CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 8 maart 1994 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

A — Inleiding

1. Met dit verzoek om een prejudiciële beslissing stelt het Bundesgerichtshof vragen over de uitlegging van twee belangrijke bepalingen van het Executieverdrag, namelijk artikel 5, sub 1, betreffende de bevoegdheid van het gerecht van de plaats van uitvoering, en (eventueel) artikel 17 betreffende overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter. Volgens het Bundesgerichtshof zijn deze artikelen toepasselijk in de versie van 1978 of in de (identieke) versie van 1982.

2. Deze vragen zijn gerezen in een geding, waarin Stawa Metallbau GmbH bij de rechter van de plaats waar zij is gevestigd, Bielefeld, van haar Londense contractpartner, Custom Made Commercial Ltd, (gedeeltelijke) betaling vordert van door haar vervaardigde ramen en deuren.

3. Deze ramen en deuren waren bestemd voor een gebouwencomplex te Londen. De overeengekomen prijs was uitgedrukt in Britse ponden. De overeenkomst die aan de vordering ten grondslag ligt, was de eerste die tussen partijen werd gesloten. Zij werd, na in het Engels gevoerde onderhandelingen, mondeling gesloten te Londen op 6 mei 1988.

4. Verzoekster bevestigde de sluiting van de overeenkomst bij een in het Engels gestelde brief van 9 mei 1988. In deze brief stond onder meer het volgende:

„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. Bij deze brief waren voor het eerst verzoeksters in het Duits gestelde Algemene

* Oorspronkelijke taal: Duits.

voorwaarden gevoegd. § 8 daarvan luidt als volgt:

„§ 8 Bevoegde gerechten

Bielefeld is de plaats van uitvoering en de gerechten te Bielefeld zijn bevoegd voor alle geschillen die tussen partijen uit de contractuele verhouding kunnen voortkomen, voor zover de koper handelaar, publiekrechtelijk rechtspersoon of publiekrechtelijk afgezonderd vermogen is."

6. Verweerster heeft tegen die Algemene voorwaarden geen bezwaar gemaakt.

7. Volgens het Bundesgerichtshof valt de overeenkomst onder de Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (hierna: „Eenvormige koopwet"), gevoegd bij het Verdrag van Den Haag van 1 juli 1964 houdende die wet. [1] Volgens het ter zake toepasselijke artikel 59, lid 1, eerste zin, van de Eenvormige koopwet moet de koper de prijs aan de verkoper betalen ter plaatse van diens vestiging of, bij gebreke daarvan, op diens gewone verblijfplaats.

8. Met betrekking tot de procedure voor de nationale rechter moet worden opgemerkt, dat verzoekster aanvankelijk van het Landgericht Bielefeld een verstekvonnis had verkregen dat haar vordering toewees. Op verzet van verweerster verklaarde het Landgericht de vordering bij tussenvonnis ontvankelijk. Het Oberlandesgericht Hamm verwierp het hoger beroep tegen dat vonnis. Het baseerde de internationale bevoegdheid van de Duitse gerechten op artikel 5, sub 1, Executieverdrag: overeenkomstig artikel 59 van de Eenvormige koopwet beschouwde het de vestigingsplaats van verzoekster als plaats van uitvoering in de zin van die bepaling.

9. Het Bundesgerichtshof, waarbij tegen het arrest van het Oberlandesgericht Hamm „Revision" is ingesteld, heeft het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

1) a) Moet de plaats van uitvoering bedoeld in artikel 5, sub 1, Executieverdrag ook dan worden vastgesteld overeenkomstig het materiële recht dat volgens de collisieregels van het aangezochte gerecht de litigieuze verbintenis beheerst, wanneer het gaat om de vordering van een leverancier tegen een afnemer tot betaling van de prijs op grond van een aannemingsovereenkomst, deze overeenkomst volgens de collisieregels van het aangezochte gerecht onderworpen is aan het eenvormig kooprecht en dit laatste bepaalt, dat de verbintenis tot betaling van de prijs moet worden uitgevoerd ter plaatse van de vestiging van de leverancier die de vordering instelt?

1 — *Rec. des traités des Nations unies*, deel 834, blz. 107 e. v.

b) Voor het geval dat het Hof vraag 1, sub a, ontkennend beantwoordt:

Hoe moet de plaats van uitvoering bedoeld in artikel 5, sub 1, Executieverdrag in een dergelijk geval worden bepaald?

2) Voor het geval dat volgens de antwoorden op de vragen 1, sub a, en 1, sub b, de internationale bevoegdheid van de Duitse gerechten niet op artikel 5, sub 1, Executieverdrag kan worden gebaseerd:

a) Kan een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter in de zin van artikel 17, eerste alinea, tweede zin, derde geval, Executieverdrag in de versie van 1978 geldig tot stand komen doordat een leverancier na een mondeling gesloten overeenkomst de sluiting van de overeenkomst schriftelijk aan zijn koper bevestigt en bij die bevestigingsbrief voor het eerst Algemene voorwaarden voegt, waarin een forumclausule is opgenomen, de afnemer tegen de forumclausule geen bezwaar maakt, op de plaats van vestiging van de afnemer geen handelsgebruik bestaat volgens hetwelk bij niet-beantwoording van een dergelijke brief de forumclausule moet worden geacht te zijn aanvaard, een dergelijk handelsgebruik de afnemer ook niet bekend is, en het om het eerste commerciële contact tussen partijen gaat?

b) Voor het geval dat het Hof vraag 2, sub a, bevestigend beantwoordt:

Geldt dit ook wanneer de Algemene voorwaarden waarin een forumclausule is opgenomen, in een van de taal van de onderhandelingen en de overeenkomst afwijkende, door de afnemer niet gekende taal zijn gesteld, en de in de taal van de onderhandelingen en de overeenkomst gestelde bevestigingsbrief globaal naar de bijgevoegde Algemene voorwaarden, doch niet speciaal naar de forumclausule verwijst?

3) Voor het geval dat het Hof de vragen 2, sub a, en 2, sub b, bevestigend beantwoordt:

Staat artikel 17 Executieverdrag in het geval van een in Algemene voorwaarden opgenomen forumclausule die aan de vereisten voor een geldige overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter in de zin van die bepaling voldoet, eraan in

de weg, dat daarnaast-volgens het nationale materiële recht dat volgens de collisieregels van het aangezochte gerecht van toepassing is, wordt onderzocht of de forumclausule geldig in de overeenkomst is opgenomen?

B — Standpuntbepaling

De eerste vraag

10. *I.* Artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag, dat ik in verband met de eerste vraag van het Bundesgerichtshof moet onderzoeken, luidt als volgt:

„De verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat, kan in een andere Verdragsluitende Staat voor de navolgende gerechten worden opgeroepen:

1. ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst: voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd; (...)"

11. Uit de motivering van de verwijzingsbeschikking blijkt, dat het Bundesgerichtshof zich vragen stelt over het begrip „plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd". Het wil meer bepaald vernemen, of de betekenis van dat begrip — afgekort tot „plaats van uitvoering" — in een geval als het onderhavige moet „worden vastgesteld overeenkomstig het materiële recht dat volgens de collisieregels van het aangezochte gerecht de litigieuze verbintenis beheerst". Mocht dat niet het geval zijn, dan wil het vernemen, op welke (andere) wijze de plaats van uitvoering in een dergelijk geval moet worden bepaald.

12. *II.* Voor de beantwoording van die vragen acht ik het van belang om de achtergrond daarvan, namelijk het doel van artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag, de oorsprong van het bewuste begrip en de plaats ervan in het Executieverdrag, evenals de desbetreffende rechtspraak van het Hof nader te belichten.

13. *1)* Wat het doel van artikel 5, sub 1, betreft, blijkt uit het rapport Jenard [2], dat de keuze van bijzondere bevoegdheidsregels in het Executieverdrag is gemotiveerd, doordat

„er een rechtstreeks aanknopingspunt bestaat tussen het geschil en de rechter die daarvan kennis moet nemen".

2 — PB 1979, C 59, blz. 1, 22, rechterkolom, voorlaatste alinea.

14. Wat meer specifiek artikel 5, sub 1, betreft, vermeldt het rapport Jenard een aantal gevallen, die het aldus omschreven belang van de bevoegdheid van de rechter van de plaats van uitvoering moeten illustreren:

„Het gerecht van de plaats waar de verbintenis is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd is van belang voor alle rechtsvorderingen tot inning van honoraria; de schuldeiser heeft dan de keus tussen de gerechten van de staat waar de verweerder woonplaats heeft en het gerecht van een ander land in welks rechtsgebied de prestatie is verricht, met name wanneer de betalingsverplichting volgens de toepasselijke wet moet worden vervuld ter plaatse waar de diensten zijn verricht. Dit forum heeft eveneens zijn nut wanneer het noodzakelijk is over te gaan tot deskundigenonderzoek of tot getuigenverhoor." [3]

15. Het Hof heeft zich uitdrukkelijk aangesloten bij deze opvatting over het doel van artikel 5, sub 1. In verband met de mogelijkheid om te kiezen tussen de verschillende bijzondere fora van artikel 5 wordt in het arrest Tessili [4] overwogen,

„dat deze keuzemogelijkheid is gegeven ter wille van een nuttige procesinrichting in welbepaalde gevallen waarin een bijzonder nauw verband bestaat tussen een vordering en de rechter die kan worden geroepen daarvan kennis te nemen". [5]

16. In de woorden van advocaat-generaal Mancini is de rechter van de plaats van uitvoering daarom „door zijn aanwezigheid [vicinanza fisica] op de plaats van de litigieuze betrekkingen het best in staat (...) deze met de grootst mogelijke kennis van zaken te beoordelen". [6]

17. Het doel van artikel 5, sub 1, wordt evenwel ook anders geïnterpreteerd.

18. Zo wordt de bevoegdheid van de rechter van de plaats van uitvoering om uiteenlopende redenen beschouwd als onderdeel van een systeem waarin de voordelen en de risico's ter zake van de rechterlijke bevoegdheid billijk tussen verzoeker en verweerder zijn verdeeld. [7] De voorstanders van deze opvatting pogen op basis daarvan — met sterk uiteenlopend resultaat — artikel 5, sub 1, Executieverdrag als een tegenwicht van de regel van artikel 2 vorm te geven. [8]

19. In dat verband ben ik van mening, dat een billijke verdeling in voornoemde zin stellig een legitiem doel is. Ook de auteurs van

3 — Blz. 23 en 24 van het rapport Jenard (vorige voetnoot).

4 — Arrest van 6 oktober 1976, zaak 12/76, Jurispr. 1976, blz. 1473.

5 — R. o. 13.

6 — Conclusie van 1 februari 1983 in zaak 34/82, Peters, Jurispr. 1983, blz. 1005, 1010.

7 — Bij voorbeeld Schack, *Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat-und Zivilprozeßrecht*, Frankfurt, 1985, nrs. 144 e. v., 207 en 218; Spellenberg, *Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 1981, blz. 75, 76 e. v.

8 — Zie ook Geimer, *Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 1986, blz. 85, 87.

het Executieverdrag hebben kennelijk met dergelijke overwegingen rekening gehouden. [9] Blijkens voormelde citaten uit het rapport Jenard zijn zij evenwel uitgegaan van het standpunt, dat artikel 5, sub 1, aan het beginsel van „billijke verdeling" voldoet, nu het door *objectieve*, met het geschil samenhangende redenen gerechtvaardigd is. [10]

20. Of dat standpunt in het hele toepassingsgebied van die bepaling tegen een kritisch onderzoek bestand is, kan worden betwijfeld. [11] Het betreft evenwel een fundamentele rechtspolitieke beslissing, die het Hof moet respecteren. Het mag dan ook niet proberen, het doel van artikel 5, sub 1, systematisch te definiëren aan de hand van wat het zelf „billijk" acht. Op dit punt gaat het Hof trouwens zeer omzichtig te werk. Enkel op het gebied van arbeidsrechtelijke geschillen, dat wordt gekenmerkt door de bijzondere sociale betekenis van de arbeidsverhoudingen, heeft het overwegingen inzake de bescherming van de zwakkere partij in aanmerking genomen, en ook dan maar als *aanvulling* bij zijn overwegingen inzake de nauwe band met de feiten. [12]

21. Ik kan evenmin het standpunt bijtreden, dat artikel 5, sub 1, zijn rechtvaardiging vindt in het feit, dat de schuldenaar zich moet verantwoorden voor het gerecht van de plaats waar hij volgens het materiële recht zijn prestatie moet verrichten. [13] Dit standpunt lijkt te zijn gebaseerd op de overweging dat een potentiële verweerder zich bij de overeenkomst tot een prestatie op een bepaalde plaats heeft verbonden, en dat hij derhalve moet aanvaarden, dat hij daar ook voor de rechter wordt gedaagd. Daartegen kan worden ingebracht, dat de plaats van uitvoering, voor zover die bij wet is bepaald, een dergelijke gevolgtrekking niet toelaat. Een dergelijke conclusie is in een geval als het onderhavige trouwens des te twijfelachtiger. De plaats van uitvoering van verbintenissen tot betaling van een geldsom bepaalt meestal [14] enkel, hoe de risico's en de lasten die samenhangen met de overdracht van geld — waarvan de beschikbaarheid niet afhankelijk is van de plaats van de prestatie — worden verdeeld. Ik zie niet in, wat het verband is tussen deze puur economische risicoverdeling en de vraag, of de schuldenaar moet aanvaarden, dat hij op deze of gene plaats door de schuldeiser wordt aangesproken.

