JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
GIUSEPPE TESAURO
26 päivänä syyskuuta 1996 *

1. Bundesgerichtshof on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksiä tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden täytäntöönpanosta yksityisoikeuden alalla 27 päivänä syyskuuta 1968 tehdyn yleissopimuksen (jäljempänä yleissopimus), sellaisena kuin tämä yleissopimus on muutettuna vuoden 1978 liittymisasiakirjalla, 5 artiklan 1 kohdan ja 17 artiklan tulkinnasta.

Kansallinen tuomioistuin haluaa tietää, onko abstrakti sopimus paikasta, jossa velvoite on täytettävä — eli sopimus, jonka tarkoituksena ei ole sopia paikasta, jossa velallisen todella on täytettävä velvoitteensa, vaan ainoastaan määrittää oikeuspaikka —, yleissopimuksen 5 artiklan 1 kohdan mukaan pätevä, eli jos se paikkakunta, jossa velvoite on täytettävä, on määritelty tällä tavalla, onko sen tuomioistuin toimivaltainen ratkaisemaan kyseessä olevaa velvoitetta koskevat riidat. Jos vastaus on kieltävä, yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään lisäksi ratkaisemaan, täyttääkö abstrakti sopimus tässä asiassa yleissopimuksen 17 artiklassa asetetut edellytykset eli voidaanko sopimusta pitää pätevästi tehtynä oikeuspaikkasopimuksena.

2. Kertaan ensin tämän asian perustana olevat tosiseikat. Jokikuljetusalan osuuskunta Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (jäljempänä MSG), jonka kotipaikka on Saksan liittotasavallassa (Würzburg), oli suullisella aikarahtaussopimuksella luovuttanut Les Gravières Rhénanes SARL:n (jäljempänä vastaaja), jonka kotipaikka on Ranskassa, käyttöön jokialuksen. Tämä alus oli liikennöinyt Reinillä 1.6.1989—10.2.1991 kuljettaen sorakuormia lastauspaikasta purkauspaikkaan, jotka molemmat sijaitsivat Ranskassa. [1] Kun tavaroita purettiin, vastaajan omalla vastuullaan käyttämät laitteet vahingoittivat alusta. Vahingot korjattiin sopimuksen voimassaolon päätyttyä, ja osapuolten nimeämät asiantuntijat ovat esittäneet erilaisia arvioita niiden suuruudesta.

Kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevassa asiassa on kyse 197 284 Saksan markan suuruisesta määrästä, joka vastaa täsmälleen Gravières Rhénanesin vakuutuksenantajan maksaman määrän ja MSG:n vaatiman mää-

* Alkuperäinen kieli: italia.

1 — Tältä osin on täsmennettävä, että ennakkoratkaisupyynnön mukaan purkauspaikat sijaitsivat aina Ranskassa, ja muutamaa poikkeusta lukuun ottamatta myös kaikki lastauspaikat sijaitsivat Ranskassa. Jälkimmäisen seikan MSG on kiistänyt suullisessa käsittelyssä kansallisessa tuomioistuimessa. MSG nimittäin väitti tuolloin, että lastauspaikat sijaitsivat yleensä Saksassa.

rän erotusta. MSG nosti kanteen valtion sisäisen vesiliikenteen osalta toimivaltaisessa tuomioistuimessa Schiffahrtsgericht Würzburgissa saadakseen korvauksen vahingoista, joita se on kärsinyt aikarahtaussopimuksen rikkomisen takia.

3. MSG:n mukaan saksalaisten tuomioistuinten toimivalta perustuu siihen, että vastaaja ei ole riitauttanut liikesuhteita koskevaa vahvistuskirjettä, johon oli valmiiksi painettu, että paikkakunta, jossa velvoite on täytettävä ja jonka tuomioistuin on toimivaltainen, on MSG:n kotipaikka Würzburg, eikä MSG:n lähettämiä laskuja, joissa oli samanlainen maininta ja jotka vastaaja maksoi reklamoimatta.

Schiffahrtsgericht teki välipäätöksen siitä, että se ottaa asian tutkittavaksi. Valitusta käsitellyt Oberlandesgericht Nürnberg taas hyväksyi vastaajan väitteen siitä, että se voidaan haastaa ainoastaan ranskalaiseen tuomioistuimeen, ja jätti valituksen tutkimatta toimivallan puuttumisen takia.

4. Kantaja teki Revision-valituksen Bundesgerichtshofiin juuri tästä tuomiosta vaatien kansallisen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomion pysyttämistä. Bundesgerichtshof totesi ennakkoratkaisupyynnössä erityisesti, että "aikarahtaussopimukseen perustuvat sopimusvelvoitteet oli täytettävä Ranskassa; paikka, jossa velvoitteet pääasiallisesti täytettiin, oli Ranskassa; vastaajalla, jonka kuului määrätä aluksen käytöstä, oli Ranskassa kotipaikka, ja lisäksi lähes kaikki purkauspaikat ja kaikki lastauspaikat sijaitsivat Ranskassa, joten kantajan täysin perusteltu intressi siihen, että on vain yksi velvoitteen täyttämispaikka, ei mitenkään vaatinut, että yleissopimuksen 5 artiklasta poiketaan sopimuksella".

Kansallisen tuomioistuimen mukaan kaikki sekä pääasialliset että liitännäiset sopimusvelvoitteet voidaan täyttää ainoastaan Ranskassa, joten oikeuspaikasta sopiminen on tässä fiktiivistä, ja "sillä, että [kantajan] yleisissä sopimusehdoissa todetaan, että Würzburg on paikkakunta, jossa velvoite on täytettävä, pyritään ainoastaan siihen, että mahdolliset riidat käsittelee sen paikkakunnan tuomioistuin, jossa kantajalla on kotipaikka". Valinnan ainoana tavoitteena on siis määrittää, että kantajan kotipaikan tuomioistuin on toimivaltainen, sillä tavalla, että yleissopimuksen 17 artiklan mukaisia muotomääräyksiä ei tarvitse noudattaa. Kuitenkin "sopimus paikasta, jossa velvoite on täytettävä, on Saksan oikeuden mukaan pätevästi tehty", kuten kansallinen tuomioistuin toteaa.

5. Tässä tilanteessa Bundesgerichtshof katsoi, että vireillä olevan asian ratkaisemiseksi on tarpeellista esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat kysymykset:

"1) Onko suullista sopimusta paikasta, jossa velvoite on täytettävä (vuoden 1968 yleissopimuksen 5 artikla), pidettävä pätevänä, vaikka sillä ei ole tarkoitus määritellä paikkaa, jossa velallisen on täytettävä velvoitteensa, vaan ainoastaan vahvistaa muotomääräyksiä noudattamatta se, että tietyn paikkakunnan tuomioistuin on toimivaltainen (abstrakti sopimus paikasta, jossa velvoite on täytettävä)?

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan kieltävästi,

a) voidaanko vuoden 1968 yleissopimuksen, sellaisena kuin se on vuonna 1978 muutetussa muodossaan, 17 artiklan ensimmäisen kappaleen toisessa virkkeessä mainitussa kolmannessa vaihtoehdossa tarkoitettua kansainvälisen kaupan oikeuspaikkasopimusta pitää pätevästi tehtynä sillä perusteella, että yksi sopimuspuoli ei ole riitauttanut sellaisen liikesuhteita koskevan vahvistuskirjeen sisältöä, jossa oli valmiiksi painettuna maininta, jolla annetaan yksinomainen toimivalta kirjeen lähettäjän kotipaikan tuomioistuimille, vai onko vahvistuskirjeen sisällöstä aina sovittava etukäteen?

b) onko edellä mainitussa määräyksessä tarkoitetun oikeuspaikkasopimuksen syntymiseksi riittävää, että kaikissa yhden sopimuspuolen lähettämissä laskuissa on maininta kuljettajan kotipaikan tuomioistuimen yksinomaisesta toimivallasta ja viittaus kuljettajan soveltamiin konossementtiehtoihin, joissa on vastaava maininta, ja että toinen sopimuspuoli on aina maksanut nämä laskut reklamoimatta, vai onko oikeuspaikasta myös sovittava etukäteen?"

6. Ensin on siis selvitettävä, voidaanko 5 artiklan 1 kohdan mukaan pitää pätevänä sellaista abstraktia sopimusta velvoitteen täyttämispaikkakunnasta, joka on yksinkertaisesti peitelty oikeuspaikkasopimus, johon sinänsä sovelletaan muotomääräyksiä. Jos tähän vastataan kieltävästi, on selvitettävä, voidaanko katsoa, että sopimus paikasta, jossa velvoite on täytettävä, on tässä asiassa 17 artiklan mukaan pätevästi tehty oikeuspaikkasopimus.

