CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL L. A. GEELHOED

van 31 januari 2002 [1]

I — Inleiding

1. In deze zaak heeft de Corte Suprema di Cassazione (Italië) een vraag gesteld over de uitlegging van artikel 2 en artikel 5, sub 1, eerste alinea, en sub 3, van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [2] (hierna: „Executieverdrag"). Teneinde vast te kunnen stellen welke rechter bevoegd is van een geschil kennis te nemen, wil de verwijzende rechter weten hoe een vordering ter zake van precontractuele aansprakelijkheid moet worden gekwalificeerd. Komt een dergelijke vordering voort uit een verbintenis uit onrechtmatige daad ex artikel 5, sub 3, of valt een dergelijke vordering te beschouwen als een verbintenis uit overeenkomst ex artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag? De verwijzende rechter denkt ook aan de mogelijkheid dat artikel 5 van het Executieverdrag in het geheel niet van toepassing is.

2. Ingevolge artikel 5 van het Executieverdrag kan een verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat voor het gerecht van een andere verdragsluitende staat worden opgeroepen. Artikel 5, sub 1, verklaart ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst het gerecht bevoegd van de plaats waar de verbintenis is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Partijen bij de overeenkomst kunnen zelf een gerecht aanwijzen dat bevoegd is van een eventueel geschil kennis nemen. Op grond van artikel 5, sub 3, geldt voor verbintenissen uit onrechtmatige daad dat het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, bevoegd is van het geschil kennis te nemen.

3. Het Hof heeft zich reeds meermalen gebogen over de uitleg van het Executieverdrag, en meer in het bijzonder over artikel 5 van dit Verdrag. Het is echter de eerste maal dat in het verband van dit Verdrag een antwoord wordt gevraagd over de aansprakelijkheid die kan ontstaan naar aanleiding van het gedrag van partijen bij de onderhandelingen over een contract.

4. In deze conclusie zal ik — na een beschrijving van het juridisch kader en het feitelijk en procedureel kader — allereerst

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

2 — PB 1972, L 299, blz. 32. De geconsolideerde versie van het inmiddels gewijzigde Verdrag is te vinden in PB 1978, C 27, blz. 1.

de relevante rechtspraak van het Hof analyseren. Vervolgens geef ik de bij het Hof ingebrachte opmerkingen van partijen weer. De kern van deze opmerkingen betreft de vraag hoe de precontractuele aansprakelijkheid moet worden gekwalificeerd in het licht van deze rechtspraak van het Hof. Daarna kom ik op de onderscheiden kenmerken van de precontractuele aansprakelijkheid zelf. Bij gebreke van communautaire rechtspraak terzake ga ik daarvoor onder meer te rade bij de nationale rechtsstelsels. Een en ander brengt mij tot de eigenlijke beoordeling van de aan het Hof gestelde vraag.

II — Het juridisch kader

5. Volgens artikel 1 wordt het Executieverdrag toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht. Voor de rechterlijke bevoegdheid geldt het in artikel 2 vervatte algemeen beginsel, dat zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een verdragsluitende staat, ongeacht hun nationaliteit, voor de gerechten van die staat worden opgeroepen. Ingevolge artikel 3 kunnen zij die op het grondgebied van een verdragsluitende staat woonplaats hebben, niet voor de rechter van een andere verdragsluitende staat worden opgeroepen dan krachtens de in de afdelingen 2 tot en met 6 van de titel omtrent de „bevoegdheid" gegeven regels. Van die bepalingen zijn de artikelen 5 en 17 voor deze zaak van belang.

6. Artikel 5 van het Executieverdrag bepaalt 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; [...]

[...]

3. ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad: voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan;

[...]"

7. Artikel 17 van het Executieverdrag bepaalt onder meer:

„Wanneer de partijen, van wie er ten minste een woonplaats heeft op het grond-

gebied van een verdragsluitende staat, een gerecht of de gerechten van een verdragsluitende staat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen welke naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die staat bij uitsluiting bevoegd. Deze overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter dient te worden gesloten:

a) hetzij bij een schriftelijke overeenkomst, hetzij bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst;

b) hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden;

c) hetzij, in de internationale handel, in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht worden genomen."

8. Het Executieverdrag wordt per 1 maart 2002 vervangen door verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. [3] De elfde en twaalfde overweging bij deze verordening luiden als volgt:

„11. De bevoegdheidsregels moeten in hoge mate voorspelbaar zijn, waarbij als beginsel geldt dat de bevoegdheid in het algemeen gegrond wordt op de woonplaats van de verweerder; de bevoegdheid moet altijd op die grond kunnen worden gevestigd, behalve in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt wettigt. Voor rechtspersonen moet de woonplaats autonoom worden bepaald om de gemeenschappelijke regels doorzichtiger te maken en jurisdictiegeschillen te voorkomen.

12. Naast de woonplaats van de verweerder moeten er alternatieve bevoegdheidsgronden mogelijk zijn, gebaseerd op de nauwe band tussen het gerecht en de vordering of de noodzaak een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken."

Deze overwegingen zijn strictu sensu niet van toepassing op de onderhavige zaak.

3 — PB 2001, L 12, blz. 1.

Niettemin verschaffen zij ook duidelijkheid omtrent de strekking van bepalingen uit het Executieverdrag.

Nationaal recht

9. Artikel 1337 van de Codice civile bepaalt dat partijen zich tijdens de onderhandelingen over en de opstelling van een overeenkomst te goeder trouw moeten gedragen.

III — Feitelijk en procedureel kader

Het feitelijk kader

10. De feiten in het hoofdgeding zijn als volgt.

11. Fonderie Officine Meccaniche Tacconi (hierna: „Tacconi") en HWS Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (hierna: „HWS") hebben onderhandeld over een overeenkomst betreffende de aankoop van een automatische gietmachine ten behoeve van Tacconi. HWS is de producent van de gietmachine. De overeenkomst moest door B.N. Commercio e Finanza Spa (hierna: „BN"), een leasemaatschappij, en HWS worden gesloten. Tacconi heeft met BN, met toestemming van HWS, een leasecontract voor de gietmachine gesloten. De gietmachine is vervolgens nooit geleverd.

12. Partijen verschillen van mening over de vraag of al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen tussen BN en HWS. Volgens Tacconi is die niet tot stand gekomen vanwege de weigering van HWS om de gietmachine aan BN te verkopen. Eveneens volgens Tacconi heeft HWS tijdens de onderhandelingen ieder voorstel afgewezen. Vervolgens heeft zij — na lang onderhandelen — de onderhandelingen onverwacht had afgebroken. HWS is daarentegen van mening dat de overeenkomst wel tot stand is gekomen.

Het verloop van de procedure

13. Op 23 januari 1996 daagde Tacconi HWS, gevestigd te Duitsland, voor het Tribunale di Perugia in Italië. Tacconi vorderde een verklaring voor recht, dat de overeenkomst tussen BN en HWS betreffende de aankoop van de machine, niet tot stand was gekomen. Zij baseerde haar vordering op de haars inziens ongegronde weigering van HWS om de machine aan BN te verkopen. Tacconi stelde dat HWS door tijdens de onderhandelingen ieder voorstel af te wijzen en vervolgens na lang

onderhandelen de onderhandelingen onverwacht af te breken de verplichting tot correct gedrag en goede trouw niet heeft nageleefd. Het vertrouwen van Tacconi, dat zij in het sluiten van de overeenkomst had gesteld, is hierdoor beschaamd. Tacconi deed bijgevolg een beroep op de precontractuele aansprakelijkheid van HWS ex artikel 1337 van de Codice civile.[4] In eerste aanleg vorderde Tacconi veroordeling van HWS tot vergoeding van alle aan haar toegebrachte schade die op 3 000 000 000 ITL werd bepaald.