22. *2)* Ik kom nu tot het begrip „plaats van uitvoering", de plaats waar volgens de opvatting van de auteurs van het Executieverdrag in de werkingssfeer van artikel 5, sub 1, een forum moet zijn dat een nauwe band heeft met de feiten.

9 — Cf. de overwegingen in het rapport Jenard (voetnoot 2) inzake de bevoegdheid van het gerecht van de plaats waar de verbintenis is ontstaan (blz. 23, voorlaatste alinea).

10 — Cf. arrest van 17 juni 1992, zaak C-26/91, Handte, Jurispr. 1992, blz. I-3967, r. o. 11-13.

11 — Cf. Schack, l. c., nrs. 146 en 353.

12 — Cf. volgende arresten, die alle betrekking hebben op feiten die zich hebben afgespeeld vóór de wijziging van het Executieverdrag door het Verdrag van San Sebastian (PB 1989, L 285): arresten van 26 mei 1982, zaak 133/81, Ivenel, Jurispr. 1982, blz. 1891, r. o. 16; 15 februari 1989, zaak 32/88, Six Constructions, Jurispr. 1989, blz. 341, r. o. 14 juncto r. o. 13; 13 juli 1993, zaak C-125/92, Mulox, Jurispr. 1993, blz. I-4075, r. o. 18.

13 — Geimer/Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung*, deel I, eerste fascikel, München, 1983, blz. 553.

14 — Een uitzondering hierop vormt het Duitse recht, dat onderscheid maakt tussen de plaats van uitvoering en het risico: zie § 270 BGBl., met name lid 4.

23. Het begrip „plaats van uitvoering" komt uit het *materiële recht.*

24. Daarin betekent *uitvoering* een handeling waarmee de verschuldigde prestatie wordt geleverd aan de schuldeiser, wiens vordering daardoor ophoudt te bestaan. Wanneer de vordering steunt op een overeenkomst — enkel dan kan zij onder artikel 5, sub 1, vallen — dan betekent „uitvoering" tevens, dat één van de door partijen gestelde doelen is bereikt, althans wanneer het gaat om een vordering inzake een van de twee hoofdverbintenissen (die partijen jegens elkaar zijn aangegaan).

25. Daaruit zou men dus kunnen afleiden, dat de *plaats van uitvoering* als ruimtelijk aspect van de uitvoering de plaats is waar de vordering van de schuldeiser vervalt doordat de schuldenaar zijn verplichting nakomt, en waar wat de hoofdverbintenissen betreft, het doel van de overeenkomst geheel of ten dele wordt bereikt.

26. Bij deze conclusie moet evenwel op twee punten voorbehoud worden gemaakt. In de eerste plaats geeft zij geen juist beeld van het doel van de materieelrechtelijke bepalingen over de plaats van uitvoering. Deze bepalingen moeten, bij gebreke van overeenkomst daaromtrent, niet alleen de plichten van partijen concretiseren, maar ook de verantwoordelijkheid van partijen tegenover elkaar afgrenzen, met name wanneer bij de uitvoering van de overeenkomst storingen optreden. [15] Afhankelijk van de contractuele verbintenissen ligt het zwaartepunt nu eens bij de ene en dan weer bij de andere doelstelling. Wat de verbintenis tot betaling van een contractuele vergoeding betreft, dient de vaststelling van de plaats van uitvoering zoals ik al zei in de eerste plaats voor de verdeling van het risico. Dat geldt ook bij de hier toepasselijke regeling van artikel 59, lid 1, van de Eenvormige koopwet, die de betalingsplicht van de koper als een brengschuld aanmerkt. Daaraan ligt de opvatting ten grondslag, dat wie geld verschuldigd is, het risico van het functioneren van het betalingsverkeer moet dragen. [16]

27. In de tweede plaats moet ik preciseren, dat bij de afgrenzing van de verantwoordelijkheden de plaats van de uitvoerings*handeling* een andere kan zijn dan die waar de uitvoering *gevolgen* sorteert. In dat verband verwijs ik naar het voorbeeld van artikel 19, lid 2, van de Eenvormige koopwet: wanneer de zaak krachtens de overeenkomst moet worden vervoerd en daaromtrent niets anders is overeengekomen, geschiedt de aflevering van de zaak volgens die bepaling door afgifte van de zaak aan de vervoerder ter verzending aan de koper. Het doel van de overeenkomst, de koper in het bezit te stellen van de zaak, wordt pas bereikt wanneer de koper de zaak in ontvangst neemt. De verantwoordelijkheid van de verkoper neemt daarentegen reeds een eind door reguliere overhandiging aan de vervoerder (cf. ook artikel 97, lid 1, en artikel 96 van de Eenvormige koopwet).

15 — Schack, l. c. (voetnoot 7), nr. 10.

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

28. Daaraan moet worden toegevoegd, dat volgens het materiële recht elke contractuele verbintenis haar eigen plaats van uitvoering kan hebben. Het is dan ook niet uitgesloten, dat twee verbintenissen uit dezelfde overeenkomst, ook al hangen zij economisch sterk samen, op verschillende plaatsen worden uitgevoerd.

29. *3)* Uit het voorgaande valt op te maken, dat op grond van een begrip uit het *materiële recht* een forum wordt afgeleid, dat om *procedureredenen*, namelijk de *nauwe band met de feiten*, gerechtvaardigd is.

30. In de onderhavige zaak is dit spanningsveld bijzonder opvallend. Het volstaat erop te wijzen, dat artikel 59, lid 1, van de Eenvormige koopwet, althans in de huidige stand van het betalingsverkeer, zoals ik al zei, in eerste instantie ziet op de verdeling van het risico.

31. Alvorens in te gaan op de rechtspraak van het Hof, wil ik van deze vaststelling gebruik maken om een misverstand dat bij oppervlakkige lezing van de verwijzingsbeschikking zou kunnen ontstaan, uit de weg te ruimen.

32. Meer bepaald acht ik de verbinding van artikel 5, sub 1, Executieverdrag met artikel 59, lid 1, van de Eenvormige koopwet niet enkel problematisch omdat daardoor de rechter van de woon- of vestigingsplaats van de verzoeker bevoegd wordt. Een dergelijke overweging zou enkel gerechtvaardigd kunnen worden als men in het Executieverdrag een soort algemene „antipathie" tegen het forum actoris zou lezen, en daarvan een criterium zou maken, aan de hand waarvan een uitlegging eventueel zou moeten worden gewijzigd. Toegegeven, artikel 2 van het Executieverdrag stelt de bevoegdheid van de gerechten van de woonplaats van verweerder als regel, en artikel 3 verklaart verschillende nationale regelingen waarop de bevoegdheid van de gerechten van de woonplaats van de verzoeker kan worden gebaseerd, niet toepasselijk. [17] Gelet op deze bepalingen kan ook niet worden betwist, dat het Executieverdrag, behoudens in een aantal uitdrukkelijk vermelde gevallen, duidelijk vijandig staat tegenover de bevoegdheid van de gerechten van de woonplaats van de verzoeker. [18] Dergelijke „uitzonderingen" zijn onder de in artikel 5 e. v. gestelde voorwaarden evenwel niet zeldzaam. De artikelen 13 en 14 betreffende de bevoegdheid inzake door consumenten gesloten overeenkomsten tonen dat duidelijk aan. Ook de bevoegdheidsgrond van artikel 5, sub 3 (plaats waar bij een onrechtmatige daad het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan) kan, naargelang de omstandigheden, de gerechten van de woonplaats van de verzoeker bevoegd maken. Uit de grotere of kleinere „antipathie" van het Executieverdrag tegen het forum actoris mogen dan ook geen gevolgen ten gunste van een bepaalde uitlegging worden getrokken.

33. De enige overtuigende gevolgtrekking die uit het stelsel van de artikelen 2, 3, 5 e. v.

17 — Cf. arrest van 11 januari 1990, zaak C-220/88, Dumez France en Tracoba, Jurispr. 1990, blz. I-49, r. o. 16.

18 — Arrest van 19 januari 1993, zaak C-89/91, Shearson Lehman Hutton, Jurispr. 1993, blz. I-139, r. o. 17.

kan worden gemaakt, lijkt mij die, waarvan het Hof is uitgegaan in de arresten Shearson Lehman Hutton [19] en Dumez France. [20] Bij een uitlegging van de artikelen 5 e. v. waardoor de gerechten van de woonplaats van de verzoeker bevoegd worden, moet zeer zorgvuldig worden onderzocht, of zij met het doel van die bepaling overeenstemt. [21] Het Bundesgerichtshof raakt dan ook de kern van de zaak, wanneer het zijn twijfel baseert op de overweging, dat het samenspel van artikel 5, sub 1, Executieverdrag met artikel 59, lid 1, van de Eenvormige koopwet leidt tot „een *algemene* bevoegdheid van de gerechten van de woonplaats van de eiser". [22]

34. *4)* Hoe is in de rechtspraak van het Hof op de aldus omschreven structuur van artikel 5, sub 1, gereageerd?

35. *a)* Reeds in de eerste twee aan het Executieverdrag gewijde arresten van 6 oktober 1976 diende het Hof de regels te definiëren, aan de hand waarvan de plaats van uitvoering moet worden bepaald: enerzijds ten aanzien van de keuze van de relevante verbintenis(sen) [23], anderzijds met betrekking tot de keuze van de rechtsregels of beginselen aan de hand waarvan uit die verbintenis(sen) de plaats van uitvoering kan worden afgeleid. [24]

36. Voor beide aspecten heeft het Hof gekozen voor een materieelrechtelijk begrip van de hier aan de orde zijnde bepaling.

37. Overeenkomstig de reeds vermelde overweging, dat naar materieel recht niet alle verbintenissen uit een overeenkomst noodzakelijkerwijs op dezelfde plaats moeten worden uitgevoerd, verklaarde het Hof in de zaak De Bloos met betrekking tot de vordering van een concessiehouder tegen zijn concessiegever voor recht:

„dat voor de vaststelling van de plaats van tenuitvoerlegging in de zin van (...) artikel 5 moet worden gezien naar de verbintenis, welke de keerzijde vormt van het contractuele recht waarop de concessiehouder zich voor zijn vordering beroept". [25]

38. Volgens het Hof steunt deze oplossing enerzijds op de noodzaak, zoveel mogelijk te voorkomen dat met betrekking tot eenzelfde overeenkomst meerdere rechterlijke instanties bevoegd zijn; het weigerde dan ook aan te knopen bij „iedere verbintenis die uit de onderhavige overeenkomst voortvloeit". [26] Anderzijds steunt zij op de Duitse en de Italiaanse tekst van de bepaling, die destijds van toepassing was in de versie van 1968.

19 — Voetnoot 18.

20 — Voetnoot 17.

21 — Zie ook het arrest van 27 september 1988, zaak 189/87, Kalfelis, Jurispr. 1988, blz. 5565, r. o. 8 en 9, en het arrest Six Constructions, l. c. (voetnoot 12), r. o. 18.

22 — Blz. 14 van de verwijzingsbeschikking; cursivering van mij.

