

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
G. TESAURO

van 26 september 1996 *

1. De door het Bundesgerichtshof aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen betreffen de uitlegging van de artikelen 5, sub 1, en 17, van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: „Executieverdrag”), zoals gewijzigd bij het Toetredingsverdrag van 1978.

De nationale rechter wenst meer bepaald te vernemen, of een „abstract” akkoord over de plaats van uitvoering — dat wil zeggen een akkoord dat eigenlijk niet wordt gesloten om te bepalen op welke plaats de schuldenaar zijn prestatie daadwerkelijk moet verrichten, maar enkel en alleen om een bevoegde rechter aan te wijzen — geldig is in de zin van artikel 5, sub 1, Executieverdrag, met andere woorden, of de rechten van de aldus aangewezen plaats van uitvoering bevoegd zijn om uitspraak te doen over geschillen betreffende de betrokken verbintenis. Voor het geval dat hierop ontkennend wordt geantwoord, wordt aan het Hof gevraagd, of het „abstracte” akkoord in het onderhavige geval voldoet aan de voorwaarden van artikel 17 Executieverdrag, met andere woorden of aldus op geldige wijze een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter is gesloten.

2. Allereerst zij herinnerd aan de feiten die aan de onderhavige procedure ten grondslag liggen. Op grond van een mondeling gesloten tijdsbevrachtingscontract stelt de binnenscheepvaartmaatschappij Mainschiffahrtsgenossenschaft eG (hierna: „MSG”) met zetel in Duitsland (Würzburg) een binnenschip ter beschikking van de onderneming Les Gravières Rhénanes SARL (hierna: „verweerster”) met zetel in Frankrijk. Met dat schip werd tussen 1 juni 1989 en 10 februari 1991 over de Rijn grind vervoerd van de laadplaats tot aan de losplaats, die beide in Frankrijk waren gelegen.¹ Het schip werd tijdens het lossen beschadigd door de installaties die verweerster op eigen aansprakelijkheid voor het lossen gebruikt. De schade, die na afloop van het contract is weggerwerkt, werd door de deskundigen van iedere partij op verschillende wijze geraamd.

Het geschil in het hoofdgeding betreft een bedrag van 197 284 DM, namelijk het verschil tussen hetgeen door de verzekeraar van verweerster is betaald, en hetgeen door MSG werd gevorderd. Om dit bedrag te verkrijgen

¹ — Dienaangaande zij hier gepreciseerd, dat blijkens de verwijzingsbeschikking alle losplaatsen in Frankrijk waren gelegen en dat op een te verwaarlozen uitzondering na ook de laadplaatsen in Frankrijk waren gelegen. Dit laatste is door MSG evenwel betwist tijdens de mondelinge behandeling. Toen heeft MSG immers gesteld, dat de laadplaatsen doorgaans in Duitsland waren gelegen.

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

stelde laatstgenoemde bij het Schiffahrtsgericht Würzburg, de voor binnenscheepvaart bevoegde rechter, een beroep tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van het tijdsbevrachtingscontract in.

3. MSG leidt de bevoegdheid van de Duitse rechters af uit de omstandigheid, dat verweerster niet heeft geprotesteerd tegen de bevestigingsbrief waarin een voorgedrukte vermelding voorkwam waarbij Würzburg, waar de bedrijfszetel van MSG is gevestigd, als plaats van uitvoering en bevoegd forum werd aangewezen, en evenmin tegen de door haar opgestelde facturen, waarin een soortgelijke vermelding voorkwam en die door verweerster zonder enig protest werden betaald.

Bij tussenvonnissen verklaarde het Schiffahrtsgericht de vordering ontvankelijk. In hoger beroep aanvaardde het Oberlandesgericht Nürnberg de stelling van verweerster, dat zij slechts voor de Franse rechters kon worden opgeroepen, en verklaarde het de vordering niet-ontvankelijk wegens onbevoegdheid van de aangezochte rechter.

4. Tegen dit arrest stelde verzoekster, die bevestiging van het vonnis in eerste aanleg vordert, „Revision” in bij het Bundesgerichtshof. In de verwijzingsbeschikking

heeft het Bundesgerichtshof met name overwogen, dat „de verplichtingen uit het bevrachtingscontract in Frankrijk moesten worden nagekomen; daar lag het zwaartepunt van de kenmerkende prestaties van het contract, daar bevond zich niet alleen de zetel van verweerster, de partij bij de overeenkomst die besliste over het inzetten van het schip, maar ook in nagenoeg alle gevallen de laadplaats en steeds de losplaats, zodat er geen van artikel 5 Executieverdrag afwijkende overeenkomst nodig was om het volstrekt rechtmatige belang van verzoekster bij één enkele plaats van uitvoering veilig te stellen”.

