FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 8. marts 1994 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

A — Indledning

1. I denne præjudicielle sag har Bundesgerichtshof forelagt en række præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af to betydningsfulde bestemmelser i Bruxelleskonventionen, nemlig artikel 5, nr. 1, om opfyldelsesværnetinget og (eventuelt) artikel 17 om værnetingsaftaler. Efter de oplysninger, Bundesgerichtshof har givet, skal de to bestemmelser bringes i anvendelse enten i 1978-affattelsen eller i 1982-affattelsen (der er den samme).

2. Spørgsmålene er blevet rejst under behandlingen af en sag, Stawa Metallbau GmbH har anlagt ved retten på sit hjemsted i Bielefeld mod en medkontrahent, Custom Made Commercial Ltd, London. Under sagen kræver sagsøgeren Custom Made Commercial tilpligtet at betale (en del af) vederlaget for nogle døre og vinduer, sagsøgeren har fremstillet.

3. Produkterne var bestemt til et bygningskompleks i London, og vederlaget var aftalt i engelske pund. Den kontrakt, der lå til grund for kravet, var den første, parterne havde indgået med hinanden. Den blev indgået mundtligt den 6. maj 1988 i London efter forhandlinger, der var blevet ført på engelsk.

4. Sagsøgeren bekræftede kontraktindgåelsen ved en skrivelse af 9. maj 1988. I skrivelsen, der var på engelsk, hed det bl. a.:

»We refer to our meeting on May 6th and confirm your order for the manufacturing of windows and doors for the Project 'Cranbrook Estate', subject to our terms of sale and supply ...«

5. Som bilag til skrivelsen var for første gang vedlagt sagsøgerens almindelige forretnings-

* Originalsprog: tysk.

betingelser, som var affattet på tysk. I betingelsernes § 8 hedder det:

»§ 8:Værneting

Opfyldelsessted og værneting for samtlige tvister, der måtte opstå mellem parterne i anledning af kontraktforholdet er — for så vidt køberen er handlende, en offentligretlig juridisk person eller et særligt offentligretligt forvaltningssubjekt — Bielefeld.«

6. Sagsøgte rejste ikke indsigelse mod forretningsbetingelserne.

7. Bundesgerichtshof har lagt til grund, at kontrakten er undergivet den uniforme lov om internationale løsørekøb, der er knyttet som bilag til Haager-konventionen af 1. juli 1964 om indførelse af den uniforme købelov [1]. I henhold til den uniforme købelovs artikel 59, stk. 1, første led — som er den bestemmelse, der konkret finder anvendelse — er opfyldelsesstedet for forpligtelsen til at betale købesummen sælgerens forretningssted eller, i mangel heraf, hans faste bopæl.

8. Med hensyn til sagens forløb for de nationale retsinstanser bemærkes, at sagsøgeren først opnåede en udeblivelsesdom ved Landgericht Bielefeld, hvorved der blev givet medhold i kravet. Efter genoptagelse på sagsøgtes begæring antog Landgericht sagen til realitetsbehandling ved en mellemdom, som blev anket til Oberlandesgericht Hamm. Oberlandesgericht stadfæstede dommen. Med hensyn til spørgsmålet om de tyske domstoles internationale kompetence henholdt Oberlandesgericht sig til Bruxelleskonventionens artikel 5, nr. 1, idet retten fandt, at opfyldelsesstedet i denne konventionsbestemmelses forstand var sagsøgerens hjemsted, jf. den uniforme købelovs artikel 59.

9. Oberlandesgericht Hamm's dom blev ved revisionsanke indbragt for Bundesgerichtshof, som har forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) a) Skal opfyldelsesstedet efter konventionens artikel 5, nr. 1, også bestemmes i henhold til den materielle lov, der er anvendelig på den omtvistede forpligtelse i medfør af lovkonfliktreglerne ved den ret, sagen er indbragt for, når der er tale om en sag anlagt af en leverandør mod en kunde i henhold til en bearbejdelseskontrakt (værkslejekontrakt) med krav om betaling af vederlaget, når denne kontrakt efter lovkonfliktreglerne ved den ret, sagen er indbragt for, er undergivet den internationale køberet, og når opfyldelsesstedet for forpligtelsen til at betale vederlaget ifølge disse regler er den sagsøgende leverandørs forretningssted?

1 — *United Nations Treaty Series*, bind 834, s. 107 ff.

b) Såfremt Domstolen besvarer spørgsmål 1) a) benægtende:

Hvorledes skal opfyldelsesstedet efter konventionens artikel 5, nr. 1, bestemmes i et sådant tilfælde?

2) Såfremt de tyske retters internationale kompetence ifølge besvarelsen af spørgsmål 1) a) og b) ikke kan støttes på konventionens artikel 5, nr. 1:

a) Kan en aftale om retternes kompetence i medfør af konventionens artikel 17, stk. 1, andet punktum, 3. alternativ, i 1978-affattelsen da gyldigt komme i stand ved, at en leverandør efter en mundtligt indgået aftale skriftligt bekræfter kontraktens indgåelse over for kunden og for første gang vedlægger denne skriftlige bekræftelse almindelige forret-ningsbetingelser, som indeholder en værnetingsklausul, når kunden ikke gør indsigelse mod værnetingsklausulen, når der på kundens hjemsted ikke findes nogen sædvane, hvorefter en manglende reaktion på en sådan skrivelse skal anses for et samtykke til værnetingsklausulen, når kunden heller ikke har kendskab til en sådan sædvane, og når der er tale om den første forretningsforbindelse mellem parterne?

b) Såfremt Domstolen besvarer spørgsmål 2) a) bekræftende:

Gælder dette også, når de almindelige forretningsbetingelser, der indeholder en værnetingsklausul, er affattet på et andet sprog end forhandlings- og kontraktsproget, som kunden ikke har kendskab til, og når der i den på forhandlings- og kontraktsproget affattede skriftlige bekræftelse under ét henvises til de vedlagte almindelige forretningsbetingelser, men ikke specielt til værnetingsklausulen?

3) Såfremt Domstolen besvarer spørgsmålene 2) a) og b) bekræftende:

Er konventionens artikel 17 til hinder for, at det — hvis de almindelige forretningsbetingelser indeholder en værnetingsklausul, som opfylder kravene til en gyldig værnetingsaftale efter denne bestemmelse — desuden efter den nationale materielle lov, der fin-

der anvendelse i medfør af lovkonfliktreglerne ved den ret, sagen er indbragt for, efterprøves, om værnetingsklausulen gyldigt er blevet en del af kontrakten?«

B — Stillingtagen

Spørgsmål 1

10. *I* — Konventionens artikel 5, nr. 1, som Domstolen skal fortolke for at kunne besvare Bundesgerichtshof's første spørgsmål, indeholder følgende bestemmelse:

»En person, der har bopæl på en kontraherende stats område, kan sagsøges i en anden kontraherende stat:

1) i sager om kontraktforhold, ved retten på det sted, hvor den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er opfyldt eller skal opfyldes ...«

11. Det led i denne bestemmelse, der interesserer Bundesgerichtshof, er — som det fremgår af udtalelserne i forelæggelseskendelsen — begrebet »det sted, hvor ... [forpligtelsen] ... er opfyldt eller skal opfyldes«. Nærmere bestemt ønsker Bundesgerichtshof oplyst, om betydningen af begrebet — kort udtrykt »opfyldelsesstedet« — i et tilfælde som det foreliggende skal bestemmes »i henhold til den materielle lov, der er anvendelig på den omtvistede forpligtelse i medfør af lovkonfliktreglerne ved den ret, sagen er indbragt for«. I benægtende fald ønsker Bundesgerichtshof oplyst, på hvilken (anden) måde opfyldelsesstedet skal bestemmes i et sådant tilfælde.

12. *II* — Med henblik på løsningen af disse problemer finder jeg det væsentligt at redegøre nærmere for deres baggrund — nemlig formålet med konventionens artikel 5, nr. 1 — for begrebets oprindelse og dets placering i Bruxelles-konventionen og for Domstolens praksis med hensyn til begrebet.

13. *1.* Med hensyn til spørgsmålet om formålet med artikel 5, nr. 1, fremgår det af Jenard-rapporten [2], at det talte for at optage specielle kompetenceregler i konventionen,

»at der er en snæver forbindelse mellem en retstvist og den ret, der er kompetent til at afgøre den«.

2 — EFT 1979 C 59, s. 1, citeret fra s. 22, 2. spalte, andetsidste afsnit.

14. Specielt med hensyn til artikel 5, nr. 1, opregnes der i Jenard-rapporten nogle tilfælde, der skal tjene til at anskueliggøre denne interesse i et værneting på opfyldelsesstedet:

»Opfyldelsesstedets værneting er af særlig betydning ved sager om inddrivelse af honorarer: Kreditor har valget mellem retterne i den stat, hvor skyldneren har bopæl, og den ret i en anden stat, i hvis retskreds ydelsen er erlagt, navnlig såfremt betalingsforpligtelsen efter den anvendelige lovgivning skal opfyldes på det sted, hvor tjenesteydelsen er præsteret. Dette værneting er også nyttigt, såfremt syns- og skønsforretninger eller vidneforklaringer er nødvendige.« [3]

15. Denne opfattelse af formålet med artikel 5, nr. 1, har Domstolen udtrykkeligt tilsluttet sig. I Tessili-dommen [4] udtales det herom med hensyn til valgmuligheden mellem de specielle værneting i henhold til artikel 5:

»Denne valgmulighed er under hensyntagen til en hensigtsmæssig påkendelse af tvisten optaget i konventionen, fordi der i visse velafgrænsede tilfælde består en særlig snæver tilknytning mellem en tvist og den ret, som denne tvist kan indbringes for.« [5]

16. Sagt med andre ord — i generaladvokat Mancini's formulering — antages det, når denne opfattelse lægges til grund, at retten på opfyldelsesstedet »på grund af sin nære geografiske tilknytning [vicinanza fisica] til det omtvistede retsforhold er den, der bedst er i stand til at afgøre sagen med fuldt kendskab til de faktiske omstændigheder« [6].

17. Til tider er der dog givet udtryk for en anden opfattelse af formålet med artikel 5, nr. 1.

18. Således opfatter nogle — med forskellig begrundelse — opfyldelsesværnetinget som et led i et system, hvori fordele og risici på værnetingsområdet fordeles retfærdigt mellem sagsøgeren og sagsøgte [7]. Fortalerne for denne opfattelse søger på dette grundlag — med helt forskellige resultater — at give konventionens artikel 5, nr. 1, et indhold, som danner modvægt til bestemmelsen i konventionens artikel 2 [8].

19. Hertil skal jeg bemærke, at en retfærdig fordeling i den nævnte forstand absolut er et legitimt formål. Også konventionens forfattere har efter alt at dømme villet lægge

3 — Jenard-rapporten, s. 23 og 24 (jf. fodnote 3).

4 — Dom af 6.10.1976, sag 12/76, Tessili mod Dunlop, Sml. s. 1473.

5 — Præmis 13.

6 — Forslag til afgørelse, fremsat den 1.2.1983 i sag 34/82, Peters mod ZNAV, Sml. s. 1005, jf. s. 1010.

7 — Jf. f.eks. Schack, *Der Erfullungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht*, Frankfurt 1985, margennr. 144 ff. samt 207 og 218, og Spellenberg, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1981, s. 75 og 76 f.

8 — Jf. også Geimer, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1986, s. 85 og 87.

betragtninger af denne karakter til grund [9]. Det fremgår dog af de citerede passager i Jenard-rapporten, at deres udgangspunkt har været en forestilling om, at artikel 5, nr. 1, netop er i overensstemmelse med princippet om en »retfærdig fordeling«, fordi bestemmelsen er berettiget af *objektive* grunde, som har sammenhæng med den konkrete retstvist [10].

20. Det må dog antages at være tvivlsomt, om en sådan forestilling — inden for hele bestemmelsens anvendelsesområde — kan holde stand over for en kritisk efterprøvelse [11]. Der er imidlertid tale om en grundlæggende retspolitisk afgørelse, som Domstolen må respektere, og den bør derfor ikke gøre forsøg på systematisk at definere formålet med artikel 5, nr. 1, ud fra sine egne »retfærdigheds«-forestillinger. På dette punkt går Domstolen i øvrigt særlig forsigtigt til værks. Kun i sager om arbejdsretsforhold — der er præget af arbejdsforholdenes særlige sociale betydning — har Domstolen lagt vægt på hensynet til at beskytte den svageste part og da kun som et *supplement* til sine udtalelser om sagens tilknytning til en bestemt retsinstans [12].