23 — Arrest in zaak 14/76, De Bloos, Jurispr. 1976, blz. 1497.

24 — Arrest Tessili (voetnoot 4).

25 — Arrest De Bloos, r. o. 13.

26 — Arrest De Bloos, r. o. 10.

39. Het Hof heeft dit beginsel evenwel afgezwakt voor het geval dat het geschil betrekking heeft op verbintenissen die in de plaats zijn getreden van niet-nagekomen contractuele verbintenissen. In dat geval blijft de verbintenis in de zin van artikel 5, sub 1, de contractuele verbintenis waarvan de nietnakoming ter rechtvaardiging van de vordering wordt aangevoerd. [27] Vergelijking van het arrest met de conclusie [28] maakt duidelijk, dat ook dit versnippering van bevoegdheid moet verhinderen, of juister, dat het de gezamenlijke behandeling van samenhangende vragen door hetzelfde gerecht moet bevorderen.

40. Eveneens uitgaande van het materiële recht omschreef het Hof in het arrest Tessili het criterium voor de keuze van de rechtsregels en beginselen waaruit de concrete plaats van uitvoering kan worden afgeleid.

41. Volgens dit arrest wordt de „plaats, waar de verbintenis is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd" in de zin van artikel 5, sub 1, vastgesteld

„overeenkomstig het recht dat volgens de collisieregels van de aangezochte rechter de litigieuze verbintenis beheerst". [29]

42. Drie punten in de motivering van het arrest moeten worden beklemtoond.

43. Het eerste betreft het criterium om te beoordelen, of een begrip in het Executieverdrag autonoom, en dus aan de Lid-Staten gemeen, moet worden opgevat, dan wel als een verwijzing naar de materiële regels van het recht dat krachtens de collisieregels van de eerst-aangezochte rechter van toepassing is. Dienaangaande overweegt het Hof:

„dat geen van deze beide alternatieven bij uitsluiting de voorkeur verdient, daar de passende keuze slechts kan worden gedaan voor elke bepaling van het Verdrag afzonderlijk, zij het in dier voege dat de volle werking van dit Verdrag in het zicht van de doelstellingen van artikel 220 EEG-Verdrag is verzekerd". [30]

44. Het Hof voegt daar evenwel een voorbehoud aan toe, dat samenhangt met de beperkte draagwijdte van het Executieverdrag:

„in elk geval zij gezegd dat de uitlegging van genoemde termen en begrippen in het kader van het Verdrag niet prejudicieert op de vraag welke materiële regel op de betrokken situatie van toepassing is". [31]

27 — R. o. 14 en 15.

28 — Conclusie van advocaat-generaal Reischl van 15 september 1976 (Jurispr. 1976, blz. 1511, 1518).

29 — Dictum van het arrest Tessili (voetnoot 4).

30 — Arrest Tessili, r. o. 11.

31 — Zie vorige voetnoot.

45. Ten aanzien van de keuze tussen een autonome uitlegging en de verwijzing naar de collisieregels van het forum heeft het Hof in eerste instantie voor een pragmatisch criterium gekozen: er moet worden gestreefd naar een „passende keuze". Hierbij moet worden bedacht, dat het Executieverdrag als zodanig zeer uiteenlopende doelstellingen heeft [32]: versterking van de rechtsbescherming van degenen die binnen de Gemeenschap gevestigd zijn door belemmeringen voor het rechtsverkeer en voor de oplossing van geschillen op te heffen [33], waarborgen van gelijkheid en eenvormigheid van de rechten en verplichtingen voor de Verdragsluitende Staten en de belanghebbende personen [34], vermijden van bevoegdheidsversplintering [35], voorspelbaarheid van de toepassing van de bevoegdheidsregels. [36] Daarenboven heeft elke bepaling, ja zelfs elk begrip in het Executieverdrag een eigen functie, die meer of minder met de genoemde doelstellingen verband kan houden. In overeenstemming hiermee heeft het Hof, ook al heeft het in recentere arresten een algemene voorkeur voor een autonome uitlegging laten blijken [37], geoordeeld dat de passende uitlegging in laatste instantie in elk geval afzonderlijk moet worden gegeven. [38]

46. Een volgend belangrijk punt in de motivering van het arrest Tessili vormt de reeds vermelde verwijzing naar het doel van de bijzondere fora in het Executieverdrag. [39] Het Hof betwijfelt kennelijk niet, dat de verwijzing naar de lex causae aan het doel van de bepaling beantwoordt. Dat wekt ook geen verbazing, daar geen enkele van de betrokkenen die opmerkingen hadden ingediend, dat in vraag had gesteld. De opportuniteit van een verdragsautonome uitlegging werd weliswaar betwist, maar vanuit totaal verschillende gezichtspunten. De discussie draaide immers in wezen uit op een afweging van de voordelen van een dergelijke uitlegging voor de eenvormige toepassing van het Executieverdrag tegen bepaalde nadelen, namelijk de daarmee verbonden moeilijkheden van rechtsvergelijking en de (ongewenste) gevolgen ervan voor het materiële recht van de Lid-Staten.

47. Van zijn kant concentreerde advocaat-generaal Mayras [40] zich op de vraag, welke van de contractuele verbintenissen voor de toepassing van artikel 5, sub 1, in aanmerking moet worden genomen wanneer het geschil geen betrekking heeft op de hoofdverbintenis van de verkoper om de goederen

32 — Cf. de samenvatting in het arrest Mulox (voetnoot 12), r. o. 11.

33 — Zie de preambule van het Executieverdrag en het arrest Tessili (voetnoot 4), r. o. 9.

34 — Arresten van 14 oktober 1976, zaak 29/76, LTU, Jurispr. 1976, blz. 1541, r. o. 3; 22 maart 1983, zaak 34/82, Peters, Jurispr. 1983, blz. 987, r. o. 9; 8 maart 1988, zaak 9/87, Arcado, Jurispr. 1988, blz. 1539, r. o. 10; 27 september 1988, zaak 189/87, Kalfelis, Jurispr. 1988, blz. 5565, r. o. 15; zo ook: arresten van 21 juni 1978, zaak 150/77, Bertrand, Jurispr. 1978, blz. 1431, r. o. 14-16; 17 juni 1992, zaak C-26/91, Handte (voetnoot 10), r. o. 10; 19 januari 1993, zaak C-89/91, Shearson Lehman Hutton (voetnoot 18), r. o. 13.

35 — Zie voor artikel 5, sub 1, hiervoor nr. 38 en voetnoot 24, evenals r. o. 18 en 19 van het arrest Ivenel (voetnoot 13), arrest van 4 maart 1982 (zaak 38/81, Effer, Jurispr. 1982, blz. 825, r. o. 6) en arrest van 15 januari 1987 (zaak 266/85, Shenavai, Jurispr. 1987, blz. 239, r. o. 8). Zie ook de arresten van 9 november 1978 (zaak 23/78, Meeth, Jurispr. 1978, blz. 2133, r. o. 8) en 7 maart 1985 (zaak 48/84, Spitzley, Jurispr. 1985, blz. 787, r. o. 16-21).

36 — Zie het arrest Handte (voetnoot 10), r. o. 18. Zie ook het arrest van 20 januari 1994 (zaak C-129/92, Owens Bank, Jurispr. 1994, blz. I-117, r. o. 32), dat in dat verband het *rechtszekerheidsbeginsel* vermeldt.

37 — Zeer expliciet in bij voorbeeld r. o. 13 van het arrest Shearson Lehman Hutton (voetnoot 18).

38 — Zie r. o. 10 van het arrest Mulox (voetnoot 12), waar het Hof stelt, dat het zich *zoveel mogelijk* voor een autonome uitlegging van de begrippen in het Executieverdrag uitspreekt.

39 — Hiervoor, nr. 15.

40 — Conclusie van 15 september 1976 voor het arrest van 6 oktober 1976 in zaak 12/76, Tessili, Jurispr. 1976, blz. 1488.

te leveren, maar op een vordering wegens gestelde wanprestatie. [41] Na te hebben uiteengezet, dat in een dergelijk geval bij de genoemde hoofdverbintenis moet worden aangeknoopt, besprak de advocaat-generaal relatief kort de toepassing van de lex causae. Daarbij ging hij in navolging van de bij het Hof ingediende opmerkingen enkel in op het vraagstuk van (het ontbreken van) uniforme collisieregels en materieel recht. [42]

48. Daarmee kom ik tot het derde punt van de motivering van het arrest Tessili dat hier relevant is. Daarin behandelt het Hof de vraag, of het in het belang van een uniforme uitlegging van het begrip „plaats van uitvoering" verder kan gaan dan een loutere verwijzing naar de lex causae. Het acht dat „in de huidige stand van de rechtsontwikkeling" niet mogelijk, gezien

„de nog bestaande verschillen tussen de nationale rechtsbepalingen inzake overeenkomsten evenals het ontbreken van elke unificatie van het toepasselijke materiële recht (...) temeer (...) daar de vaststelling van de plaats van uitvoering van verbintenissen afhangt van de contractuele verhouding waaruit die verbintenissen voortvloeien". [43]

49. Maakt men op basis van deze overwegingen de balans op van de arresten De Bloos en Tessili, dan stelt men vast, dat het Hof in geen van deze arresten de nauwe band met de feiten als uitgangspunt heeft genomen om te onderzoeken, of men bij de uitlegging van artikel 5, sub 1, afstand moet nemen van het (op de overeenkomst toepasselijke) materiële recht. De overwegingen op grond waarvan het Hof dat heeft gepoogd, waren van een andere aard: waar het er in het arrest De Bloos de voorkeur aan gaf, dat voor uit hoofdverbintenissen afgeleide verbintenissen dezelfde gerechten bevoegd zijn als voor die hoofdverbintenissen zelf, wilde het beletten dat voor samenhangende vragen verschillende gerechten bevoegd zijn. [44] De in het arrest Tessili onderzochte vraag, of verder kon worden gegaan dan een verwijzing naar de lex causae, was opgeworpen met het oog op een eventuele unificatie van het begrip „plaats van uitvoering". [45]

50. *b)* In latere rechtspraak heeft het Hof voor arbeidsrechtelijke geschillen geleidelijk een bijzonder regime gecreëerd, maar is het in het algemeen bij de vermelde lijn gebleven. Bekijken wij de kwestie in detail.

51. In het reeds vermelde [46] arrest Ivenel, gewezen op verzoek van de Franse Cour de cassation, ging het om verschillende vorderingen van een handelsvertegenwoordiger in verband met de gestelde verbreking van de vertegenwoordigingsovereenkomst, die de rechter in hoger beroep als een arbeidsovereenkomst had gekwalificeerd. In de prejudiciële verwijzing werd de vraag gesteld, wat in

41 — Zie vooral blz. 1490, sub IV, en blz. 1491, tweede alinea, waar de advocaat-generaal uiteenzet, wat zijns inziens het eigenlijke probleem is.

42 — Zie blz. 1495.

43 — Arrest Tessili, r. o. 14.

44 — Hiervoor, nr. 39.

45 — Hiervoor, nr. 48.

46 — Voetnoot 12.

een dergelijk geval de litigieuze verbintenis is die voor het in het arrest Tessili ontwikkelde criterium [47] in aanmerking moet worden genomen. Het Hof diende derhalve te onderzoeken, of het in dat geval moest vasthouden aan de beginselen van het arrest De Bloos, dan wel ervan zou afwijken. Het koos voor dit laatste en verklaarde voor recht:

„De verbintenis die voor de toepassing van artikel 5, sub 1, van het Verdrag (...) in aanmerking moet worden genomen bij vorderingen gebaseerd op verschillende verbintenissen voortvloeiende uit een vertegenwoordigingsovereenkomst tussen een werknemer in loondienst en een onderneming, is die waardoor de overeenkomst wordt gekarakteriseerd."

52. Het Hof gaf daarvoor drie verschillende redenen. *In eerste instantie* hield het rekening met het *doel* van artikel 5, sub 1, bevoegdheid te verlenen aan de gerechten die een *rechtstreeks aanknopingspunt hebben met het geschil.* Bij een arbeidsovereenkomst zag het dit aanknopingspunt „in de op de overeenkomst toepasselijke wet" [48], die „in de regel bepalingen ter bescherming van de werknemer bevat". [49] Die wet wordt volgens de ontwikkeling van de desbetreffende verwijzingsregels [50] bepaald door de verbintenis die de betrokken overeenkomst karakteriseert en die in de regel bestaat uit het verrichten van arbeid. Het gaat normaliter om de wet van de plaats waar de arbeid wordt verricht.