Komissio on ehdottanut ennakkoratkaisukysymysten järjestyksen muuttamista, koska jo logiikka vaatii, että 17 artiklan mukaisen pätevän oikeuspaikkasopimuksen olemassaolo on ratkaistava ennen kuin

selvitetään, onko tehty 5 artiklan 1 kohdan mukainen pätevä sopimus paikasta, jossa velvoite on täytettävä. Tämä perustuu nimenomaan siihen, että 17 artiklassa määrätään yksinomaisesta toimivallasta, joka siis ohittaa muut, jopa 5 artiklan 1 kohdassa tarkoitetut erityiset toimivaltaperusteet. Komission mukaan on lisäksi niin, että jos oikeuspaikkasopimus on pätevästi tehty, yhteisöjen tuomioistuimen ei tarvitsisi vastata kysymykseen, joka koskee paikasta, jossa velvoite on täytettävä, tehdyn abstraktin sopimuksen pätevyyttä ja joka on varmasti mutkikkaampi ja pulmallisempi (sic!).

Lisäksi paikasta, jossa velvoite on täytettävä, tehtyjä abstrakteja sopimuksia koskevaa ongelmaa ei todellakaan saa aliarvioida, ja kansalliset tuomioistuimet käsittelevät ja ratkaisevat tämän ongelman eri tavoilla, kuten näemme. Tässä tilanteessa on välttämätöntä, että yhteisöjen tuomioistuin antaa selventävän vastauksen. Käsittelen siis kysymykset esitetyssä järjestyksessä.

Ensimmäinen kysymys

7. Itse katson, että on pitäydyttävä järjestyksessä, jossa kansallinen tuomioistuin on kysymykset esittänyt. Ottamatta huomioon esitetyn kahden kysymyksen (otaksutusti) erilaista vaikeusastetta, jota ei mielestäni voida tai saada pitää yhteisöjen tuomioistuimen valintojen perustana, katson, että Bundesgerichtshofin valinta esittää ensin 5 artiklan 1 kohdan tulkintaa koskeva kysymys ei ole lainkaan sattumanvarainen. Myöntävä vastaus tähän kysymykseen tarkoittaa, että Saksan tuomioistuimet ovat varmasti toimivaltaisia, kun taas on mahdollista, että vastaus, jonka yhteisöjen tuomioistuin antaa 17 artiklaa koskevaan kysymykseen, saattaa aiheuttaa sen, että kansallinen tuomioistuin joutuu toimivaltaisen oikeuspaikan määritelläkseen tutkimaan uudestaan tosiseikat, mikä ei kuulu Bundesgerichtshofin toimivaltaan. Jos yhteisöjen tuomioistuin siis päättäisi vastata ainoastaan toiseen kysymykseen, samassa asiassa saatettaisiin joutua esittämään toinen ennakkoratkaisukysymys.

8. Kansallisen tuomioistuimen esittämä ensimmäinen kysymys koskee yleissopimuksen 5 artiklan 1 kohtaa, jossa todetaan seuraavaa: "Sellaista henkilöä vastaan, jolla on kotipaikka sopimusvaltiossa, voidaan nostaa kanne toisessa sopimusvaltiossa: — — sopimusta koskevassa asiassa sen paikkakunnan tuomioistuimessa, jossa kanteessa tarkoitettu velvoite on täytetty tai täytettävä; — —".

Muistutan, että yleissopimuksen II osaston 2 jaksossa nimeltään Erityinen toimivalta olevan 5 artiklan 1 kohdassa poiketaan vastaajan kotipaikan tuomioistuimen yleistoimivaltaa koskevasta 2 artiklan määräyksestä. Sen paikkakunnan tuomioistuimen, jossa velvoite on täytettävä, poikkeuksellinen toimivalta on perusteltua ottaen huomioon "erityisen läheinen liittymä itse asian ja sen tuomioistuimen välillä, jossa asia voidaan

saattaa vireille", kuten Jenardin kertomuksessa todetaan. [2]

9. Samaa logiikkaa on noudatettu yhteisöjen tuomioistuimen tätä alaa koskevassa oikeuskäytännössä, jossa on toistuvasti korostettu, että 5 artiklassa kantajalle jätetty valinnanvapaus "otettiin käyttöön ottaen huomioon tietyissä tarkoin määritellyissä tapauksissa esiintyvä erityisen läheinen liittymä itse asian ja sellaisen tuomioistuimen välillä, jonka käsiteltäväksi asia voidaan saattaa, jotta oikeudenkäynti olisi tarkoituksenmukaisesti järjestetty". [3] Toisin sanoen sen paikkakunnan, jossa velvoite on täytettävä, tuomioistuimen toimivallan perustana on suora ja ennen kaikkea objektiivinen liittymä asian ja sen osalta toimivaltaisen tuomioistuimen välillä. Ainakin yleissopimuksen laatijoiden käsityksen mukaan kyseisen tuomioistuimen toimivallan perustana on siis tuomioistuimen fyysinen läheisyys asiaan.

Yleissopimuksen 5 artiklan 1 kohdassa määrätyn toimivallan peruste ei kuitenkaan ainakaan suoranaisesti ole tuomioistuimen läheisyys asiaan, vaan toimivalta liittyy paikkakuntaan, "jossa kanteessa tarkoitettu velvoite on täytetty tai täytettävä." [4]

10. Lisäksi on todettava, että yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan muiden kuin työsopimusten osalta [5] 5 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua velvoitteen täyttämispaikkakuntaa määritettäessä "käsitteellä velvoite tarkoitetaan velvoitetta, joka vastaa kantajan kanteen perusteena olevaa, sopimuksesta johtuvaa oikeutta". [6] Paikkakunta, jossa tämä velvoite on täytettävä, määritellään viittaamalla kansalliseen oikeuteen. Yhteisöjen tuomioistuin on nimittäin täsmentänyt, että asiaa käsittelevän tuomioistuimen on ensin "omien lainvalintasääntöjensä mukaan määritettävä, mitä lainsäädäntöä kyseessä olevaan oikeussuhteeseen sovelletaan, ja määriteltävä tämän lainsäädännön mukaisesti paikkakunta, jossa riidanalainen sopimusvelvoite täytetään". [7]

Yleissopimuksen 5 artiklan 1 kohtaa on siis tulkittava siten, että toimivaltainen on sen paikkakunnan tuomioistuin, jossa kanteen perustana oleva sopimusvelvoite on täytetty tai täytettävä; paikkakunta, jossa tämä velvoite on täytettävä, määritellään asiaa käsittelevän tuomioistuimen soveltamien lainvalintasääntöjen perusteella velvoitteeseen sovellettavan aineellisen oikeuden mukaan.

11. Paikkakunnasta, jossa velvoite on täytettävä, voidaan määrätä myös sopimuspuolten sopimuksessa. Tämä ilmenee asiassa 56/79,

2 — EYVL 1979 C 59, s. 1 ja erityisesti s. 22.

3 — Asia 12/76, Tessili, tuomio 6.10.1976 (Kok. 1976, s. 1473, 13 kohta).

4 — Kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut, juuri tämä paikkakunta on kuitenkin "tavallisesti läheisin liittymä asian ja toimivaltaisen tuomioistuimen välillä; tämän liittymän takia sen paikkakunnan tuomioistuin on toimivaltainen, jossa sopimusvelvoite oli täytettävä (asia 266/85, Shenavai, tuomio 15.1.1987, Kok. 1987, s. 239, 18 kohta).

5 — Tällaisten sopimusten osalta vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on nimittäin niin, että paikkakuntaa, jossa velvoite on täytettävä, ei määritellä lex causaen mukaan vaan itsenäisesti, sopimukselle tyypillisen velvoitteen perusteella (ks. erityisesti asia 133/81, Ivenel, tuomio 26.5.1982, Kok. 1982, s. 1891). Kuten tunnettua, tämä oikeuskäytäntö on nimenomaisesti vahvistettu 5 artiklan 1 kohdan sanamuodossa sellaisena kuin kohta on muutettuna vuoden 1989 liittymisasiakirjalla.

6 — Asia 14/76, De Bloos, tuomio 6.10.1976 (Kok. 1976, s. 1497, 13 kohta).

7 — Edellä alaviitteessä 3 mainittu asia Tessili, tuomion 13 kohta.

Zelger, 17.1.1980 annetusta tuomiosta, [8] jossa yhteisöjen tuomioistuin on sitä paitsi käsitellyt juuri 5 artiklan 1 kohdan ja 17 artiklan välistä suhdetta. Kyseisessä asiassa yhteisöjen tuomioistuimen piti ratkaista, riippuuko velvoitteen täyttämispaikkakuntaa koskevan sopimuksen pätevyys 17 artiklassa asetettujen muotomääräysten noudattamisesta.