21. Jeg kan heller ikke tilslutte mig den opfattelse, at artikel 5, nr. 1, er begrundet i, at skyldneren skal »svare for sig« på det sted, hvor han materielretligt skal erlægge sin ydelse [13]. Denne opfattelse synes at bero på, at den potentielle sagsøgte ved kontrakten har påtaget sig at erlægge en ydelse på et bestemt sted og derfor også må acceptere at blive sagsøgt på samme sted. Til imødegåelse af denne opfattelse må der henvises til, at det materielretlige ydelsessted, for så vidt det er fastlagt ved lov, ikke tillader, at man drager en sådan konsekvens, som i øvrigt — i tilfælde som det foreliggende — er så meget mere tvivlsom. Det materielle opfyldelsessted for pengeforpligtelser indebærer i de fleste tilfælde [14] kun en bestemmelse af, hvorledes de risici og byrder, der er forbundet med pengeoverførsler, skal fordeles, idet det må bemærkes, at rådigheden over penge ikke beror på ydelsesstedet. Det ses ikke, hvad denne rent økonomiske risikofordeling har at gøre med spørgsmålet om, hvorvidt skyldneren må acceptere at blive sagsøgt af fordringshaveren på det ene eller det andet sted.

22. 2. Herefter skal jeg gå over til at behandle begrebet »opfyldelsessted«, dvs. det sted, konventionens forfattere har antaget som udtryk for en nær tilknytning til en bestemt ret inden for anvendelsesområdet for artikel 5, nr. 1.

9 — Jf. bemærkningerne i Jenard-rapporten (se fodnote 2) med hensyn til spørgsmålet om et værneting på indgåelsesstedet, s. 23, andetsidste afsnit.

10 — Jf. dom af 17.6.1992, sag C-26/91, Handte, Sml. I, s. 3967, præmis 11, 12 og 13.

11 — Jf. Schack, a. st., margennr. 146 og 353.

12 — Jf. følgende domme, der alle angår sagsforhold forud for ændringen af konventionen ved San Sebastian-konventionen (EFT 1989 L 285): dom af 26.5.1982, sag 133/81, Ivenel mod Schwab, Sml. s. 1891, præmis 16, af 15.2.1989, sag 32/88, Six Constructions mod Humbert, Sml. s. 341, præmis 14, jf. præmis 13, og af 13.7.1993, sag C-125/92, Mulox mod Geels, Sml. I, s. 4075, præmis 18.

13 — Geimer/Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung*, bind I, 1. del, München, 1983, s. 553.

14 — På dette punkt danner tysk ret en undtagelse, idet der sondres mellem spørgsmål om opfyldelsesstedet og spørgsmål om, hvem der bærer risikoen, jf. BGB § 270, særlig stk. 4.

23. Begrebet opfyldelsessted har sin oprindelse i den *materielle ret*.

24. På dette område er *opfyldelsen* en handling, hvorved den skyldige ydelse erlægges til fordringshaveren, hvis krav dermed ophører. Hvis kravet beror på aftale — kun i så fald kan det falde ind under artikel 5, nr. 1 — indebærer »opfyldelse« desuden, at et af de mål, parterne har opstillet for aftalen, er realiseret, i hvert fald hvis der er tale om et krav på en af de to (udvekslede) hovedydelser.

25. *Opfyldelsesstedet* vil hermed, som opfyldelsens stedlige dimension, kunne bestemmes som det sted, hvor fordringshaverens krav ophører som følge af, at skyldneren erlægger sin ydelse, og — for så vidt angår hovedydelserne — som det sted, hvor aftalens formål helt eller delvis realiseres.

26. Der må imidlertid tages to forbehold, hvis man ønsker at drage en sådan slutning. For det første giver den ikke et korrekt billede af formålet med de materielle bestemmelser om opfyldelsesstedet. Disse bestemmelser skal ikke alene konkretisere parternes forpligtelser i tilfælde, hvor der ikke er truffet aftale herom, men skal også indbyrdes afgrænse parternes ansvarsområder, nemlig hvis aftaleforholdet ikke afvikles normalt [15]. Alt efter, hvilken aftaleforpligtelse der er tale om, ligger hovedvægten snart på det ene og snart på det andet formål. Hvad angår forpligtelsen til at betale et aftalt vederlag tjener fastlæggelsen af opfyldelsesstedet, som allerede nævnt, i allerførste række til at fordele risikoen. Dette gælder også for den bestemmelse i den uniforme købelovs artikel 59, stk. 1, der finder anvendelse i denne sag, og hvori køberens forpligtelse til at betale købesummen udformes som en »bringeskyld«. Baggrunden herfor er, at en pengeskyldner må bære risikoen for, at betalingsformidlingen fungerer normalt [16].

27. For det andet må det præciseres, at stedet for opfyldelses*handlingen* og for opfyldelses*resultatet* kan være forskelligt inden for rammerne af denne afgrænsning af ansvarsområderne. Som eksempel herpå kan nævnes den uniforme købelovs artikel 19, stk. 2, hvorefter levering sker ved overgivelse af varen til fragtføreren for videre befordring til køberen, hvis aftalen medfører en forsendelse af varen, og leveringsstedet ikke er aftalt. Formålet med aftalen — forstået som det forhold at køberen sættes i besiddelse af varen — realiseres således først, når køberen modtager varen. Derimod ophører sælgerens forpligtelse, allerede når varen forskriftsmæssigt er overgivet til fragtføreren (jf. også den uniforme købelovs artikel 97, stk. 1, og artikel 96).

15 — Schack, a. st. (jf. fodnote 7), margennr. 10.

16 — Dölle, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, München, 1976, artikel 59, margennr. 7.

28. Det bemærkes endvidere, at enhver aftaleforpligtelse kan have sit eget opfyldelsessted efter materiel ret. Det er derfor ikke udelukket, at to forpligtelser i henhold til den samme aftale har forskelligt opfyldelsessted, også selv om forpligtelserne rent økonomisk er nært sammenhængende.

29. *3.* Som resultat af det hidtil anførte må det konstateres, at der på et *materielretligt* begreb støttes et værneting, som er berettiget af *processuelle grunde*, nemlig sagens nære *tilknytning* til en retsinstans.

30. I det foreliggende tilfælde er dette spændingsforhold særlig åbenbart. Til godtgørelse heraf er det, som allerede påvist, tilstrækkeligt at henvise til, at den uniforme købelovs artikel 59, stk. 1, i hvert fald under de vilkår, hvorpå betalingsformidlingen finder sted på nuværende tidspunkt, i første række tjener til at fordele risikoen.

31. Før jeg går over til at omtale Domstolens praksis, ønsker jeg med udgangspunkt i denne konstatering at gøre op med en misforståelse, som en overfladisk læsning af forelæggelseskendelsen kunne give anledning til.

32. Mere nøjagtigt udtrykt mener jeg, at sammenkædningen af konventionens artikel 5, nr. 1, med den uniforme købelovs artikel 59, stk. 1, er problematisk, men ikke kun fordi der dermed etableres et værneting på sagsøgerens bopæl eller forretningssted. En sådan betænkelighed ville kun kunne begrundes, hvis man af konventionen udledte en almindelig »antipati« mod et værneting på sagsøgerens bopæl eller forretningssted og gjorde dette til et kriterium for en eventuel korrektion af det resultat, fortolkningen fører til. Det må dog erkendes, at konventionen i artikel 2 gør værneting på sagsøgtes bopæl til hovedreglen og i artikel 3 erklærer en række nationale regler for uanvendelige, som kunne føre til værneting på sagsøgerens hjemsted [17]. Det kan heller ikke bestrides, at der i konventionen — når disse bestemmelser tages i betragtning og med undtagelse af de udtrykkeligt fastsatte tilfælde — klart tages afstand fra at tildele kompetencen til retterne på sagsøgerens bopæl [18]. Imidlertid er sådanne »undtagelser« på de i artikel 5 ff. opstillede betingelser alt andet end sjældne. Dette fremgår tydeligt af artikel 13 og 14 om kompetencen i sager om forbrugerkontrakter, og også værnetinget i henhold til artikel 5, nr. 3 (retten på det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået, i sager om erstatning uden for kontrakt) kan efter omstændighederne føre til et værneting på sagsøgerens bopæl. Det er derfor ikke berettiget at drage slutninger til støtte for et bestemt fortolkningsresultat af en større eller mindre »antipati« i konventionen mod et værneting på sagsøgerens bopæl.

33. Den eneste overbevisende konklusion, der kan drages af opbygningen af bestem-

17 — Jf. dom af 11.1.1990, sag C-220/88, Dumez France og Tracoba, Sml. I, s. 49, præmis 16.

18 — Dom af 19.1.1993, sag C-89/91, Shearson Lehman Hutton, Sml. I, s. 139, præmis 17.

melserne i artikel 2, 3 og 5 ff. forekommer mig at være den, Domstolen har lagt til grund i Shearson Lehman-dommen [19] og Dumez France-dommen [20], nemlig at det i tilfælde, hvor en fortolkning af artikel 5 ff. fører til et værneting på sagsøgerens bopæl, må efterprøves særlig omhyggeligt, om fortolkningen er i overensstemmelse med formålet med den pågældende bestemmelse [21]. Det er derfor helt præcist udtrykt, når Bundesgerichtshof netop lader sin tvivl angå det punkt, at sammenkædningen af konventionens artikel 5, nr. 1, med den uniforme købelovs artikel 59, stk. 1, har den konsekvens, at der gælder et *generelt* værneting [22] på sagsøgerens bopæl.

34. *4.* Spørgsmålet er herefter, hvordan man i Domstolens praksis har reageret på den hermed fastlagte struktur i artikel 5, nr. 1.

35. *a)* Allerede i de to første domme, Domstolen afsagde om konventionen den 6. oktober 1976, skulle den opstille regler for fastlæggelsen af opfyldelsesstedet, på den ene side med hensyn til valget af den (eller de) relevante forpligtelse(r) [23] og på den anden side med hensyn til valget af de retsforskrifter eller principper, hvoraf opfyldelsesstedet fremgår, når den (eller de) pågældende forpligtelse(r) lægges til grund [24].

36. Med hensyn til begge disse aspekter er Domstolen gået ind for en materielretlig forståelse af bestemmelsen.

37. I overensstemmelse med den anførte betragtning om, at forpligtelserne i henhold til et kontraktforhold efter de materielretlige regler ikke nødvendigvis alle skal opfyldes på samme sted, udtalte Domstolen følgende i de Bloos-sagen, der angik en eneforhandlers krav over for sin leverandør:

»Følgelig er den forpligtelse, der skal tages i betragtning ved bestemmelsen af det i den nævnte artikel 5 omhandlede opfyldelsessted, den forpligtelse, der svarer til den kontraktmæssige rettighed, sagsøgeren påberåber sig som grundlag for søgsmålet.« [25]

38. Denne løsning støttede Domstolen — ifølge sine egne udtalelser — for det første på hensynet til, at antallet af værneting for en og samme kontrakt begrænses i videst muligt omfang. Domstolen afviste derfor at anlægge en fortolkning, der »henviser til enhver forpligtelse efter den pågældende kontrakt« [26]. For det andet støttede Domstolen sig på den italienske og tyske affattelse af bestemmelsen, der på daværende tidspunkt fandt anvendelse i 1968-affattelsen.

19 — Jf. fodnote 18.

20 — Jf. fodnote 17.

21 — Jf. også dom af 27.9.1988, sag 189/87, Kalfelis mod Schröder, Sml. s. 5565, præmis 8 og 9, samt dommen i sagen Six Constructions, a. st. (jf. fodnote 12), præmis 18.

22 — Forelæggelseskendelsen, s. 14, min fremhævelse.

23 — Dommen i sag 14/76, de Bloos mod Bouyer, Sml. s. 1497.

24 — Tessili-dommen (jf. fodnote 4).

25 — De Bloos-dommen, præmis 13.

26 — De Bloos-dommen, præmis 10.

39. Dette princip afsvækkede Domstolen dog for det tilfælde, at retssagens genstand er forpligtelser, som er trådt i stedet for ikke-opfyldte forpligtelser i henhold til aftalen. I så fald er den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, i artikel 5, nr. 1's forstand fortsat den forpligtelse i henhold til aftalen, hvis misligholdelse påberåbes som grundlag for kravene [27]. Som det fremgår af en sammenholdelse med forslaget til afgørelse i samme sag [28], skulle også dette forebygge en opdeling på flere værneting, idet det nærmere bestemt skulle fremme adgangen til at behandle konnekse spørgsmål ved samme retsinstans.