Na te hebben opgemerkt, dat alle verbintenissen uit de overeenkomst, zowel de hoofdverbintenissen als de accessoire verbintenissen, slechts in Frankrijk konden worden nagekomen, komt de verwijzende rechter derhalve tot de conclusie, dat de aanwijzing van de plaats van uitvoering fictief is, en dat de „in verzoeksters algemene voorwaarden opgenomen vermelding van Würzburg als plaats van uitvoering enkel betekende, dat [verzoekster] wilde dat eventuele geschillen aan de rechter van de plaats van haar hoofdzetel zouden kunnen worden voorgelegd”. Het zou dus gaan om keuze die er enkel toe strekte het forum actoris bevoegd te maken zonder daartoe de vormvoorwaarden van artikel 17 Executieverdrag in acht te moeten nemen. Toch is er, zoals de verwijzende rechter heeft beklemtoond, „naar Duits recht een geldige overeenkomst over de plaats van uitvoering gesloten”.

5. In die omstandigheden heeft het Bundesgerichtshof geoordeeld, dat het voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding nodig was, het Hof de navolgende vragen te stellen:

„1) Moet een mondeling akkoord over de plaats van uitvoering (artikel 5 Executieverdrag) ook dan worden erkend, wanneer het niet strekt tot bepaling van de plaats waar de schuldenaar de door hem verschuldigde prestatie moet verrichten, maar enkel beoogt, zonder inachtneming van vormvoorschriften een bevoegde rechter aan te wijzen (zogenaamde ‚abstracte‘ overeenkomst over de plaats van uitvoering)?

2) Voor het geval dat het Hof de eerste vraag ontkennend beantwoordt:

a) Kan een overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter in de internationale handel als bedoeld in artikel 17, eerste alinea, tweede volzin, derde geval, Executieverdrag in de versie van 1978 ook worden gesloten doordat de ene partij geen bezwaar maakt tegen de bevestigingsbrief met voorgedrukte verwijzing naar het bij uitsluiting bevoegde gerecht van de plaats waar de afzender is gevestigd, of is hoe dan ook een voorafgaande wilsovereenstemming over de inhoud van de bevestigingsbrief vereist?

b) Volstaat het voor een overeenkomst tot aanwijzing van de bevoegde rechter als bedoeld in bovengenoemd artikel, dat de door de ene partij toegezonden facturen telkens verwijzen naar het bij uitsluiting bevoegde gerecht van de plaats waar de vervoerder is gevestigd, en naar de door deze toegepaste cognossementsvoorwaarden waarin dit gerecht eveneens als bevoegd gerecht wordt aangewezen, en de andere partij de facturen telkens zonder bezwaar betaalt, of is ook in dit opzicht een voorafgaande wilsovereenstemming vereist?”

6. Allereerst dient derhalve te worden uitge maakt, of een abstracte overeenkomst over de plaats van uitvoering — die niet meer is dan een verkapte afwijking van de bevoegdheidsregel, waarvoor vormwaarden zijn gesteld — geldig kan worden geacht in de zin van artikel 5, sub 1, en, voor het geval dat hierop ontkennend wordt geantwoord, of de overeenkomst over de plaats van uitvoering in het onderhavige geval als een geldige overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter in de zin van artikel 17 kan worden beschouwd.

De Commissie heeft voorgesteld de volgorde van de prejudiciële vragen om te keren, op grond dat het onderzoek naar het bestaan van een geldige overeenkomst tot aanwijzing

van een bevoegde rechter in de zin van artikel 17 logischerwijze moet voorafgaan aan het onderzoek naar het bestaan van een geldige overeenkomst over de plaats van uitvoering in de zin van artikel 5, sub 1. Artikel 17 zou namelijk voorzien in een uitsluitende bevoegdheid, die dus voorrang heeft boven elke andere bevoegdheid en ook boven een bijzondere bevoegdheid in de zin artikel 5, sub 1. Verder is de Commissie van mening, dat het eventuele bestaan van een geldige overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter het Hof zou ontslaan van de verplichting om te antwoorden op een ongetwijfeld veel ingewikkelder en stekeliger (sic) vraag als die betreffende de geldigheid van een abstracte overeenkomst over de plaats van uitvoering.