14. HWS betoogde in haar verweerschrift dat zij een overeenkomst met Tacconi had gesloten en voerde aan dat de Italiaanse rechter niet bevoegd was wegens het in de algemene contractuele voorwaarden vervatte arbitragebeding, waarbij een buitenlandse arbiter was aangewezen. Zij vorderde subsidiair op grond van artikel 5, sub 3, van het Executieverdrag, dat door het Tribunale di Perugia werd verklaard, dat Tacconi onbevoegd was om een geding aanhangig te maken. Ten gronde vorderde zij afwijzing van verzoeksters vordering. Meer subsidiair en als reconventionele eis vorderde HWS de veroordeling van Tacconi tot betaling van 450 248,39 DEM.

15. Ik merk op dat HWS de bewering van Tacconi, dat zij de onderhandelingen onverwacht heeft afgebroken, niet tegenspreekt. Zij doet dit ook niet in het geding voor het Hof.

4 — Tacconi stelt in dit verband dat er sprake is van culpa in contrahendo van HWS.

16. Op 16 maart 1999 vorderde Tacconi bij de Corte suprema di cassazione voorafgaande aanwijzing van de bevoegde rechter, op grond van artikel 41 Codice di procedura civile. Zij verzocht dit Hof te verklaren, dat de Italiaanse rechter bevoegd was om van dit geschil kennis te nemen. Tacconi stelde dat de aanwijzing van de bevoegde rechter volgens de regels van het Executieverdrag moest geschieden. De door haar ingestelde vordering betrof een verbintenis uit onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 5, sub 3, van het Executieverdrag. Krachtens dit artikel is de rechter bevoegd van de plaats waar de schade is vastgesteld. Onder schade wordt verstaan de vermogensschade van degene die stelt gelaedeerd te zijn. Het geding was daarom volgens Tacconi terecht aanhangig gemaakt bij het Tribunale di Perugia. Tacconi is gevestigd te Perugia en aldaar is de gestelde schade van Tacconi vastgesteld.

17. HWS stelde een eis in reconventie in, waarin zij betoogde, dat de overeenkomst tot stand was gekomen bij schrijven van 28 april 1995, zulks ter bevestiging van de order van 27 april 1995 van Tacconi. Als gevolg hiervan zou de Italiaanse rechter niet bevoegd zijn aangezien in de algemene contractuele voorwaarden een buitenlandse arbiter was aangewezen.

De prejudiciële vraag

18. Vervolgens heeft de Corte suprema di cassazione (Italië) bij beschikking van 9 juni

2000, ingekomen ter griffie van het Hof op 11 september 2000, verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Is de vordering ter zake van de precontractuele aansprakelijkheid van een verweerder een vordering ten aanzien van een verbintenis uit onrechtmatige daad (artikel 5, sub 3, van het Executieverdrag)? Zo nee, is deze vordering dan een vordering ten aanzien van een verbintenis uit overeenkomst (artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag)? Wat is in dat geval de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt? Indien voor deze vordering niet de bijzondere bevoegdheidscriteria gelden, geldt dan alleen de algemene regel van de woonplaats van de verweerder?"

19. In de verwijzingsbeschikking stelt de verwijzende rechter zich op het standpunt dat de aansprakelijkheid niet uit een overeenkomst voortvloeit. Er is volgens Tacconi geen overeenkomst met HWS gesloten. Niettemin wordt de precontractuele aansprakelijkheid in Italië geregeld in het kader van de regelgeving over overeenkomsten. Hierdoor bestaat een verband met de verbintenis uit overeenkomst als bedoeld in artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag. De in deze bepaling geformuleerde bijzondere bevoegdheidsregel lijkt echter niet van toepassing te zijn op de precontractuele aansprakelijkheid. Deze aansprakelijkheid vloeit volgens de verwijzende rechter niet voort uit de niet-nakoming van een verbintenis uit overeenkomst, maar uit de niet-naleving van de wettelijke plicht zich bij de onderhandelingen over en de opstelling van de overeenkomst te goeder trouw te gedragen.

Het geding voor het Hof

20. Bij het Hof zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de partijen in het hoofdgeding en door de Commissie. Er heeft geen terechtzitting plaatsgevonden.

IV — Rechtspraak van het Hof

21. De beantwoording van de prejudiciële vraag wordt in belangrijke mate bepaald door de rechtspraak van het Hof over het Executieverdrag. In dit onderdeel van mijn conclusie volgt dan ook een weergave van die rechtspraak, uiteraard voorzover deze van invloed kan zijn op de beantwoording. Die weergave richt zich allereerst op de belangrijkste karaktertrekken van het Executieverdrag en vervolgens op de bepalingen die in deze zaak in het bijzonder in het geding zijn.

Het karakter van het Executieverdrag

22. De hoofdregel is geformuleerd in artikel 2 van het Verdrag. De verweerder kan altijd voor het gerecht van zijn woonplaats worden gedaagd. In een aantal

nauwkeurig omschreven gevallen, die zijn te beschouwen als uitzonderingen op de hoofdregel, kan de verzoeker een zaak tevens bij een ander gerecht aanhangig maken. Artikel 5, sub 1, en artikel 5, sub 3, zijn zulke uitzonderingen.

23. Volgens de preambule strekt het Executieverdrag ertoe de rechtsbescherming te vergroten van degenen die binnen de Europese Unie gevestigd zijn. [5] Hiertoe bepaalt het Verdrag welke rechter bevoegd is om van een burgerrechterlijk geschil kennis te nemen. Volgens het Hof wordt de rechtsbescherming vergroot, door de eiser in staat te stellen om gemakkelijk te bepalen welk gerecht hij kan aanzoeken en doordat de verweerder redelijkerwijs kan voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen. [6] De bevoegdheidsregels moeten in hoge mate voorspelbaar zijn, zo expliciteert de elfde overweging bij verordening nr. 44/2001. Hiermee wordt tevens de rechtszekerheid versterkt, wat ook een doelstelling van het Executieverdrag is.

24. In het licht hiervan heeft het Verdrag onder meer ten doel de regels inzake de internationale bevoegdheid van de gerechten van de verdragsluitende staten een te maken. De reikwijdte van het Verdrag is echter beperkt. De voorwaarden voor de beoordeling van een schadebrengend feit en voor het bewijs van het bestaan en de omvang van schade worden niet door het Verdrag geregeld. Deze voorwaarden worden beheerst door het materiële recht dat door de conflictregels van het nationale recht van de aangezochte rechter wordt aangewezen, tenzij de toepassing ervan afbreuk doet aan het nuttig effect van het Verdrag. [7]

25. Het Hof stelt zich op het standpunt dat aan de in het Executieverdrag gehanteerde begrippen in het algemeen een autonome uitlegging moet worden gegeven. Bij de uitlegging van deze begrippen moet met het oog op de toepassing van het Verdrag in de eerste plaats aansluiting worden gezocht bij het stelsel en de doelstellingen van dit Verdrag, teneinde de volle werking ervan te verzekeren. Deze begrippen kunnen derhalve niet worden geacht te verwijzen naar de kwalificatie die de toepasselijke nationale wet geeft aan de voor de nationale rechter aan de orde zijnde rechtsbetrekking. [8]

26. In verband hiermee overwoog het Hof in het arrest Peters [9] dat, gelet op de doelstellingen en de algemene structuur van het Executieverdrag en om de gelijkheid en eenvormigheid van de rechten en verplichtingen die voor de verdragsluitende staten en de belanghebbende personen uit het Executieverdrag voortvloeien zoveel mogelijk te verzekeren, het van belang is dat het begrip verbintenis uit overeenkomst (in de zin van artikel 5, sub 1) niet wordt gezien als een simpele verwijzing naar het

5 — Overigens beschouwt verordening nr. 44/2001 de goede werking van de interne markt als hoofddoelstelling.