40. Også i Tessili-dommen tog Domstolen et materielretligt udgangspunkt for kriteriet for valget af de retsforskrifter og principper, hvoraf det konkrete opfyldelsessted fremgår.

41. Domstolen fastslog således, at udtrykket »det sted, hvor den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er opfyldt eller skal opfyldes« i konventionens artikel 5, nr. 1,

»skal bestemmes i henhold til den lov, der er anvendelig på den omtvistede forpligtelse i medfør af lovkonfliktreglerne ved den ret, sagen er indbragt for« [29].

42. Tre punkter i dommens præmisser bør særligt fremhæves.

43. Det første er kriteriet for, om et begreb i konventionen skal betragtes som et selvstændigt begreb — og altså som fælles for samtlige medlemsstater — eller om det skal opfattes som en henvisning til de materielle regler i den lov, der er anvendelig efter lovvalgsreglerne ved den ret, for hvilken sagen først indbringes. Herom udtalte Domstolen:

»Ingen af disse to muligheder udelukker nødvendigvis den anden, da et formålstjenligt valg kun kan foretages særskilt for hver enkelt bestemmelse i konventionen, idet dog dennes fulde virkning ud fra de i traktatens artikel 220 nævnte målsætninger skal sikres.« [30]

44. Domstolen tog dog på dette punkt et forbehold, som har forbindelse med konventionens begrænsede rækkevidde:

»I alle tilfælde må det understreges, at den fortolkning, der foretages af de nævnte udtryk og begreber med henblik på konventionen, ikke foregriber spørgsmålet om, hvilken materiel lov, der skal anvendes på den omtvistede situation.« [31]

27 — Præmis 14 og 15.

28 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Reischl, fremsat den 15.9.1976 (Sml. s. 1511, jf. s. 1516).

29 — Tessili-dommens konklusion.

30 — Tessili-dommen, præmis 11.

31 — Jf. fodnote 30.

45. Med hensyn til valget mellem en selvstændig fortolkning og en henvisning til lovkonfliktreglerne ved den ret, sagen verserer for, har Domstolen således i første række besluttet sig for et pragmatisk kriterium: Det, den ønsker at opnå, er en »hensigtsmæssig afgørelse«, og set under denne synsvinkel må det tages i betragtning, at konventionen som helhed forfølger meget forskellige mål [32]: at styrke retsbeskyttelsen inden for Fællesskabet for de dér bosiddende personer ved at afskaffe hindringerne for de retlige forbindelser og for løsningen af tvister [33], at sikre lighed og ensartethed i de rettigheder og forpligtelser, konventionen indebærer for de kontraherende stater og de af konventionen berørte personer [34], at undgå en opdeling på flere værneting [35], og at anvendelsen af reglerne om retternes kompetence kan forudses [36]. Desuden har hver enkelt konventionsbestemmelse — og endog hvert enkelt begreb i konventionen — sin egen funktion, som kan have en mere eller mindre nær sammenhæng med de netop nævnte målsætninger. I overensstemmelse hermed har Domstolen — også selv om den i sine nyere afgørelser har vist en klar præference for en selvstændig fortolkning [37] — dog i sidste instans forbeholdt sig at foretage et hensigtsmæssigt fortolkningsvalg i det konkrete tilfælde [38].

46. Det næste væsentlige punkt i Tessili-dommens præmisser er den allerede nævnte omtale af formålet med konventionens undtagelsesværneting [39]. Domstolen anser det åbenbart for utvivlsomt, at bestemmelsens formål iagttages, når der henvises til lex causae. Dette er heller ikke overraskende, da ingen af dem, der afgav indlæg i sagen, havde rejst spørgsmål herom. Det blev ganske vist drøftet, om det var hensigtsmæssigt at anlægge en selvstændig fortolkning på grundlag af konventionen, men ud fra helt andre synspunkter. Drøftelserne mundede nemlig i det væsentlige ud i en afvejning af fordelene ved en selvstændig fortolkning med henblik på en ensartet anvendelse af konventionen over for nærmere bestemte ulemper, herunder særlig de dermed forbundne vanskeligheder ved retssammenligningen og den (uønskede) indvirkning på medlemsstaternes materielle ret.

47. Generaladvokat Mayras [40] lagde på sin side i sine overvejelser hovedvægten på, hvilke af de kontraktmæssige forpligtelser der skulle lægges vægt på ved anvendelsen af artikel 5, nr. 1, når genstanden for retssagen ikke var sælgerens hovedforpligtelse til at

32 — Jf. sammenfatningen i Mulox-sagen (se fodnote 12), præmis 11.

33 — Jf. konventionens præambel samt præmis 9 i Tessili-dommen (se fodnote 4).

34 — Dom af 14.10.1976, sag 29/76, LTU mod Eurocontrol, Sml. s. 1541, præmis 3, af 22.3.1983, sag 34/82, Peters mod ZNAV, Sml. s. 987, præmis 9, af 8.3.1988, sag 9/87, Arcado mod Haviland, Sml. s. 1539, præmis 10, af 27.9.1988, sag 189/87, Kalfelis mod Schröder m.fl., jf. ovenfor, præmis 15; jf. *tilsvarende*: dom af 21.6.1978, sag 150/77, Bertrand mod Ott, Sml. s. 1431, præmis 14, 15 og 16, af 17.6.1992 i sag C-26/91, jf. ovenfor (fodnote 10), præmis 10, og af 19.1.1993, sag C-89/91, jf. ovenfor (fodnote 18), præmis 13.

35 — Jf. med hensyn til artikel 5, nr. 1, i punkt 38 ovenfor, fodnote 24 samt præmis 18 og 19 i Ivenel-dommen (jf. fodnote 13), dom af 4.3.1982, sag 33/81, Effer mod Kanter, Sml. s. 825, præmis 6, og af 15.1.1987, sag 266/85, Shenavai mod Kreischer, Sml. s. 239, præmis 8. Jf. endvidere dom af 9.11.1978, sag 23/78, Meeth mod Glacetal, Sml. s. 2133, præmis 8, og af 7.3.1985, sag 48/84, Spitzley mod Sommer Exploitation, Sml. s. 787, præmis 16-21.

36 — Jf. dommen i Handte-sagen (fodnote 10), præmis 18. Jf. også dom af 20.1.1994, sag C-129/92, Owens Bank mod Bracco, Sml. I, s. 117, præmis 32, hvori også hensynet til *retssikkerheden* nævnes i denne sammenhæng.

37 — Meget udpræget f.eks. i præmis 13 i Shearson Lehman-dommen (jf. fodnote 18).

38 — Jf. præmis 10 i Mulox-dommen (fodnote 12), hvori det udtales, at Domstolen i videst muligt omfang anlægger en selvstændig fortolkning af konventionens begreber.

39 — Jf. ovenfor i punkt 15.

40 — Forslag til afgørelse fremsat den 15.9.1976 i ovennævnte Tessili-sag (Sml. s. 1487).

levere varen, men derimod et krav, der støttedes på angivelige mangler ved varen [41]. Efter at have redegjort for, at man i et sådant tilfælde bør lægge hovedforpligtelsen til grund, drøftede han forholdsvis kortfattet anvendelsen af lex causae. I denne forbindelse omtalte han — på linje med de indlæg, der var afgivet — kun problemet med hensyn til den (manglende) harmonisering af lovkonfliktreglerne og de materielle regler [42].

48. Hermed er vi nået frem til det tredje punkt i Tessili-dommens præmisser, der interesserer os i denne sammenhæng. Domstolen beskæftiger sig her med spørgsmålet om, hvorvidt den for at opnå en harmonisering af begrebet opfyldelsessted kan gå ud over en ren henvisning til lex causae. Efter Domstolens opfattelse er dette dog ikke muligt »på retsudviklingens nuværende trin« »under hensyn til de forskelle, der består mellem de nationale lovgivninger inden for kontraktretten, og i betragtning af den manglende enhed i gældende materiel ret ...; dette gælder så meget desto mere som bestemmelsen af forpligtelsers opfyldelsessted er afhængig af den kontraktsammenhæng, forpligtelsen er en del af« [43].

49. Hvis man på grundlag af alle disse overvejelser gør status over dommene i de Bloos-sagen og Tessili-sagen, konstaterer man, at Domstolen i ingen af disse domme har benyttet synspunktet om retsforholdets tilknytning til bestemte retsinstanser som anledning til at efterprøve, om man ved fortolkningen af artikel 5, nr. 1, bør gå ud over den materielle ret (der gælder for aftalen). De betragtninger, som Domstolen har lagt til grund for eventuelt at tage et sådant skridt, har været af en anden karakter. Da den i de Bloos-dommen valgte at lade samme værneting gælde for forpligtelser, der er afledt af hovedforpligtelser, som for selve hovedforpligtelserne, ønskede den at modvirke en opdeling af konnekse spørgsmål på flere værneting [44], og det spørgsmål, der blev efterprøvet i Tessili-dommen, om man burde gå ud over en henvisning til lex causae, var blevet rejst med det formål eventuelt at nå frem til en harmonisering af begrebet opfyldelsessted [45].

50. *b)* I de senere afsagte domme har Domstolen trinvis indført særlige regler for sager om arbejdsretlige forhold, men har dog generelt fastholdt den ovenfor beskrevne linje. Jeg skal i det følgende gennemgå afgørelserne nærmere.

51. I den allerede citerede dom i Ivenel-sagen [46], der blev afsagt efter en præjudiciel forelæggelse fra Frankrigs Cour de cassation, var der tale om en række krav, som en repræsentant havde fremsat, efter at repræsentantkontrakten — som appelinstansen havde kvalificeret som en arbejdskontrakt — angiveligt var blevet ophævet. Cour de cassation spurgte, hvilken forpligtelse der

41 — Jf. særlig s. 1489 f. under punkt IV, samt s. 1490, første spalte, 4. afsnit, hvor generaladvokaten redegør for, hvad han opfatter som sagens egentlige problem.

42 — Jf. s. 1494.

43 — Tessili-dommen, præmis 14.

44 — Jf. ovenfor i punkt 39.

45 — Jf. ovenfor i punkt 48.

46 — Jf. fodnote 12.

i et sådant tilfælde skulle lægges vægt på med henblik på anvendelsen af det kriterium [47], der var opstillet i Tessili-dommen. Domstolen skulle således tage stilling til, om den i et tilfælde af denne art skulle holde fast ved de principper, den havde opstillet i de Bloos-dommen, eller om den skulle fravige dem. Den besluttede sig for den sidstnævnte mulighed, idet den fastslog følgende:

»I tilfælde af krav, der støttes på forskellige forpligtelser med grundlag i en repræsentantkontrakt indgået mellem en ikke-selvstændig arbejdstager og en virksomhed, er det den forpligtelse, som er karakteristisk for kontrakten, der skal tages i betragtning ved anvendelsen af [konventionens] artikel 5, nr. 1, ...«

52. Til støtte for denne løsning anførte Domstolen tre forskellige grunde. For det første lagde den vægt på *formålet* med artikel 5, nr. 1, forstået på den måde, at værnetinget bør fastlægges således, at der opnås en *snæver tilknytning til tvisten*. Denne tilknytning fandt Domstolen i forbindelse med en arbejdsaftale »bl.a. i den lov, der finder anvendelse på aftalen,« [48] idet denne »generelt indeholder bestemmelser til beskyttelse af arbejdstageren« [49]. Denne lov bestemmes — under hensyn til udviklingen i de relevante lovkonfliktregler [50] — ud fra den forpligtelse, som er karakteristisk for aftalen, og som normalt er forpligtelsen til at udføre arbejdet. Der vil normalt være tale om loven på det sted, hvor arbejdet udføres.

53. For det andet lagde Domstolen vægt på at beskytte den socialt set svageste part [51].

54. Endelig lagde Domstolen — i tilknytning til sine udtalelser i de Bloos-dommen [52] — vægt på at fortolke konventionen således, »at den ret, som sagen indbringes for, ikke føler sig foranlediget til at erklære sig kompetent til at pådømme visse krav, men inkompetent for andre kravs vedkommende« [53].

55. I dommen i Shenavai-sagen [54] fandt Domstolen — selv om der ikke var tale om en forpligtelse i henhold til et arbejdsforhold, men om et arkitekthonorar — anledning til at udbygge sin argumentation i Ivenel-dommen om sagens tilknytning til bestemte retsinstanser, idet den dér var nået frem til, at sager om arbejdsforhold normalt bør indbringes for en ret på arbejdsstedet, da det i reglen er arbejdsstedets materielle regler, der finder anvendelse [55]. Den udtalte således, at det tillige taler for løsningen i Ivenel-dommen, at arbejdsaftaler og lignende aftaler bevirker, at »arbejdstageren herved med et særligt varigt bånd knyttes til vedkommende

47 — Jf. ovenfor i punkt 41.

