De vereiste subjectieve bekendheid wordt volgens het Hof van Justitie vermoed indien *'wordt aangetoond dat de partijen tevoren reeds onderling of met andere in de betrokken sector werkzame partijen handelsbetrekkingen hadden aangeknoopt, dan wel dat in deze sector een bepaalde handelwijze, doordat zij bij het sluiten van een bepaald soort van overeenkomsten doorgaans en regelmatig wordt gevolgd, voldoende bekend is om als een vaste praktijk te kunnen worden beschouwd.'*⁹⁰⁵

De vervoerder, die een beroep wil doen op de in de vervoersvoorwaarden opgenomen forumkeuze, waarnaar op de voorkant van de zeevrachtbrief wordt verwezen, moet waarschijnlijk aantonen dat de geadresseerde eerder vergelijkbare zeevrachtbrieven heeft gepresenteerd. Van een 'vaste praktijk', zoals toegelicht in paragraaf 2.2.4.4, is hier volgens mij geen sprake. Zoals hiervoor uiteengezet oefenen in zeevrachtbrieven genoemde geadresseerden op verschillende manieren hun recht uit op aflevering van de goederen. Van een 'vaste praktijk', waarbij de subjectieve bekendheid met de 'gewoonte' wordt vermoed is dan ook niet zonder meer sprake.⁹⁰⁶ Indien de subjectieve bekendheid kan worden aangetoond (omdat de partijen bijvoorbeeld reeds eerder vergelijkbare overeenkomsten hebben gesloten), moet volgens mij ervan worden uitgegaan dat in de onderhavige situatie is voldaan aan het vormvereiste van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw).

Indien is voldaan aan het voorgaande vormt de vereiste wilsovereenstemming in de regel geen probleem. Het bestaan van wilsovereenstemming wordt in dat geval immers vermoed.⁹⁰⁷ Dit lijkt ook niet onbillijk indien men ervan uitgaat dat algemeen bekend is dat de vervoersvoorwaarden, waarnaar op de voorkant van de zeevrachtbrief wordt verwezen, een forumkeuze bevatten. Dit geldt des te meer indien in deze verwijzing melding wordt gemaakt van het bestaan van de forumkeuze. Het vermoeden van wilsovereenstemming geldt echter slechts behoudens

904. Zilinsky 2013, p. 150.

905. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 43, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 24, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

906. HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 24, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

907. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 21, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 19, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

tegenbewijs en indien niet is geprotesteerd.⁹⁰⁸ Zoals hierboven benadrukt vormt juist het niet protesteren een onderdeel van de hiervoor omschreven handelwijzen en dus ook een aanwijzing voor het bestaan van wilsovereenstemming. Zoals hierboven in paragraaf 3.4.4.5 ten aanzien van forumkeuze in cognossementen werd uiteengezet lijken de kaarten echter anders te liggen indien bij presentatie wordt geprotesteerd tegen de forumkeuze of wordt verwezen naar een andersluidende forumkeuze. Het vermoeden van wilsovereenstemming gaat dan niet zomaar op.

Verder moet hier worden gedacht aan de situatie dat door de geadresseerde weliswaar een voorkant wordt overgelegd, maar op de voorkant *geen* (verwijzing naar een) forumkeuze en/of een expliciete verwijzing naar bepaalde vervoersvoorwaarden is opgenomen. Bij de beoordeling van de vraag of in deze situatie sprake is van een forumkeuze in de relatie tussen de vervoerder en de geadresseerde (omdat op de achterkant van de originele vrachtbrief wel een forumkeuze is opgenomen) moet volgens mij rekening worden gehouden met het volgende. Van belang is hier dat het Hof van Justitie, zoals in paragraaf 2.3.1.3 besproken, meervoudig heeft benadrukt dat partijen daadwerkelijk met de forumkeuze moeten hebben ingestemd en dat de wilsovereenstemming ‘*duidelijk en nauwkeurig*’ tot uiting moet zijn gekomen.⁹⁰⁹ Het bestaan van wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze moet worden onderzocht naast de vraag of in casu is voldaan aan een van de in art. 23 EEX-Vo/art. 25 EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvoorschriften.⁹¹⁰ Het gaat dus om een cumulatieve toets, waarbij slechts sprake is van een rechtsgeldige forumkeuze indien aan beide voorwaarden is voldaan.⁹¹¹ Onafhankelijk van de vraag of in een dergelijk situatie sprake is van een forumkeuze die voldoet aan het in art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw) genoemde vormvereiste geldt derhalve het volgende. Het bestaan van wilsovereenstemming wordt volgens het Hof van Justitie weliswaar vermoed indien is voldaan aan het onder c) genoemde vormvereiste, maar er moet in principe daadwerkelijk sprake zijn van wilsovereenstemming.⁹¹² De vereiste wilsovereenstemming ten aanzien van de forumkeuze moet (indien tegenbewijs wordt geleverd) ook worden bewezen. Dit zou voor de vervoerder onder de hier genoemde omstandigheden lastig zijn. Op basis van de voorkant van de zeevrachtbrief heeft de geadresseerde ten tijde van het tot stand