53. In tweede instantie knoopte het Hof aan bij het idee van bescherming van de sociaal zwakkere partij. [51]

54. Aansluitend bij zijn overwegingen in het arrest De Bloos [52] opteerde het Hof er ten slotte voor, het Executieverdrag aldus uit te leggen, „dat de aangezochte rechter zich niet genoodzaakt ziet zich bevoegd te verklaren ten aanzien van sommige vorderingen, doch onbevoegd ten aanzien van andere". [53]

55. In het arrest Shenavai [54] zag het Hof — hoewel het geen zaak op het gebied van het arbeidsrecht betrof, maar een vordering betreffende honoraria van een architect — zich genoodzaakt tot een aanvulling van het in het arrest Ivenel gehouden betoog inzake de nauwe band met de feiten, volgens hetwelk arbeidsrechtelijke geschillen zoveel mogelijk moeten worden gebracht voor de gerechten van de plaats waar de arbeid wordt verricht, daar in de regel dier materiële recht van toepassing is. [55] Volgens het Hof pleit voor de in het arrest Ivenel gegeven oplossing ook, dat arbeids- en daarmee vergelijkbare overeenkomsten „een duurzame band creëren waardoor de werknemer een

47 — Hiervoor, nr. 41.

48 — R. o. 15.

49 — R. o. 19.

50 — Het Hof verwijst in dit verband naar het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (PB 1980, L 266, blz. 1).

51 — R. o. 16; zie reeds hiervoor, nr. 20.

52 — Hiervoor, nrs. 38 en 39.

53 — Arrest Ivenel, r. o. 18.

54 — Arrest van 15 januari 1987, zaak 266/85, Shenavai, Jurispr. 1987, blz. 239.

55 — Zie in dat verband de kritische bedenkingen van advocaat-generaal Mancini (conclusie van 4 november 1986 in de zaak Shenavai, Jurispr. 1987, blz. 246, 249) en advocaat-generaal Jacobs (conclusie van 26 mei 1993 in de zaak Mulox [voetnoot 12], nrs. 26-29).

bepaalde plaats in het bedrijf van de onderneming of van de werkgever krijgt". [56]

56. Nadat het Hof de aldus verduidelijkte Ivenel-rechtspraak in het arrest Six Constructions [57] had bevestigd, werd de zaak Mulox aanhangig gemaakt, die eveneens betrekking had op een geschil inzake een arbeidsverhouding. Anders dan in de tot dan toe behandelde zaken ging het nu evenwel niet om de keuze van de relevante verbintenis, maar om de vaststelling van de plaats van uitvoering van deze verbintenis.

57. Het Hof kwam tot de conclusie, dat bij arbeidsovereenkomsten het begrip „plaats van uitvoering" niet op basis van de lex causae moet worden vastgesteld, maar — autonoom — op basis van uniforme criteria die het Hof aan de hand van het stelsel en de doelstellingen van het Executieverdrag moet definiëren. De moeilijkheden in verband met de verschillende opvattingen over de plaats van uitvoering van de relevante verbintenis, op basis waarvan het Hof in het arrest Tessili opteerde voor de vaststelling van de plaats van uitvoering volgens de lex causae, komen bij arbeidsovereenkomsten niet voor. Daar is immers de verbintenis van de werknemer tot het verrichten van de overeengekomen werkzaamheden, als verbintenis die de arbeidsovereenkomst karakteriseert, de voor artikel 5, sub 1, relevante verbintenis. In dat verband herinnert het Hof aan de in eerdere rechtspraak vermelde bijzonderheden van deze overeenkomsten: zij creëren een duurzame band waardoor de werknemer een bepaalde plaats in het bedrijf van de werkgever krijgt, en zijn territoriaal verbonden met de plaats waar de werkzaamheden worden verricht, welke plaats bepalend is voor de toepassing van regels van dwingend recht en van collectieve arbeidsovereenkomsten.

58. De vraag wat in een dergelijk geval de (op autonome wijze vastgestelde) plaats van uitvoering is, beantwoordde het Hof aldus, dat het de plaats is waar de werknemer daadwerkelijk zijn met de werkgever overeengekomen werkzaamheid verricht. Dienaangaande verwijst het naar de in eerdere rechtspraak over arbeidsovereenkomsten ontwikkelde opvattingen over de nauwe band met de feiten en de bescherming van de zwakkere partij.

59. Laat ik hier de balans opmaken van de rechtspraak van het arrest Ivenel tot het arrest Mulox.

60. Op het eerste gezicht reeds is duidelijk, dat de in het arrest Mulox ontwikkelde criteria voor de vaststelling van de *plaats van uitvoering* voorbeschikt waren door de *keuze* die het Hof sinds het arrest Ivenel inzake de *relevante verbintenis* heeft gemaakt. Om de oplossing te motiveren steunde het Hof in het arrest Mulox enkel op de argumenten die reeds in het (door latere arresten gepreciseerde) arrest Ivenel waren gegeven. [58] Het besluit om het begrip „plaats van uitvoering"

56 — Arrest Shenavai, r. o. 16.
57 — Voetnoot 12.
58 — Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in deze zaak, nr. 21, in fine.

autonoom uit te leggen, was dus reeds in het arrest Ivenel genomen. [59]

61. Gelet op de motivering van het arrest Ivenel blijkt voorts, dat het Hof toen reeds van oordeel was, dat de vaststelling van de *plaats van uitvoering volgens het materiële* recht dat de overeenkomst beheerst — althans voor arbeidsovereenkomsten — niet in overeenstemming is met het doel van artikel 5, sub 1.

62. Op basis daarvan kom ik tot een tweevoudig besluit.

63. In de eerste plaats blijkt uit de hier besproken rechtspraak, dat het Hof in de regel de plaats van uitvoering weliswaar wil blijven vaststellen aan de hand van het materiële recht dat de overeenkomst beheerst, maar dat het van dat beginsel afwijkt, wanneer de toepassing ervan *in een casuspositie kennelijk niet aan het doel van artikel 5, sub 1, beantwoordt.* Dit is mijns inziens de gulden middenweg tussen twee (te verwerpen) extremen: enerzijds een starre, strikt aan de letter van de bepaling beantwoordende [60], maar van het doel ervan losstaande toepassing; anderzijds een puur op het standpunt van de nauwe band met de feiten georiënteerde uitlegging, die het begrip „plaats van uitvoering" kan uithollen en artikel 5, sub 1, in een vage forum-conveniensregel kan veranderen. [61] Bij nadere beschouwing blijkt trouwens, dat het Hof reeds in het arrest Tessili de deur naar een dergelijk uitzonderlijk onderscheid tussen materiële en procedurele plaats van uitvoering had opengelaten (zie hiervoor, nr. 44).

64. In de tweede plaats blijkt, dat de keuze van de relevante verbintenis en het criterium voor de vaststelling van de plaats van uitvoering zeer nauw met elkaar verbonden zijn. Elke uitlegging waarbij in afwijking van het materiële recht dat de overeenkomst beheerst (of van enkele van de taalversies van de betrokken bepaling), wordt aangeknoopt bij een andere dan de litigieuze verbintenis, gaat een eindweegs in de zin van een verdragsautonome uitlegging. Gewild of niet, beïnvloedt zij de verhouding tussen het doel van artikel 5, sub 1, en het resultaat van de toepassing ervan. Omgekeerd kan een dergelijke correctie — als één van de mogelijke middelen — gericht worden gebruikt om bij de toepassing van artikel 5, sub 1, rekening te houden met het doel daarvan. Een dergelijke aanpak kan, zoals uit de hier vermelde rechtspraak blijkt, voor de vaststelling van de plaats van uitvoering een beter alternatief vormen dan de rechtsvergelijking, temeer daar deze niet noodzakelijk garandeert, dat criteria die niet geschikt zijn voor de bepaling van een forum dat een nauwe band heeft

59 — In dat verband is het tekenend, dat het in *1982* na het arrest Ivenel gewezen arrest van de Cour d'appel te Metz (Bull. Civ. 1982, V, blz. 304), helemaal voldoet aan de criteria die het Hof in *1993* in het arrest Mulox heeft ontwikkeld.

60 — Zie hiervoor, nr. 22 e. v.

61 — Tegen dit laatste alternatief pleiten Gothot-Holleaux, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Parijs, 1985, blz. 41. Zie ook Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Parijs, 1972, blz. 128 e. v. (nr. 206).

met de feiten, door geschiktere worden vervangen. De vaststelling van de plaats van uitvoering via rechtsvergelijkende weg kan er daarentegen eerder toe dienen, de uniformiserende werking van artikel 5, sub 1, te versterken: het criterium van de lex causae is weliswaar eenvormig [62], maar is uit zijn aard nog vrij ver verwijderd van de concrete vaststelling van de plaats van uitvoering.

65. In dit verband wil ik nog preciseren, dat het begrip „verdragsautonome uitlegging" niet mag leiden tot de opvatting, dat in een bepaald geval maar twee mogelijkheden openstaan: vaststelling van de plaats van uitvoering *geheel overeenkomstig* het materiële recht of *geheel los* daarvan. Veeleer zijn — steeds in het belang van een doelmatige uitlegging — vele tussenoplossingen denkbaar. Ter illustratie kan hier het reeds besproken arrest De Bloos worden genoemd. U zult zich herinneren, dat het Hof daarin ten aanzien van vorderingen tot schadevergoeding of wegens verbreking van een overeenkomst de contractuele verbintenis in aanmerking heeft genomen waarvan de niet-nakoming ter rechtvaardiging van de vorderingen werd aangevoerd. Ook die stap naar een autonome uitlegging van artikel 5, sub 1, ging evenwel gepaard met een verwijzing naar de lex causae: „bij vorderingen tot betaling van bijkomende vergoedingen (dient de nationale rechter) na te gaan of *volgens het op de overeenkomst toepasselijke recht* sprake is van een autonome contractuele verbintenis of van een verbintenis die in de plaats treedt van de niet-nagekomen contractuele verbintenis". [63]

66. Ik kom nu tot de rechtspraak die niet op arbeidsovereenkomsten betrekking heeft.

67. In het reeds vermelde arrest Shenavai [64] besliste het Hof, dat in een geschil betreffende het honorarium van de met het maken van de bouwtekeningen belaste architect, voor de vaststelling van de plaats van uitvoering de contractuele verbintenis bepalend is, die concreet aan de vordering ten grondslag ligt. Om deze oplossing tegenover de afwijkende optie van het arrest Ivenel te motiveren, herinnerde het Hof eerst aan de argumenten betreffende de inschakeling van de werknemer in het bedrijf van de werkgever en aan het feit, dat het territoriale aanknopingspunt voor de toepassing van regels van dwingend recht en van collectieve arbeidsovereenkomsten de plaats is waar de werknemer zijn werkzaamheden verricht. [65] Daarbij aansluitend overwoog het Hof:

„Wanneer die specifieke kenmerken ontbreken, is het noodzakelijk noch doelmatig, te bepalen welke verbintenis de overeenkomst karakteriseert en bij het gerecht van de plaats van uitvoering van die verbintenis de rechterlijke bevoegdheid uit hoofde van de plaats van uitvoering voor geschillen betreffende om het even welke verbintenis uit die overeenkomst te centraliseren. Er is immers een

62 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Mayras in de zaak Tessili (voetnoot 40), blz. 1495.

63 — Arrest De Bloos (voetnoot 23), r. o. 17; cursivering van mij.

64 — Voetnoot 54.

65 — Arrest Shenavai, r. o. 16.

zodanige verscheidenheid van overeenkomsten, dat dit criterium in die andere gevallen tot onzekerheid omtrent de rechterlijke bevoegdheid kan leiden, terwijl het Executieverdrag juist tot doel heeft die onzekerheid te verminderen.