48 — Præmis 15.

49 — Præmis 19.

50 — Domstolen henviser her til konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (EFT 1980 L 266, s. 1).

51 — Præmis 16, jf. også ovenfor i punkt 20.

52 — Jf. ovenfor i punkt 38 og 39.

53 — Ivenel-dommen, præmis 18.

54 — Jf. ovenfor (fodnote 35).

55 — Jf. hertil de kritiske bemærkninger, der er fremsat af generaladvokat Mancini (forslag til afgørelse fremsat den 4.11.1986 i Shenavai-sagen, Sml. 1987, s. 246, jf. s. 249) samt af generaladvokat Jacobs (forslag til afgørelse fremsat den 26. maj 1993 i Mulox-sagen (jf. fodnote 12), punkt 26-29).

virksomheds eller arbejdsgivers forretnings [mæssige] organisation« [56].

56. Efter at Domstolen i dommen i sagen Six Constructions [57] havde bekræftet sin afgørelse i Ivenel-sagen — med den nævnte præcisering — fik den forelagt Mulox-sagen, der ligeledes angik en tvist om et arbejdsforhold. Til forskel fra de hidtil omtalte sager var der dog i Mulox-sagen ikke tale om valget af den forpligtelse, der skulle lægges til grund, men om bestemmelsen af opfyldelsesstedet i relation til forpligtelsen.

57. Domstolen nåede til det resultat, at begrebet opfyldelsessted, når der er tale om arbejdsaftaler, ikke skal bestemmes efter lex causae, men selvstændigt efter fælles kriterier, der skal fastlægges af Domstolen ud fra konventionens systematik og formål. De vanskeligheder, som Domstolen — under henvisning til de forskellige opfattelser vedrørende opfyldelsesstedet for den forpligtelse, der skal lægges til grund — havde anført som begrundelse for, at den i Tessili-dommen havde valgt at lægge et opfyldelsessted i henhold til lex causae til grund, gjorde sig nemlig ikke gældende med hensyn til arbejdsaftaler. På dette område må den forpligtelse, der skal lægges til grund med henblik på konventionens artikel 5, nr. 1, nemlig være arbejdstagerens forpligtelse til at udføre det aftalte arbejde — som den for arbejdsaftalen karakteristiske forpligtelse. Domstolen henviste her til de særlige kendetegn ved disse aftaler, som den havde omtalt i sine tidligere afgørelser, dvs., at de indebærer et varigt retsforhold, hvorved arbejdstageren knyttes til arbejdsgiverens virksomhed, og at de har tilknytning til det sted, hvor arbejdet udføres, idet det er dette sted, der er afgørende for anvendelsen af præceptive retsforskrifter og overenskomstbestemmelser.

58. Spørgsmålet om, hvor det (selvstændigt fastlagte) opfyldeldessted i et sådant tilfælde konkret må antages at befinde sig, besvarede Domstolen med, at det er det sted, hvor arbejdstageren rent faktisk udfører det med arbejdsgiveren aftalte arbejde. Til støtte herfor henviste Domstolen til udtalelserne i sine tidligere afgørelser om sagens tilknytning til retsinstansen og om beskyttelsen af den svageste part.

59. På dette sted kan der således gøres status over afgørelserne fra Ivenel- til Mulox-dommen.

60. Straks ved første blik fremgår det, at de kriterier til bestemmelse af *opfyldelsesstedet*, der opstilles i Mulox-dommen, allerede var bestemt på forhånd gennem Domstolens *valg af den forpligtelse, der skal lægges til grund*, i dommene efter Ivenel-dommen. Som begrundelse for sin løsning støttede Domstolen sig i Mulox-dommen udelukkende på de argumenter, som den allerede havde fremført i Ivenel-dommen (som præciseret i senere domme) [58]. Afgørelsen om at anlægge en selvstændig fortolkning af begre-

56 — Shenavai-dommen, præmis 16.
57 — Jf. fodnote 13.
58 — Jf. også generaladvokat Jacob's forslag til afgørelse i Mulox-sagen, punkt 21 in fine.

bet opfyldelsessted var således allerede blevet truffet med afsigelsen af Ivenel-dommen [59].

61. Når man tager de grunde, der er anført i Ivenel-dommen, i betragtning, viser det sig da også, at Domstolen allerede på daværende tidspunkt var af den opfattelse, at en fastlæggelse af opfyldelsesstedet efter den for aftalen gældende materielle lov — i hvert fald når det drejer sig om arbejdsaftaler — ikke er i overensstemmelse med formålet med artikel 5, nr. 1.

62. På dette grundlag når jeg frem til følgende dobbelte konklusion.

63. For det første fremgår det af den her drøftede retspraksis, at Domstolen ganske vist generelt fortsat ønsker opfyldelsesstedet fastlagt efter den materielle lov, der gælder for aftalen, men at den dog fraviger dette princip, når det er *åbenbart*, at en anvendelse af princippet *ikke er i overensstemmelse med formålet med artikel 5, nr. 1*. Der er efter mine begreber tale om en passende middelvej mellem to yderligtgående løsninger, som begge må afvises, nemlig på den ene side en anvendelse af bestemmelsen, som er formel og fuldstændig knyttet til ordlyden [60], men uden sammenhæng med formålet, og på den anden side en fortolkning, som udelukkende er afpasset efter sagens tilknytning til en retsinstans, og som kunne udhule begrebet opfyldelsessted og forvandle artikel 5, nr. 1, til en konturløs forum conveniens-regel [61]. Muligheden for en sådan undtagelsesvis sondring mellem det materielle og det processuelle opfyldelsessted lod Domstolen i øvrigt — hvis man betragter udtalelserne nærmere — stå åben allerede i Tessili-dommen, jf. ovenfor i punkt 44.

64. For det andet viser det sig, at der er en meget nær sammenhæng mellem problemet med hensyn til valget af den forpligtelse, der skal lægges til grund, og problemet med hensyn til kriteriet for bestemmelsen af opfyldelsesstedet. Enhver fortolkning — hvorved man bevæger sig bort fra den for aftalen gældende materielle lov (og fra ordlyden i nogle af sprogversionerne) og lægger vægt på en anden forpligtelse end den, tvisten drejer sig om — er et stykke ad vejen en selvstændig fortolkning på grundlag af konventionen. Om det er tilsigtet eller ej, indvirker fortolkningen på forholdet mellem formålet med artikel 5, nr. 1, og resultatet af, at bestemmelsen bringes i anvendelse. Omvendt kan en sådan korrigering — som et af de mulige midler — målrettet benyttes til, at man ved anvendelsen af artikel 5, nr. 1, tilgodeser bestemmelsens formål. En sådan fremgangsmåde kan, som den omtalte retspraksis viser, være et bedre alternativ end at finde frem til opfyldelsesstedet gennem en retssammenligning, så meget mere som en retssammenligning ikke nødvendigvis giver nogen garanti for, at uegnede kriterier erstattes af bedre egnede kriterier med henblik på

59 — I denne sammenhæng er det betegnende, at den afgørelse, Cour d'appel, Metz, traf i *1982* i tilknytning til Ivenel-dommen (*Bull. Civ.* 1982, V, s. 304), er nojagtigt i overensstemmelse med de kriterier, Domstolen har opstillet i Mulox-dommen i *1993*.

60 — Jf. ovenfor i punkt 22 ff.

61 — Det sidstnævnte alternativ er blevet kritiseret af Gothot-Holleaux i *La convention de Bruxelles du 27.9.1968*, Paris, 1985, s. 41. Jf. også Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Paris, 1972, s. 128 f. (nr. 206).

bestemmelsen af et værneting ved den ret, sagen er knyttet til. Heroverfor står, at en bestemmelse af opfyldelsesstedet ved hjælp af en retssammenligning snarere kan tjene til at forstærke den »harmoniserende« virkning af artikel 5, nr. 1, idet lex causae-kriteriet ganske vist er fælles [62], men i kraft af sin karakter ligger relativt fjernt fra den konkrete bestemmelse af opfyldelsesstedet.

65. I denne sammenhæng ønsker jeg endvidere at præcisere, at begrebet »en selvstændig fortolkning på grundlag af konventionen« ikke bør forlede til, at man antager, at der i et bestemt tilfælde kun er adgang til at gøre brug af to muligheder, dvs. enten at finde frem til opfyldelsesstedet *i fuldstændig overensstemmelse* med materiel ret eller *helt uafhængigt* af materiel ret. Tværtimod kan man — stadig af hensyn til en formålstjenlig fortolkning — tænke sig en lang række mellemløsninger. Som eksempel skal jeg her kun nævne den allerede omtalte dom i de Bloos-sagen, hvori Domstolen som nævnt med hensyn til krav om erstatning eller ophævelse af aftalen lagde vægt på den kontraktmæssige forpligtelse, hvis misligholdelse blev påberåbt til støtte for kravene. Dette skridt i retning af en selvstændig fortolkning af konventionens artikel 5, nr. 1, ledsages dog på ny af en henvisning til lex causae: »Hvad angår kravene om erstatning ... tilkommer det den nationale ret at undersøge, hvorvidt der *efter den på kontrakten anvendelige lov* er tale om en selvstændig kontraktmæssig forpligtelse eller om en ... forpligtelse, der træder i stedet for den ikke-opfyldte kontraktmæssige forpligtelse« [63].

66. Herefter skal jeg gå over til at omtale Domstolens afgørelser i sager, der ikke angår arbejdsaftaler.

67. I den allerede citerede dom i Shenavai-sagen [64] fastslog Domstolen, at den forpligtelse, der er relevant for fastlæggelsen af opfyldelsesstedet — i en tvist om betaling af arkitekthonorar til en arkitekt, der har fået overdraget et byggeprojekt — er den aftaleforpligtelse, der konkret ligger til grund for sagen. Som begrundelse for denne løsning — i relation til den, der blev valgt i Ivenel-sagen — henviste Domstolen først til argumenterne om, at arbejdstageren knyttes til arbejdsgiverens virksomhed, og om, at det stedlige tilknytningspunkt for anvendelsen af præceptive bestemmelser og kollektive overenskomster er det sted, hvor arbejdet udføres [65]. Derefter udtalte Domstolen:

»I tilfælde, hvor disse særlige træk ikke forefindes, er det hverken nødvendigt eller hensigtsmæssigt at afgrænse den forpligtelse, som er karakteristisk for kontrakten, og ubetinget tillægge retten på opfyldelsesstedet den stedlige kompetence som opfyldelsesværneting i tvister om alle af kontrakten flydende forpligtelser. For med alle

62 — Jf. generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse i Tessili-sagen (fodnote 40), s. 1494.

63 — De Bloos-dommen (jf. fodnote 23), præmis 17 in fine, min fremhævelse.

64 — Jf. fodnote 54.

65 — Shenavai-dommen, præmis 16.

de mange forskellige kontrakter, der kan blive tale om, vil det anførte kriterium i disse andre tilfælde kunne skabe usikkerhed med hensyn til værnetinget, hvilket konventionen netop har til formål at afværge så vidt muligt.

Imidlertid forekommer en sådan usikkerhed i de fleste kontrakttilfælde ikke, såfremt der udelukkende lægges vægt på den i kontrakten fastlagte forpligtelse, der kræves opfyldt ved retsforfølgning. Opfyldelsesstedet for denne forpligtelse er normalt det forhold, der stærkest knytter et søgsmål på grundlag af kontrakten til den stedligt kompetente ret, og det er denne tilknytning, der har dannet grundlag for valget af opfyldelsesstedets værneting i sager om kontraktforhold.«

68. Disse udtalelser viser, at Domstolen klart har erkendt, at bestemmelsen i artikel 5, nr. 1, er ufuldstændig [66], idet den indrømmer, at opfyldelsesstedet for den omtvistede forpligtelse (kun) »normalt« er det sted, hvor der er den nærmeste tilknytning mellem sagen og den pågældende ret. Dernæst er det slående, at Domstolens udtalelser kun omfatter et begrænset udsnit af problematikken. For det første omtalte den ikke spørgsmålet om, hvorvidt reglerne om opfyldelsesstedet for forpligtelsen til at betale vederlaget er egnede til at henføre sagen til en ret, som sagen er knyttet til. Også selv om Forbundsrepublikken Tysklands regering havde gjort opmærksom på, at det ville være i bedre overensstemmelse med formålet med artikel 5, nr. 1, at lægge vægt på den forpligtelse, der er karakteristisk for kontrakten, end på betalingsforpligtelsen (som sagen konkret drejede sig om), drøftede hverken Forbundsrepublikken, en anden, der afgav indlæg i sagen, eller Domstolen selv spørgsmålet, om det var åbenbart, at formålet med artikel 5, nr. 1, blev forfejlet. For det andet blev det, som det klart fremgår af dommens præmis 17, kun drøftet som et alternativ til den valgte løsning at fastlægge den forpligtelse, som er *karakteristisk for kontrakten*, og *ubetinget tillægge* retten på dette opfyldelsessted den stedlige kompetence som opfyldelsesværneting »i tvister om *alle* af kontrakten flydende forpligtelser« [67]. Det er denne løsning, Domstolen har forkastet på grund af den uvished, den angiveligt er forbundet med. Det må således fortsat være et åbent spørgsmål, om det er muligt at foretage en mere begrænset korrigering, hvis virkninger er overskuelige.