Yhteisöjen tuomioistuin lähti siitä, että "toimivalta, joka kuuluu velvoitteen täyttämispaikkakunnan tuomioistuimelle (5 artiklan 1 kohta), ja sopimuspuolten valitsemalle tuomioistuimelle (17 artikla), ovat kaksi eri käsitettä, ja ainoastaan oikeuspaikkasopimuksiin sovelletaan yleissopimuksen 17 artiklassa mainittuja muotomääräyksiä" (em. tuomion 4 kohta), ja päätteli, että "jos sopimuspuolet voivat sovellettavan lainsäädännön mukaan ja siinä säädetyillä edellytyksillä ilman erityistä muotomääräystä määrätä paikkakunnasta, jossa velvoite on täytettävä, tällainen sopimus riittää siihen, että kyseisen paikkakunnan tuomioistuin on yleissopimuksen 5 artiklan 1 kohdan mukaan toimivaltainen" (5 kohta).

12. Asiassa Zelger annetun tuomion mukaan siihen, että sopimus paikkakunnasta, jossa sopimusvelvoite on täytettävä, on 5 artiklan 1 kohdan mukaan pätevä, siis riittää, että "sopimuspuolet määräävät kansallisen sopimusoikeuden mukaan pätevällä sopimusehdolla paikkakunnasta, jossa sopimusvelvoite on täytettävä" (6 kohta).

Jos tätä ratkaisua sovellettaisiin tässä asiassa, olisi siten pääteltävä, että sopimus paikkakunnasta, jossa sopimus on täytettävä, on myös 5 artiklan 1 kohdan mukaan pätevä, jos se on Saksan sopimusoikeuden mukaan pätevä. Toisaalta on niin, kuten Bundesgerichtshofkin on todennut ennakkoratkaisupyynnössään, että tämän tuomion perusteella "ei voida varmuudella sanoa, onko myös suullisia sopimuksia paikasta, jossa velallisen on täytettävä velvoitteensa, pidettävä pätevinä, vaikka niillä ei ole tarkoitus määrätä paikasta, jossa velallisen on täytettävä velvoitteensa, vaan ainoastaan määrätä toimivaltaisesta tuomioistuimesta yleissopimuksen 17 artiklassa asetettuja edellytyksiä noudattamatta (ns. abstrakti sopimus paikasta, jossa velvoite on täytettävä)".

13. Totean ensin, että yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Zelger valitsema ratkaisu, jota voidaan periaatteessa kannattaa, ei todellisuudessa vastaa nyt esitettyyn kysymykseen. Tätä vahvistaa myös se, että tuomiossa ei mitenkään viitata ongelmaan, joka aiheutuu mahdollisesta fiktiivisestä täytäntöönpanopaikan määräämisestä, jolla on tarkoitus kiertää 17 artiklan määräyksiä, vaikka tästä ongelmasta keskusteltiin oikeudenkäynnin aikana ja vaikka julkisasiamies käsitteli sitä ratkaisuehdotuksessaan. [9] Joka tapauksessa

8 — Asia 56/79, Zelger, tuomio 17.1.1980 (Kok. 1980, s. 89).

9 — Ks. julkisasiamies Capotortin ratkaisuehdotus, Kok. 1980, s. 98 ja sitä seuraavat sivut, erityisesti s. 101 ja sitä seuraavat sivut.

on riittävää todeta, että asiassa Zelger ei ollut ollenkaan kyse abstraktista sopimuksesta, kuten tässä asiassa, sillä sopimuspuolten määräämä paikkakunta, jossa velvoite oli täytettävä, oli sama kuin lain perusteella määräytyvä paikkakunta.

Kun yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Zelger, että 17 artiklan mukaisia muotomääräyksiä ei sovelleta sopimuspuolten tekemään 5 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuun sopimukseen paikkakunnasta, jossa velvoite on täytettävä, jos sopimus on sovellettavan kansallisen lainsäädännön mukainen, se ei pelkästään todennut, että kyseisillä säännöillä on erilainen tehtävä ja että niitä siten sovelletaan eri tilanteissa. [10] Yhteisöjen tuomioistuin nimittäin korosti erityisesti sitä, että joskin 5 artiklaan perustuva toimivalta on perusteltu sen takia, että "riidan ja tuomioistuimen, jonka käsiteltäväksi se on saatettu, välillä on suora liittymä" (3 kohta), 17 artiklan mukaisen erityistoimivallan osalta "ei oteta huomioon mitään objektiivista liittymää riidan ja valitun tuomioistuimen välillä" (4 kohta).

14. Siitä ei ole epäilystä, että tässä asiassa käsiteltävänä olevassa abstraktissa sopimuksessa paikasta, jossa velvoite on täytettävä, ei oteta huomioon objektiivista liittymää riidan ja valitun tuomioistuimen välillä. Kuten kansallinen tuomioistuin on todennut, lisäksi tässä asiassa täytäntöönpanopaikkaa koskevan sopimuksen *ainoana* tavoitteena on toimivaltaisesta tuomioistuimesta määrääminen. Tässä tilanteessa ei ole mitään epäilystä siitä, että kyseisellä sopimuksella tavoitellaan pikemminkin 17 artiklan tarkoitusta, joten sopimukseen pitäisi jo loogisesti soveltaa tätä artiklaa. Siten sitä ei voitaisi pitää pätevänä 5 artiklan perusteella.

Tällaiselle ratkaisulle on kuitenkin useita esteitä ottaen huomioon etenkin se, että yhteisöjen tuomioistuin on täysin selvästi todennut seuraavaa: a) täytäntöönpanopaikka ratkaistaan kansallisen oikeuden perusteella (asiassa Tessili annettu tuomio); b) kansallisessa oikeudessa voidaan säätää, että sopimuspuolet päättävät täytäntöönpanopaikasta, jolloin 17 artiklan mukaisten muotomääräysten noudattaminen ei ole välttämätöntä (asiassa Zelger annettu tuomio); ja c) tällä tavalla määrätyllä täytäntöönpanopaikalla ei tarvitse olla mitään objektiivista liittymää riitaan (asiassa Custom Made Commercial annettu tuomio [11]). Jos nämä kolme tuomiota luetaan yhdessä, looginen päätelmä on se, että täytäntöönpanopaikan fiktiivinen määrääminen on aina ja joka tapauksessa 5 artiklan 1 kohdan mukaan pätevää. Tällainen on myös komission tässä asiassa esittämä näkemys; jos kyseiset tuomiot luetaan ottamatta huomioon asiayhteyttä, on näin päädytty päätelmään, joka on näennäisesti moitteeton ja varmasti yksinkertaisempi mutta jossa ei oteta

10 — Yhteisöjen tuomioistuin korosti erityisesti, että 17 artiklan tarkoitus on yksinomaan prosessuaalinen, kun taas 5 artiklan 1 kohdan tarkoitus on olennaisesti aineellinen ja vain epäsuorasti vaikutukseltaan prosessuaalinen, kuitenkin riippumatta sopimuspuolten tahdosta.

11 — Asia C-288/92, Custom Made Commercial, tuomio 29.6.1994 (Kok. 1994, s. I-2913, 14—21 kohta).

mitenkään huomioon 17 artiklan merkitystä yleissopimuksen järjestelmässä.

15. Jos hyväksytään, että sopimuspuolet voivat päättää sopimuksen osien alueellisesta sijoittumisesta mihin ja miten he haluavat, kuten edellä mainituista tuomioista ilmenee, tästä seuraisi tämän käsityksen mukaan väistämättä, että nämä sopimuspuolet voisivat käyttää täytäntöönpanopaikasta sopimista myös siihen, että he valitsevat muun kuin sen tuomioistuimen, joka tavallisesti olisi toimivaltainen (2 tai 5 artiklan perusteella, jos täytäntöönpanopaikasta säädetään laissa). Toisin sanoen sopimuspuolten tahdolle ei olisi mitään muita rajoituksia kuin ne, jotka mahdollisesti aiheutuvat kansallisesta oikeudesta joko niin, että siinä säädetään muotomääräyksistä, tai niin, että oikeuskäytännössä viitataan sellaisiin käsitteisiin kuin lain kiertäminen. [12] Muussa tapauksessa täytäntöönpanopaikasta tehtyjen sopimuksien pätevyys pitäisi aina ja kaikissa tapauksissa tunnustaa.