908. Zie bijv. HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8689, r.o. 3.4.2 en 3.4.3, NJ 2012/391, m.nt. M.V. Polak (*Demerara/Karl Heinz Haus*). Dat er niet moet zijn geprotesteerd haalt de Hoge Raad hier waarschijnlijk uit het arrest van het HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 20, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*). In dat geval ging het echter om een specifieke situatie, te weten het niet reageren op een bevestigingsbrief, waarin een forumkeuze was opgenomen. Dat dit echter ook algemeen geldt volgt bijv. uit overweging 23 van de conclusie van A-G L. Strikwerda bij HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7716, RvdW 2008/525 (*Pentamedia/New Skies Satellites*). Dat het niet protesteren tegen de forumkeuze een rol kan spelen volgt bijv. ook uit Rb. Rotterdam 8 juni 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AK4307, S&S 2000/121; Rb. Arnhem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7494; Rb. Overijssel 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3023.

909. Zie bijv. HvJ EG 19 juni 1984, 71/83, r.o. 14, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (*Tilly Russ*); HvJ EG 11 juli 1985, 221/84, r.o. 13, NJ 1986/602 (*Berghöfer/ASA*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 15, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*); HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 13, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*).

910. Zie bijv. HvJ EG 3 juli 1997, C-269/95, r.o. 29, NJ 1999/681, m.nt. P. Vlas (*Benincasa/Dentalkit*).

911. Kuypers 2008, p. 247.

912. HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, r.o. 21, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Castelletti/Trumpy*); HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, r.o. 19, NJ 1998/565, m.nt. P. Vlas (*MSG/Les Gravières Rhénanes*).

komen van de rechtsverhouding met de vervoerder eenduidig geen weet kunnen krijgen van de forumkeuze althans van de beoogde toepasselijkheid van bepaalde vervoersvoorwaarden, met daarin een forumkeuze. Voor de vervoerder zou dit ook lastig te bewijzen zijn, zodat alleen al om deze reden in een dergelijk geval in de regel geen sprake zou zijn van een forumkeuze in de zin van art. 23 lid 1 sub c) EEX-Vo/art. 25 lid 1 sub c) EEX-Vo (nieuw).

Naast de hiervoor genoemde situatie, waarin de geadresseerde een kopie van de voorkant van de zeevrachtbrief overlegt, is er de situatie dat de geadresseerde geheel *geen* kopie van de voorkant van de zeevrachtbrief overlegt, maar slechts zijn identiteit aantoont en zodoende afgifte van de goederen bewerkstelligt. De afzender zou de geadresseerde immers ook slechts alle voor de geadresseerde van belang zijnde gegevens met betrekking tot het vervoer kunnen hebben doorgegeven zonder een kopie van (de voorkant van) de zeevrachtbrief op te sturen. Het overleggen van de zeevrachtbrief is immers niet nodig. Het is dus in principe ook niet nodig dat de afzender de geadresseerde een kopie van de zeevrachtbrief stuurt. Voor de geadresseerde is voldoende dat hij weet dat zijn goederen op een bepaald moment ergens kunnen worden opgehaald. Ook in dergelijke gevallen komt via de hierboven genoemde constructies een rechtsverhouding tussen de vervoerder en de geadresseerde tot stand, maar dit zegt niets over de vraag of er sprake is van geldige forumkeuze in deze verhouding. Zoals ten aanzien van de hiervoor besproken situatie werd opgemerkt, zou de gebondenheid van de geadresseerde aan een forumkeuze in dergelijke gevallen – onafhankelijk van de vraag of aan het onder c) genoemde vormvereiste is voldaan – mijns inziens stranden op de vereiste wilsovereenstemming. In ieder geval is het voor de vervoerder in deze situatie lastig om de vereiste wilsovereenstemming te bewijzen.