69. Uden for praksis vedrørende arbejdsaftaler skal — ud over Shenavai-dommen — også nævnes dommen i Zelger-sagen [68], der angik en aftale om opfyldelsesstedet for tilbagebetaling af et lån. Med dommen i Zelger-sagen bekræftede Domstolen indirekte sin dom i Tessili-sagen, idet den som opfyldelsessted i henhold til artikel 5, nr. 1, lagde vægt på det sted, parterne havde bestemt »ved en aftale, der er gyldig i henhold til den nationale lovgivning, der finder anvendelse på kontrakten«. Spørgsmålet om, hvorvidt denne løsning i den konkrete sag var »begrundet i ... en direkte tilknytning mellem sagen og den ret, som får den forelagt« [69], var ikke blevet rejst. Den centrale problemstilling i dommen var derimod forholdet mellem artikel 5, nr. 1, og artikel 17.

66 — Det bemærkes, at mange forfattere endog kræver, at konventionens artikel 5, nr. 1, afskaffes, f.eks. Lasok/Stone, *Conflicts of Laws in the European Community*, 1987, s. 220 f.

67 — Mine fremhævelser.

68 — Dom af 17.1.1980, sag 56/79, Zelger mod Salinitri, Sml. s. 89.

69 — Præmis 3 in fine.

70. *III* — På grundlag af disse overvejelser skal jeg i det følgende nå frem til besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål.

71. *1)* Det problem, der rejses i spørgsmål 1) a), nemlig om man bør fravige anvendelsen af lex causae, tager sigte på det kriterium, der som omtalt i det foregående kan udledes af Domstolens praksis [70]. Det, der skal tages stilling til, er, om det er åbenbart, at en anvendelse af lex causae i det konkrete tilfælde ikke er forenelig med formålet med artikel 5, nr. 1.

72. Herom bemærkes, at tvister om betaling af en købesum — i tilfælde hvor selve aftalens indgåelse ikke bestrides [71] — i de fleste tilfælde drejer sig om, hvorvidt modydelsen (fra sælgeren) er erlagt i overensstemmelse med aftalen [72]. Blandt de retsinstanser, der har en stedlig tilknytning til omstændighederne ved aftalens gennemførelse, er det således den ret, som er bedst egnet til at bedømme, om der er sket rigtig opfyldelse af den ydelse, der ikke er en pengeydelse, som er den ret, der bedst tilgodeser formålet med artikel 5, nr. 1.

73. Den uniforme købelovs artikel 59, stk. 1, første led, fører derimod systematisk til, at kompetencen tillægges retten på fordringshaverens bopæl, idet man ved risikofordelingen i forbindelse med den internationale betalingsformidling har villet tilgodese fordringshaverens interesser. Allerede dette forhold taler efter min opfattelse for at bestemme opfyldelsesstedet ved en selvstændig fortolkning. I denne sammenhæng må det også tages i betragtning, at opfyldelsesstedet for betalingen af købesummen i det tilfælde, der er omhandlet i den internationale købelovs artikel 59, stk. 1, første led, pr. definition er uafhængigt af opfyldelsesstedet for modydelsen, og at det som regel er en påstået misligholdelse af forpligtelsen til at erlægge modydelsen, der er anledning til, at tvisten om betalingen af købesummen opstår. Kun i det tilfælde, der nævnes i artikel 59, stk. 1, andet led, er opfyldelsesstedet det samme.

74. Hermed står det fast, at det er åbenbart, at man ikke ved hjælp af kriteriet i artikel 59, stk. 1, første led, kan sikre, at sagen henføres til en ret, der har en nær tilknytning til sagen. Det præjudicielle spørgsmål 1) a) må således besvares benægtende.

75. *2)* Med hensyn til besvarelsen af spørgsmål 1) b) — dvs., hvorledes opfyldelsesstedet skal bestemmes i et sådan tilfælde — kan jeg umiddelbart lægge det allerede anførte til grund.

76. Efter min opfattelse skal der her ikke lægges vægt på betalingsforpligtelsen, men på

70 — Jf. ovenfor i punkt 63.

71 — Spellenberg (*Zeitschrift für Zivilprozeß*, 91 [1978], 38 og 56 nederst) henviser med rette til, at et værneting på det sted, hvor aftalen er indgået, i dette tilfælde vil være det bedst egnede, men at konventionen ikke giver hjemmel for et sådant værneting.

72 — Jf. allerede forbundsregeringens indlæg i Shenavai-sagen (jf. ovenfor i punkt 68) og Spellenberg, a. st. (fodnote 71).

sælgerens forpligtelse til at erlægge sin ydelse [73]. Dette er, som det vil være fremgået af det foregående, det »opfyldelsessted«, der inden for rammerne af kontraktforholdet mellem parterne snarest fører til, at sagen behandles ved en ret, der har en nær tilknytning til sagen. Dette gælder så meget mere i det foreliggende tilfælde, som de leverede vinduer skulle leveres således, at de opfyldte de britiske tekniske normer og standarder, jf. Oberlandesgericht Hamm's dom i appelsagen [74], som Bundesgerichtshof udtrykkeligt har henvist til.

77. Før jeg kommer nærmere ind på denne løsning, vil jeg ganske kort omtale, hvorledes den kan ses i relation til dommene i sagerne de Bloos og Tessili, som den egentlig kun i begrænset omfang adskiller sig fra. Med hensyn til de Bloos-dommen må det konstateres, at den her foreslåede løsning på ingen måde fører til, at man lægger vægt på »enhver forpligtelse efter den pågældende kontrakt«, men derimod på en forpligtelse, som er langt bedre egnet til at sikre, at sagen indbringes for en ret, den er knyttet til, end den forpligtelse, der konkret påberåbes. Desuden overholdes det princip, som blev opstillet i de Bloos-dommen og bekræftet i Shenavai-dommen — ofte kaldet »isolationsprincippet« — hvorefter der i almindelighed sker en bestemmelse af et opfyldelsessted for hver enkelt forpligtelse for sig. Det er kun fremgangsmåden ved bestemmelsen af opfyldelsesstedet, der er en anden end den, der blev fastlagt i de Bloos-dommen.

78. Med hensyn til dommen i Tessili-sagen må det fastslås, at lex causae fortsat finder anvendelse, ganske vist ikke til at finde frem til opfyldelsesstedet for den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, men for den modydelse, den anden part skal erlægge.

79. Til den sidstnævnte konstatering skal der imidlertid — med hensyn til den nærmere udformning af den her foreslåede løsning — knyttes et vist forbehold, og før jeg formulerer mit forslag, skal jeg knytte nogle bemærkninger hertil.

80. Reglerne i lex causae om opfyldelsesstedet for sælgerens ydelse kan — på samme måde som reglerne om opfyldelsesstedet for betalingen af købesummen — indeholde elementer, som kun tjener til at fordele risikoen, her specielt transportrisikoen, og ikke giver nogen pålidelig oplysning om det økonomiske *formål* med sælgerens forpligtelser [75]. Når sådanne elementer nu i forbindelse med efterprøvelsen af reglerne om opfyldelsesstedet for betalingsforpligtelsen er benyttet som anledning til at fravige den materielle lov, der gælder for aftalen, fordi de ikke kan bidrage til at henføre sagen til en retsinstans, den har tilknytning til, ville det være ulogisk at benytte en anden fremgangsmåde ved efterprøvelsen af reglerne om opfyldelsesstedet for sælgerens leveringsforpligtelse. Herom må det konstateres, at retten på bestemmelsesstedet for leveringen i almindelighed har en nærmere tilknytning til

73 — Jf. ovenfor i punkt 64.

74 — Trykt i *Monatsschrift fur Deutsches Recht*, 1992, s. 78.

75 — Jf. ovenfor i punkt 27.

sagen end retten på forsendelsesstedet, når der er tale om sager, som drejer sig om betaling af vederlaget, og som opstår på grund af påståede mangler ved den leverede ydelse, hvilket som nævnt må antages at være det typiske tilfælde. Dette gælder uafhængigt af, hvilket af de to steder der er »opfyldelsessted« i materielretlig forstand, og dermed uafhængigt af, hvem af parterne der bærer transportrisikoen.

81. Det forekommer at være på sin plads at knytte en sådan præcisering til svaret på Bundesgerichtshof's spørgsmål. Det fremgår nemlig af Oberlandesgericht Hamm's dom, at retten kun har opfattet leveringsklausulen »free site in London« som en aftale om, hvilke vilkår der skulle gælde for afleveringen. Det synes at forholde sig således, at retten ikke har betragtet London som opfyldelsessted for sagsøgerens ydelse, og at netop dette har været grunden til, at den ikke bragte artikel 59, stk. 1, *andet led*, i anvendelse, *men derimod* artikel 59, stk. 1, *første led.*

82. *IV* — Af alle disse grunde foreslår jeg, at Bundesgerichtshof's spørgsmål 1) a) og 1) b) besvares således:

Når der anlægges sag mod en kunde med krav om betaling i henhold til en bearbejdelsekontrakt, der er undergivet den uniforme købelov, og når artikel 59, stk. 1, første led, i den uniforme købelov efter den materielle lov finder anvendelse på betalingen, er opfyldelsesstedet i Bruxelles-konventionens artikel 5, nr. 1's forstand det i kontrakten aftalte bestemmelsessted for leverancen, uafhængigt af, hvem af parterne der skal bære faren for transporten af varerne til dette sted.

Spørgsmål 2

— *Generelt*

83. Bundesgerichtshof har stillet det andet præjudicielle spørgsmål for det tilfælde, at »de tyske retters internationale kompetence ifølge besvarelsen af spørgsmål 1) ... ikke kan støttes på konventionens artikel 5, nr. 1«. Da opfyldelsesstedet i bestemmelsens forstand — efter den ovenfor foreslåede fortolkning — ikke i det foreliggende tilfælde vil befinde sig i Tyskland, skal jeg også tage stilling til spørgsmål 2).

84. Med spørgsmålet ønsker Bundesgerichtshof oplyst, om en aftale om retternes kompetence »gyldigt [kan] komme i stand« i medfør af konventionens artikel 17 under de omstændigheder, der nærmere er anført i

spørgsmålet. Da Bundesgerichtshof er af den opfattelse, at en sådan aftale hverken er indgået »skriftligt« (stk. 1, andet punktum, 1. alternativ) eller »mundtligt med skriftlig bekræftelse« (sammesteds, 2. alternativ), tages der således sigte på det *3. alternativ*. Ifølge bestemmelsen herom, der blev indsat ved tiltrædelseskonventionen af 1978, kan en aftale om retternes kompetence

»inden for international handel [indgås] i en form, der er anerkendt af sædvanen på dette område, og som parterne har eller burde have kendskab til«.