Voor de meeste overeenkomsten bestaat die onzekerheid evenwel niet, wanneer enkel de in de overeenkomst bedongen verbintenis waarvan de uitvoering in rechte wordt gevorderd, bepalend wordt geacht. De plaats waar deze verbintenis moet worden uitgevoerd, vertoont immers in de regel de nauwste band tussen het geschil en het bevoegde gerecht; deze band was doorslaggevend om voor verbintenissen uit overeenkomst de gerechten van de plaats van uitvoering als bevoegd gerecht aan te wijzen".

68. Deze overwegingen tonen in de eerste plaats aan, dat het Hof duidelijk heeft ingezien, dat artikel 5, sub 1, onvolmaakt is [66], daar het erkent, dat de plaats van uitvoering van de litigieuze verbintenis (slechts) „in de regel" de plaats is met de nauwste band tussen het geschil en het bevoegde gerecht. Het is opvallend, dat de overwegingen van het Hof slechts een beperkt deel van de problematiek betreffen. Er wordt enerzijds niet ingegaan op de vraag, of de regeling inzake de plaats van uitvoering van de vergoedingsplicht van aard is om het geschil aan een met de zaak nauw verbonden gerecht toe te wijzen. Hoewel de bondsregering erop gewezen heeft, dat de inaanmerkingneming van de verbintenis die de overeenkomst karakteriseert meer in overeenstemming is met het doel van artikel 5, sub 1, dan die van de (destijds litigieuze) verbintenis tot betaling, heeft zij, een andere betrokkene, noch het Hof de vraag behandeld, of artikel 5, sub 1, niet kennelijk zijn doel mist. Zoals uit rechtsoverweging 17 van het arrest duidelijk blijkt, wordt als alternatief voor de gekozen oplossing enkel de mogelijkheid vermeld om op „de plaats van uitvoering van (de *verbintenis die de overeenkomst karakteriseert*) de rechterlijke bevoegdheid uit hoofde van de plaats van uitvoering voor geschillen betreffende *om het even welke* verbintenis uit die overeenkomst te *centraliseren*". [67] Die oplossing heeft het Hof wegens de daaraan verbonden „onzekerheden" verworpen. Zoals voorheen blijft het dus de vraag, of eng begrensde en qua gevolgen overzienbare correcties mogelijk zijn.

69. Buiten het gebied van de arbeidsovereenkomsten moet naast het arrest Shenavai ook het arrest Zelger [68] worden vermeld, dat betrekking had op een overeenkomst over de plaats van uitvoering van de terugbetaling van een lening. In dit arrest heeft het Hof de Tessili-rechtspraak impliciet bevestigd, daar het als plaats van uitvoering in de zin van artikel 5, sub 1, de plaats heeft aangemerkt die „door partijen is aangewezen door middel van een clausule die volgens het nationale recht dat de overeenkomst beheerst, geldig is". De vraag, of deze oplossing in concreto haar „rechtvaardiging vindt in het rechtstreekse verband tussen het geschil en het gerecht dat daarvan heeft kennis te nemen" [69], was niet gesteld. Kernpunt van dit arrest was veeleer de verhouding tussen artikel 5, sub 1, en artikel 17.

66 — Terloops zij opgemerkt, dat verschillende auteurs zelfs vragen, artikel 5, sub 1, Executieverdrag te schrappen (bij voorbeeld Lasok/Stone, *Conflicts of Laws in the European Community*, 1987, blz. 220 e. v.).

67 — Cursivering van mij.

68 — Arrest van 17 januari 1980, zaak 56/79, Zelger, Jurispr. 1980, blz. 89.

69 — R. o. 3, *in fine*, van het arrest.

70. *III.* Het antwoord op de eerste vraag moet uit de voorgaande overwegingen worden afgeleid.

71. *1)* Het sub a van deze vraag opgeworpen probleem, *of* van de toepassing van de lex causae moet worden afgeweken, moet worden opgelost aan de hand van het zojuist uit de rechtspraak afgeleide criterium [70]: onderzocht moet worden, of de toepassing ervan in de onderhavige casuspositie kennelijk niet beantwoordt aan het doel van artikel 5, sub 1.

72. Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat het in de meeste geschillen betreffende de betaling van de koopprijs — als niet het sluiten van de overeenkomst zelf wordt betwist [71] — de vraag is, of de tegenprestatie (van de verkoper) correct is geleverd. [72] Van de gerechten die zich dicht bij de plaats van uitvoering van de overeenkomst bevinden, beantwoordt derhalve datgene aan het doel van artikel 5, sub 1, dat het best de regelmatigheid van de uitvoering van de verbintenis kan beoordelen.

73. Artikel 59, lid 1, eerste zin, leidt daarentegen stelselmatig naar het gerecht van de woonplaats van de schuldeiser, daar deze in het kader van de verdeling van het risico van het internationaal betalingsverkeer moet worden beschermd. Dat alleen reeds pleit er mijns inziens voor, de plaats van uitvoering autonoom vast te stellen. In dat verband moet ermee rekening worden gehouden, dat in het in artikel 59, lid 1, eerste zin, van de Eenvormige koopwet bedoelde geval, de plaats van uitvoering van de verbintenis tot betaling van de koopprijs per definitie los staat van de plaats van uitvoering van de hoofdverbintenis (tegenprestatie) waarvan de gestelde gebrekkige uitvoering in de regel aanleiding geeft tot het geschil inzake de betaling van de koopprijs. Enkel in het in de tweede zin van dit lid bedoelde geval vallen deze plaatsen van uitvoering samen.

74. Daarmee staat vast, dat het criterium van artikel 59, lid 1, eerste zin, kennelijk niet van aard is, het geschil bij een nauw met de zaak verbonden rechter aanhangig te maken. De eerste vraag, sub a, moet dan ook ontkennend worden beantwoord.

75. *2)* Voor een antwoord op de eerste vraag, sub b, *hoe* de plaats van uitvoering in een dergelijk geval moet worden bepaald, kan ik rechtstreeks aansluiten bij het voorgaande.

76. Mijns inziens moet hier niet de verbintenis tot betaling in aanmerking worden genomen, maar de plicht van de verkoper om zijn

70 — Hiervoor, nr. 63.

71 — Spellenberg (*Zeitschrift für Zivilprozeß* 91 [1978], blz. 38, 56, onderaan) wijst er terecht op, dat in een dergelijk geval de bevoegdheid van de gerechten van de plaats van sluiting van de overeenkomst de voorkeur verdient, maar dat het Executieverdrag daar niet in voorziet.

72 — Zie reeds het standpunt van de bondsregering in de zaak Shenavai (hiervoor, nr. 68); Spellenberg, l. c. (vorige voetnoot).

verbintenis na te komen. [73] Zoals blijkt uit wat ik zojuist heb gezegd, is dat in de contractuele verhouding tussen partijen die „plaats van uitvoering" die het gemakkelijkst een met de zaak nauw verbonden gerecht aanwijst. Dat is hier te meer het geval, daar volgens het bestreden arrest van het Oberlandesgericht Hamm [74], waar het Bundesgerichtshof uitdrukkelijk naar verwijst, de te leveren ramen aan de Britse technische normen moesten voldoen.

77. Alvorens ik nader op deze oplossing inga, wil ik nog kort uiteenzetten hoe zij zich verhoudt tot de arresten De Bloos en Tessili, waarvan zij in feite slechts weinig afwijkt. In verband met het arrest De Bloos moet worden vastgesteld, dat de voorgestelde oplossing geenszins bij een „willekeurige" contractuele verbintenis aanknoopt, maar bij een verbintenis die veel beter dan de litigieuze een forum kan aanwijzen dat een nauwe band heeft met de feiten. Bovendien voldoet zij aan het in dat arrest ontwikkelde en in het arrest Shevanai bevestigde beginsel — door velen het „isolatiebeginsel" genoemd — dat in de regel voor elke verbintenis een aparte plaats van uitvoering wordt vastgesteld. Enkel de wijze waarop de plaats van uitvoering wordt vastgesteld, wijkt af van wat het arrest De Bloos voorziet.

78. Wat het arrest Tessili betreft, moet worden vastgesteld, dat de lex causae nog steeds wordt toegepast, zij het niet voor de bepaling van de plaats van uitvoering van de litigieuze prestatie, maar van de tegenprestatie van de wederpartij.

79. Voor de preciese formulering van de hier voorgestelde oplossing moet bij deze laatste vaststelling evenwel enig voorbehoud worden gemaakt. Alvorens ik mijn conclusie formuleer, wil ik daaraan de volgende beschouwingen wijden.

80. De regeling van de lex causae betreffende de plaats van uitvoering van de verbintenis van de verkoper kan, net als die betreffende de plaats van uitvoering voor de betaling van de koopprijs, elementen bevatten die enkel dienstig zijn voor de verdeling van het risico — hier het transportrisico — en geen betrouwbare informatie geven over het economisch *doel* van de verbintenissen van de verkoper. [75] Nu ik bij het onderzoek van de regeling betreffende de plaats van uitvoering van de betalingsverbintenis dergelijke elementen in aanmerking heb genomen om af te wijken van het materiële recht dat de overeenkomst beheerst, daar die regeling geen bijdrage kan leveren om het geschil voor een forum te brengen dat daarmee een nauwe band heeft, lijkt het onlogisch om bij het onderzoek van de regeling betreffende de plaats van uitvoering van de leveringsverbintenis van de verkoper een andere werkwijze te volgen. Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat bij betwistingen over de prijs, die

73 — Hiervoor, nr. 64.

74 — Gepubliceerd in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1992, blz. 78.

75 — Hiervoor, nr. 27.

— wat ik als typisch geval beschouw — ontstaan door de (gestelde) gebrekkige uitvoering van de hoofdverbintenis, het gerecht van de plaats waar wordt geleverd in de regel nauwer bij de zaak betrokken is dan het gerecht van de plaats van verzending. Dat staat los van de vraag, welke van deze twee plaatsen naar materieel recht „plaats van uitvoering" is, en dus van de vraag, welke partij het transportrisico draagt.

81. Het lijkt opportuun, het antwoord op de vraag van het Bundesgerichtshof in voormelde zin te preciseren. Uit het bestreden arrest van het Oberlandesgericht Hamm blijkt namelijk, dat het Oberlandesgericht de clausule „free site in London" enkel heeft geïnterpreteerd als een afspraak over de voorwaarden waaronder de levering diende te gebeuren. Het lijkt erop, dat het daarom Londen niet als plaats van uitvoering van de verbintenis (van verzoekster) heeft beschouwd, en dat juist daarom *niet* artikel 59, lid 1, *tweede zin, maar* de *eerste zin* van die bepaling werd toegepast.

82. *IV.* Mitsdien geef ik het Hof in overweging, vraag 1, sub a en b, van het Bundesgerichtshof als volgt te beantwoorden:

Wordt van een afnemer betaling van een prijs gevorderd op grond van een onder de Eenvormige koopwet vallende aannemingsovereenkomst en is op die betaling naar materieel recht artikel 59, lid 1, eerste zin, van de Eenvormige koopwet van toepassing, dan is de plaats van uitvoering in de zin van artikel 5, sub 1, Executieverdrag de contractueel overeengekomen plaats van levering, ongeacht welke partij het risico van het transport van de goederen naar die plaats moet dragen.

De tweede vraag

— *Algemeen*

83. Het Bundesgerichtshof heeft zijn tweede vraag gesteld voor het geval dat na het antwoord op de eerste vraag „de internationale bevoegdheid van de Duitse gerechten niet op artikel 5, sub 1, (Executieverdrag) kan worden gebaseerd". Daar de plaats van uitvoering in de zin van die bepaling, zoals ik die zojuist heb uitgelegd, zich in de onderhavige zaak niet in Duitsland bevindt, moet de tweede vraag worden onderzocht.

84. Met deze vraag wenst het Bundesgerichtshof te vernemen, of in de daar nader uiteengezette casuspositie een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter in de zin van artikel 17 Executieverdrag „geldig tot stand (kan) komen". Daar het Bundesgerichtshof van oordeel is, dat dienaangaande

geen „schriftelijke overeenkomst" (eerste alinea, tweede zin, eerste geval) of „schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst" (ibid., tweede geval) is gesloten, gaat het om het in die bepaling vermelde *derde geval.* Volgens deze bij het Toetredingsverdrag van 1978 ingevoegde bepaling kan een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter

„in de internationale handel, in een vorm die wordt toegelaten door de gebruiken op dit gebied en die de partijen kennen of geacht worden te kennen, (...) worden gesloten".

