ECLI:NL:GHDHA:2019:3314

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	22-10-2019
Datum publicatie	20-12-2019
Zaaknummer	200.247.010/01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2018:5135
Rechtsgebieden	Internationaal privaatrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Internationale bevoegdheid. Internationaal vervoer per spoor. Geldigheid arbitraal beding. Art. 46 Cotif-CIM Verdrag sluit arbitrage niet uit.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NTHR 2020, afl. 1, p. 36

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.247.010/01

Zaaknummer rechtbank : C/10/537301 / HA ZA 17-988

arrest van 22 oktober 2019

inzake

ECS European Containers N.V.,
gevestigd te Zeebrugge, België,
appellante,
hierna te noemen: ECS,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

tegen

Distri Rail B.V.,

gevestigd te Rotterdam,

hierna: Distri Rail,

geïntimeerde,

advocaat: mr. A.D. Huisman te Rotterdam.

1 Het verloop van het geding

Voor het verloop van het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar het tussen partijen door de rechtbank Rotterdam gewezen vonnis in incident van 27 juni 2018. Van dit vonnis is ECS bij exploot van 9 augustus 2018, hersteld bij herstelexploot van 26 september 2018, tijdig in hoger beroep gekomen. Bij memorie van grieven heeft ECS acht grieven aangevoerd en producties overgelegd. ECS heeft gevorderd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw recht doende, de rechtbank Rotterdam bevoegd zal verklaren om van de vordering van ECS kennis te nemen en de zaak terug zal wijzen naar die rechtbank voor verdere behandeling, met veroordeling van Distri Rail in de kosten van de procedure in beide instanties, met nakosten en de wettelijke rente over de proceskosten. Bij memorie van antwoord heeft Distri Rail de grieven bestreden en geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met veroordeling van ECS, uitvoerbaar bij voorraad, in de proceskosten. Vervolgens heeft ECS nog een akte en heeft Distri Rail een antwoordakte genomen.

2 De feiten

2.1 Het hof gaat uit van de volgende feiten.

2.2 Op een van ECS afkomstig en namens Distri Rail ondertekend 'New Account Application Form'-formulier gedateerd 12 september 2013 (hierna: het NAAF-document), heeft Distri Rail haar adres-, contact- en bankgegevens ingevuld. Onderaan het formulier is vermeld:

"The General Contract Conditions of ECS, which are available on our website www.ecs.be, are entirely applicable on all contractual and non-contractual relations/transports. Undersigned hereby confirms to have taken knowledge of these Conditions and confirms to accept these Conditions entirely."

2.3 Op 17 februari 2016 heeft Distri Rail aan ECS de volgende offerte gestuurd:

"DISTRI RAIL – DUISBURG CONTAINER EXPRESS

(…)

As forwarder, we are able to offer the following transport services for you:

(…)

SHUNTING WITHIN ROTTERDAM (…)

(…)

Onderaan het briefpapier staat:

" The Dutch Forwarding Conditions (latest version), including the choice for applicability of Dutch law but excluding the arbitration clause, are exclusively applicable to all our activities. All disputes will be referred to arbitration in Rotterdam in accordance with the TAMARA arbitration rules (www.tamara-arbitration.nl). (…)."

2.4 Op 1 maart 2016 heeft Distri Rail aan ECS een met de aangehaalde passages overeenstemmende offerte gestuurd voor het traject Mannheim - Rotterdam.

2.5 In april 2016 heeft de Duitse vennootschap Meyer Quick Service Logistics GmbH & Co KG (hierna: Meyer) ECS opdracht gegeven voor het vervoer van een zending diepgevroren bacon strips van Ierland naar Duisburg, Duitsland. De zending is in een reefercontainer geladen in Ierland en van daar naar Rotterdam vervoerd.