85. Det fremgår af Schlosser-rapporten [76], at man fandt, at der med de to første alternativer i artikel 17, som Domstolen havde fortolket dem, var opstillet betingelser, som ikke var forenelige med den internationale handels kutymer og behov. Ved udarbejdelsen af ændringsbestemmelserne tog man således i denne forbindelse specielt sigte på at afbøde konsekvenserne af Domstolens dom i Segoura-sagen [77]. I denne dom havde Domstolen — i en sag der angik en købeaftale, som var indgået mundtligt, men ikke omfattede en mundtlig aftale om retternes kompetence i artikel 17's forstand — frakendt en af sælgeren fremsendt bekræftelsesskrivelse, som var vedlagt sælgerens forretningsbetingelser, der også indeholdt en værnetingsklausul, enhver betydning. En sådan klausul ville kun blive en del af aftalen, såfremt køberen skriftligt bekræftede forretningsbetingelserne [78]. Det forhold, at køberen ikke havde rejst indsigelse mod bekræftelsesskrivelsen, kunne kun sidestilles med en accept af værnetingsklausulen, såfremt den mundtlige aftale indgik i et løbende forretningsforhold, som var kommet i stand på grundlag af én af kontrahenternes almindelige forretningsbetingelser, som indeholdt en værnetingsklausul [79]. I Schlosser-rapporten udtales det herom, at kravet om, at kontraktpartneren til den, der anvender almindelige forretningsbetingelser, skriftlig skal bekræfte, at forretningsbetingelserne inddrages som et led i aftalen, ikke kan anses for rimeligt i den internationale handel.

86. De nærmere overvejelser i forbindelse med, hvordan bestemmelsen skal forstås, vil jeg fremsætte under min behandling i det følgende af de problemer, Bundesgerichtshof har rejst.

— *Spørgsmål 2. a)*

87. *I* — I denne del af spørgsmålet omtaler Bundesgerichtshof først en *adfærd fra parternes side*, som (med henblik på betingelserne for det 3. alternativ) i givet fald kan give

76 — EFT 1979 C 59, s. 71, citeret fra s. 124 f. (nr. 179).

77 — Dom af 14.12.1976, sag 25/76, Segoura mod Bonakdarian, Sml. s. 1851.

78 — Segoura-dommen, præmis 8 og 10.

79 — Jf. domskonklusionen, andet afsnit.

grundlag for at antage, at der gyldigt er aftalt et værneting:

— Efter en mundtligt indgået aftale bekræfter en leverandør skriftligt kontraktens indgåelse over for kunden.

— Denne skriftlige bekræftelse vedlægger leverandøren for første gang sine almindelige forretningsbetingelser, som indeholder en værnetingsklausul.

— Kunden gør ikke indsigelse mod værnetingsklausulen.

88. I tilslutning hertil nævner Bundesgerichtshof en række *ledsagende omstændigheder af faktisk og retlig art*, som kan have betydning for bedømmelsen:

— På kundens hjemsted findes der ikke nogen sædvane for, at en manglende reaktion på en sådan skrivelse skal anses for et samtykke til værnetingsklausulen.

— Kunden har heller ikke kendskab til en sådan sædvane.

— Der er tale om den første forretningsforbindelse mellem parterne.

89. Da Domstolen endnu ikke har skullet tage stilling til det 3. alternativ i artikel 17 (i 1978-affattelsen) har Bundesgerichtshof i sin forelæggelse ikke henvist til de enkelte betingelser i bestemmelsen, men til bestemmelsen som helhed. Det er efter Bundesgerichtshof's opfattelse tvivlsomt, om bestemmelsen — ud over hvad der fremgår af ordlyden — ikke alene regulerer værnetingsaftalers form, men også de materielle betingelser for, at værnetingsaftaler kommer i stand. Bundesgerichtshof rejser endvidere spørgsmål om, hvorledes begreberne »international handel« og »sædvanen på dette område« — som er begreber, der bør konkretiseres nærmere — samt de subjektive betingelser, der opstilles i bestemmelsen, skal fortolkes [80].

90. Under disse omstændigheder forekommer det hensigtsmæssigt at drøfte de betingelser, der opstilles i bestemmelsen, hver for sig, således at de omstændigheder, Bundesgerichtshof har anført, samtidig tages i betragtning.

91. *I — 1.* Det skal først undersøges, om der i det foreliggende tilfælde er tale om »*international handel*« i artikel 17's forstand. Dette spørgsmål, som ikke specielt er blevet drøftet under sagens behandling for Domstolen, må efter min opfattelse besvares bekræftende.

80 — Jf. forelæggelseskendelsen, s. 17.

Som en købeaftale — som går ud på, at en vare skal leveres fra én kontraherende stat til en anden, og som er indgået mellem parter, der er erhvervsdrivende selskaber i hver af de to stater — må den transaktion, værnetingsklausulen skal gælde for, umiddelbart betragtes som *international*. Man kunne ganske vist opfatte denne betingelse således, at bestemmelsen som følge heraf kun skulle gælde for bestemte handelsbrancher, som klart kunne afgrænses. Det synes da også at være handelen inden for sådanne brancher, House of Lords' Select Committee on the European Communities havde for øje under forberedelsen af det britiske forslag om indførelsen af det 3. alternativ i artikel 17 [81]. En sådan fortolkning falder imidlertid uden for, hvad formålet med artikel 17 kan begrunde, idet dette er at forhindre, at værnetingsaftaler ubemærket indføjes i kontraktforholdet [82]. Uden *på forhånd* på denne måde at indsnævre anvendelsesområdet for bestemmelsen, forekommer det derimod hensigtsmæssigt at tage hensyn til eventuelle forskelle mellem den institutionaliserede handel (f.eks. på råvareområdet) og andre former for international handel ved fortolkningen af sædvanebegrebet og de subjektive betingelser for det 3. alternativ [83].

92. Da parterne er erhvervsdrivende selskaber og er »handlende« inden for hver deres branche, er jeg heller ikke i tvivl om, at de her foreliggende transaktioner har fundet sted inden for den internationale *handel*.

93. 2. Det skal endvidere undersøges, hvilke fortolkningsbidrag der kan gives Bundesgerichtshof med hensyn til kravet om, at værnetingsaftalen skal være indgået inden for international handel »*i en form, der er anerkendt af sædvanen på dette område*«.

94. *a)* Som vi allerede har set, er det 3. alternativ i artikel 17 blevet indført for at give adgang til at benytte visse andre former for gyldig indgåelse af værnetingsaftaler end en skriftlig aftale eller en mundtlig aftale med skriftlig bekræftelse. Som bestemmelsen er opbygget, er det klart, at man har villet give adgang til — som former for gyldige værnetingsaftaler — at benytte dem, der er i overensstemmelse med en sædvane på området.

95. Det er imidlertid ikke helt klart, hvilken rækkevidde kriteriet skal tillægges. Som Bundesgerichtshof med rette har fremhævet, angår det efter bestemmelsens ordlyd kun aftalens »form«, og man kan rejse det

81 — Jf. Session 1976-1977, 45th report, par. 20.

82 — Jenard-rapporten (jf. fodnote 2), s. 37.

83 — Også Lugano-konventionen (EFT L 319 af 25.11.1988, s. 1), som dog ikke finder anvendelse i denne sag, og Bruxelles-konventionen som ændret ved San Sebastian-konventionen (EFT 1989 L 285, s. 4) synes at tale for denne løsning, idet man dér ganske vist har bibeholdt udtrykket »inden for international handel«, men har opstillet det som en ny betingelse, at sædvanen »er almindelig kendt og regelmæssigt fulgt i kontrakter af samme type inden for den pågældende handelsbranche«.

spørgsmål, om man ikke også har villet regulere selve aftalen, forstået som viljesoverensstemmelsen mellem parterne.

96. Efter min opfattelse må det sidste være tilfældet. Kommissionen har ganske vist med rette henvist til, at indførelsen af det 3. alternativ i Schlosser-rapporten kun omtales som »en lettelse i den foreskrevne form«, samtidig med at man rejser spørgsmålet, »om andre problemer [i forbindelse med viljesoverensstemmelsen] end formspørgsmålet skal bedømmes efter anvendelig national ret eller efter ensartede EØF-principper« [84]. Imidlertid ville formålet med 1978-ændringen ikke blive nået, hvis man antog, at der kun var tale om en formforskrift. Domstolen fandt således i Segoura-dommen, at værnetingsaftalen var ugyldig, netop fordi den faktiske viljeoverensstemmelse mellem parterne, som der stilles krav om i artikel 17 [85], ikke var opnået, da den omstændighed, at en part ikke havde rejst indsigelse mod en bekræftelsesskrivelse, ikke kunne sidestilles med en accept af værnetingsklausulen [86]. Hvis den nye konventionsbestemmelse kun skulle vedrøre formen, ville kravet om en faktisk viljeoverensstemmelse *fortsat skulle bedømmes ud fra denne praksis*, og der ville dermed ikke blive opnået en lettelse af hensyn til den internationale handels behov. Mere generelt må det konstateres, at formkravene i artikel 17 — efter Domstolens faste praksis, herunder afgørelsen i Segoura-sagen — ikke har et selvstændigt formål [87], men »skal sikre, at parternes samstemmende vilje faktisk har været til stede« [88].

97. Dette standpunkt har Domstolen for nylig bekræftet i Powell Duffryn-sagen [89], hvori der var tale om en værnetingsklausul i et selskabs vedtægter. Efter at Domstolen havde konstateret, at *selskabsvedtægter* i alle de kontraherende staters retsordener skal være udformet skriftligt, og at vedtægterne udgør den grundlæggende regulering af forholdene mellem aktionæren og selskabet, udtalte den, at:

»enhver, der bliver aktionær i et selskab — *uanset hvorledes aktierne erhverves — ved eller bør vide*, at han er bundet af selskabets vedtægter ...« [90].

98. Med henblik på det foreliggende tilfælde skal det tilføjes, at sædvaner, der angår *rene form*krav på dette område, kun meget vanskeligt eller måske slet ikke kan opstå. Sådanne krav hører nemlig ind under *procesretten*, og de præceptive procesretlige regler kan medlemsstaterne fastlægge forskelligt, og

84 — A. st. (fodnote 76), s. 125 (nr. 179).

85 — Segoura-dommen, præmis 6.

86 — Jf. domskonklusionen, andet afsnit.

87 — Jf. ovenfor i fodnote 82 og i den dertil hørende tekst.

88 — Dom af 14.12.1976, sag 24/76, Estatis Salotti mod RÜWA, Sml. s. 1831, præmis 7, Segoura-dommen, præmis 6, af 6.5.1980, sag 784/89, Porta Leasing mod Prestige International, Sml. s. 1517, præmis 5, af 14.7.1983, sag 201/82, Gerling mod Amministrazione del tesoro dello Stato, Sml. s. 2503, præmis 13, af 19.6.1984, sag 71/83, Tilly Russ mod Nova, Sml. s. 2417, præmis 14, af 11.7.1985, sag 221/84, Berghoefer mod ASA. Sml. s. 2699, præmis 13, og af 11.11.1986, sag 313/85, Iveco Fiat mod Van Hool, Sml. s. 3337, præmis 5.

89 — Dom af 10.3.1992, sag 214/89, Powell Duffryn, Sml. s. 1745.

90 — Dommens præmis 27, min fremhævelse.

de kan til enhver tid ændre dem [91]. Derimod kan der, som det fremgår af Schlosser-rapporten, udmærket findes sædvaner med hensyn til, hvorledes *viljesoverensstemmelsen* kommer i stand med hensyn til et værneting, da denne problematik må henføres under den *materielle* ret. I sådanne sædvaner, f.eks. vedrørende en manglende reaktion på en bekræftelsesskrivelse i handelsforhold, kan formelementer og elementer med hensyn til den materielle viljesoverensstemmelse være sammenknyttet. De kan — sagt med andre ord — angå en bestemt *form*, forstået som den *måde*, hvorpå viljesoverensstemmelsen kommer i stand. Det 3. alternativ i artikel 17 er således et tilfælde, hvor en overensstemmelse mellem på den ene side parternes adfærd og på den anden side sædvaner — i sammenhæng med bestemte subjektive betingelser — yder garanti for, hvad der uden for det 3. alternativs anvendelsesområde kun sikres gennem skriftlighed og den såkaldte »halvskriftlighed«, nemlig at værnetingsklausuler ikke ubemærket indføjes som led i aftalen [92].

99. *b)* Det er ikke tilfældigt, at Bundesgerichtshof med henblik på fortolkningen af artikel 17 giver en række oplysninger om parternes adfærd og om retstilstanden i Det Forenede Kongerige. I hvilket omfang disse omstændigheder har betydning, afhænger af, hvorledes man vil opfatte begrebet »sædvane«, specielt i tilfælde af en manglende reaktion på en bekræftelsesskrivelse i handelsforhold. Dette er omtvistet i den juridiske litteratur, hvor der i det væsentlige er fremført *tre forskellige opfattelser*:

— En sædvane med hensyn til en bestemt måde, hvorpå viljesoverensstemmelsen kommer i stand, foreligger, såfremt der findes en faktisk handelsbrug, som følges almindeligt, stadigt og regelmæssigt i de pågældende brancher ved transaktioner, som både materielt og med hensyn til stedet svarer til den omtvistede transaktion, og som berettiger til at antage, at parternes adfærd er udtryk for, at de er nået til enighed (eller at vedkommende part har givet sit samtykke). En sådan sædvane får retlig gyldighed gennem artikel 17 [93]. Når denne opfattelse lægges til grund, skal en relevant sædvane *bevises* [94].