6 — Arrest van 20 maart 1997, Farrell (C-295/95, Jurispr. blz. I-1683), punt 13.

7 — Arrest van 7 maart 1995, Shevill e.a. (C-68/93, Jurispr. blz. I-415, punt 39).

8 — Zie onder meer arrest van 27 oktober 1998, Réunion européenne e.a. (C-51/97, Jurispr. blz. I-6511, punt 15).

9 — Arrest van 22 maart 1983 (34/82, Jurispr. blz. 987, punt 9).

interne recht van een der betrokken staten. [10] Aan het begrip verbintenis uit onrechtmatige daad (in de zin van artikel 5, sub 3) moet eveneens een autonome inhoud worden gegeven. [11]

27. Het Verdrag beoogt voorts zoveel mogelijk te voorkomen dat met betrekking tot eenzelfde rechtsverhouding meer rechterlijke instanties bevoegd zijn. De gelijktijdige bevoegdheid van meerdere rechterlijke instanties verhoogt het gevaar van onverenigbare beslissingen. Deze eis, die het Hof heeft geformuleerd in het arrest De Bloos [12], strekt ter bescherming van de rechtszekerheid.

28. In het arrest Peters overwoog het Hof dat het Verdrag met artikel 5, sub 1, de mogelijkheid heeft willen openen, dat alle problemen die bij de uitvoering van een contractuele verbintenis kunnen rijzen voor hetzelfde gerecht worden gebracht. In casu betrof dit de rechter van de plaats van uitvoering. In dit verband laat het Hof zich leiden door het beginsel dat de bijzaak de hoofdzaak volgt, accessorium sequitur principale. [13] Daarnaast heeft de verzoeker steeds de mogelijkheid alle onderdelen van zijn vordering bij het gerecht van de woonplaats van de verweerder aan te brengen. Bovendien kan op grond van artikel 22 van het Executieverdrag het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht in bepaalde omstandigheden van het gehele geschil kennis nemen, wanneer de bij verschillende gerechten aangebrachte vorderingen samenhangend zijn. [14]

29. Deze bevoegdheid om alle onderdelen van een vordering bij hetzelfde gerecht aan te brengen is overigens niet onbeperkt. Een gerecht dat op grond van artikel 5, sub 3, bevoegd is kennis te nemen van een onderdeel van de vordering dat op onrechtmatige daad is gebaseerd, is niet bevoegd om kennis te nemen van de andere onderdelen van de vordering die een andere grondslag hebben dan onrechtmatige daad. [15]

30. Dit brengt mij tot een volgende kenmerk van het Verdrag. De keuze van het bevoegde gerecht in het arrest Peters [16] hangt samen met de nauwe betrekkingen die een overeenkomst tussen contractpartijen tot stand brengt. Het Hof hanteert aldus de regel dat de bijzondere bevoegdheid moet berusten op het bestaan van een nauwe band tussen de vordering en een andere rechter dan die van de staat van de woonplaats van de verweerder, zodat de bevoegdheid van deze rechter wordt gerechtvaardigd door de eisen van een

10 — Het Hof heeft dit bevestigd in onder meer de arresten van 8 maart 1988, Arcado (9/87, Jurispr. blz. 1539, punt 11), en 17 juni 1992, Handte (C-26/91, Jurispr. blz. I-3967).

11 — Zie het arrest van 27 september 1988, Kalfelis (189/87, Jurispr. blz. 5565, punt 15).

12 — Arrest van 6 oktober 1976 (14/76, Jurispr. blz. 1497, punt 9).

13 — Zie het arrest van 15 januari 1987, Shenavai (266/85, Jurispr. blz. 239, punt 19).

14 — Arrest Kalfelis, aangehaald in voetnoot 11, punt 20.

15 — Arrest Kalfelis, aangehaald in voetnoot 11, punt 19.

16 — Aangehaald in voetnoot 9, punt 12 van het arrest.

goede rechtsbedeling en een nuttige procesinrichting. [17] In het verband van artikel 5 van het Executieverdrag wordt ook wel gesproken van de nabijheid van het bevoegd verklaarde gerecht. [18] De nabijheid van de rechter bij de plaats van uitvoering van de verbintenis moet de bewijsvoering vereenvoudigen. Kortom, er moet — zo expliciteert ook de twaalfde overweging bij verordening nr. 44/2001 — een nauwe band bestaan tussen het bevoegde gerecht en de vordering.

Artikel 2

31. Artikel 2 bepaalt dat de verweerder die zijn woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, ongeacht zijn nationaliteit, opgeroepen kan worden voor de gerechten van die staat. Aan dit artikel ligt het adagium actor sequitur forum rei ten grondslag. De bevoegdheidsregel van artikel 2 heeft het karakter van een algemeen beginsel. Het doel van artikel 2 is aldus de rechten van de verweerder te beschermen. De verweerder kan zich immers gemakkelijker verdedigen voor de gerechten van de staat van zijn woonplaats dan voor de rechterlijke instanties van een vreemde staat. Op deze wijze vormt artikel 2 het tegenwicht van de bij het Executieverdrag vergemakkelijkte erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen. [19] De vergemakkelijkte erkenning blijkt uit artikel 26, eerste alinea, van het Verdrag, dat bepaalt dat de in een verdragsluitende staat gegeven beslissingen in de overige verdragsluitende staten zonder vorm van proces worden erkend.

Artikel 5 van het Executieverdrag en de restrictieve uitleg

32. Artikel 5 bepaalt in welke gevallen op grond van het Executieverdrag een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, in een andere verdragsluitende staat in rechte kan worden opgeroepen. De keuze van het gerecht is aan de eisende partij en blijkt uit het instellen van de vordering. De keuzemogelijkheid voor de eiser houdt het gevaar in van forumshopping, en daarmee ook van lawshopping. [20] De eiser kan zich immers bij de keuze voor een bevoegde rechter laten leiden door het voor hem meest gunstige recht.

33. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moeten vanwege het algemene karakter van het beginsel van artikel 2 afwijkingen daarop restrictief worden uitgelegd. [21] Dit geldt natuurlijk ook voor artikel 5, dat het mogelijk maakt dat de verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, voor de gerech-

17 — Arresten van 30 november 1976, Bier (21/76, Jurispr. blz. 1735), en van 11 januari 1990, Dumez France en Tracoba (C-220/88, Jurispr. blz. I-49).

18 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 16 maart 1999 in de zaak GIE Groupe Concorde e.a. (C-440/97, Jurispr. blz. I-6307, punten 64 en 65).

19 — Arrest van 4 juli 1985, AS-Autoteile Service (220/84, Jurispr. blz. 2267, punt 15).

20 — Zie hierover P. Vlas, *Forumshopping in EEX en EVEX*, A&V, jaargang 3, 1995, blz. 112-118.

21 — Arrest Kalfelis, aangehaald in voetnoot 11, punt 19.

ten van een andere verdragsluitende staat kan worden opgeroepen. Het vereiste van een restrictieve uitleg betekent dat de bevoegdheidsregels van artikel 5 niet bij analogie mogen worden toegepast zodat zij buiten de door het Executieverdrag voorziene gevallen gelden.[22] In het arrest Dumez France en Tracoba wijst het Hof erop dat zulks te meer geldt voorzover het Executieverdrag toestaat de verweerder op te roepen voor de gerechten van de verdragsluitende staat op het grondgebied waarvan de eiser zijn woonplaats heeft. Afgezien van de uitdrukkelijk voorziene gevallen blijkt uit het Executieverdrag immers een duidelijke afkeer van de bevoegdheid van de gerechten van de woonplaats van de verzoeker, aldus het Hof.[23]

34. In zijn recente conclusie bij de zaak Gabriel[24] betwist advocaat-generaal Jacobs dat het gemeenschapsrecht een algemene regel zou bevatten, die inhoudt dat iedere uitzondering restrictief zou moeten worden uitgelegd. In algemene zin deel ik de opvatting van advocaat-generaal Jacobs. Bij artikel 5 van het Executieverdrag staat de noodzaak van een restrictieve uitleg echter niet ter discussie. Deze vloeit voort uit een van de doelstellingen van het Verdrag, de bescherming van de rechtszekerheid.