Kolmen mainitun tuomion tällainen tulkinta, joka perustuu pelkille syllogismeille, vaikuttaa mielestäni hieman liian yksinkertaiselta. Joskin on totta, että täytäntöönpanopaikka ratkaistaan aineellisen oikeuden perusteella, tästä ei automaattisesti seuraa, että yhteisöjen tuomioistuimet eivät voisi asettaa rajoja estääkseen edes sen, että toista yleissopimuksen määräystä eli tässä asiassa 17 artiklaa kierrettäisiin. Toiseksi minusta vaikuttaa siltä, että kun otetaan huomioon asiassa Zelger annetussa tuomiossa esitetty maininta riidan ja sitä käsittelevän tuomioistuimen suorasta liittymästä, tuomiota on tulkittava pikemminkin niin, että sopimuspuolet tosin voivat päättää, että sopimuksen täytäntöönpano tapahtuu muualla kuin lain nojalla määräytyvällä paikkakunnalla, mutta sen on kuitenkin oltava tosiasiallinen täytäntöönpanopaikka; ainoastaan tällaisessa tapauksessa sopimuspuolten ei tarvitse noudattaa 17 artiklan mukaisia muotomääräyksiä. Lopuksi pidän merkityksettömänä tässä analyysissa sitä, että yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Custom Made Commercial antamassaan tuomiossa, että "5 artiklan 1 kohdan mukaan vastaaja voidaan sopimusasiassa haastaa sen paikkakunnan tuomioistuimeen, jossa kanteen perustana oleva velvoite on täytetty tai täytettävä, jopa silloin, kun näin määrätty tuomioistuin ei ole se tuomioistuin, jonka liittymä riitaan on läheisin". [13] Asiassa Custom Made Commercial

12 — Näin esimerkiksi Cour d'appel de Liège kieltäytyi 12.5.1977 antamassaan tuomiossa (Journal des Tribunaux 1977, s. 710) pitämästä pätevänä täytäntöönpanopaikasta tehtyä sopimusta, koska se oli vastoin sopimuksen alueellisia realiteetteja. Cour de cassation vahvisti sitten tämän tuomion (tuomio 28.6.1979, Journal des Tribunaux 1979, s. 625, Vander Elstin huomautus julkaisussa Revue critique de jurisprudence belge, 1981, s. 347 ja sitä seuraavat sivut) ja totesi, että kyseisellä sopimuksella kierrettiin lakia. Belgialaiset tuomioistuimet ovat yleensä ratkaisseet ongelman ainoastaan kansallisen oikeuden perusteella. Muuten jäsenvaltioiden oikeuskäytännöt vaihtelevat varsin paljon. Yleensä niissä myönnetään, varsinkin asiassa Zelger annetun tuomion jälkeen, että jos täytäntöönpanopaikasta on sovittu, 17 artiklan mukaisten muotomääräysten noudattamista ei vaadita (vastaavasti ks. esim. Cour d'appel de Lyonin 28.3.1979 antama tuomio, La Semaine juridique, édition générale 1981, jurisprudence, nro 19519, sekä Schackin mainitsema Saksan kansallinen oikeuskäytäntö artikkelissa Abstrakte Erfüllungsortsvereinbarungen: form- oder sinnlos? julkaisussa Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1996, s. 247 ja sitä seuraavat sivut, alaviite 5). On lisäksi mainittava Ranskan Cour de cassationin 27.2.1996 antama tuomio (Europe, huhtikuu 1996, nro 171, s. 23), jossa se kieltäytyi pitämästä pätevänä täytäntöönpanopaikkaa koskevaa sopimusta ja viittasi yhtäältä siihen, että riidanalainen velvollisuus voitiin täyttää ainoastaan Ranskassa, ja toisaalta siihen, että yleissopimuksen 5 artiklan 1 kohdan mukaan ainoa velvollisuus, joka on otettava huomioon, on se, jonka takia kanne on nostettu.

13 — Edellä alaviitteessä 11 mainittu asia Custom Made Commercial, tuomion 21 kohta.

oli nimittäin kyse mahdollisuudesta olla viittaamatta lex causaeen täytäntöönpanopaikan määräämisen perusteena, ja tätä pohdittiin ainoastaan sen takia, että tätä perustetta soveltaen toimivaltainen tuomioistuin oli se, jolla oli vähäisin liittymä riitaan. [14]

16. Nyt käsiteltävänä olevassa asiassa on sitä vastoin selvää, että kyseessä on sopimus, jolla annetaan toimivalta sellaisen paikkakunnan tuomioistuimelle, jolla ei ole muuta yhteyttä asiaan kuin se, että se on kantajan kotipaikka, minkä lisäksi sopimuksen ainoana tavoitteena on 17 artiklassa asetettujen muotomääräysten kiertäminen. Tässä asiassa käsiteltävänä oleva ongelma on paljon laajempi kuin se, kuuluuko 5 artiklassa tarkoitettu toimivalta aina sille tuomioistuimelle, jonka fyysinen liittymä kyseessä olevaan asiaan on läheisin.

Tässä asiassa on siis lopulta päätettävä, onko 5 artikla pätevä toimivaltaperuste myös tapauksessa, jossa sopimusvelvoitetta ei missään tapauksessa voida täyttää sovitulla paikkakunnalla joko siksi, että se olisi vastoin sopimuksen luonnetta, tai siksi, että se ei vastaa alueellisia realiteetteja.

17. Tällainen ratkaisu tarkoittaisi luonnollisesti, että sopimuspuolet voisivat täytäntöönpanopaikasta fiktiivisesti sopimalla kiertää muodolliset esteet oikeuspaikkasopimusten tekemisessä. Jos yhteisöjen tuomioistuin vahvistaisi tällaisen ratkaisun, se hyväksyisi siten uuden tavan käyttää 5 artiklan 1 kohtaa siten, että sopimuspuolet saavat valita muun tuomioistuimen kuin sen, joka on yleisesti toimivaltainen, varmasti helpommalla tavalla kuin mitä 17 artiklassa on säädetty, mistä seuraisi, että yhteisöjen tuomioistuin soveltaisi väärin 17 artiklan sanamuotoa ja rikkoisi en tarkoitusta tai ainakin vähentäisi niiden merkitystä. On tuskin tarpeellista muistuttaa tältä osin, että 17 artiklan mukaiset muotomääräykset eivät ole tavoite sinänsä, vaan niillä pyritään suojaamaan heikompaa sopimuspuolta; niiden tavoite tai tarkemmin sanottuna tavoite, johon niillä pyritään, on siis välttää se, että pelkästään toisen sopimuspuolen sopimukseen kirjaamat tuomioistuimen toimivaltaa koskevat sopimuslausekkeet jäisivät huomaamatta.

Tässä tilanteessa on liiankin selvää, että 5 artiklan 1 kohtaa ei voida tulkita tavalla, joka mahdollistaisi sellaisen tuloksen, jota 17 artiklassa asetetuilla tiukoilla muotomääräyksillä on nimenomaan yritetty välttää. [15]

14 — Toisin sanoen joskin on totta, että sen täytäntöönpanopaikkakunnan tuomioistuimen toimivalta on perusteltu suoran ja objektiivisen liittymän takia, joka yleensä on riidan ja asiaa käsittelevän tuomioistuimen välillä, 5 artiklassa määrätty toimivaltaperuste (paikkakunta, jossa kanteessa tarkoitettu velvoite on täytetty tai täytettävä) voi johtaa erilaisiin tuloksiin, joita ei kuitenkaan tämän takia voida jättää ottamatta huomioon.

15 — Todellisuudessa jopa ne henkilöt, joiden mielestä asiassa Zelger annettu tuomio on onnistunut, pitävät parempana yhdenmukaisten muotomääräysten asettamista sekä oikeuspaikkasopimusten että täytäntöönpanopaikkaa koskevien abstraktien sopimuslausekkeiden osalta. Ks. vastaavasti Kropholler: *Europäisches Zivilprozessrecht*, 1996; Gaudemet-Tallon: *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, 1993, s. 121; Kaye: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Abingdon, 1987, s. 524; Lasok, Stone: *Conflict of Laws in the European Community*, Abingdon, 1987, s. 219; Desantes Real: *La Competencia Judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986, s. 258 ja sitä seuraavat sivut; Calvo-Caravaca: Comentario al Convenio de Bruselas, Madrid, 1994, s. 90 ja sitä seuraavat sivut. Vastakkaisesta käsityksestä ks. Geimer: *Internationales Zivilprozessrecht*, 1993, kohta 1491.

On kuitenkin kysyttävä, miten tällaista ratkaisua voitaisiin pitää oikeana 5 artiklan 1 kohdan perusteella ja yhteensopivana yleissopimuksen järjestelmän ja tavoitteiden kanssa, kun yleissopimusta tarkastellaan kokonaisuutena ja erityisesti otetaan huomioon sen 17 artikla.

18. Komissio myöntää, että fiktiivinen täytäntöönpanopaikasta sopiminen voi olla keino kiertää 17 artiklassa asetetut muotomääräykset, mutta se arvioi kuitenkin, että yleissopimuksessa itsessään annetaan tämä mahdollisuus. Komissio tyytyy tältä osin mainitsemaan, että 5 artiklan 1 kohdassa ei edellytetä, että sopimuspuolet mainitsevat sopimusvelvoitteiden todellisen täytäntöönpanopaikan.