— I artikel 17 anerkendes det, at en manglende reaktion på en bekræftelsesskrivelse inden for international handel i kraft af en sædvane giver grundlag for at antage, at der er opnået enighed om den ved skrivelsen indførte værnetingsklausul (i hvert fald hvis parterne har eller burde have kendskab til sædvanen). Der kræves ikke særskilt bevis for en sådan sædvane [95].

91 — Jf. således Kohler, *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, s. 611 og 622.

92 — Jf. ovenfor i fodnote 82 og den dertil horende tekst.

93 — Jf. særlig, med udforlig begrundelse, Stöve, *Gerichtsstandsvereinbarungen nach Handelsbrauch, Art. 17 EuGVÜ und § 38 ZPO*, Heidelberg 1993, s. 20-23 og 56 f.; i samme retning: Geimer/Schütze a. st. (fodnote 13), s. 478, Schütze, *Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht*, Berlin, 1985, s. 56, Gothot-Holleaux (fodnote 61), margennr. 175, og så vidt ses også Kaye, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, 1987, s. 1062 f.

94 — Huet, *Journal du droit international* 1990, s. 153 og 159.

95 — Jf. særlig Schmidt, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1992, s. 173 og 177.

— En sædvane med hensyn til en bestemt måde, hvorpå der opnås enighed, foreligger, når det i en (eller flere) retsorden(er), som nærmere skal udpeges, anerkendes, at parternes adfærd i kraft af sædvane udgør en viljesoverensstemmelse (eller et samtykke). Kriteriet for, hvorledes den (eller de) pågældende retsorden(er) udpeges, skal fastlægges ved en fortolkning af artikel 17 [96].

100. Jeg vil af følgende grunde foreslå, at Domstolen tilslutter sig den førstnævnte opfattelse.

101. Det er sikkert ikke berettiget, når man ifølge den anden af de nævnte opfattelser vil drage den konklusion, at der i selve konventionen anerkendes en sædvane i forbindelse med praksis for at fremsende bekræftelsesskrivelser i handelsforhold. Det fremgår ganske vist af Schlosser-rapporten, at Segoura-sagen, der drejede sig om denne praksis, var anledningen til ændringen af artikel 17. Det kan imidlertid ikke fastslås, hvad det nøjagtige indhold af denne sædvane, som hævdes at være anerkendt, skulle være. Herom må det være tilstrækkeligt at konstatere, at der i de stater, der er parter i konventionen, er helt forskellige opfattelser af, hvilken retlig betydning en sådan praksis skulle have [97], og at forskelle alt efter den enkelte branche heller ikke er udelukket.

102. Den tredje af de nævnte opfattelser, hvorefter artikel 17 vil have karakter af en lovkonfliktregel eller en henvisning til nationale lovkonfliktregler, kan ses i umiddelbar tilknytning hertil. Det må medgives, at det kan være vanskeligt konkret at fastslå, at der forligger sædvaner i det internationale handelssamkvem (bortset fra brancher, der allerede efter deres karakter har et internationalt præg). Dette forhold kan dog ikke være et argument for, at artikel 17 skal fortolkes i denne retning.

103. For det første fremgår det nemlig af bestemmelsens opbygning, specielt i den engelske og den franske version, at sædvanerne skal gælde i international handel. I den tyske version tales der om »internationale Handelsbräuche«, hvilket kan give anledning til misforståelse. Hvis man gennem lovkonfliktreglerne ville inddrage lokale sædvaner, som endnu ikke bevisligt har vundet indpas i internationale forretningsforhold i den pågældende branche, under artikel 17, ville dette kunne lette en inddragelse af værnetingsklausuler i kontraktforholdene ud over, hvad der har været tilsigtet med ændringerne. På dette punkt kan der også henvises til Lugano- og San Sebastian-

96 — Jung, *Vereinbarungen über die Internationale Zuständigkeit nach dem EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen und nach § 38 Abs. 2 ZPO*, Bochum, 1980, s. 172 ff., Lindacher i Wolf/Horn/Lindacher, *AGB-Gesetz, Kommentar*, 2. Auflage, München 1989, Anhang zu § 2, margennr. 90 og 92, Rauscher, *Zeitschrift für Zivilprozeß* 104 (1991), s. 272 og 292 ff., samme, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1992, s. 143 og 145, Ulmer i Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Gesetz, Kommentar*, 5. Auflage, Köln, 1987, Anhang zu § 2, margennr. 33, og så vidt ses også Hansmann i Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 4. Auflage, Köln, 1988, margennr. 1203.

97 — Jf. den udførlige fremstilling hos Stöve (fodnote 93), s. 129 ff.

konventionerne [98], som ud over, hvad der følger af 1978-affattelsen, kræver, at den pågældende sædvane »er almindeligt kendt og regelmæssigt fulgt af parter i kontrakter af samme type inden for den pågældende handelsbranche«. I Jenard/Möller-rapporten [99] om Lugano-konventionen udtales det om den nye affattelse, at der »navnlig i betragtning af udtrykkene 'internationale Handelsbräuche' og 'usages', der er anvendt i henholdsvis den tyske og den franske udgave af Bruxelles-konventionens artikel 17, ... ikke indholdsmæssigt [synes] at være større forskel mellem de pågældende bestemmelser i de to konventioner«. Jeg vil mene, at denne kommentar kun vanskeligt kan bringes i overensstemmelse med den nye affattelse, hvis artikel 17 i 1978-affattelsen kun skulle opfattes således, at der var tale om en ren lovkonfliktregel eller henvisning til nationale lovkonfliktregler.

104. For det andet har Domstolen som nævnt betragtet formkravene ifølge 1. og 2. alternativ som garantier for, at der rent faktisk er opnået enighed, og på denne måde har den stillet visse *selvstændige krav til selve viljesoverensstemmelsen*. For så vidt har den undgået at indføre komplicerede og overordentligt omtvistede kollisionsretlige problemer i bestemmelsen [100]. Man har i øvrigt helt fra starten beklaget, at artikel 17 — på grund af visse præjudicielle retsspørgsmål vedrørende enigheden mellem parterne (særlig med hensyn til handleevnen og fuldmagt) — ikke er blevet forsynet med en udtrykkelig lovvalgsregel [101]. Fortolkningen af det 3. alternativ i artikel 17 bør efter min opfattelse holdes på samme linje og derfor i samme grad som de andre alternativer foretages selvstændigt [102].

105. *c)* Anvendelsen af den her foreslåede løsning på det forelagte tilfælde giver mig anledning til følgende betragtninger.

106. *aa)* Allerførst kan det konstateres, at de oplysninger, Bundesgerichtshof har givet om retstilstanden i Det Forenede Kongerige, som sådanne ikke er afgørende, lige så lidt som retstilstanden i Forbundsrepublikken Tyskland, da artikel 17 ikke er en lovkonfliktregel. Jeg skal straks i det følgende vende tilbage til den begrænsede betydning, de nationale retssystemer kan have dels for beviset for, at der findes en sædvane, dels for de subjektive betingelser i artikel 17.

107. *bb)* Dernæst vil jeg, for at kunne give et brugbart svar på Bundesgerichtshof's spørgsmål, redegøre for betydningen af det her foreslåede kriterium under to synsvinkler. Den første angår — med henblik på kendetegnene ved den pågældende transaktion

98 — Jf. fodnote 83.

99 — EFT 1990 C 189, s. 57, citeret fra s. 77 (nr. 58 in fine).

100 — Jf. Roth, *Zeitschrift für Zivilprozeß 93*, 1980, s. 156 ff.

101 — Droz (jf. fodnote 61) s. 134 (nr. 215).

102 — Jf. også O'Malley/Layton, *European civil practice*, London, 1989, nr. 21.37 og 21.70.

— kravene til sædvanens udbredelse. Af hensyn til formålet med artikel 17 kan der kun tages hensyn til en sædvane, som både stedligt og materielt gælder for transaktioner af den omtvistede art [103]. Den beskyttelse mod, at værnetingsklausuler ubemærket indføjes i kontraktforholdet, som er tilsigtet med bestemmelsen, kunne f.eks. ikke opnås, hvis man i et tilfælde som det foreliggende kunne lægge vægt på sædvaner inden for automobilsektoren eller inden for handelen mellem Tyskland og Frankrig.

108. Det andet synspunkt angår den autoritet, sædvanen skal have opnået inden for den pågældende sektor. For at artikel 17 skal kunne anvendes, må det stå fast, at sædvanen regelmæssigt følges af parter i kontrakter i den pågældende handelsbranche. Kun på denne betingelse, som — i tilslutning til artikel 9, stk. 2, i Wienerkonventionen om internationale løsørekøb [104] — også er indsat i Lugano-og San Sebastian-konventionerne, har sædvanen rent faktisk en virkning, som berettiger, at den også retligt kan anerkendes gennem artikel 17. Med hensyn til praksis for, at man i handelsforhold fremsender en bekræftelsesskrivelse, hvorved almindelige forretningsbetingelser efterfølgende skal gøres til en del af aftalen, er betingelserne efter det 3. alternativ kun opfyldt, såfremt de erhvervsdrivende i den pågældende branche overholder de betingelser, der er indført på denne måde, som bindende.

109. I parentes bemærket har jeg indtryk af, at sådanne betingelser på ingen måde er opfyldt for alle transaktioner, der falder inden for konventionens anvendelsesområde. På områder, der er præget af hyppige gentagelser af samme transaktioner inden for en i det væsentlige sluttet kreds af erhvervsdrivende, kan der lettere opstå sædvaner end på andre områder.

110. *cc)* Uanset hvorledes dette måtte forholde sig, skal de nødvendige undersøgelser vedrørende de omstændigheder, som efter det således udviklede kriterium skal lægges til grund, foretages af den retsinstans, som pådømmer sagens faktum, med bistand af det internationale handelskammer eller et fælles handelskammer for de to lande [105].

111. Inden for rammerne af bedømmelsen af de omstændigheder, der taler for og imod, at der gælder en sædvane, kan der i det kon-

103 — Jf. tilsyneladende Kropholler, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 4. Auflage, Heidelberg 1993, margennr. 42 ad konventionens artikel 17: Det er inden for den internationale handel tilstrækkeligt, at der består en sædvane, uden at det nøjagtigt skal fastslås, i hvilke stater sædvanen gælder. Tilsvarende Kropholler/Pfeiffer, *Festschrift für Heinrich Nagel*, Münster, 1988, s. 157 og 163.

104 — De Forenede Nationers konvention om aftaler om internationale løsørekøb, undertegnet i Wien den 11.4.1980.

105 — For alle tilfældes skyld skal jeg henvise til, at der i Bundesgerichtshof's spørgsmål ikke rejses problemer med hensyn til, om det er sædvanligt, at der indføjes en værnetingsklausul i almindelige forretningsbetingelser, som fremsendes sammen med en bekræftelsesskrivelse, eller med hensyn til, hvilket indhold klausulen sædvanligvis har. Dette kan skyldes den omtvistede transaktions karakter og måske også, at de nødvendige undersøgelser af de faktiske forhold endnu ikke er foretaget. For så vidt vil det her foreslåede kriterium måske skulle præciseres under en senere sag.

krete tilfælde — med den nødvendige forsigtighed — også tages hensyn til de pågældende nationale retssystemer. Om der *opstår* eller *opretholdes* sædvaner inden for international handel, afhænger nemlig — foruden af andre forhold — af, om sædvanerne anerkendes af medlemsstaterne domstole. Således vil der i handelen mellem to stater, hvis domstole overhovedet ikke tillægger praksis for at fremsende bekræftelsesskrivelse i handelsforhold nogen betydning for, om der er opnået enighed mellem parterne, næppe nogen sinde kunne findes en modstående sædvane. Det modsatte vil gælde, såfremt domstolene i de to stater vil give en sådan retlig anerkendelse. På sagens nuværende trin vil disse bemærkninger, som nødvendigvis er meget generelle, efter mit skøn være tilstrækkelige.