35. Het restrictieve karakter van de uitleg mag aan de andere kant ook weer niet zo ver gaan dat daardoor het praktisch effect aan artikel 5 wordt ontnomen.[25] Ik vat de rechtspraak aldus op dat het vereiste van een restrictieve uitleg hier meebrengt dat een toepassing naar analogie wordt uitgesloten, maar dat overigens de bewoordingen van de uitzonderingsbepaling beslissend zijn.

Artikel 5, sub 1: de verbintenis uit overeenkomst

36. Ingevolge artikel 5, sub 1, van het Verdrag kan een verweerder ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Onder het begrip „verbintenis uit overeenkomst" wordt de contractuele verbintenis verstaan die aan de vordering in rechte ten grondslag ligt.[26] In het geval een vordering gebaseerd is op verschillende verbintenissen die waarschijnlijk op verschillende plaatsen moeten worden uitgevoerd, wordt de verbintenis waardoor de overeenkomst wordt gekarakteriseerd in aanmerking genomen.[27]

37. Het Hof stelt hoge eisen aan de toepasselijkheid van artikel 5, sub 1. In de

22 — Zie bijvoorbeeld het arrest van 19 januari 1993, Shearson Lehman Hutton, (C-89/91, Jurispr. blz. I-139, punt 16), en het arrest Handte, aangehaald in voetnoot 10, punt 14.

23 — Aangehaald in voetnoot 17, punten 16 en 19. Zie in dezelfde zin het arrest van 13 juli 2000, Group Josi (C-412/98, Jurispr. blz. I-5925, punt 50).

24 — Conclusie bij arrest van 11 juli 2002 (C-96/00, Jurispr. blz. I-6367).

25 — Zie het arrest van 4 maart 1982, Effer (38/81, Jurispr. blz. 825, punt 7), alsmede de conclusie van advocaat-generaal Reischl bij dit arrest.

26 — Arrest De Bloos, aangehaald in voetnoot 12, punt 11, en bevestigd in arrest Shenavai, aangehaald in voetnoot 13, punt 20.

27 — Arrest van 26 mei 1982, Ivenel (133/81, Jurispr. blz. 1891).

rechtspraak is het element van vrijwilligheid bepalend. Dit blijkt onder meer uit het arrest Handte waarin het Hof bepaalde dat het begrip verbintenis uit overeenkomst niet in die zin mag worden uitgelegd, dat het ziet op een situatie waarin er geen sprake is van een verbintenis die een partij vrijwillig heeft aangegaan jegens een ander. Indien aan de eis van de vrijwilligheid niet is voldaan, kan artikel 5, sub 1, geen toepassing vinden. Overigens stelt het Hof dat artikel 5, sub 1, wel van toepassing kan zijn als het bestaan van de overeenkomst zelf in geschil is. Het kan volgens het Hof niet zo zijn dat een der partijen bij een overeenkomst de toepassing van artikel 5, sub 1, kan ontlopen met de enkele stelling dat geen overeenkomst is tot stand gekomen. [28]

38. Ook uit het arrest De Bloos vloeit de beperkte toepasselijkheid van artikel 5, sub 1, voort. [29] Niet iedere verbintenis die uit een overeenkomst voortvloeit valt onder artikel 5, sub 1. Het moet gaan om een contractuele verbintenis, die aan een vordering in rechte ten grondslag ligt. Het Hof legt de nadruk op de wederkerigheid van de verbintenis: de vordering heeft betrekking op de verplichting die de keerzijde vormt van het contractuele recht, waarop de verzoeker zich beroept.

39. Op grond van artikel 5, sub 1, kan de verweerder worden gedagvaard voor het gerecht van de plaats van uitvoering van de overeenkomst. Volgens de opstellers van het Executieverdrag moet deze plaats een nauwe band hebben met de feiten. [30] Het Hof heeft zich bij deze opvatting aangesloten door te stellen dat de plaats waar een verbintenis moet worden uitgevoerd, in de regel de nauwste band tussen het geschil en het bevoegde gerecht vertoont. Dit was doorslaggevend om voor verbintenissen uit overeenkomst dat gerecht als bevoegd gerecht aan te wijzen. [31] Voorts heeft het Hof gezegd dat de plaats van uitvoering van de verbintenis als bevoegdheidscriterium is gekozen, omdat dit een nauwkeurig en duidelijk criterium vormt en daardoor past in de algemene doelstelling van het Executieverdrag regels te stellen die zekerheid geven over de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende nationale gerechten waarbij een geschil inzake verbintenissen uit overeenkomst kan worden aangebracht. [32]

40. Reeds eerder overwoog het Hof in het arrest Tessili dat op grond van artikel 5, sub 1, het aan de aangezochte rechter staat volgens het Verdrag vast te stellen of de plaats waar de verbintenis is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd, in zijn rechtsgebied is gelegen. De rechter moet daartoe naar zijn eigen conflictregels bepalen welk recht op de gegeven rechtsbetrekking van toepassing is en hij moet overeenkomstig dit recht de plaats van uitvoering van de litigieuze contractuele verbintenis vaststellen. [33] Deze regel die naar de toepasselijke nationale wetgeving verwijst, vormt een

28 — Zie arrest Effer, aangehaald in voetnoot 25, punt 7.

29 — Aangehaald in voetnoot 12. Zie punten 10 en 11 van het arrest.

30 — Advocaat-generaal Lenz deelt deze opvatting. Zie conclusie bij arrest van 29 juni 1994, Custom Made Commercial (C-288/92, Jurispr. blz. I-2913).

31 — Arrest Peters, aangehaald in voetnoot 9.

32 — Zie arrest Custom Made Commercial, aangehaald in voetnoot 30, punt 15.

33 — Zie arrest van 6 oktober 1976, Tessili (12/76, Jurispr. blz. 1473, punt 13).

uitzondering op het uitgangspunt dat aan de in het Executieverdrag gehanteerde begrippen in het algemeen een autonome uitlegging moet worden gegeven.

Artikel 5, sub 3: de verbintenis uit onrechtmatige daad

41. Het begrip verbintenis uit onrechtmatige daad omvat volgens het Hof elke rechtsvordering die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen en die geen verband houdt met een verbintenis uit overeenkomst in de zin van artikel 5, sub 1. [34] Hiermee staat vast dat de artikelen 5, sub 1 en sub 3, geen gelijktijdige toepassing kunnen vinden.

42. De materiële reikwijdte van artikel 5, sub 3, van het Verdrag wordt bepaald door de begrippen „verbintenis uit onrechtmatige daad" en „plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan". Ook deze begrippen worden door het Hof autonoom uitgelegd. Het arrest Marinari wijst erop, dat het Verdrag de territoriale bevoegdheidsregel van artikel 5, sub 3, niet heeft willen koppelen aan de nationale bepalingen inzake de voorwaarden voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De reden hiervoor is dat een uitleg van het Verdrag waarbij rekening moet worden gehouden met het toepasselijke recht inzake aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, de bepaling van de bevoegdheid van het gerecht afhankelijk maakt van onzekere omstandigheden. Dit is in strijd met het doel van het Verdrag, namelijk te voorzien in een zekere en voorzienbare toewijzing van bevoegdheid. [35]

43. Het Hof houdt bij de uitlegging van dit artikel rekening met de ratio van artikel 5, sub 3, van het Verdrag. Net als bij artikel 5, sub 1, gaat het om het bestaan van een bijzonder nauw verband tussen de vordering en het gerecht van een andere staat dan die van de woonplaats van verweerder. Dit verband komt tot uitdrukking in het territoriale aanknopingspunt dat voor de bevoegdheid van het gerecht bepalend is. [36]

44. Het kan zijn dat de plaats waar de schade is ingetreden als gevolg van een onrechtmatige daad niet samenvalt met de plaats waar de veroorzakende gebeurtenis plaatsvindt. In het arrest Bier heeft het Hof bepaald dat dan beide plaatsen een duidelijke aanknoping kunnen opleveren voor de rechterlijke bevoegdheid. Elk van deze aanknopingspunten kan naar gelang van de omstandigheden een nuttig uitgangspunt vormen voor de bewijslevering en de procesvoering. Het Hof voegde hieraan toe dat de aanwijzing van alleen de plaats van de veroorzakende gebeurtenis in veel gevallen

34 — Zie het arrest Kalfelis, aangehaald in voetnoot 11, punt 18.