Tämä väite on liiallinen. Ainoa toimivaltaperuste, joka on löydettävissä kyseisestä määräyksestä, on se, että kyseessä täytyy olla paikkakunta, jossa kanteessa tarkoitettu velvoite on täytetty tai täytettävä, eikä tässä ole mitään mainintaa mahdollisuudesta sopia täytäntöönpanopaikasta. Mielestäni on järkevää katsoa, että tämä peruste ei mahdollista sitä, että voitaisiin sopia mistä tahansa paikasta maailmankaikkeudessa, vaan päinvastoin tämä peruste edellyttää liittymää paikkakuntaan, jossa tämä velvoite todellisuudessa täytetään tai on täytettävä. Joka tapauksessa kyseessä on oltava paikkakunta, jolla on liittymä sopimuksen kohteeseen tai joka on ainakin yhteensopiva sen kanssa, vaikka se olisikin eri kuin lain nojalla määräytyvä paikkakunta.

Mitään erityistä painoa ei mielestäni ole annettava väitteelle, että tällainen näkemys yllyttäisi sopimuspuolia luopumaan oikeuspaikasta sopimisesta, minkä takia 5 artiklan 1 kohdalla ei olisi enää mitään sisältöä. Tyydyn tältä osin toteamaan, että täytäntöönpanopaikka ei *lakkaa olemasta* sen takia, että täytäntöönpanopaikasta tehdyllä sopimuksella ei tietyillä edellytyksillä voida sopia toimivaltaisesta tuomioistuimesta: kantaja voi nimittäin tällöin saattaa asian sen paikkakunnan tuomioistuimen käsiteltäväksi, jossa velvoite on täytetty tai täytettävä lain mukaan.

19. Ottaen huomioon 17 artiklan merkitys yleissopimuksen järjestelmässä on mielestäni absurdia ajatella, että yleissopimusta voitaisiin tulkita niin, että siinä sallittaisiin kyseisen artiklan kiertäminen. Tämän takia en voi olla samaa mieltä komission kanssa siitä, että tämä on hinta, joka on maksettava oikeusvarmuudesta ja siitä, että toimivaltainen tuomioistuin voidaan ennakoida. Nämä tavoitteet eivät nimittäin varmasti ole itsetarkoitus; jos esimerkiksi voidaan ennakoida, mitä sääntöjä sovelletaan toimivaltaisuuteen, tämä tarkoittaa niiden henkilöiden oikeussuojan vahvistamista, joiden kotipaikka on yhteisössä, sillä kantaja voi näin helposti saada tietoonsa, minkä tuomioistuimen käsiteltäväksi asia voidaan saattaa, ja vastaaja voi kohtuullisesti ennakoida, mihin tuomioistuimeen vastaaja saatetaan haastaa. [16] En siis käsitä, millä tavalla 17 artiklan rikkomisella vahvistettaisiin oikeusvarmuutta.

16 — Asia C-125/92, Mulox, tuomio 13.7.1993 (Kok. 1993, s. I-4075, 11 kohta).

Todellisuudessa näiden kahden säännön päällekkäisyys ei ole hyväksyttävissä ilman tulkinnan avulla tapahtuvaa valvontaa, varsinkaan jos ajatellaan, että on välttämätöntä taata 17 artiklalla tavoiteltu sopimuspuolten välinen tasapaino.

20. Jos ei haluta kyseenalaistaa asiassa Zelger annettua tuomiota ja siten päättää itsenäisesti täytäntöönpanopaikasta silloin, kun sopimuspuolet ovat siitä sopimuksella määränneet — mikä olisi periaatteessa toivottava ratkaisu ja minkä etuna olisi se, että se olisi selkeä ja yksiselitteinen, [17] mutta mikä pakottaisi sopimuspuolet noudattamaan erityisen ankaria muotomääräyksiä myös silloin, kun täytäntöönpanopaikasta on tosiasiallisesti määrätty —, yksinkertaisin ratkaisu on juuri se, että yhteisöjen tuomioistuin asettaa rajat, joilla pyritään yksinkertaisesti ja yksinomaan siihen, että 17 artiklan määräyksiä ei kierretä. [18]

Näiden rajojen asettaminen ei sitä paitsi vaadi erityistä mielikuvitusta tai ponnistelua. Mielestäni riittää sen toteaminen, että sovitun täytäntöönpanopaikan ei voida katsoa olevan yleissopimuksen 5 artiklan 1 kohdan mukainen, jos kansallinen tuomioistuin toteaa — kuten Saksan tuomioistuin on tässä asiassa tehnyt —, että sopimuspuolten määräämällä täytäntöönpanopaikalla ei ole mitään läheistä liittymää sopimuksen kohteeseen ja että tästä paikasta on sovittu ainostaan toimivaltaisesta tuomioistuimesta sopimiseksi siten, että 17 artiklan mukaisia muotomääräyksiä ei tarvitsisi noudattaa.

Toinen kysymys

21. Tämä kysymys on esitetty siltä varalta, että yhteisöjen tuomioistuin toteaa, kuten olen ehdottanut, että sellaiset täytäntöönpanopaikkaa koskevat sopimukset, joiden ainoana tarkoituksena on määrätä muodollisesti sellaisen paikkakunnan tuomioistuimen toimivallasta, joka ei ole sama kuin tosiasiallinen täytäntöönpanopaikka, ovat pätemättömiä, ja tällä kysymyksellään Bundesgerichtshof haluaa tietää, voidaanko tässä asiassa katsoa, että on syntynyt yleissopimuksen 17 artiklan mukainen sopimus toimivaltaisesta tuomioistuimesta. Täsmällisemmin ilmaistuna kysytään sitä, voidaanko kansainvälisessä kaupassa katsoa, että toimivaltaisesta tuomioistuimesta on tehty pätevästi sopimus myös silloin, kun yksi sopimuspuoli vaikenee liikesuhteita koskevan vahvistuskirjeen osalta (toisen kysymyksen a kohta) tai kun yksi sopimuspuoli maksaa reklamoimatta laskut, joissa on maininta toimivaltaisesta tuomioistuimesta (toisen kysymyksen b kohta), vai onko sopimuspuolten sovittava joka tapauksessa asiasta etukäteen

17 — Näin myös Jayme: La place de l'article 5 dans l'économie de la Convention. La compétence en matière contractuelle, julkaisussa Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe: actes du Colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen, Luxembourg les 11 et 12 mars 1991, London, 1993, s. 75 ja sitä seuraavat sivut; ja Huet: Note sous l'arrêt de la Cour Zelger, julkaisussa Journal du droit international, 1980, s. 435 ja sitä seuraavat sivut. Kumpikin kirjoittaja ehdottaa, että täytäntöönpanopaikasta päätettäisiin itsenäisesti, jolloin 17 artiklan mukaisia muotomääräyksiä ei tarvitsisi noudattaa mutta jolloin sopimuspuolten suostumus olisi kuitenkin näytettävä toteen.

18 — Tältä osin on mielestäni tarpeen toistaa, että sitä, että ei ole olemassa sinänsä toivottavaa itsenäistä täytäntöönpanopaikan käsitettä, ei voida pitää seikkana, joka estäisi yhteisöjen tuomioistuinta asettamasta rajoja, joilla estettäisiin se, että 5 artiklaan vedotaan 17 artiklan sijasta. Joskin on totta, että täytäntöönpanopaikka määräytyy sovellettavan aineellisen oikeuden perusteella, pitää myös paikkansa, kuten yhteisöjen tuomioistuin on monta kertaa todennut, että itsenäisen tulkinnan ja lainvalintasääntöjen välinen valinta on siinä mielessä pragmaattinen, että "sopiva vaihtoehto voidaan valita ainoastaan yleissopimuksen kaikki määräykset huomioon ottaen kuitenkin siten, että sen täysi tehokkuus taataan perustamissopimuksen 220 artiklan tavoitteiden mukaisesti" (edellä alaviitteessä 3 mainittu asia Tessili, tuomion 11 kohta). Rajojen asettaminen yhteisön oikeudessa on sitäkin tärkeämpää, jos on kyse näiden kahden määräyksen yhteensopivuuden ja tehokkuuden varmistamisesta, sillä toista näistä eli 17 artiklaa on tähän mennessä tulkittu itsenäisesti.

ja onko tämä sopimus vahvistettava kirjallisesti.

Kysymys koskee siis 17 artiklan ensimmäisen kappaleen toisen virkkeen tulkintaa, sellaisena kuin tämä kappale on muutettuna vuoden 1978 liittymissopimuksella. Tällöin aiempiin vaihtoehtoihin eli mahdollisuuteen sopia toimivaltaisesta tuomioistuimesta "kirjallisesti" (ensimmäinen vaihtoehto) tai "suullisesti, vahvistettava kirjallisesti" (toinen vaihtoehto) lisättiin kolmas vaihtoehto, jonka mukaan sopimus voidaan tehdä "kansainvälisessä kaupassa sellaista muotoa noudattaen, joka vastaa sellaista kauppatapaa, jonka asianosaiset tunsivat tai joka heidän olisi pitänyt tuntea".