85. Blijkens het rapport Schlosser [76] stellen de twee andere gevallen van artikel 17 zoals die door het Hof zijn uitgelegd, voorwaarden die geen recht doen „aan de gebruiken en behoeften van de internationale handel". De auteurs van de hervorming wilden in dat verband met name de gevolgen milderen van het arrest Segoura. [77] In het geval van een mondeling gesloten koopovereenkomst zonder mondelinge overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter in de zin van artikel 17, ontzegde het Hof elk gevolg aan een bevestigingsbrief waarbij de verkoper zijn algemene verkoopvoorwaarden had gevoegd, waaronder een forumclausule. Deze clausule gaat slechts deel uitmaken van de overeenkomst, wanneer de koper die algemene verkoopvoorwaarden schriftelijk aanvaardt. [78] Het feit dat de koper geen bezwaar maakt tegen de bevestiging, geldt niet als aanvaarding ten aanzien van de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter, behalve indien de mondelinge overeenkomst deel uitmaakt van de lopende handelsbetrekkingen tussen partijen, welke zijn gegrond op de algemene voorwaarden van een der partijen, waarin een clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter is opgenomen. [79] Het rapport Schlosser vermeldt dienaangaande, dat de eis dat de wederpartij van degene die werkt met algemene verkoopvoorwaarden, schriftelijk moet bevestigen dat hij daarmee akkoord gaat, „in de internationale handel niet (kan) worden gesteld".

86. Bij het hierna volgende onderzoek van de door het Bundesgerichtshof opgeworpen vragen, zal ik nadere beschouwingen moeten wijden aan de betekenis van de betrokken tekst.

— *De tweede vraag, sub a*

87. *1.* In dit deel van de vraag vermeldt het Bundesgerichtshof eerst de *handelwijze van partijen,* op grond waarvan eventueel (gelet op de vereisten van het derde geval) een overeenkomst tot aanwijzing van een

76 — PB 1979, C 59, blz. 71, 124-125 (nr. 179).

77 — Arrest van 14 december 1976, zaak 25/76, Segoura, Jurispr. 1976, blz. 1851.

78 — Arrest Segoura, r. o. 8 en 10.

79 — Tweede alinea van het dictum.

bevoegde rechter geldig tot stand kan komen:

— na een mondeling gesloten overeenkomst bevestigt een leverancier de sluiting van de overeenkomst schriftelijk aan zijn koper;

— bij die bevestigingsbrief voegt hij voor het eerst Algemene voorwaarden, waarin een forumclausule is opgenomen;

— de afnemer maakt geen bezwaar tegen de forumclausule.

88. Aansluitend vermeldt het Bundesgerichtshof een aantal *feitelijke en juridische omstandigheden* die voor de beoordeling relevant kunnen zijn:

— op de plaats van vestiging van de afnemer bestaat „geen handelsgebruik, dat bij niet-beantwoording van een dergelijke brief de forumclausule moet worden geacht te zijn aanvaard";

— een dergelijk handelsgebruik is de afnemer ook niet bekend;

— het gaat om het eerste commerciële contact tussen partijen.

89. Daar het Hof zich tot nu toe niet heeft moeten uitspreken over het derde geval van artikel 17 (in de versie van 1978), heeft het Bundesgerichtshof geen vraag gesteld over de afzonderlijke onderdelen van die bepaling, maar over het geheel daarvan. Het betoogt, dat het omstreden is, of zij — verder gaande dan haar bewoordingen — niet alleen de vorm maar ook de materiële voorwaarden voor de totstandkoming van overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter betreft. Voorts is omstreden, hoe de concretisering behoevende begrippen „internationale handel" en „internationale handelsgebruiken" alsook de subjectieve elementen van die bepaling moeten worden uitgelegd. [80]

90. Het lijkt dan ook opportuun om met inachtneming van de door het Bundesgerichtshof vermelde omstandigheden, de in de betrokken bepaling gestelde voorwaarden één voor één te onderzoeken.

91. *II.1)* In de eerste plaats moet worden nagegaan, of in de onderhavige zaak sprake is van *„internationale handel"* in de zin van artikel 17. Deze vraag, die voor het Hof niet specifiek is behandeld, moet mijns inziens bevestigend worden beantwoord. Als koopovereenkomst die betrekking heeft op de

80 — Blz. 17 van de verwijzingsbeschikking.

levering van een goed van een Verdragsluitende Staat naar een andere en waarvan de partijen in de respectieve Staten zijn gevestigd, moet de transactie waarop de forumclausule betrekking heeft, zonder meer als *internationaal* worden beschouwd. Deze premisse kan weliswaar aldus worden opgevat, dat zij de toepassing van de hier besproken bepaling tot bepaalde, duidelijk omschreven handelsbranches beperkt. Het House of Lords Select Committee on the European Communities lijkt de handel binnen die branches voor ogen te hebben gehad, toen het het Britse ontwerp tot invoering van het derde geval van artikel 17 voorbereidde. [81] Een dergelijke uitlegging vindt evenwel geen steun in het doel van artikel 17 — verhinderen dat forumclausules ongemerkt in de contractuele verhouding binnensluipen. [82] Zonder het toepassingsgebied van de betrokken bepaling aldus *van meet af aan* in te perken, lijkt het veeleer opportuun, bij de uitlegging van het begrip „handelsgebruiken" en van de subjectieve voorwaarden van het derde geval rekening te houden met eventuele verschillen tussen de geïnstitutionaliseerde handel (bij voorbeeld in de grondstoffensector) en andere internationale handelstransacties. [83]

92. Daar de partijen bij de overeenkomst handelsvennootschappen zijn die in hun respectieve beroepssector bedrijvig zijn, lijdt het evenmin twijfel, dat de transactie die hier aan de orde is, de (internationale) *handel* betreft.

93. *2)* Voorts moet worden onderzocht, welke uitlegging aan het Bundesgerichtshof kan worden gegeven in verband met de eis, dat de overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter moet worden gesloten *„in een vorm die wordt toegelaten door de gebruiken op dit gebied"*.

94. *a)* Zoals ik al zei, is het derde geval in artikel 17 ingevoegd om andere geldige overeenkomsten dan de schriftelijke of de schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst mogelijk te maken. Uit de structuur van het artikel blijkt duidelijk, dat als geldig moeten worden beschouwd de overeenkomsten die door de desbetreffende „handelsgebruiken" worden toegelaten.

95. De draagwijdte van dit criterium is evenwel niet volkomen duidelijk. Zoals het Bundesgerichtshof terecht opmerkt, slaat het volgens de letter van het artikel enkel op de „vorm" van de overeenkomst, en kan men zich afvragen, of ook de overeenkomst

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

82 — Zie het rapport Jenard (voetnoot 2), blz. 37.

83 — Daarvoor lijken ook het (op de onderhavige zaak niet toepasselijke) Verdrag van Lugano (PB 1988, L 319, blz. 1) en het Executieverdrag in de versie van San Sebastian (PB 1989, L 285, blz. 4) te pleiten. Daarin blijft de term „in de internationale handel" behouden, maar wordt als nieuwe voorwaarde gesteld, dat het betrokken handelsgebruik „algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen".

zelf — de vastlegging van een wilsovereenstemming — daaronder moet vallen.

96. Mijns inziens is dit laatste het geval. De Commissie wijst weliswaar terecht op het feit, dat het rapport Schlosser het derde geval van artikel 17 „alleen" als een „versoepeling van vormvereisten" vermeldt en de vraag stelt, of „problemen in verband met de wilsovereenstemming over andere punten dan de vormkwestie volgens toepasselijk nationaal recht of volgens uniforme communautaire beginselen moeten worden beoordeeld". [84] Het doel van de herziening van 1978 zou evenwel niet worden bereikt wanneer het om een louter vormvoorschrift ging. In het arrest Segoura heeft het Hof immers geweigerd, de forumclausule gevolgen te laten sorteren, daar de door artikel 17 vereiste [85] daadwerkelijke wilsovereenstemming tussen partijen ontbrak: dat geen bezwaar wordt gemaakt tegen de bevestiging „geldt niet als aanvaarding". [86] Zou de nieuwe versie enkel op de vorm betrekking hebben, dan zou het vereiste van daadwerkelijke wilsovereenstemming zoals voorheen moeten worden onderzocht *met inachtneming van deze rechtspraak*, zonder versoepeling ten aanzien van de behoeften van de internationale handel. Meer in het algemeen moet worden vastgesteld, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof, waaronder het arrest Segoura, de vormvereisten van artikel 17 geen doel op zichzelf zijn [87], maar moeten „waarborgen, dat de wilsovereenstemming tussen partijen inderdaad vaststaat". [88]

97. Dit uitgangspunt heeft het Hof recentelijk nog bevestigd in de zaak Powell Duffryn [89], waarin het ging om een forumclausule in de statuten van een vennootschap. Nadat het Hof had vastgesteld, dat in de rechtsstelsels van alle Verdragsluitende Staten de *statuten van vennootschappen* schriftelijk tot stand moeten komen en dat zij de grondregels voor de betrekkingen tussen de aandeelhouders en de vennootschap vormen, wees het erop,

„dat eenieder die aandeelhouder van een vennootschap wordt, *ongeacht de wijze waarop hij de aandelen verwerft, weet of moet weten* dat hij gebonden is aan de statuten". [90]

98. Met betrekking tot de onderhavige zaak moet daaraan worden toegevoegd, dat handelsgebruiken die *loutere vorm*vereisten op dit gebied betreffen, zo dat al mogelijk is, slechts zeer moeizaam kunnen ontstaan. Deze vereisten vallen immers onder het *procesrecht*, waarvan de Lid-Staten de dwingende regels verschillend kunnen uitbouwen

84 — L. c. (voetnoot 76), blz. 125 (nr. 179).

85 — Zie arrest Segoura, r. o. 6.

86 — Tweede alinea van het dictum.

87 — Zie hiervoor, voetnoot 82 en de daar vermelde tekst.

88 — Arrest van 14 december 1976, zaak 24/76, Estatis Salotti, Jurispr. 1976, blz. 1831, r. o. 7; arrest Segoura, r. o. 6; arresten van 6 mei 1980, zaak 784/89, Porta-Leasing, Jurispr. 1980, blz. 1517, r. o. 5, 14 juli 1983, zaak 201/82, Gerling, Jurispr. 1983, blz. 2503, r. o. 13, 19 juni 1984, zaak 71/83, Tilly Russ, Jurispr. 1984, blz. 2417, r. o. 14, 11 juni 185, zaak 221/84, Berghoefer, Jurispr. 1985, blz. 2699, r. o. 13, 11 november 1986, zaak 313/85, Iveco Fiat, Jurispr. 1986, blz. 3337, r. o. 5.

89 — Arrest van 10 maart 1992, zaak C-214/89, Powell Duffryn, Jurispr. 1992, blz. 1745.

90 — R. o. 27; cursivering van mij.

en steeds kunnen wijzigen. [91] Zoals het rapport Schlosser aantoont, kunnen in verband met de aard en de wijze van de *wilsovereenstemming* inzake de aanwijzing van een bevoegde rechter daarentegen zeer wel handelsgebruiken bestaan, daar deze problematiek tot het terrein van het *materiële* recht behoort. Deze gebruiken, zoals bij voorbeeld het niet reageren op een bevestigingsbrief van een handelaar, kunnen vormelementen en materiële wilsovereenstemming met elkaar verweven. Zij kunnen met andere woorden een bepaalde *vorm*, in de zin van *aard en wijze* van de wilsovereenstemming betreffen. Het derde geval van artikel 17 betreft derhalve een situatie waarbij de overeenstemming van de houding van partijen met de handelsgebruiken in samenhang met bepaalde subjectieve voorwaarden waarborgt, wat buiten het toepassingsgebied daarvan enkel wordt gewaarborgd door de schriftelijke of de zogenoemde „semischriftelijke" procedure: forumclausules mogen niet ongemerkt in de overeenkomst binnensluipen. [92]

99. *b)* Niet toevallig verstrekt het Bundesgerichtshof met het oog op de uitlegging van artikel 17 gegevens over de handelwijze van de partijen en over de juridische situatie in het Verenigd Koninkrijk. Het belang van die omstandigheden is afhankelijk van de vraag, hoe men het begrip „handelsgebruiken" interpreteert, met name in het geval van niet-reageren op de bevestigingsbrief van een handelaar. In de doctrine is dit punt omstreden, waarbij in hoofdzaak *drie verschillende stromingen* kunnen worden onderscheiden:

— handelsgebruik inzake een bepaalde aard en wijze van wilsovereenstemming is een door de betrokkenen bij transacties die materieel en territoriaal met de litigieuze transactie overeenstemmen algemeen en duurzaam gevolgde en regelmatige praktijk, waaruit kan worden afgeleid, dat die handelwijze een wilsovereenstemming (resp. toestemming van de betrokken partij) inhoudt. Artikel 17 verbindt aan deze praktijk juridische gevolgen. [93] In deze opvatting moet het bestaan van een relevant handelsgebruik worden *bewezen*. [94]

— artikel 17 erkent, dat niet reageren op een bevestigingsbrief van een handelaar in de internationale handel naar handelsgebruik leidt tot wilsovereenstemming over de bij de brief aangewezen bevoegde rechter (althans wanneer dit gebruik partijen bekend is of als bekend moet worden beschouwd). Een dergelijk gebruik dient niet afzonderlijk te worden bewezen. [95]

91 — In die zin terecht Kohler, *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, blz. 611, 622.