35 — Arrest van 19 september 1995 (C-364/93, Jurispr. blz. I-2719, punt 18).

36 — Zie het arrest Bier, aangehaald in voetnoot 17, punt 11.

zou leiden tot een versmelting van de bevoegdheden van de artikelen 2 en 5, sub 3, waardoor het nuttig effect van laatstgenoemde bepaling verloren zou gaan. [37]

45. Een en ander brengt overigens niet mee dat onder de plaats van het schadebrengende feit iedere plaats wordt verstaan waar de schadelijke gevolgen voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt. Het bepaalde in artikel 5, sub 3, verwijst slechts naar de plaats waar het veroorzakende feit rechtstreeks schadelijke gevolgen heeft gehad. [38] In het arrest Marinari stelde het Hof, dat de plaats van het schadebrengende feit aldus moet worden uitgelegd, dat het niet ziet op de plaats waar de gelaedeerde stelt vermogensschade te hebben geleden als gevolg van een door hem geleden, in een andere verdragsluitende staat ingetreden aanvankelijke schade. [39]

V — De ingebrachte opmerkingen

46. Tacconi stelt dat de precontractuele aansprakelijkheid moet worden beschouwd als buitencontractueel en derhalve een onrechtmatige daad oplevert. Hiertoe voert zij aan dat tijdens de precontractuele fase geen enkele contractuele band tussen partijen bestaat.

47. Tacconi leest in de rechtspraak van het Hof dat het begrip verbintenis uit overeenkomst niet kan zien op een situatie waarin geen sprake is van een verbintenis die een partij vrijwillig is aangegaan jegens een ander. [40] In de precontractuele fase bestaat geen contractuele band tussen partijen en als uit de onderhandelingen geen overeenkomst voortvloeit, kan voor de partijen hieruit geen contractuele verplichting ontstaan, aldus Tacconi.

48. HWS beroept zich erop dat volgens de rechtspraak van het Hof het Executieverdrag op autonome wijze moet worden geïnterpreteerd, dat wil zeggen zonder rekening te houden met interpretatie van het Verdrag op basis van het toepasselijke nationale recht. Volgens HWS kan derhalve geen belang worden gehecht aan de doctrine en de Italiaanse jurisprudentie volgens welke de precontractuele aansprakelijkheid gelijkstaat aan de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. HWS brengt het arrest Kalfelis in herinnering waarin werd vastgesteld dat onder het begrip onrechtmatige daad moet worden begrepen elke rechtsvordering die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen en die geen verband houdt met een verbintenis uit overeenkomst in de zin van artikel 5, sub 1. [41] Artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag vindt volgens HWS geen

37 — Aangehaald in voetnoot 17, punt 20.

38 — Zie het arrest Bier, aangehaald in voetnoot 17, punt 15 en verder.

39 — Aangehaald in voetnoot 35, punt 21.

40 — Zij wijst op het arrest Handte, aangehaald in voetnoot 10, punt 15.

41 — Aangehaald in voetnoot 11, punt 17.

toepassing, omdat deze bepaling het bestaan van een overeenkomst veronderstelt en de vordering van Tacconi juist op de niet-totstandkoming van de overeenkomst ziet.

49. Voorts stelt HWS dat het verschil tussen de precontractuele aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, sub 3, is dat laatstgenoemde aansprakelijkheid toepasselijk is op eenieder die de algemene regel van neminem laedere (geen schade aan een ander toebrengen) schendt, dus eenieder die een delict pleegt of een absoluut recht schendt. De precontractuele aansprakelijkheid daarentegen kan slechts worden ingeroepen tegen iemand die in een bijzondere verhouding staat tot de gelaedeerde, te weten degene die aan het onderhandelen is over een overeenkomst. Volgens HWS accepteert degene die onderhandelingen aangaat met een ander, het risico dat de wederpartij de regels van goede trouw zou kunnen schenden en hem daarmee schade toebrengt.

50. HWS concludeert dat de bijzondere bevoegdheidscriteria niet voor de precontractuele aansprakelijkheid gelden en dat derhalve de algemene bevoegdheidsregel van artikel 2 in deze zaak aan de orde is.[42] Op grond hiervan had zij voor een Duitse rechter moeten worden gedagvaard.

51. De Commissie geeft in haar opmerkingen de rechtspraak van het Hof weer. Zij wijst op de restrictieve uitleg van artikel 5 van het Verdrag, op de autonome betekenis van de begrippen verbintenis uit overeenkomst en verbintenis uit onrechtmatige daad en op het vereiste dat een gemiddeld oordeelkundige verweerder redelijkerwijs kan voorzien voor welke andere rechter dan die van de staat van zijn woonplaats hij zou kunnen worden opgeroepen. Uit het arrest Handte blijkt volgens de Commissie verder dat het begrip verbintenis uit overeenkomst niet ziet op een situatie waarin er geen sprake is van een verbintenis die een partij vrijwillig is aangegaan met een ander.[43] Zou dit begrip wel zien op een dergelijke situatie, dan was dit in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Volgens het Hof vormt het vrijwilligheidsaspect derhalve de basisvoorwaarde voor de totstandkoming van een overeenkomst, aldus de Commissie.

52. De Commissie stelt verder dat het begrip verbintenis uit overeenkomst de mogelijkheid biedt tot een tekstuele interpretatie. Het begrip verbintenis uit onrechtmatige daad biedt deze mogelijkheid echter niet. Zij is van mening dat om die reden het Hof ten aanzien van de onrechtmatige daad de aansprakelijkheid als gemeenschappelijke noemer hanteert. Dit houdt in dat onder verbintenissen uit onrechtmatige daad die vorderingen vallen die niet expliciet tot het contractenrecht behoren. Deze interpretatie leidt tot duidelijke criteria voor de toepassing van de bijzondere bevoegdheid.

42 — Blijkbaar heeft HWS de stelling verlaten dat de precontractuele aansprakelijkheid verband houdt met de verbintenis uit overeenkomst.

43 — Aangehaald in voetnoot 10, punt 15.

53. De Commissie acht het zinvol een onderscheid te maken tussen vorderingen gericht op de naleving van de contractuele verplichtingen en vorderingen gericht op het vaststellen van de aansprakelijkheid van de verweerder. Met betrekking tot de eerste categorie vorderingen rechtvaardigt het bijzondere karakter van de contractuele verplichting de keuze het geding bij de rechter van de plaats waar de verbintenis is of moet worden uitgevoerd, aanhangig te maken. Wat de tweede categorie vorderingen betreft, is de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, vanuit algemeen oogpunt het meest geschikt om kennis te nemen van het geschil.

54. Op grond van het voorgaande komt de Commissie tot de conclusie dat een vordering ter zake van de precontractuele aansprakelijkheid een vordering is uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, sub 3.