2.6 Op 8 april 2016 heeft ECS bij Distri Rail ("t.a.v. Dep. Bookings duisburg") een document ingediend met betrekking tot vier containers, waarop onder meer was vermeld:

"Spoor Boeking

Gelieve volgende containers / trailers op deze lijn te boeken:

Rotterdam Cobel – Duisburg DIT (…)"

2.7 Nadat Distri Rail op 8 april 2016 aan ECS een 'booking confirmation' had gezonden voor de vier containers heeft ECS op dezelfde dag verzocht de boeking ten aanzien van één van de containers te annuleren. In de desbetreffende e-mail heeft ECS aan Distri Rail geschreven *"Bovengenoemde mag absoluut NIET geladen worden. Dit is een Koel container. Ik zoek nu naar een vervangende container."*

2.8 Een in antwoord hierop namens Distri Rail gestuurde e-mail eveneens van 8 april 2016 luidt onder meer:

"*Oke [naam] gaan we doen.*

with kind regards,

(…)

The Dutch Forwarding Conditions (latest version), including the choice for applicability of Dutch law but excluding the arbitration clause, are exclusively applicable to all our activities. All disputes will be referred to arbitration in Rotterdam in accordance with the TAMARA arbitration rules (www.tamara-arbitration.nl) (…)".

3 De beoordeling van het hoger beroep

3.1 Bij inleidende dagvaarding van 28 september 2017 heeft ECS Distri Rail gedagvaard voor de rechtbank Rotterdam en vergoeding van de schade gevorderd die voor ECS was ontstaan doordat zij in een Duitse gerechtelijke procedure aan de ladingbelanghebbenden schade heeft moeten vergoeden, die was ontstaan doordat de zending baconstrips ongekoeld van Rotterdam naar Duisburg was vervoerd.

3.2 Distri Rail heeft de bevoegdheid van de rechtbank Rotterdam betwist en zich daarbij beroepen op het onder 2.3 en 2.8 genoemde (TAMARA-)arbitragebeding.

3.3 De rechtbank heeft zich in het bestreden vonnis van 27 juni 2018 onbevoegd verklaard kennis te nemen van de vorderingen van ECS. Volgens de rechtbank heeft ECS het arbitragebeding aanvaard en zijn partijen daarmee rechtsgeldig arbitrage overeengekomen.

Vervoerovereenkomst of expeditie-overeenkomst, CIM-verdrag

3.4 Volgens ECS heeft de rechtbank miskend dat de rechtsverhouding tussen partijen – zonodig op

grond van art. 8:63 lid 3 BW – als een (internationale) overeenkomst van goederenvervoer per spoor moet worden aangemerkt waardoor het CIM-verdrag (Bijlage B bij het Verdrag betreffende het internationale spoorwegvervoer, COTIF) toepasselijk is, op grond waarvan arbitrage niet rechtsgeldig kan worden overeengekomen.

3.5 Het hof overweegt als volgt. Op grond van art. II lid 3 Verdrag van New York (Verdrag van New York van 10 juni 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken) verwijst de rechter van een Verdragsluitende Staat bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt over een onderwerp ten aanzien waarvan partijen een overeenkomst als bedoeld in dit artikel hebben aangegaan, partijen op verzoek van één hunner naar arbitrage tenzij hij constateert dat genoemde overeenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast. Het CIM-verdrag bevat in artikel 46 een op art. 31 CMR gebaseerde bepaling over de bevoegde rechter. Volgens deze bepaling zijn internationaal bevoegd, samengevat, de door partijen gekozen rechter of de rechter van de woon- of vestigingsplaats van de gedaagde en van de plaats van inontvangstname of voorziene aflevering van de goederen. Volgens art. 46 par. 1 (slot) CIM-verdrag is *"Het instellen van een rechtsvordering bij een andere rechter [..] niet mogelijk".* ECS leidt uit deze laatste bepaling af dat geschillen die onder het toepassingsgebied van het CIM-verdrag vallen, niet door arbitrage kunnen worden beslecht. ECS wijst daarbij op art. 5 van het CIM-verdrag volgens welk artikel elk van het verdrag afwijkend beding nietig is, voor zover de afwijking niet uitdrukkelijk is toegelaten.