22. Yhteisöjen tuomioistuimella ei ole vielä ollut mahdollisuutta antaa ratkaisua tämän määräyksen tulkinnasta. [19] Ennen kuin tutkin määräyksen tavoitteita ja sillä toteutettuja uudistuksia ja teen niistä päätelmäni tässä asiassa, pidän tarkoituksenmukaisena käsitellä yhteisöjen tuomioistuimen tulkintaa 17 artiklasta sellaisena kuin se oli ennen kyseistä muutosta — luonnollisesti ainoastaan siltä osin kuin se on tarkoituksenmukaista tätä analyysia varten.

Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan 17 artiklan määräyksiä on tulkittava suppeasti, koska ne ovat poikkeuksia yleisperiaatteesta, jonka mukaan toimivaltainen on sen paikkakunnan tuomioistuin, jossa vastaajalla on kotipaikka (2 artikla), ja erityisistä toimivaltaperusteista, joista on määrätty 5 ja 6 artiklassa. Erityisesti yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että koska yleissopimuksen 17 artiklassa asetetaan oikeuspaikkasopimuksen pätevyyden edellytykseksi "sopimuspuolten välinen 'sopimus', asiaa käsittelevän tuomioistuimen on tutkittava, onko sille toimivallan antavasta oikeuspaikkalausekkeesta tosiasiallisesti sovittu yhteisymmärryksessä sopimuspuolten kesken; tämä on osoitettava selkeästi ja tarkasti". [20]

Yhteisöjen tuomioistuin on siis esimerkiksi todennut, että myyjän suullisesti tehdyn sopimuksen jälkeen ostajalle toimittaman vahvistuskirjeen kääntöpuolella ollut poikkeuslauseke ei ollut pätevä, koska sitä ei ollut tehty 17 artiklan mukaisia muotomääräyksiä noudattaen, [21] ja kyseinen asia muistuttaa hyvin paljon tässä käsiteltävänä olevaa asiaa. Jopa tällaisessa tilanteessa yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut, että sopimuspuolen, joka hyväksyy kyseisen lausekkeen, on vahvistettava se kirjallisesti, ja tätä vaatimusta lievennettiin ainoastaan siten, että kirjallisesta muodosta voidaan poiketa, kun on kyse sopimuspuolten välisestä jatkuvasta liikesuhteesta. [22]

19 — Ks. kuitenkin julkisasiamies Lenzin 8.3.1994 antama perusteellinen ratkaisuehdotus asiassa C-288/92, Custom Made Commercial (Kok. 1994, s. I-2915 ja erityisesti s. I-2934 ja sitä seuraavat sivut).

20 — Asia 24/76, Estasis Salotti, tuomio 14.12.1976 (Kok. 1976, s. 1831, 7 kohta) ja asia 25/76, Segoura, tuomio 14.12.1976 (Kok. 1976, s. 1851, 6 kohta).

21 — Edeltävässä alaviitteessä mainittu asia Segoura.

22 — Tämä mahdollisuus on sitten nimenomaisesti lisätty 17 artiklaan vuoden 1989 liittymissopimuksella. Kyseisen artiklan uudessa versiossa nimittäin määrätään, että oikeuspaikkasopimus voidaan pätevästi tehdä myös "sellaisessa muodossa, joka vastaa asianosaisten välille muodostunutta käytäntöä".

23. Yleissopimuksen 17 artiklan uusi sanamuoto on ilmeisesti muotoiltu juuri sen yllättömän muodollisuuden takia, joka tällaisella lähestymistavalla oli kansainvälisessä kaupassa. Tältä osin Schlosserin kertomuksessa [23] nimittäin todetaan, että yhteisöjen tuomioistuimen tulkinta 17 artiklasta "ei vastaa kansainvälisen kaupan käytäntöä eikä vaatimuksia. Kansainvälisen kaupan käytännössä ei ole etenkään järkevää vaatia, että yleisiä myyntiehtoja käyttävän henkilön sopimuskumppani vahvistaisi kirjallisesti hyväksyvänsä ehdot, ennen kuin ehdoissa mainittu oikeuspaikkalauseke tulisi voimaan. Kansainvälisessä kaupassa on oltava vakioehtoja, joihin sisältyy myös oikeuspaikkalausekkeita".

Tältä kannalta katsoen vuoden 1978 liittymissopimuksella tehty muutos on varmasti tulos siitä, että kansainvälisen kaupan vaatimuksiin ja yleensä liike-elämän konkreettiseen toimintaan on kiinnitetty enemmän huomiota ja sen tarpeet on tiedostettu paremmin (mikä on saattanut olla tarpeen). On nimittäin selvää, että 17 artiklassa mainittujen periaatteiden liian tiukka soveltaminen aiheuttaisi sen, että oikeuspaikkalausekkeet sellaisissa sopimuksissa, joita yksi sopimuspuoli ei ole allekirjoittanut niiden erityispiirteiden takia, olisivat käytännössä lähes vaikutuksettomia.

24. Vaikka 17 artiklan muuttamista olisi pidetty tarpeellisena näistä syistä, Schlosserin kertomuksen mukaan on kuitenkin niin, että "kuten on nimenomaisesti todettu, kyse on *ainoastaan muotomääräysten lieventämisestä. On näytettävä toteen, että kyseessä on tahtojen yhtyminen siitä, että sopimukseen on haluttu sisällyttää yleisiä sopimusehtoja ja tiettyjä niiden lausekkeita* — —". [24]

Tämän muutoksen tarkoituksena oli siis ainoastaan 17 artiklassa mainittujen muotomääräysten lieventäminen, jotta ne vastaisivat kansainvälisen kaupan vaatimuksia, mutta tällä muutoksella ei kuitenkaan haluttu luopua tosiasiallista suostumusta koskevasta tavoitteesta. On aivan ilmeistä, että näiden kahden vaatimuksen välillä on ristiriita tai että ne on ainakin vaikea sovittaa yhteen. Suostumuksen ilmenemistapa on nimittäin yhteisöjen tuomioistuimen esittämän tulkinnan mukaan kiinteästi yhteydessä näyttöön siitä, että sopimuspuolien välillä todella on sopimus. [25] Jos pitää paikkansa, että muotomääräykset eivät ole tavoite sinänsä — mitä ei voida mitenkään epäillä —, vaan niiden avulla pyritään nimenomaan näyttämään toteen, että sopimuspuolet ovat antaneet suostumuksensa, jolloin oikeuspaikkasopimus on pätevä, mistä seuraa, että muotomääräysten lieventäminen heijastuu ilman muuta sopimuksenteon todellisuuteen, kuten oikeuskirjallisuudessakin on todettu. [26]

23 — EYVL 1979 C 59, s. 71, 179 kohta.

24 — Kursivointi tässä.

25 — Kuten yhteisöjen tuomioistuin on itse todennut, "17 artiklan muotovaatimusten tarkoituksena on taata, että asiasta on tosiasiallisesti sovittu sopimuspuolten välillä" (edellä alaviitteessä 20 mainitut asia Estasis Salotti, tuomion 7 kohta ja asia Segoura, tuomion 6 kohta).

26 — Ks. mm. Kohler: Rigueur et souplesse en droit international privé: les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction "dans le commerce international" par l'article 17 de la convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction, julkaisussa Diritto del Commercio Internazionale, 1990, s. 611 ja sitä seuraavat sivut.

25. Kun on kyse menettelysäännöistä, joita jäsenvaltiot voivat milloin tahansa muuttaa, [27] voi olla erittäin vaikeata näyttää toteen sellaisten kauppatapojen olemassaolo, jotka koskevat ainoastaan muotovaatimuksia, minkä takia 17 artiklan sanamuoto, sellaisena kuin se on muutettuna vuoden 1978 liittymissopimuksella, on vaarassa jäädä sisällyksettömäksi. On todettava, että tämä muutos tarkoittaa paitsi suostumuksen antamistapaa koskevien edellytysten väljenemistä myös ja juuri tämän takia sitä, että toimivaltaisesta tuomioistuimesta tehdyn sopimuksen syntymistapaan ei suhtauduta yhtä tiukasti. Toisin sanoen suostumuksen tosiasiallisuudesta, joka oli alun perin välttämätön ja jonka olemassaolon katsottiin vaativan kirjallista muotoa tai suullisen sopimuksen kirjallista vahvistamista, siirrytään nyt kansainvälisessä kaupassa tosiasiallista suostumusta koskevaan olettamaan. Kyseisen määräyksen sanamuoto vahvistaa tämän, koska siinä todetaan, että kyseessä on oltava tapa, jonka asianosaiset tunsivat tai "joka heidän olisi pitänyt tuntea".