VI — De precontractuele aansprakelijkheid

55. Uit het beginsel van de contractvrijheid vloeit voort dat een ieder vrij is te kiezen met wie en waarover hij in onderhandelingen wil treden en tot welk punt hij de onderhandelingen wil voortzetten. In beginsel bestaat dus de vrijheid de onderhandelingen af te breken wanneer men wil, zonder daarvoor aansprakelijk te zijn. De vrijheid om de onderhandelingen af te breken is echter niet absoluut. De UNIDROIT Principles bepalen in artikel 2.15 dat „a party who [...] breaks off negotiations in bad faith is liable for losses caused to the other party". Volgens de toelichting op dit artikel kunnen de onderhandelingen op een punt komen waarna ze niet langer abrupt en zonder rechtvaardiging mogen worden afgebroken. Wanneer dit punt is bereikt, hangt ten eerste af van de mate waarin de ander, als gevolg van het gedrag van de een, reden had te vertrouwen op een positief resultaat. In de tweede plaats hangt het af van het aantal onderwerpen waarover partijen al overeenstemming hadden bereikt. Breekt een partij de onderhandelingen toch abrupt en zonder rechtvaardiging af, dan moet zij het verlies dat zij bij de wederpartij veroorzaakt vergoeden.

56. Precontractuele aansprakelijkheid ontstaat aldus als onderhandelingen over een overeenkomst zonder rechtvaardiging worden afgebroken.

57. Het is voor de eerste maal dat het Hof zich in het kader van het Executieverdrag dient te buigen over het rechtskarakter van de aansprakelijkheid die kan ontstaan tussen twee potentiële contractpartijen, tijdens de onderhandelingen over een contract. Aansprakelijkheid uit precontractuele verhoudingen wordt als zodanig niet geregeld in het Executieverdrag. Het meest duidelijke aanknopingspunt is nog te vinden in het rapport-Evrigenis, dat een toelichting

geeft op het Verdrag ter gelegenheid van de toetreding van Griekenland. Dit rapport stelt dat precontractuele verhoudingen onder artikel 5, sub 1, kunnen worden gebracht.[44] Het rapport vermeldt echter niet op welke grondslag deze stelling is gebaseerd. Verder bestaat over het vraagstuk van de precontractuele aansprakelijkheid in de lidstaten een uitvoerige doctrine, al dan niet in het kader van het internationaal privaatrecht. De doctrine wijst niet in alle lidstaten in dezelfde richting.

58. In de meeste rechtsstelsels geldt dat de partij die zonder goede reden de onderhandelingen afbreekt, na bij zijn wederpartij het vertrouwen te hebben gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen, aansprakelijk is ter zake van het negatieve contractbelang. Dit negatieve contractbelang omvat in het algemeen niet alleen de kosten, maar ook de gemiste kansen een overeenkomst met een derde te sluiten. Bij afgebroken onderhandelingen gaat het om het vertrouwen dat de onderhandelingen tot enig resultaat leiden. Ik ga hier kort op enkele van deze rechtsstelsels in. Deze korte weergave van het recht op het gebied van de precontractuele aansprakelijkheid beoogt zeker geen uitputtend beeld te geven van de stand van het recht in de lidstaten, maar heeft een louter illustratieve functie. Het Hof kan het nationale recht als inspiratiebron gebruiken voor de beantwoording van de aan hem gestelde vraag.

59. In het Italiaanse recht bevat artikel 1337 van de Codice civile een specifieke bepaling voor de precontractuele aansprakelijkheid. Partijen moet zich tijdens de onderhandelingen over en de opstelling van een overeenkomst te goeder trouw gedragen. Een partij die de onderhandelingen afbreekt zonder goede reden, na het vertrouwen te hebben gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen, is aansprakelijk ter zake van het negatief contractbelang. Dit negatieve belang omvat uitdrukkelijk naast kosten ook de gemiste kansen.[45] Het positieve belang wordt niet vergoed, id est de wederpartij behoeft niet in de situatie te worden gebracht waarin zij zou verkeren indien het contract daadwerkelijk was gesloten. De plicht die men schendt wanneer men abrupt de onderhandelingen afbreekt, strekt ertoe te voorkomen dat de wederpartij schade lijdt doordat zij in de onderhandelingen is betrokken en niet omdat de onderhandelingen uiteindelijk niet tot een contract hebben geleid. Schuld is niet vereist.

60. In het Duitse recht is een partij die verwijtbaar de onderhandelingen afbreekt

44 — Het Rapport-Evrigenis, PB 1986, C 298, punt 49.

45 — Volgens de UNIDROIT Principles moet onder verlies worden verstaan de kosten die de wederpartij heeft gemaakt en de gemiste kans om een derde te contracteren.

zonder goede reden of uit niet ter zake doende overwegingen, nadat zij bij de ander het vertrouwen heeft gewekt dat een overeenkomst zeker tot stand zou komen, aansprakelijk ter zake van het negatief contractbelang. Veelal wordt de aansprakelijkheid gebaseerd op de culpa-in-contrahendoleer: een partij die plotseling de onderhandelingen afbreekt, is aansprakelijk voor de verwijtbare schending van de precontractuele plicht rekening te houden met de belangen van de wederpartij.[46] In het Duitse recht geldt dus vrijwel hetzelfde criterium als in Italië, alleen speelt het schuldvereiste wel een rol.

61. Het Franse recht voorziet niet in bepalingen met betrekking tot precontractuele onderhandelingen en totstandkoming van overeenkomsten. De precontractuele aansprakelijkheid is gebaseerd op het leerstuk van misbruik van recht in samenhang met de redelijkheid en billijkheid. Hiervan is sprake wanneer een partij plotseling zonder goede reden de onderhandelingen afbreekt op een moment dat de wederpartij mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen. Zolang geen overeenkomst tot stand is gekomen wordt de schade die voortvloeit uit de precontractuele fase beschouwd onder het onrechtmatige-daadrecht te vallen. Het geleden verlies van de wederpartij moet worden vergoed. Het is discutabel of dit ook de gemiste kansen („perte d'une chance") omvat, omdat niet vaststaat dat daadwerkelijk een overeenkomst met een derde zou zijn gesloten. De Franse rechters blijken overigens terughoudend te zijn ten aanzien van het vaststellen van de precontracuele aansprakelijkheid, omdat zij het beginsel van de contractvrijheid niet willen belemmeren.

62. Het Nederlandse recht wijkt hiervan af. Aansprakelijkheid is mogelijk voordat de wederpartij op het totstandkomen van de overeenkomst mocht vertrouwen. Naar Nederlands recht kan een stadium in de onderhandelingen aanbreken waarin afbreken niet meer vrijstaat. Als dit toch gebeurt, dan is aansprakelijkheid ter zake van het positief contractbelang mogelijk.[47] Er worden drie stadia in de onderhandelingen onderscheiden. In een eerste stadium staat afbreken van de onderhandelingen vrij, zonder aansprakelijkheid. Daarna volgt een stadium waarin afbreken wel vrijstaat, maar bij afbreken de kosten van de wederpartij moeten worden vergoed. Tot slot is er het laatste stadium waarin afbreken niet meer vrijstaat. Hiervan is sprake wanneer de wederpartij erop mag vertrouwen dat er een overeenkomst tot stand zal komen of wanneer andere omstandigheden het afbreken van de onderhandelingen niet rechtvaardigen. Indien een partij in dit stadium de onderhandelingen afbreekt, kan zij zelfs aansprakelijk zijn voor gederfde winst. In de Nederlandse doctrine wordt bepleit dat

46 — Over de vraag of en in welke mate schuld is vereist bestaat in Duitsland geen communis opinio.