112. *dd)* Herefter når jeg frem til det sidste problem, der skal drøftes i denne sammenhæng. Som vi har set, kunne inddragelse af værnetingsklausuler i kontraktforholdet efter 1968-affattelsen kun ske i de former, der er angivet i 1. og 2. alternativ i artikel 17. Inden for bestemmelsens anvendelsesområde kunne modstridende sædvaner for inddragelse af kontraktbestemmelser — hvis sådanne sædvaner måtte bestå med hensyn til andre regler om inddragelse af kontraktbestemmelser — ikke omfatte værnetingsaftaler. I den tidligere affattelse af artikel 17 var der på forhånd ingen plads herfor [106]. Af denne grund må der ved efterprøvelsen af, om der findes sædvaner, ses bort fra virkningerne af artikel 17 i den tidligere affattelse for inddragelse af værnetingsaftaler. Hvis 1978-ændringen skal have virkning i praksis, må sædvaner vedrørende andre kontraktbestemmelser være afgørende. Det 3. alternativ i artikel 17 skal med andre ord forstås således, at der dermed skal tillægges generelle sædvaner de retlige virkninger på området for værnetingsklausuler, som sædvanerne ikke kunne få efter den tidligere affattelse.

113. *3.* Herefter skal jeg omtale de subjektive betingelser, der opstilles i bestemmelsen, dvs. kravet om, at »*parterne har eller burde have kendskab til*« sædvanen.

114. Med disse krav skal det — uanset hvilke sædvaner der gælder inden for en branche — forhindres, at værnetingsklausuler får virkning over for personer, som ikke havde eller ikke burde have kendskab til sædvanerne og dermed de måder, hvorpå klausuler gøres til en del af i kontraktforholdet.

115. »Sædvane«-kriteriet er i det væsentlige et faktisk kriterium, og det samme må gælde for de her omhandlede subjektive betingelser.

106 — Jf. også ovenfor i punkt 98 og fodnote 91.

Alle relevante omstændigheder kan således tages i betragtning.

116. I relation til det foreliggende tilfælde er det oplyst i forelæggelseskendelsen, at kunden ikke havde kendskab til den påberåbte sædvane for, at en manglende reaktion på en bekræftelsesskrivelse af den karakter, Bundesgerichtshof har beskrevet, må betragtes som en accept af værnetingsklausulen. Dette forhold er i hvert fald af betydning, når den pågældende part generelt — dvs. uafhængigt af problemet med hensyn til værnetingsklausuler [107] — ikke havde kendskab til den påberåbte sædvane.

117. Med hensyn til besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt kunden *burde have kendskab til* en sådan sædvane, kan der tages hensyn til to forhold, som Bundesgerichtshof har nævnt, nemlig dels at der på kundens hjemsted ikke findes en sædvane som den, der er påberåbt, og dels at der er tale om den første forretningsforbindelse mellem parterne. Hvad angår det første forhold fremgår det af de litteraturhenvisninger, Bundesgerichtshof har givet, at en manglende reaktion på en bekræftelsesskrivelse i handelsforhold, som for første gang er vedlagt almindelige forretningsbetingelser, helt generelt — dvs. ikke kun specielt for så vidt angår værnetingsaftaler — ikke anses for at udgøre en accept af forretningsbetingelsernes indhold [108]. I et sådant tilfælde kan det ikke antages, at kunden burde have kendskab til den påberåbte sædvane, medmindre der fremføres og i givet fald føres bevis for andre omstændigheder (f.eks. forretningsforbindelse med andre erhvervsdrivende i branchen), som i tilstrækkeligt omfang kan godtgøre det modsatte. Også dette må påhvile den ret, der skal pådømme sagens faktum.

118. *III* — Af alle disse grunde bør spørgsmål 2) a) besvares således:

Under de af Bundesgerichtshof angivne omstændigheder kan en aftale om retternes kompetence efter artikel 17, stk. 1, andet punktum, 3. alternativ, kun gyldigt komme i stand, når der findes en sædvane, som følges almindeligt, stadigt og regelmæssigt i de pågældende brancher ved transaktioner, som både materielt og med hensyn til stedet svarer til den omtvistede transaktion, og som berettiger til at antage, at parternes adfærd er udtryk for, at de er nået til enighed om ind-

107 — Jf. ovenfor i punkt 112.

108 — Jf. f.eks. B. Ebenroth, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 77 (1978), s. 161, på s. 164 ff.

holdet af den skriftlige bekræftelse og om de vedlagte almindelige forretningsbetingelser.

Hvis sagens udfald i tilfælde af, at en af parterne ikke har kendskab til en sådan sædvane — forudsat at der findes en sådan — afhænger af, om denne part burde have kendskab til sædvanen, må dette spørgsmål besvares benægtende, hvis der ikke findes en sådan sædvane på den pågældende parts hjemsted, og der er tale om den første forretningsforbindelse med en part, som følger denne sædvane. Det forholder sig anderledes, når det gøres gældende, og i givet fald godtgøres, at der foreligger andre omstændigheder, som i tilstrækkelig grad støtter, at den pågældende part burde have kendskab til den omhandlede sædvane.

— *Spørgsmål 2) b)*

119. Bundesgerichtshof har stillet denne del af spørgsmålet for det tilfælde, at en værnetingsaftale gyldigt kan komme i stand under de i spørgsmål 2) a) nævnte omstændigheder. Hvis forholdet med hensyn til de subjektive betingelser i konventionsbestemmelsen måtte være, at der ikke foreligger andre end de i forelæggelseskendelsen anførte omstændigheder, vil spørgsmål 2) a) skulle besvares benægtende, således at spørgsmål 2) b) ikke længere er relevant. Jeg vil anse det for berettiget, såfremt Domstolen, hvis den følger mit forslag, nøjes med at besvare spørgsmål 2) a).

120. Uanset hvad udfaldet måtte blive, forekommer den her omhandlede del af spørgsmålet, hvori der ønskes en afklaring af »sprogrisikoen« [109], mig ikke at være særlig kompliceret.

121. Indledningsvis skal der henvises til dommen i sagen Elefanten Schuh [110], hvorefter nationale lovbestemmelser, som i privatretlige forhold foreskriver benyttelse af et bestemt sprog, skal lades ude af betragtning inden for anvendelsesområdet for artikel 17. Det samme må imidlertid gælde for en ordning for »sprogrisikoen«, som er udviklet i en kontraherende stats retspraksis, da en sådan ordning på tilsvarende måde som lovbestemmelser har indvirkning på den måde, hvorpå aftalen kommer i stand (dvs. formen og de materielle betingelser) [111].

109 — Jf. forelæggelseskendelsen, s. 20 (punkt 3).

110 — Dom af 24.6.1981 i sag 150/80, Elefanten Schuh mod Jacqmain, Sml. s. 1671.

111 — Kohler, *Praxis der internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1991, s. 299, på s. 300 (fodnote 7).

122. Bundesgerichtshof spørger på denne baggrund, om en værnetingsaftale gyldigt kan komme i stand, og henviser til følgende faktiske omstændigheder:

— De almindelige forretningsbetingelser, som er vedlagt bekræftelsesskrivelsen, er affattet på et andet sprog end kontrakt- og forhandlingssproget.

— Kunden har ikke kendskab til det pågældende sprog.

— I den på forhandlings-og kontraktsproget affattede skriftlige bekræftelse henvises der under ét til de almindelige forretningsbetingelser, men ikke specielt til værnetingsklausulen.

123. Desuden er det oplyst, at der er tale om den første forretningsforbindelse mellem parterne.

124. Under omstændigheder som disse — særligt når der ikke er henvist til værnetingsklausulen på kontrakt- og forhandlingssproget — kan man ikke i almindelighed hævde, at den pågældende part har kunnet få kendskab til værnetingsklausulen på passende vis. Allerede den grundlæggende betingelse om den faktiske viljesoverensstemmelse vil derfor ikke være opfyldt. I dette tilfælde kan en værnetingsaftale ved anvendelse af det 3. alternativ i artikel 17 kun komme i stand, hvis den gældende sædvane selv tillader, at man benytter et andet sprog end kontrakt- og forhandlingssproget. Spørgsmål 2) b) bør besvares i overensstemmelse hermed.

Spørgsmål 3

125. For fuldstændighedens skyld skal jeg kort omtale det problem, der rejses i spørgsmål 3, nemlig om det i tilfælde, hvor der i henhold til artikel 17 gyldigt er aftalt en værnetingsklausul, »desuden efter den nationale materielle lov, der finder anvendelse i medfør af lovkonfliktreglerne ved den retsagen er indbragt for, [skal] efterprøves, om værnetingsklausulen gyldigt er blevet en del af kontrakten«.

126. I den kontekst, hvori spørgsmålet er stillet, må det besvares benægtende, da artikel 17 inden for sit anvendelsesområde tilsigter at indføre selvstændigt gældende og dermed ensartede retsregler [112]. I artiklen gives der en udtømmende definition af de krav, der stilles til den materielle viljesoverensstemmelse, samt de formkrav, der er nødvendige for, at standarden sikres overholdt. Nationale retsregler med samme funktion kan derfor ikke gøre krav på at finde anvendelse ud over artikel 17. Spørgsmål 3 må besvares i overensstemmelse hermed.

C — Forslag til afgørelse

127. Af de anførte grunde foreslår jeg, at Bundesgerichtshof's spørgsmål besvares således:

Spørgsmål 1) a) og b):

»1) Når der anlægges sag mod en kunde med krav om betaling i henhold til en bearbejdelseskontrakt, der er undergivet den uniforme købelov, og når artikel 59, stk. 1, første led, i den uniforme købelov efter den materielle lov finder anvendelse på betalingen, er opfyldelsesstedet i Bruxelles-konventionens artikel 5, nr. 1's forstand det i kontrakten aftalte bestemmelsessted for leverancen, uafhængigt af, hvem af parterne, der skal bære faren for transporten af varerne til dette sted.

I det omfang det er nødvendigt, besvares de følgende spørgsmål således:

2) a) Under de af Bundesgerichtshof angivne omstændigheder kan en aftale om retternes kompetence efter artikel 17, stk. 1, andet punktum, 3. alternativ, kun gyldigt komme i stand, når der findes en sædvane, som følges almin-

112 — Jf. dommen i Estatis Salotti-sagen (fodnote 88) og dommen i Segoura-sagen (fodnote 77). Jf. også ovenfor i punkt 104.

deligt, stadigt og regelmæssigt i de pågældende brancher ved transaktioner, som både materielt og med hensyn til stedet svarer til den omtvistede transaktion, og som berettiger til at antage, at parternes adfærd er udtryk for, at de er nået til enighed om indholdet af den skriftlige bekræftelse og om de vedlagte almindelige forretningsbetingelser.

Hvis sagens udfald i tilfælde af, at en af parterne ikke har kendskab til en sådan sædvane — forudsat at der findes en sådan — afhænger af, om denne part burde have kendskab til sædvanen, må dette spørgsmål besvares benægtende, hvis der ikke findes en sådan sædvane på den pågældende parts hjemsted, og der er tale om den første forretningsforbindelse med en part, som følger denne sædvane. Det forholder sig anderledes, når det gøres gældende, og i givet fald godtgøres, at der foreligger andre omstændigheder, som i tilstrækkelig grad støtter, at den pågældende part burde have kendskab til den omhandlede sædvane.

b) En værnetingsaftale kan efter den nævnte bestemmelse ikke gyldigt komme i stand ved, at der ikke reageres på en skriftlig bekræftelse i handelsforhold, hvis de almindelige forretningsbetingelser, der er vedlagt den skriftlige bekræftelse, og som indeholder den omtvistede klausul, er affattet på et andet sprog end forhandlings- og kontraktsproget, hvis modtageren af skrivelsen ikke har kendskab til dette sprog, og der ikke specielt er gjort opmærksom på klausulen på forhandlings- og kontraktsproget, og hvis der er tale om den første forretningsforbindelse mellem parterne. Det vil kun forholde sig anderledes, hvis der efter den gældende sædvane kan anvendes et andet sprog end forhandlings- og kontraktsproget.

3) Regler i national ret, som vedrører spørgsmålet om, i hvilket omfang bestemmelser, herunder navnlig bestemmelser i almindelige forretningsbetingelser — under hensyn til en faktisk viljesoverensstemmelse og formen herfor — er blevet en del af en kontrakt, finder ikke anvendelse ud over Bruxelleskonventionens artikel 17. Sådanne regler i den nationale materielle lov, der finder anvendelse i medfør af lovkonfliktreglerne ved den ret, sagen er indbragt for, kan derfor ikke anvendes med henblik på at efterprøve, om en værnetingsaftale, som opfylder betingelserne i artikel 17, gyldigt er blevet en del af kontrakten mellem parterne.«