Edellä esitetyn takia ei kuitenkaan pidä unohtaa, että 17 artiklan olennaisena tavoitteena on heikomman sopimuspuolen suojeleminen ja siten sen estäminen, että yhden sopimuspuolen sopimukseen sisällyttämät oikeuspaikkalausekkeet jäisivät huomaamatta. Tämän takia kyseistä määräystä on välttämättä ja ehdottomasti tulkittava suppeasti. Lisäksi määräyksellä ei missään tapauksessa saada hämärtää suostumuksen tosiasiallisuutta koskevaa tavoitetta, vaikka suostumuksella tarkoitettaisiin kansainvälisessä kaupassa sitä, että sopimuspuolet tuntevat kansainvälisen kaupan tavanomaisia kauppatapoja tai että heidän olisi pitänyt ne tuntea. Mielestäni tämä on peruste, jonka on ohjattava kyseisen määräyksen tulkintaa. [28]

26. Tämän jälkeen on pohdittava, milloin ja miten voidaan ratkaista, että kyse on kauppatavasta, joka koskee tahtojen yhtymistapaa ja jonka sopimuspuolet tunsivat tai joka heidän olisi pitänyt tuntea.

Haluaisin sulkea heti pois sen vaihtoehdon, että tällaisen kauppatavan olemassaolo voitaisiin ratkaista viittaamalla lex causaeen tai lex foriin, kuten jotkut kirjoittajat ovat ehdottaneet, [29] eli siis tällä tavalla määriteltyyn kansalliseen oikeusjärjestykseen. Ensinnäkin on aivan selvää, että tällaisen ratkaisun vaarana on, että se saattaa olla ristiriidassa kyseisen määräyksen tarkoituksen kanssa: sillä saattaisi olla se epätoivottu vaikutus, että 17 artiklan mukaisina kauppatapoina pidettäisiin tapoja, jotka eivät ole kansainvälisen kaupan kauppatapoja vaan joita ainoastaan sovelletaan yhdessä tai useammassa oikeusjärjestyksessä, mistä seuraisi, että pätevinä

27 — Ks. tästä Mezger: Travaux du comité français du droit international privé, 1980— 1981, s. 15 ja sitä seuraavat sivut.

28 — Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä tunnetaan tietämisolettama, jolla tarkoitetaan sitä, että henkilön olisi pitänyt tietää jokin seikka. Viittaan tältä osin asiassa C-214/89, Powell Duffryn, 10.3.1992 annettuun tuomioon (Kok. 1992, s. I-1745), jossa yhteisöjen tuomioistuin totesi oikeuspaikkasopimuksesta, joka oli yhtiöjärjestyksessä, että "riippumatta osakkeiden hankintatavasta jokainen yhtiön osakkeenomistaja *tietää tai hänen pitää tietää*, että yhtiöjärjestys sitoo häntä" (27 kohta; kursivointi tässä).

29 — Ks. näin Rauscher: *Zeitschrift für Zivilprozess* 104, 1991, s. 272 ja erityisesti s. 292 ja sitä seuraavat sivut.

pidettäisiin oikeuspaikkalausekkeita, jotka perustuvat (mahdollisesti) pelkästään paikallisiin kauppatapoihin tai niin sanottuihin kauppatapoihin, jotka eivät vielä ole sellaisiksi vakiintuneet. Tähän on vielä lisättävä, että yhteisöjen tuomioistuin on tähän asti tulkinnut 17 artiklan sopimuspuolien välisen sopimuksen käsitettä itsenäisesti. Mielestäni ei vaikuta siltä, että tästä linjasta olisi syytä poiketa, kun tahtojen yhtymistavat voivat liittyä kauppatapoihin.

27. Myös 17 artiklassa mainitun kolmannen vaihtoehdon osalta vaikuttaa tarkoituksenmukaiselta, että yhteisöjen tuomioistuin itse määrittelee, minkä objektiivisten osatekijöiden ja/tai konkludenttisten tahdonilmaisujen perusteella voidaan päätellä, että kyseessä on kauppatapa, jota voidaan niin sanotusti käyttää pätevän oikeuspaikkasopimuksen tekemiseen. Tässä tilanteessa ja ottaen samalla huomioon se merkitys, joka kyseisten sopimuspuolten suostumuksella on, 17 artiklan sanamuodon ja tarkoituksen mukainen kauppatavan käsite voi perustua ainoastaan siihen, kuten julkisasiamies Lenz on todennut, että on olemassa "tosiasiallinen kauppatapa, jota kyseiset tahot yleisesti ja jatkuvasti noudattavat ja jonka ne säännönmukaisesti ottavat huomioon liiketoimissaan, jotka vastaavat asiallisesti ja maantieteelliseltä ulottuvuudeltaan riidanalaista liiketointa". [30] Kyseessä on siis oltava käytäntö, jonka perusteella voidaan olla vakuuttuneita siitä, että sopimuspuolten tahto on ilmaistu konkludenttisesti eli että tahtojen yhtyminen toimivaltaisen tuomioistuimen osalta on näin ollen tapahtunut ja tosiasiallinen suostumus on siten annettu. Tietyn alan tietyn kauppatavan olemassaolo on kuitenkin näytettävä toteen; ainoastaan näillä edellytyksillä kauppatavalla on 17 artiklassa tarkoitettu oikeudellinen vaikutus. [31]

Tämä tulkinta vahvistetaan lisäksi vuoden 1988 Luganon yleissopimuksessa [32] ja Brysselin yleissopimuksessa sellaisena kuin se on vuoden 1989 San Sebastianin versiossaan. [33] Siinä muodossa, joka 17 artiklalla on mainituilla yleissopimuksilla muutettuna, nimittäin vaaditaan vuoden 1978 versiossa mainittujen edellytysten lisäksi, että kyseinen kauppatapa on "kyseisen tyyppisten sopimusten osapuolten kyseisellä kaupan alalla laajalti tuntema ja säännöllisesti noudattama". [34] Ei siis riitä, että sopimus toimivaltaisesta tuomioistuimesta on tehty noudattaen muotoa, joka vastaa kyseisellä kaupan alalla voimassa olevia käytäntöjä ja jonka sopimuspuolet tunsivat tai joka heidän olisi pitänyt tuntea; "lisäksi edellytetään ensinnäkin, että tämä kauppatapa on laajalti tunnettu kansainvälisessä kaupassa, ja toiseksi, että kyseisen tyyppisten sopimusten osapuolet kyseisellä kaupan alalla säännöllisesti sitä noudattavat". [35]

30 — Edellä alaviitteessä 19 mainitussa asiassa Custom Made Commercial annettu ratkaisuehdotus, erityisesti s. I-2939.

31 — Ks. vastaavasti mm. Kaye: Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements, Abingdon, 1987, s. 1062 ja sitä seuraavat sivut; Huet, huomautus *Clunet*'n artikkelissa, 1990, s. 153 ja sitä seuraavat sivut; Stöwe: *Gerichtstandsvereinbarungen nach Handelsbrauch*, 1993, s. 56 ja sitä seuraavat sivut.

32 — EYVL 1988 L 319, s. 9.

33 — EYVL 1989 L 285, s. 4.

34 — Nämä lisäedellytykset on itse asiassa otettu Wienissä 11 päivänä huhtikuuta 1980 kansainvälistä tavaran kauppaa koskevista sopimuksista tehdyn yleissopimuksen 9 artiklan 2 kappaleesta.

35 — Tältä osin ei ole liioiteltua muistuttaa, että tämän muutoksen aiheutti se, että EFTAn jäsenvaltiot olivat huolissaan Luganon sopimusta tehtäessä siitä, että yhden sopimuspuolen vaikeneminen liikesuhteita koskevan vahvistuskirjeen osalta voisi vastata hyväksymistä. Ks. Jenardin ja Möllerin kertomus, EYVL C 189, 28.7.1990, 55—59 kohta.

28. Käsitteen kauppatapa tulkinta edellä kuvatulla tavalla mahdollistaa mielestäni lisäksi sen, että voidaan vaivattomammin ratkaista, millä edellytyksillä voidaan ainakin periaatteessa katsoa, että sopimuspuolet tunsivat kauppatavan tai heidän olisi pitänyt se tuntea. On nimittäin itsestään selvää, että voidaan kohtuudella olettaa, että sopimuspuolen on tunnettava sellainen kauppatapa, jota jatkuvasti noudatetaan samantyyppisissä sopimuksissa kyseisellä kaupan alalla.

On kuitenkin totta, että tällaista tunnettavuutta ei voida pitää absoluuttisena olettamana, vaan se on näytettävä toteen objektiivisten seikkojen perusteella. Tältä osin ovat erityisen merkityksellisiä sellaiset tosiseikat kuin samojen sopimuspuolten aiemmat sopimussuhteet tai muiden sopimuskumppanien kanssa tehdyt sellaiset sopimukset, jotka ovat samantyyppisiä sekä maantieteellisesti että aineellisesti. Lisäksi saattaa olla tärkeää tarkistaa, tunnustetaanko kyseinen kauppatapa sen valtion oikeusjärjestyksessä, jossa sillä taloudellisella toimijalla on kotipaikka, jota vastaan oikeuspaikkalausekkeeseen vedotaan.