3.6 Het hof volgt ECS niet in dit betoog Artikel 46 CIM-verdrag regelt de internationale rechterlijke bevoegdheid; het gaat daarin niet over arbitrage. De bepaling is geënt op art. 31 par. 1 CMR, aldus het *CIM UR Consolidated Explanatory Report* van 30 september 2015 (p. 40). In dat rapport valt verder te lezen dat voor de uitleg van de in art. 46 gebezigde termen aansluiting bij (thans) Brussel I-bis Verordening is beoogd. Het rapport bevat geen aanwijzingen dat de opstellers met art. 46 CIM-verdrag voor civiele geschillen als de onderhavige arbitrage hebben willen uitsluiten. Zou zodanige uitsluiting – indien al mogelijk – zijn beoogd, dat zou een uitdrukkelijke vermelding en een toelichting daarop voor de hand hebben gelegen, temeer omdat dat zou neerkomen op een afwijking van het CMR-verdrag en Brussel I-bis Verordening, waaronder arbitrage zonder meer mogelijk is, alsook het Verdrag van New York van 10 juni 1958. Van enig (publiek) belang dat zich tegen arbitrage in civiele geschillen als de onderhavige verzet, is verder ook niet gebleken. Vergelijk in dit verband ook artikel 28 lid 2 COTIF (Titel V Arbitrage). Bij het voorgaande komt nog dat de in art. 46 CIM vooropgestelde mogelijkheid van forumkeuze veeleer een aanwijzing vormt dat onder het CIM ook voor arbitrage partijautonomie bestaat. Art. 46 CIM sluit naar het oordeel van het hof arbitrage dan ook niet uit, zodat een arbitrageovereenkomst ook geen (nietige) afwijking van het verdrag vormt, als bedoeld in art. 5 CIM.

3.7 Gelet op het onder 3.6 overwogene is in het kader van de bevoegdheidsvraag niet van (beslissend) belang of voor de onderhavige container (als gevolg van de annulering) een overeenkomst tot stand is gekomen en of deze moet worden aangemerkt als een vervoerovereenkomst dan wel een expeditie-overeenkomst. Hetzelfde geldt voor het door ECS ingenomen standpunt dat het CIM-verdrag ingevolge art. 8:63 lid 3 BW op de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing is. De **grieven 1 tot en met 5**, die alle zijn gebaseerd op de stelling dat het arbitragebeding waarop Distri Rail zich beroept onder het CIM-verdrag nietig is, falen derhalve.

3.8 Daarmee ligt de vraag voor of tussen partijen, op grond van het arbitragebeding waarop Distri Rail zich heeft beroepen, rechtsgeldig een arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen. Volgens art. 10:166 BW dient deze vraag te worden beantwoord naar het recht dat partijen hebben gekozen, het recht van de plaats van arbitrage of, indien geen rechtskeuze is gedaan, het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft. Tussen partijen is evenwel niet in geschil dat deze vraag naar Nederlands recht moet worden beantwoord, zoals ook de rechtbank – in hoger beroep onbestreden – heeft gedaan. Ook het hof zal hiervan derhalve uitgaan.

3.9 Op Distri Rail rusten – ook in het kader van het bevoegdheidsverweer – de stelplicht en de bewijslast dat partijen het door haar ingeroepen arbitrale beding zijn overeengekomen. Volgens Distri Rail is het (onderaan) op de offerte voor de onderhavige boeking vermelde arbitraal beding stilzwijgend door ECS aanvaard. Het NAAF-document komt geen betekenis toe in dit verband en is bovendien door een onbevoegde ondertekend, aldus Distri Rail. ECS is het daar niet mee eens. Zij meent dat Distri Rail door ondertekening van het NAAF-document ingestemd heeft met de gelding van de algemene voorwaarden van ECS, waarin een forumkeuzebeding ten gunste van de Belgische rechter is opgenomen. Volgens ECS moet dit NAAF-document worden aangemerkt als een aanbod in de zin van art. 6:225 lid 3 BW waardoor Distri Rail de toepasselijkheid van de voorwaarden van ECS, als zij daar niet aan gebonden wilde zijn, uitdrukkelijk van de hand had moeten wijzen, hetgeen Distri Rail heeft nagelaten.