47 — Zie HR van 18 juni 1982, NJ 1983, blz. 723 (Plas/Valburg).

in dit stadium vorderingen onder artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag kunnen worden gebracht, vanwege de „nauwheid van betrekkingen" die tussen partijen is ontstaan. [48]

63. Van oudsher wordt in het Britse recht aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen niet aanvaard. Het risico dat een partij de onderhandelingen afbreekt voordat een overeenkomst tot stand is gekomen, wordt gezien als „business loss". De continentale notie van precontractuele goede trouw is op zichzelf in het Verenigd Koninkrijk niet bekend: er bestaat geen plicht te onderhandelen conform de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Een en ander houdt echter niet in dat het gedrag tijdens de precontractuele fase niet is genormeerd. Zo kan op basis van het leerstuk van „misrepresentation" [49] aansprakelijkheid worden geconstrueerd. Belangrijker echter vind ik de rechtsfiguur van „estoppel by representation". [50] Op grond van deze rechtsfiguur kan een partij niet op een eerdere verklaring terugkomen indien de wederpartij als gevolg van deze verklaring schade heeft geleden. Deze rechtsfiguur is daarmee — hoewel niet gelijk — vergelijkbaar met noties uit het continentale recht als de bescherming van de goede trouw en het opgewekt vertrouwen. Tot slot merk ik op dat voorzover aansprakelijkheid ontstaat wegens afgebroken onderhandelingen, deze wordt gebaseerd op handelingen die een „tort" opleveren. Deze aansprakelijkheid valt nadrukkelijk te onderscheiden van aansprakelijkheid in verband met het niet nakomen van contractuele verplichtingen.

64. Ik kom nu op de betekenis, die de aldus weergegeven rechtsopvattingen kunnen hebben voor de beantwoording van de vraag, die is gesteld in het licht van het Executieverdrag.

65. Hiertoe onderscheid ik het onderhandelingsproces in twee fasen. In de eerste fase staat de contractvrijheid voorop. Partijen kunnen onderhandelingen afbreken. In de tweede fase kunnen partijen de onderhandelingen niet meer zo maar afbreken. Het vertrouwen dat bij de ander is ontstaan, en de schade die deze lijdt wegens het afbreken van de onderhandelingen, kan leiden tot aansprakelijkheid. Die aansprakelijkheid omvat in ieder geval het negatieve contractbelang, dat wil zeggen de gemaakte kosten en de gemiste kansen. Die aansprakelijkheid gaat in het algemeen niet zover dat de wederpartij kan vorderen dat alsnog een contract wordt gesloten. [51]

48 — Zie de noot van Schultz onder het arrest Peters (aangehaald in voetnoot 9), NJ 1983, blz. 644, en J.E.J.Th. Deelen, *IPR en de afgebroken onderhandelingen*, Studiekring „Prof. Mr. J. Offerhaus", Reeks Handelsrecht nr. 18, 1984, blz. 126.

49 — Te vergelijken met het continentale leerstuk van dwaling.

50 — Daarnaast kent het Britse recht ook „promissory estoppel". Deze figuur houdt in dat een partij gehouden kan worden aan een belofte die hij zijn wederpartij heeft gedaan. „Promissory estoppel" wordt meestal ingeroepen in bestaande contractuele relaties; het kan normaal gesproken niet worden benut voor de precontractuele aansprakelijkheid.

51 — Dit geldt ook — en in nog sterkere mate — voor het stelsel in het Verenigd Koninkrijk, dat andere rechtsbeginselen hanteert dan de beschreven continentale rechtsstelsels.

66. Mogelijk — en dat leid ik af uit de rechtsopvattingen in Nederland — valt nog een derde fase te onderscheiden. Het kan zijn dat de betrekkingen tussen partijen zodanig nauw zijn geworden dat ook een positief contractbelang kan worden gevorderd. Het gaat dan om ofwel de vordering het contract alsnog tot stand te brengen, ofwel een schadevergoeding die daarmee overeenkomt.

te vergroten. Het moet voor partijen voorspelbaar zijn welk gerecht bevoegd is.

— De hoofdregel wordt gevormd door artikel 2 van het Verdrag: de gerechten van de lidstaat waar de verweerder zijn woonplaats heeft zijn bevoegd kennis te nemen van een civiel geschil. In welbepaalde gevallen geeft artikel 5 aan de verzoeker in een geschil een alternatief.

VII — Beoordeling

Het algemene kader

— De voorziening van artikel 5 dient restrictief te worden uitgelegd, in de zin dat zij niet bij analogie van toepassing kan worden verklaard.

67. In zijn rechtspraak heeft het Hof het systeem van het Executieverdrag, voorzover van belang voor deze zaak, uitgelegd (zie onderdeel IV van deze conclusie). Ik vat samen:

— Voorkomen moet worden dat meer rechterlijke instanties bevoegd zijn met betrekking tot een zelfde rechtsverhouding.

— De begrippen uit het Executieverdrag worden in het algemeen autonoom uitgelegd; hun betekenis is niet afhankelijk van de uitleg die daaraan in het nationale recht van de lidstaten wordt gegeven.

— De bevoegdheid van artikel 5 moet berusten op het bestaan van een bijzonder nauw verband tussen de vordering en de andere rechter dan die van de staat van de woonplaats van de verweerder.

— Bij de uitlegging van de begrippen wordt gekeken naar de doelstelling van het Verdrag de rechtsbescherming

— Artikel 5 zelf vormt een gesloten systeem. In geschillen betreffende civiel-

rechtelijke aansprakelijkheid is hetzij artikel 5, sub 1, hetzij artikel 5, sub 3, van toepassing.

— Beslissend voor de toepasselijkheid van artikel 5, sub 1, is de vraag of er sprake is van vrijwillig aangegane verplichtingen.

68. Deze elementen vormen het kader waarbinnen de beantwoording moet plaatsvinden. Daarnaast licht ik er nog twee punten apart uit.

69. Het eerste punt is voor mij dat de rechterlijke bevoegdheid en het toepasselijk recht zoveel mogelijk gelijk moeten zijn. Het heeft uiteraard de voorkeur indien een rechter het recht van zijn eigen land kan toepassen. Daarvoor immers is hij bij uitstek gekwalificeerd. Het voorkomt dat — ik noem als voorbeeld het onderhavige hoofdgeding — de Italiaanse rechter naar Duits recht de mogelijke aansprakelijkheid van HWS zou moeten beoordelen.

70. Zo veel mogelijk moet worden gelet op het belang van partijen. Dit vormt het tweede punt. Het is van belang vast te stellen dat artikel 5 is opgenomen in het belang van de verzoeker in een geding. De verzoeker moet niet in alle gevallen worden verplicht zich tot de rechter van de woonplaats van verweerder te wenden. Weliswaar gaat het Executieverdrag niet zo ver dat de verzoeker het gerecht van zijn eigen woonplaats kan kiezen [52], maar het biedt hem wel de alternatieven die een procedureel evenwicht tussen de partijen moeten bewerkstelligen.

De verhouding tussen artikel 5, sub 1, en artikel 5, sub 3,

71. In kwesties van civielrechtelijke aansprakelijkheid kent het Executieverdrag als gezegd een gesloten systeem: steeds is of artikel 5, sub 1, of artikel 5, sub 3, van toepassing. De bepalingen kunnen nooit tegelijk van toepassing zijn.

72. Binnen dit gesloten systeem sluit ik aan bij de waardering door de Commissie van de verhouding tussen artikel 5, sub 1, en artikel 5, sub 3. De Commissie stelt dat het begrip verbintenis uit overeenkomst, anders dan het begrip verbintenis uit onrecht-

52 — Sterker nog: de verdragswetgever heeft daarvan een duidelijke afkeer (zie de arresten Dumez France en Tracoba, aangehaald in voetnoot 17, en Group Josi, aangehaald in voetnoot 23).

matige daad, de mogelijkheid biedt tot een tekstuele interpretatie.