29. Palaan käsiteltävänä olevaan asiaan. Koska kyseessä on aikarahtaussopimus, jonka ovat tehneet kyseisellä alalla toimivat taloudelliset toimijat, on kiistatonta, että kyse on kansainvälisestä kaupasta ja siten kyseisen määräyksen soveltamisalasta. Kansallinen tuomioistuin siis haluaa tietää ensinnäkin, onko yhden sopimuspuolen vaikeneminen liikesuhteita koskevan vahvistuskirjeen osalta, jossa oli valmiiksi painettuna maininta toimivaltaisesta tuomioistuimesta, 17 artiklassa tarkoitettu kauppatapa, jolloin kyse olisi oikeuspaikkasopimuksen hyväksymisestä. Toissijaisesti kansallinen tuomioistuin kysyy, voiko tämän oikeuspaikkasopimuksen pätevyys perustua siihen, että vastaaja on reklamoimatta maksanut kaikki MSG:n lähettämät laskut, joissa oli samanlainen toimivaltaista tuomioistuinta koskeva maininta.

Edellä esitetyn perusteella on aivan selvää, että sellaisten kauppatapojen olemassaolo suostumuksen muodostumis- ja ilmenemistapoina, joista on kyse mainitsemissani kysymyksissä, on näytettävä toteen juuri kyseisellä liikealalla.

30. En siis katso, että on mahdollista hyväksyä kantajan ja Saksan hallituksen käsittelyn aikana esittämää väitettä, jonka mukaan 17 artiklassa annettaisiin liikesuhteita koskevan vahvistuskirjeen osalta vaikenemiselle hiljaisen myöntymisen merkitys; olen tätä mieltä riippumatta siitä, onko kyseisellä kaupan alalla tällainen kauppatapa. [36] Tämä väite ei nimittäin ole perusteltu; sitä on tuettu

36 — Ks. vastaavasti esim. Schmidt: Recht der Internationalen Wirtschaft, 1992, s. 173 ja sitä seuraavat sivut.

yhtäältä sillä, että tästä väitetään olevan olemassa yleinen, Euroopan laajuisesti sovellettu kauppatapa, ja toisaalta sillä, että vuoden 1978 liittymissopimuksella tehdyn muutoksen tarkoituksena olisi nimenomaan ollut välttää oikeuskäytännön liiallista muodollisuutta tällaisissa tilanteissa. [37]

Schlosserin kertomuksesta tosin ilmenee, että kyseistä muutosta perusteltiin erityisesti sillä, että haluttiin välttää kirjallista muotoa koskevaa vaatimusta liikesuhteita koskevan vahvistuskirjeen osalta. Tämä ei kuitenkaan ainakaan automaattisesti tarkoita, että tällaisessa tapauksessa kyseiselle käytännölle on aina ja kaikissa tapauksissa tunnustettava 17 artiklassa tarkoitetun kauppatavan arvo. Toisaalta vaikenemisen oikeudellinen ulottuvuus kansainvälisessä kaupassa ei ole lainkaan yhtä laajasti ja yleisesti tunnustettu kuin Saksan oikeudessa. On riittävää viitata esimerkiksi Wienissä 11 päivänä huhtikuuta 1980 kansainvälistä tavaran kauppaa koskevista sopimuksista tehdyn yleissopimuksen 18 artiklan 1 kappaleeseen, jossa todetaan seuraavaa: "Tarjouksen saajan lausuma tai muu tarjoukseen suostumista ilmentävä käyttäytyminen merkitsee hyväksymistä. *Vaikeneminen tai toimimatta jättäminen eivät sinänsä merkitse hyväksymistä.*" [38]

31. Jotta voidaan ratkaista, onko yhden sopimuspuolen vaikeneminen liikesuhteita koskevan vahvistuskirjeen osalta tahtojen yhtymistapa ja syntyykö siten pätevästi oikeuspaikkasopimus, on siis edellä mainittujen arviointiperusteiden avulla osoitettava, onko tällainen kauppatapa olemassa.

Kansallinen tuomioistuin ei ole kuitenkaan esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle mitään, minkä perusteella tähän voitaisiin ottaa kantaa. Tässä tilanteessa on siis kansallisen tuomioistuimen asiana ratkaista, onko Reinillä liikennöinnin alalla olemassa aikarahtaussopimuksia koskeva vakiintunut ja yleisesti sovellettu käytäntö, jonka mukaan vaikeneminen liikesuhteita koskevan vahvistuskirjeen osalta tarkoittaa oikeuspaikkalausekkeen hyväksymistä. Jos todetaan, että tällainen kauppatapa on olemassa, on ratkaistava,

37 — Tässä viitataan edellä alaviitteessä 20 mainittuun asiaan Segoura.

38 — Kursivointi tässä. Muistutan tältä osin myös sopimusvelvoitteisiin sovellettavaa lakia koskevan Rooman yleissopimuksen 8 artiklan 2 kohdasta, joka koskee sopimukseen sovellettavan lainsäädännön valintaa koskevan sopimuspuolien suostumuksen olemassaoloa ja pätevyyttä. Tämän määräyksen mukaan sopimuspuoli voi vedota sen valtion lakiin, jossa hänen asuinpaikkansa on, osoittaakseen, ettei hän ole antanut suostumustaan, "jos olosuhteista ilmenee, että osapuolen toiminnan vaikutusten arvioiminen" sen lain mukaan, jota sopimuksen perusteella sovellettaisiin, "ei olisi kohtuullista". Kuten Giulianon ja Lagarden kertomuksessa on todettu, tämän ratkaisun tarkoituksena on muun muassa ratkaista kysymys siitä, mikä merkitys sopimuksen syntymisen osalta on annettava sopimuspuolen vaikenemiselle.

onko sopimuspuoli, jota vastaan oikeuspaikkalausekkeeseen vedotaan, tuntenut tämän kauppatavan tai olisiko hänen pitänyt se tuntea. Se, olisiko kyseinen kauppatapa pitänyt tuntea, riippuu puolestaan siitä, miten merkityksellinen tämä kauppatapa on maassa, jossa on sen sopimuspuolen kotipaikka, jota vastaan kyseiseen lausekkeeseen vedotaan, sekä siitä, onko kyseessä ensimmäinen sopimus kyseisen sopimuspuolen kanssa ja/tai kyseisellä alalla.

32. Tämä sama ratkaisu pätee myös silloin, kun on tutkittava, onko olemassa kauppatapa, joka koskee sitä, että vastaaja on maksanut reklamoimatta MSG:n toimittamat laskut, joissa kaikissa oli maininta siitä, että MSG:n kotipaikan tuomioistuin on toimivaltainen. Myös tämän seikan osalta on siis tutkittava edellä esitettyjen arviointiperusteiden mukaisesti, onko olemassa kauppatapaa, jonka sopimuspuolet tunsivat tai joka heidän olisi pitänyt tuntea.

Ratkaisuehdotus

33. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi Bundesgerichtshofin esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

1) Brysselissä 27.9.1968 tehdyn yleissopimuksen 5 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että sen mukaan sen paikkakunnan tuomioistuin, jossa sopimusvelvoite täytetään tai on täytettävä, ei ole toimivaltainen, jos kyseisellä paikkakunnalla, jonka sopimuspuolet ovat sopimuksella määränneet, ei ole mitään suoraa liittymää sopimuksen kohteen kanssa ja jos tällä sopimusmääräyksellä pyritään ainoastaan siihen, että toimivaltaisesta tuomioistuimesta määrätään noudattamatta kyseisen yleissopimuksen 17 artiklan muotomääräyksiä.

2) Brysselissä 27.9.1968 tehdyn yleissopimuksen, sellaisena kuin se on muutettuna vuoden 1978 liittymisasiakirjalla, 17 artiklan ensimmäisen kappaleen toisessa virkkeessä mainittua kolmatta vaihtoehtoa on tulkittava siten, että oikeuspaikkasopimusta voidaan pitää pätevästi tehtynä sillä perusteella, että yksi sopimuspuoli vaikenee sellaisen kauppasuhteita koskevan vahvistuskirjeen osalta, jossa on valmiiksi painettuna oikeuspaikkaa koskeva maininta, tai sillä perusteella, että kyseinen sopimuspuoli on reklamoimatta maksanut toisen sopimuspuolen toimittamat laskut, joissa on vastaava maininta. Tältä osin kansallisen tuomioistuimen on kuitenkin tarkastettava seuraavat seikat:a) onko kyseisellä kaupan alalla tällaista säännönmukaista

ja yleistä kauppatapaa ja noudatetaanko sitä kyseessä olevaa sopimusta sekä aineellisesti että maantieteellisesti vastaavissa sopimuksissa; b) tunsiko vastaaja tämän kauppatavan tai olisiko hänen pitänyt se tuntea erityisesti siitä syystä, että tapa on tunnettu myös vastaajan kotipaikkavaltiossa ja/tai ottaen huomioon aiemmat sopimussuhteet saman sopimuspuolen kanssa ja/tai samalla alalla.