7. Mijs inziens moet de volgorde waarin de verwijzende rechter de vragen heeft gesteld, in acht worden genomen. Afgezien van het reële (of vermoede) verschil in moeilijkheidsgraad van de twee betrokken vragen, een criterium waardoor het Hof zich mijs inziens bij zijn keuze niet kan of dient te laten leiden, is de beslissing van het Bundesgerichtshof om de vraag betreffende de uitlegging van artikel 5, sub 1, bovenaan te plaatsen, mijs inziens geenszins toevallig. Terwijl een bevestigend antwoord op die vraag met zekerheid de bevoegdheid van de Duitse rechter meebrengt, valt immers niet uit te sluiten, dat het antwoord van het Hof met betrekking tot artikel 17 voor het bepalen van het bevoegde gerecht een verdere vaststelling van de feiten door de nationale rechter vereist, iets waartoe het Bundesgerichtshof niet bevoegd is. Indien het Hof alleen op de tweede vraag zou antwoorden, zou derhalve met betrekking tot hetzelfde geschil een tweede prejudiciële verwijzing nodig kunnen zijn.

Daarbij komt, dat het probleem van de abstracte overeenkomsten over de plaats van uitvoering geenszins mag worden onderschat en, zoals wij zullen zien, door de nationale rechterlijke instanties op verschillende wijze wordt aangepakt en opgelost. In die omstandigheden lijkt een verduidelijkend antwoord van het Hof over dit punt aangewezen. De vragen zullen derhalve worden behandeld in de volgorde waarin zij zijn gesteld.

De eerste vraag

8. In artikel 5, sub 1, Executieverdrag, waarop de eerste vraag van de nationale rechter betrekking heeft, wordt bepaald: „De verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende Staat, kan in een andere verdragsluitende Staat voor de navolgende gerechten worden opgeroepen: (...) 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; (...)”

Verder is het nuttig eraan te herinneren, dat artikel 5, sub 1, dat deel uitmaakt van afdeling 2, „Bijzondere bevoegdheid”, van het Executieverdrag, voorziet in een afwijking van de in artikel 2 Executieverdrag geformuleerde algemene regel van bevoegdheid van de gerechten van de woonplaats van verweerder. De afwijking betreffende de plaats van uitvoering van de verbintenis wordt, zoals in het rapport Jenard wordt beklemtoond,

gerechtvaardigd door het feit dat „er een rechtstreeks aanknopingspunt bestaat tussen het geschil en de rechter die daarvan kennis moet nemen”.²

9. Dezelfde logica is terug te vinden in de desbetreffende rechtspraak van het Hof, dat immers herhaaldelijk heeft beklemtoond, dat de keuzevrijheid waarover de eiser krachtens artikel 5 beschikt, „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”.³ Met andere woorden, de reden voor de bevoegdheid van de rechter van de plaats van uitvoering is gelegen in het bestaan van een rechtstreeks en vooral objectief verband tussen het geschil en de rechter die kan worden geroepen daarvan kennis te nemen. Het is dus de omstandigheid, dat de rechter zich in de fysieke nabijheid van de omstreden rechtsbetrekking bevindt, die, althans in de opvatting van de auteurs van het Executieverdrag, diens bevoegdheid rechtvaardigt.

Het in artikel 5, sub 1, neergelegde bevoegdheids criterium is evenwel niet, althans niet rechtstreeks, de omstandigheid dat de rechter zich in de „nabijheid” van het geschil bevindt, maar de plaats waar „de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd”.⁴

10. Verder is het nuttig eraan te herinneren dat, volgens vaste rechtspraak van het Hof, behalve met betrekking tot arbeidsovereenkomsten⁵, voor het bepalen van de plaats van uitvoering in de zin van artikel 5, sub 1, „moet worden gezien naar de verbintenis welke de keerzijde vormt van het contractuele recht waarop [de eiser] zich voor zijn vordering beroept”.⁶ De plaats van uitvoering van een dergelijke verbintenis wordt bepaald bij wege van een verwijzing naar het nationaal recht. Het Hof heeft immers verklaard, dat de aangezochte rechter allereerst „naar zijn eigen collisieregels moet bepalen, welk recht op de gegeven rechtsbetrekking van toepassing is, en overeenkomstig dit recht de plaats van uitvoering van de litigieuze contractuele verbintenis moet vaststellen”.⁷

Kortom, artikel 5, sub 1, moet aldus worden begrepen, dat de bevoegdheid toekomt aan de rechter van de plaats waar de verbintenis uit overeenkomst die aan de concrete eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd; de plaats van uitvoering van een dergelijke verbintenis wordt bepaald op basis van het materieel recht dat daarop krachtens de collisieregels van de aangezochte rechter van toepassing is.