92 — Hiervoor, voetnoot 82 en de daar vermelde tekst.

93 — Zie in het bijzonder, met uitvoerige motivering, Stöve, *Gerichtsstandsvereinbarungen nach Handelsbrauch, Art. 17EuGVÜ und § 38 ZPO*, Heidelberg, 1993, blz. 20-23 en 56-57; in dezelfde zin: Geimer/Schütze, l. c. (voetnoot 13), blz. 478; Schütze, *Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht*, Berlin, 1985, blz. 56; Gothot-Holleaux (voetnoot 61), nr. 175; zie ook Kaye, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, 1987, blz. 1062-1063.

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

95 — In die zin met name Schmidt, *Recht der Internationalen Witschaft*, 1992, blz. 173, 177.

— er is sprake van een handelsgebruik inzake een bepaalde aard en wijze van wilsovereenstemming, wanneer in nader te bepalen rechtsstelsels (of één daarvan) wordt erkend, dat de handelwijze van partijen naar handelsgebruik wilsovereenstemming (resp. toestemming) oplevert. Het criterium om dit (deze) rechtsstelsel(s) aan te wijzen, moet via uitlegging van artikel 17 worden bepaald. [96]

100. Ik geef het Hof in overweging, de *eerste* opvatting bij te treden, en wel om de volgende redenen.

101. De conclusie van de tweede opvatting, dat het Executieverdrag zelf erkent, dat in verband met de praktijk van bevestigingsbrieven van handelaren een handelsgebruik bestaat, is zeker niet gerechtvaardigd. Uit het rapport Schlosser blijkt weliswaar, dat de zaak Segoura, die op deze praktijk betrekking had, de *aanleiding* was voor de herziening van artikel 17. Wat de juiste inhoud is van het beweerdelijk erkende handelsgebruik, kan evenwel niet worden bepaald. Dienaangaande volstaat de vaststelling, dat in de Staten die partij zijn bij het Executieverdrag sterk uiteenlopende opvattingen bestaan over de juridische betekenis van voormelde praktijk [97], en dat ook verschillen tussen de handelsbranches niet uitgesloten zijn.

102. De derde opvatting, die van artikel 17 een collisieregel of een verwijzing naar intern collisierecht zou maken, sluit precies bij die overweging aan. Voor deze opvatting pleit weliswaar, dat het moeilijk kan zijn, in het internationale handelsverkeer handelsgebruiken te ontwaren (behalve in branches die van nature reeds internationaal zijn). Dat is evenwel geen argument om artikel 17 in de zin van die opvatting uit te leggen.

103. In de eerste plaats blijkt namelijk uit de structuur van de betrokken bepaling, met name in de Engelse en de Franse versie, dat de desbetreffende handelsgebruiken verband moeten houden met de „internationale handel". De Duitse versie gebruikt enigszins misleidend de term „internationale Handelsbräuche". Mocht men via het collisierecht in artikel 17 plaatselijke gebruiken binnensmokkelen die in de betrokken sector van de internationale handel nog niet duidelijk zijn doorgedrongen, dan zou dat de invoeging van forumclausules meer vergemakkelijken dan met de herziening werd beoogd. Dienaangaande moet ook worden verwezen

96 — Jung, *Vereinbarungen über die Internationale Zuständigkeit nach dem EWG-Gerichtstands-und Vollstreckungsübereinkommen und nach § 38 Abs. 2 ZPO*, Bochum, 1980, blz. 172 e. v.; Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, *AGB-Gesetz, Kommentar*, 2de editie, München, 1989, bijlage bij § 2, nrs. 90 en 92; Rauscher, *Zeitschrift für Zivilprozeß 104*, (1991), blz. 272, 292 e. v.; idem, *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrecht*, 1992, blz. 143, 145; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Gesetz, Kommentar*, 5de editie, Keulen, 1987, bijlage bij § 2, nr. 33; zie ook Hausmann in Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 4de editie, Keulen, 1988, nr. 1203.

97 — Zie de uitvoerige uiteenzetting bij Stöve (voetnoot 93), blz. 129 e. v.

naar de versies van Lugano en San Sebastian [98], die behoudens de vereisten van de versie van 1978 nog verlangen, dat het betrokken handelsgebruik „in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen". Het rapport Jenard/Möller [99] over het Verdrag van Lugano vermeldt over deze nieuwe versie, dat aangezien „met name in de Franse en de Duitse versie van artikel 17 van het Verdrag van Brussel de woorden ‚internationale Handelsbräuche' en ‚usages' gebruikt worden, (...) er geen grote inhoudelijke verschillen (lijken) te zijn tussen de desbetreffende bepalingen van beide Verdragen". Ik acht dit commentaar moeilijk verenigbaar met de nieuwe versie, indien artikel 17 in de versie van 1978 enkel een collisieregel of een verwijzing naar intern collisierecht zou zijn.

104. In de tweede plaats heeft het Hof, zoals ik al zei, de vormvereisten van de eerste twee gevallen als waarborgen voor een daadwerkelijke wilsovereenstemming beschouwd, en aldus bepaalde *autonome eisen* gesteld *aan de wilsovereenstemming zelf*. Het heeft dienaangaande vermeden, complexe en zeer omstreden collisierechtelijke problemen aan die bepaling te verbinden. [100] Van meet af aan werd trouwens betreurd dat, gelet op verschillende voorvragen inzake de wilsovereenstemming (met name handelingsbekwaamheid en vertegenwoordiging), artikel 17 geen uitdrukkelijke collisieregel bevat. [101] Het derde geval van artikel 17 moet mijns inziens in dezelfde lijn liggen en moet derhalve evenzeer als de andere gevallen autonoom worden uitgelegd. [102]

105. *c)* De toepassing van de voorgestelde oplossing op de onderhavige zaak brengt mij tot de volgende beschouwingen.

106. *aa)* Ten eerste moet worden vastgesteld, dat de door het Bundesgerichtshof beschreven juridische situatie in het Verenigd Koninkrijk, evenmin als die in Duitsland, als zodanig beslissend is: artikel 17 is geen collisieregel. Ik kom straks nog terug op de — beperkte — betekenis die het interne recht kan hebben voor het bewijs van het handelsgebruik en voor de subjectieve voorwaarden van artikel 17.

107. *bb)* Vervolgens wil ik voor het geven van een bruikbaar antwoord op de vraag van het Bundesgerichtshof het belang van het hier voorgestelde criterium nog uit twee oogpunten verduidelijken. Het eerste betreft de noodzakelijke verspreiding van het handelsgebruik, gelet op de kenmerken van de litigieuze transactie. Opdat bij de toepassing

98 — Zie voetnoot 83.

99 — PB 1990, C 189, blz. 57, 77 (nr. 58, in fine).

100 — Cf. Roth, *Zeitschrift für Zivilprozeß 93*, 1980, blz. 156 e. v.

101 — Zie Droz (voetnoot 61), blz. 134 (nr. 215).

102 — In die zin ook O'Malley/Layton, *European civil practice*, Londen, 1989, nrs. 21.37 en 21.70.

van artikel 17 het doel daarvan in acht wordt genomen, kunnen enkel die handelsgebruiken in aanmerking worden genomen, die territoriaal en materieel betrekking hebben op transacties die vergelijkbaar zijn met de litigieuze. [103] De met dit voorschrift beoogde bescherming tegen ongemerkt ingevoerde forumclausules zou bij voorbeeld niet kunnen worden bereikt, indien in een geval als het onderhavige kon worden aangeknoopt bij gebruiken in de automobielsector of in de Duits-Franse handel.

108. Het tweede oogpunt betreft het gezag dat het handelsgebruik in de betrokken sector moet hebben verworven. Voor de toepassing van artikel 17 moet vaststaan, dat het gebruik regelmatig in acht wordt genomen door degenen die bij die handel betrokken zijn. Enkel onder deze voorwaarde, die in aansluiting bij artikel 9, lid 2, van het Weense Verdrag inzake koopovereenkomsten [104] ook is opgenomen in de versies van Lugano en San Sebastian, sorteert het gebruik in de praktijk de gevolgen waardoor het via artikel 17 ook juridisch kan worden erkend. Wat de praktijk inzake bevestigingsbrieven van handelaren betreft, is ten aanzien van de latere invoeging van algemene voorwaarden in de overeenkomst enkel aan de in het derde geval gestelde voorwaarden voldaan, wanneer de actoren in de betrokken handelsbranche aldus ingevoegde bedingen als bindend respecteren.

109. Terloops wil ik hier opmerken, dat mijns inziens niet alle handelstransacties die binnen de werkingssfeer van het Executieverdrag vallen, aan die voorwaarden voldoen. Op terreinen die worden gekenmerkt door de vaak voorkomende herhaling van identieke handelingen binnen een in wezen gesloten groep marktdeelnemers, schieten gebruiken makkelijker wortel dan elders.

110. *cc)* Hoe dan ook, het noodzakelijke onderzoek naar de omstandigheden die volgens het aldus ontwikkelde criterium relevant zijn, staat aan de feitenrechter — met steun van de internationale kamer van koophandel of een bilaterale kamer van koophandel. [105]

111. Bij de beoordeling van de omstandigheden die voor of tegen het bestaan van een handelsgebruik pleiten, kan in individuele

103 — In andere zin kennelijk Kropholler, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 4de editie, Heidelberg, 1993, nr. 42 bij artikel 17 Executieverdrag: het volstaat, dat in de internationale handel een handelsgebruik bestaat, zonder dat precies moet worden vastgesteld, in welke staten dat gebruik geldt. Zo ook Kropholler/Pfeifer, *Festschrift für Heinrich Nagel*, Münster, 1988, blz. 157, 163.

104 — Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, gesloten te Wenen op 11 april 1980.

105 — Volledigheidshalve zij erop gewezen, dat de vraag van het Bundesgerichtshof geen problemen vermeldt inzake de vraag, of het gebruikelijk is een forumclausule op te nemen in de bij de bevestigingsbrief ingevoerde algemene verkoopvoorwaarden of over de gebruikelijke inhoud van die clausule. Dat kan het gevolg zijn van de aard van de litigieuze transactie en wellicht ook van het feit, dat de feitenrechter het noodzakelijke onderzoek nog niet heeft verricht. Wat dat betreft, zal het hier voorgestelde criterium in een latere procedure wellicht nog moeten worden gepreciseerd.

gevallen — met de nodige voorzichtigheid — ook rekening worden gehouden met de betrokken interne rechtsorde. Het *ontstaan* en het *voortbestaan* van gebruiken in de internationale handel zijn namelijk onder meer afhankelijk van de vraag, in hoeverre de gerechten van de Lid-Staten die gebruiken in rechte erkennen. Zo kan in de handel tussen twee staten waarvan de gerechten voor een eventuele wilsovereenstemming geen betekenis toekennen aan de praktijk van de bevestigingsbrief van handelaren, haast nooit een gebruik dienaangaande ontstaan. Het omgekeerde is het geval, wanneer de gerechten van die twee staten tot een dergelijke erkenning in rechte bereid zijn. In de huidige stand van de procedure kunnen deze — noodzakelijkerwijs zeer algemene — beschouwingen volstaan.