73. Kortom, volgens de rechtspraak van het Hof wordt de reikwijdte van artikel 5, sub 1, nauwkeurig omschreven. Indien een verbintenis niet onder de reikwijdte van artikel 5, sub 1, valt, is artikel 5, sub 3, van toepassing. In deze zin is artikel 5, sub 3, een restcategorie. Het is dus zaak vast te stellen in welke gevallen een verbintenis binnen de reikwijdte van artikel 5, sub 1, valt. Hierbij staat het element van vrijwilligheid centraal. Het begrip „verbintenissen uit overeenkomst" mag niet aldus „worden uitgelegd dat het ziet op een situatie waarin er geen sprake is van een verbintenis die een partij vrijwillig heeft aangegaan jegens een andere", aldus het arrest Handte.[53] Of sprake is van een vrijwillig aangegane verbintenis wordt allereerst bepaald door het beginsel van rechtszekerheid, zoals dat onder meer wordt gehanteerd in het arrest Handte. Moet een gemiddeld oordeelkundig justitiabele voorzien dat hij een verbintenis is aangegaan?

74. De nauwkeurige omschrijving van de reikwijdte van artikel 5, sub 1, is om nog een reden van belang. Artikel 5, sub 1, sluit de mogelijkheid in van forumkeuze. Partijen bij een overeenkomst kunnen ingevolge artikel 17 van het Executieverdrag een andere rechter of zelfs een arbiter aanwijzen die bij uitsluiting bevoegd is van een eventueel geschil kennis te nemen. Partijen doen hiermee vrijwillig afstand van de rechter die de wet hen toekent. Afstand doen van een dergelijk fundamenteel recht kan slechts op grond van een weloverwogen keuze.

De betekenis voor precontractuele verhoudingen

75. Zoals de verwijzende rechter benadrukt, vloeit de precontractuele aansprakelijkheid voort uit het niet-naleven van een wettelijke plicht, en niet uit het niet-nakomen van een verbintenis uit overeenkomst. Er is namelijk nog geen overeenkomst. De wettelijke plicht vloeit in casu voort uit artikel 1337 van de Italiaanse Codice Civile, dat inhoudt dat justitiabelen zich bij de onderhandelingen over een contract te goeder trouw moeten gedragen.

76. Ik vat deze verplichting op als een wettelijk verankerde algemene geldende gedragsnorm die zich niet onderscheid van andere gedragsnormen die uit de wet voortvloeien. Niet-naleving van dergelijke gedragsnormen kan onder omstandigheden een onrechtmatige daad opleveren. En daarmee zou artikel 5, sub 3, van het Executieverdrag van toepassing zijn.

53 — Aangehaald in voetnoot 10, punt 15.

77. Hiermee zou een eenvoudige beantwoording van de door de verwijzende rechter gestelde vraag mogelijk worden. Ik ben echter van mening dat het vraagstuk van de precontractuele aansprakelijkheid een complexer karakter heeft. Voor de toepassing van het Executieverdrag is naar mijn oordeel doorslaggevend of een verbintenis tussen partijen tot stand is gekomen. Zijn partijen *verplichtingen* jegens elkaar aangegaan? Is er een verplichting, die vrijwillig is aangegaan, dan is artikel 5, sub 1, van toepassing. Ik onderscheid verplichtingen van — al dan niet gerechtvaardigde — verwachtingen die partijen van elkaar hebben. Een zodanige verwachting kan erin bestaan dat de onderhandelingen niet onverwacht afbreken, of bijvoorbeeld gelijktijdig — maar niet openlijk — met een concurrent onderhandelen. Schending van dergelijke verwachtingen beschouw ik als een onrechtmatige daad.

78. De in het vorige punt bedoelde verplichting behoeft niet het contract zelf te zijn, waarover wordt onderhandeld maar kan ook een voorovereenkomst betreffen op grond waarvan een van de partijen met de uitvoering begint. Ter illustratie wijs ik op de casus in het hoofdgeding. Ook voordat er een volledig contract is over de levering van de gietmachine door HWS, waarin bijvoorbeeld ook alle financieringsvoorwaarden zijn geregeld, kan het zo zijn dat er reeds een zodanige afspraak tussen partijen bestaat dat HWS reeds een begin maakt met de uitvoering, bijvoorbeeld door productiecapaciteit te reserveren of door materialen te bestellen. Geschillen die dan vervolgens rijzen zouden mogelijkerwijs onder artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag kunnen vallen.

79. Bij de beantwoording van de vraag op welk moment sprake is van een verplichting kunnen voorts de criteria uit artikel 17 Executieverdrag een rol spelen. Het gaat dan met name om de criteria genoemd onder b en c. Indien een schriftelijke overeenkomst (of een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst) ontbreekt, kan het bestaan van een verplichting worden afgeleid uit:

— de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden;

— in de internationale handel, de gewoonten waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend zijn en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht worden genomen.

80. Ik verduidelijk mijn standpunt aan de hand van de verschillende fasen in het onderhandelingsproces, die ik in deel VI van deze conclusie [54] heb onderscheiden.

81. In de eerste fase van het onderhandelingsproces kunnen partijen onderhandelingen afbreken zonder dat aansprakelijkheid ontstaat. In die fase speelt artikel 5 van het Executieverdrag geen rol. Er is geen sprake van een onrechtmatige daad en evenmin van een overeenkomst.

82. In de tweede fase is er sprake van een opgewekt vertrouwen dat tot schade kan leiden. Een partij mag dan niet meer onverwacht onderhandelingen afbreken. Doet hij dit toch, dan pleegt hij onder omstandigheden een onrechtmatige daad. Hij kan dan worden veroordeeld tot een vergoeding van de kosten die de wederpartij heeft gemaakt, of tot een vergoeding vanwege de door de wederpartij gemiste kansen.

83. De derde fase is de fase waarin een (ondertekend) contract nog ontbreekt, maar waarin wel uit de omstandigheden kan worden afgeleid dat er een verplichting tussen partijen is aangegaan. In die fase kan artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag van toepassing zijn. Die omstandigheden zouden erin kunnen bestaan dat over de hoofdelementen van een contract — het voorwerp van het contract en de prijs — overeenstemming bestaat, maar dat over de overige voorwaarden nog wordt onderhandeld. Ook kan het zo zijn dat een van de partijen reeds met de uitvoering van de overeenkomst is begonnen, omdat hij uit de gedragingen van de wederpartij kon afleiden dat wilsovereenstemming bestond. Tot slot wijs ik op de omstandigheden die zijn genoemd in artikel 17 van het Executieverdrag.

84. Ik ben mij bewust dat er in de hier beschreven derde fase al bijna sprake is van een volledig contract. Het hangt af van de inhoud van het nationale privaatrecht in hoeverre deze fase nog als precontractueel wordt gezien.

85. Ik concludeer dat een vordering ter zake van precontractuele aansprakelijkheid kan worden aangemerkt als een vordering ten aanzien van een verbintenis uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, sub 3, van het Executieverdrag. In het geval een dergelijke vordering betrekking heeft op een door de wederpartij jegens de eiser aangegane verplichting, dan valt deze vordering evenwel aan te merken als een vordering ten aanzien van een verbintenis uit overeenkomst, als bedoeld in artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag.

54 — Zie de punten 65 en 66.

VIII — Conclusie

86. Op grond van bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging als volgt te antwoorden op de vraag van de Corte suprema di cassazione:

„Een vordering ter zake van precontractuele aansprakelijkheid kan worden aangemerkt als een vordering ten aanzien van een verbintenis uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, sub 3, van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. In het geval een dergelijke vordering betrekking heeft op een door de wederpartij jegens de eiser aangegane verplichting, dan valt deze vordering evenwel aan te merken als een vordering ten aanzien van een verbintenis uit overeenkomst, als bedoeld in artikel 5, sub 1, van dat Verdrag."