3.10 Niet (voldoende) betwist is dat dit NAAF-document, waarmee Distri Rail zich met haar gegevens bij ECS aanmeldde, is opgesteld ten behoeve van toekomstige opdrachten, zodat Distri Rail redelijkerwijs diende te begrijpen dat ECS met de verwijzing naar haar algemene voorwaarden de toepasselijkheid van die voorwaarden beoogde in haar (toekomstige) relatie met Distri Rail. Dit aanbod tot hantering van de voorwaarden van ECS is met de ondertekening van het document door Distri Rail aanvaard en kan in ieder geval ook voor de werking van art. 6:225 lid 3 BW op één lijn worden gesteld met een uitnodiging tot het doen van een aanbod (vgl. HR 13 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3662). ECS heeft bij akte in hoger beroep gemotiveerd betwist dat de sales manager die het NAAF-document ondertekende, daartoe niet bevoegd was. Distri Rail heeft de beweerde onbevoegdheid vervolgens niet (nader) onderbouwd, zodat het hof daaraan voorbijgaat. Uit de niet (voldoende) betwiste stellingen van ECS volgt bovendien dat ECS mede gezien de gebruikelijke werkwijze van Distri-Rail niet van de (beweerde) onbevoegdheid op de hoogte was of redelijkerwijs had behoren te zijn.

Distri Rail had daarom in haar latere offerte niet mogen volstaan met een verwijzing naar haar eigen voorwaarden, maar had daarbij ook de voorwaarden van ECS uitdrukkelijk van de hand moeten wijzen. Gesteld noch gebleken is dat de offerte van Distri Rail een zodanige uitdrukkelijke afwijzing bevat. Dat de offerte niet slechts verwees naar de voorwaarden van Distri Rail, maar het arbitraal beding daarin als zodanig was afgedrukt, maakt dit niet anders. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat naar het (volgens partijen op deze vraag toepasselijke) Nederlands recht in het kader van dit bevoegdheidsincident geen werking toekomt aan de algemene (FENEX) voorwaarden van Distri Rail en/of het in de offerte afgedrukte arbitraal beding. **De grieven 6 en 7** slagen derhalve en daarmee ook **grief 8**.

3.11 Voldoende specifiek bewijs van voldoende concrete en feiten en omstandigheden die, indien bewezen, tot een ander oordeel leiden, is niet aangeboden, zodat het hof aan het bewijsaanbod van Distri Rail voorbijgaat.

Slotsom

3.12 Nu aan het arbitraal beding geen werking toekomt, is de rechtbank Rotterdam internationaal bevoegd op grond van de vestigingsplaats van Distri Rail. Daarbij kan in het kader van dit bevoegdheidsincident verder in het midden blijven of die op de plaats van vestiging gebaseerde bevoegdheid voortvloeit uit art. 46 CIM dan wel art. 4 Brussel I-bis Verordening. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en de zaak zal worden teruggewezen naar de rechtbank Rotterdam ter verdere behandeling en beslissing in de hoofdzaak. Distri Rail zal in beide instanties in de kosten van het incident en in de nakosten worden veroordeeld, met uitzondering van de kosten voor het herstelexploot in hoger beroep dat voor rekening van ECS dient te blijven.

4 Beslissing

Het hof:

vernietigt het door de rechtbank Rotterdam in het bevoegdheidsincident gewezen vonnis van 27 juni 2018;

en, opnieuw recht doende:

wijst de vordering in het incident alsnog af;

wijst de zaak terug naar de rechtbank Rotterdam voor verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Distri Rail in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van ECS wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op

€ 543,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 81,00 aan explootkosten, € 1.978,- voor griffierechten op

€ 1.611,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief,

te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening,

veroordeelt Distri Rail in de nakosten, begroot op € 131,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd tot € 199,- in geval Distri Rail niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. B.J. Lenselink, J.M. van der Klooster en M.M. Olthof en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 22 oktober 2019 in aanwezigheid van de griffier.