112. *dd)* Dit alles brengt mij tot de laatste kwestie die ik in dit verband moet onderzoeken. Zoals ik al zei, konden forumclausules volgens de versie van het Executieverdrag van 1968 enkel in de in het eerste en tweede geval van artikel 17 bepaalde vorm worden opgenomen. In het toepassingsgebied van dat artikel konden afwijkende gebruiken betreffende het opnemen van contractuele bepalingen — zo dergelijke gebruiken inzake het opnemen van andere regelingen al bestonden — dan ook geen betrekking hebben op forumclausules. De oude versie van artikel 17 maakte dat a priori onmogelijk. [106] Op grond daarvan moeten bij het onderzoek van handelsgebruiken de gevolgen van de oude versie van artikel 17 voor het opnemen van forumclausules buiten beschouwing worden gelaten. Wil de herziening van 1978 praktische gevolgen hebben, dan moeten de gebruiken betreffende de andere contractuele bedingen beslissend zijn. Het derde geval van artikel 17 moet met andere woorden aldus worden begrepen, dat het aan de algemene gebruiken op het gebied van forumclausules de rechtsgevolgen verbindt die door de oude versie van het artikel waren uitgesloten.

113. *3)* Ik kom nu tot de in de betrokken bepaling gestelde subjectieve voorwaarden, die verlangen, dat de partijen de gebruiken *„kennen of geacht worden te kennen"*.

114. Deze voorwaarden moeten beletten dat, wat de gebruiken in een bedrijfstak ook zijn, forumclausules kunnen worden ingeroepen tegen personen die de gebruiken, en dus de desbetreffende wijze van invoeging in de overeenkomst, niet kenden en ook niet dienden te kennen.

115. Nu het criterium „handelsgebruiken" in wezen een feitelijke kwestie betreft, moet dat ook het geval zijn voor die subjectieve

106 — Zie ook hiervoor, nr. 98 en voetnoot 91.

voorwaarden. Alle relevante omstandigheden kunnen dus in aanmerking worden genomen.

116. In de onderhavige zaak weten wij uit de verwijzingsbeschikking, dat de afnemer geen kennis had van het ingeroepen handelsgebruik volgens hetwelk niet-reageren op een bevestigingsbrief zoals door het Bundesgerichtshof beschreven, moet worden beschouwd als instemming met de forumclausule. Dat is alleszins van belang, nu de betrokken partij ook in het algemeen — los van de vraag inzake forumclausules [107] — geen kennis had van het gestelde handelsgebruik.

117. Voor een antwoord op de vraag, of een dergelijk gebruik *als bekend moet worden beschouwd,* kunnen twee door het Bundesgerichtshof verstrekte gegevens in aanmerking worden genomen: het feit dat het gestelde gebruik niet bestaat op de plaats waar de afnemer is gevestigd, en dat het om het eerste commerciële contact tussen partijen gaat. Wat het eerste punt betreft, blijkt uit de door het Bundesgerichtshof vermelde rechtsleer, dat in het Verenigd Koninkrijk als algemene regel — dus niet enkel ter zake van forumclausules — geldt, dat niet reageren op een bevestigingsbrief van een handelaar waarbij voor het eerst algemene voorwaarden zijn gevoegd, niet als instemming met de inhoud daarvan wordt beschouwd. [108] In een dergelijk geval kan de afnemer niet worden geacht het gestelde gebruik te kennen, tenzij andere omstandigheden (bij voorbeeld commerciële contacten met andere bedrijven uit die branche) worden aangevoerd en eventueel bewezen, die een genoegzaam bewijs leveren voor de tegengestelde hypothese. Ook het onderzoek daarvan staat aan de feitenrechter.

118. *III.* Mitsdien moet de tweede vraag, sub a, als volgt worden beantwoord:

Onder de door het Bundesgerichtshof vermelde omstandigheden kan een forumclausule als bedoeld in artikel 17, eerste alinea, tweede zin, derde geval, slechts geldig tot stand komen, wanneer er een gebruik bestaat dat door degenen die betrokken zijn bij transacties die materieel en territoriaal overeenstemmen met de litigieuze transactie algemeen en duurzaam wordt nageleefd, en waaruit kan worden besloten, dat de houding van partijen een wilsovereenstemming over

107 — Hiervoor, nr. 112.

108 — Cf. bij voorbeeld Ebenroth, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft,* 77, (1978), blz. 161, 164 e. v.

de inhoud van de bevestigingsbrief en de bijgevoegde algemene voorwaarden impliceert.

Heeft een partij geen kennis van een dergelijk gebruik — zo dat bestaat — en rijst de vraag, of die partij kan worden geacht het gebruik te kennen, dan moet die vraag ontkennend worden beantwoord, wanneer op de plaats van vestiging van die partij geen dergelijk gebruik bestaat en het gaat om het eerste commerciële contact met een partij dat volgens dat gebruik plaatsvindt. Het antwoord luidt anders, wanneer andere omstandigheden worden gesteld en eventueel bewezen, waaruit genoegzaam blijkt, dat de betrokken partij moet worden geacht het handelsgebruik te kennen.

— *De tweede vraag, sub b*

119. Het Bundesgerichtshof heeft dit deel van de vraag gesteld voor het geval dat een forumclausule in de sub a vermelde omstandigheden geldig tot stand kan komen. Zijn er, gelet op de subjectieve voorwaarden van de betrokken bepaling, geen andere dan de in de verwijzingsbeschikking vermelde omstandigheden, dan moet deze vraag, sub a, ontkennend worden beantwoord, en behoeft op de vraag sub b, niet te worden ingegaan. Ik acht het gewettigd dat het Hof, indien het mijn standpunt volgt, zich beperkt tot een antwoord op de sub a gestelde vraag.

120. Hoe dan ook, de met dit onderdeel van de vraag aan de orde gestelde regeling van het „taalrisico" [109] lijkt mij niet bijzonder ingewikkeld.

121. Dienaangaande moet in de eerste plaats worden verwezen naar het arrest Elefanten Schuh [110], volgens hetwelk nationale bepalingen die in het rechtsverkeer tussen particulieren het gebruik van een bepaalde taal voorschrijven, in het toepassingsgebied van artikel 17 buiten beschouwing moeten blijven. Dat moet ook het geval zijn voor de in de rechtspraak van een Verdragsluitende Staat ontwikkelde regeling voor het „taalrisico", daar deze regeling, net zoals voornoemde bepalingen, betrekking heeft op de eisen inzake de aard en de wijze van sluiting van de overeenkomst (vorm en materiële voorwaarden). [111]

109 — Cf. de verwijzingsbeschikking, blz. 20, nr. 3.

110 — Arrest van 24 juni 1981, zaak 150/80, Elefanten Schuh, Jurispr. 1981, blz. 1671.

111 — Kohler, *Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 1991, blz. 299, 300 (voetnoot 7).

122. Tegen die achtergrond vraagt het Bundesgerichtshof naar de geldige totstandkoming van de forumclausule. Het vermeldt in dat verband de volgende feiten:

— de bij de bevestigingsbrief gevoegde algemene voorwaarden zijn geformuleerd in een andere taal dan die van de overeenkomst en de onderhandelingen;

— de afnemer kent deze taal niet;

— de in de taal van de onderhandelingen en de overeenkomst gestelde bevestigingsbrief verwijst naar de algemene voorwaarden in hun geheel, maar niet naar de forumclausule als zodanig.

123. Bovendien weten wij, dat het om het eerste commerciële contact tussen partijen gaat.

124. Onder dergelijke omstandigheden — namelijk bij gebreke van een specifieke verwijzing naar de forumclausule in de taal van de overeenkomst en de onderhandelingen — kan men niet stellen, dat de betrokken partij behoorlijk kennis kon nemen van de forumclausule. De basisvoorwaarde van daadwerkelijke wilsovereenstemming is dus al niet vervuld. Bij toepassing van het derde geval van artikel 17 kan een forumclausule dan enkel tot stand komen, wanneer het vigerende handelsgebruik zelf toestaat om van de taal van de overeenkomst en van de onderhandelingen af te wijken. De tweede vraag, sub b, moet in die zin worden beantwoord.

De derde vraag

125. Volledigheidshalve wil ik nog kort ingaan op het in deze vraag opgeworpen probleem, of in geval van een volgens artikel 17 geldig overeengekomen forumclausule „daarnaast volgens het nationale materiële recht dat volgens de collisieregels van het aangezochte gerecht van toepassing is, (moet worden) onderzocht of de forumclausule geldig in de overeenkomst is opgenomen".

126. In de context waarin zij is gesteld, moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Artikel 17 moet in zijn toepassingsgebied autonoom en dus eenvormig recht creëren. [112] Het definieert exhaustief de eisen die worden gesteld aan de materiële wilsovereenstemming en aan de daarvoor vereiste vorm. Voor interne bepalingen met dezelfde functie is er dus geen plaats. De derde vraag moet in die zin worden beantwoord.

C — Conclusie

127. Mitsdien geef ik het Hof in overweging het Bundesgerichtshof als volgt te antwoorden:

Op de eerste vraag (sub a en b):

1) Wordt van een afnemer betaling van een prijs gevorderd op grond van een onder de Eenvormige koopwet vallende aannemingsovereenkomst en is op die betaling naar materieel recht artikel 59, lid 1, eerste zin, van de Eenvormige koopwet van toepassing, dan is de plaats van uitvoering in de zin van artikel 5, sub 1, Executieverdrag de contractueel overeengekomen plaats van levering, ongeacht welke partij het risico van het transport van de goederen naar die plaats moet dragen.

Op de overige vragen, voor zover nodig:

2) a) Onder de door het Bundesgerichtshof vermelde omstandigheden kan een forumclausule als bedoeld in artikel 17, eerste alinea, tweede zin, derde geval, slechts geldig tot stand komen, wanneer er een gebruik bestaat dat door degenen die betrokken zijn bij transacties die materieel en territoriaal overeenstemmen met de litigieuze transactie algemeen en duurzaam wordt nageleefd,

112 — Zie de arresten Estatis Salotti (voetnoot 88) en Segoura (voetnoot 77). Zie ook hiervoor, nr. 104.

en waaruit kan worden besloten, dat de houding van partijen een wilsovereenstemming over de inhoud van de bevestigingsbrief en de bijgevoegde algemene voorwaarden impliceert.

Heeft een partij geen kennis van een dergelijk gebruik — zo dat bestaat — en rijst bij de beslechting van het geding de vraag, of die partij kan worden geacht het gebruik te kennen, dan moet die vraag ontkennend worden beantwoord, wanneer op de plaats van vestiging van die partij geen dergelijk gebruik bestaat en het gaat om het eerste commerciële contact met een partij dat volgens dat gebruik plaatsvindt. Het antwoord luidt anders, wanneer andere omstandigheden worden gesteld en eventueel bewezen, waaruit genoegzaam blijkt, dat de betrokken partij moet worden geacht het handelsgebruik te kennen.

b) Een forumclausule kan overeenkomstig voornoemde bepaling niet geldig tot stand komen door niet te reageren op een bevestigingsbrief van een handelaar, wanneer de bij de bevestigingsbrief gevoegde algemene voorwaarden, waaronder de forumclausule, zijn gesteld in een andere taal dan die van de onderhandelingen en de overeenkomst, de adressaat van de brief die taal niet kent, er geen specifieke verwijzing is naar die clausule in de taal van de onderhandelingen en de overeenkomst, en het gaat om het eerste commerciële contact tussen partijen. Het zou pas anders zijn, wanneer het vigerende handelsgebruik zelf toestaat om van de taal van de overeenkomst en van de onderhandelingen af te wijken.

3) Nationaalrechtelijke voorschriften die vanuit het oogpunt van de daadwerkelijke wilsovereenstemming en de vorm daarvan, de geldige invoeging van bepalingen, in het bijzonder algemene voorwaarden, in de overeenkomst regelen, kunnen niet worden toegepast naast artikel 17 Executieverdrag. Dergelijke regels van het nationale materiële recht dat volgens de collisieregels van het aangezochte gerecht van toepassing is, mogen dan ook niet in aanmerking worden genomen om te onderzoeken of een aan artikel 17 beantwoordende forumclausule geldig in de overeenkomst is opgenomen.