11. De plaats van uitvoering kan evenwel ook worden bepaald bij wege van overeenkomst tussen partijen. Dit blijkt uit het arrest

2 — PB 1979, C 59, blz. 1, inzonderheid blz. 22.

3 — Arrest van 6 oktober 1976, zaak 12/76, Tessili, Jurispr. 1976, blz. 1473, r. o. 13.

4 — Het is evenwel juist die plaats die, zoals het Hof heeft beklemtoond, „in de regel de nauwste band [vertoont] 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” (arrest van 15 januari 1987, zaak 266/85, Shenavai, Jurispr. 1987, blz. 239, r. o. 18).

5 — Met betrekking tot dit soort overeenkomsten is in de rechtspraak immers geoordeeld, dat de plaats van uitvoering niet volgens de *lex causae* moet worden bepaald, maar autonoom aan de hand van de verbintenis waardoor de overeenkomst wordt gekenmerkt (zie inzonderheid het arrest van 26 mei 1982, zaak 133/81, Ivenel, Jurispr. 1982, blz. 1891). Zoals bekend, is deze rechtspraak uitdrukkelijk bevestigd in de tekst van artikel 5, sub 1, zoals gewijzigd bij het Toetredingsverdrag van 1989.

6 — Arrest van 6 oktober 1976, zaak 14/76, De Bloos, Jurispr. 1976, blz. 1497, r. o. 13.

7 — Arrest Tessili, reeds aangehaald in voetnoot 3, r. o. 13.

Zelger van 17 januari 1980⁸, waarin het Hof zich overigens juist heeft beziggehouden met de verhouding tussen artikel 5, sub 1, en artikel 17. In die zaak diende het Hof immers uit te maken, of de geldigheid van een tussen partijen gesloten overeenkomst over de plaats van uitvoering van de verbintenis afhankelijk moest worden gesteld van de inachtneming van de vormvoorwaarden van artikel 17.

Uitgaande van de premisse, dat „de bevoegdheid van het gerecht van de plaats van uitvoering (artikel 5, sub 1) en die van het [door partijen] aangewezen gerecht op twee onderscheiden concepties berusten en dat de vormvereisten vervat in artikel 17 Executieverdrag, enkel gelden voor overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter” (r. o. 4 van het arrest), kwam het Hof tot de conclusie, dat „indien (...) partijen volgens het op de overeenkomst toepasselijke recht en op de hierdoor gestelde voorwaarden de plaats van uitvoering van de overeenkomst kunnen aanwijzen zonder dat zij daarbij een speciale vorm in acht hebben te nemen, (...) die clause omtrent de plaats van uitvoering [volstaat] om het gerecht van deze plaats bevoegd te maken in de zin van artikel 5, sub 1, Executieverdrag” (r. o. 5).

12. Volgens het arrest Zelger volstaat het dus voor de geldigheid van een clause over de plaats van uitvoering in de zin van artikel 5, sub 1, dat „de plaats waar een verbintenis uit overeenkomst moet worden uitgevoerd,

door partijen is aangewezen door middel van een clause die volgens het nationale recht dat de overeenkomst beheerst, geldig is” (r. o. 6).

Welnu, wanneer een dergelijke oplossing in het onderhavige geval wordt gevolgd, moet worden geconcludeerd, dat de overeenkomst over de plaats van uitvoering — voor zover zij geldig is naar het Duitse recht dat op de overeenkomst van toepassing is — ook geldig is in de zin en voor de toepassing van artikel 5, sub 1. Gelijk het Bundesgerichtshof zelf in de verwijzingsbeschikking heeft opgemerkt, kan uit dat arrest evenwel „niet met zekerheid worden afgeleid, of ook dié mondelinge overeenkomsten over de plaats van uitvoering moeten worden erkend, waarbij het niet gaat om de bepaling van de plaats waar de schuldenaar de door hem verschuldigde prestatie moet verrichten, maar waarmee enkel wordt beoogd, een bepaalde bevoegde rechter aan te wijzen zonder dat daartoe aan de voorwaarden van artikel 17 Executieverdrag moet zijn voldaan (zogenoemde abstracte overeenkomsten over de plaats van uitvoering)”.

13. Om te beginnen zij opgemerkt, dat de oplossing die het Hof in het arrest Zelger heeft gegeven en waarmee in beginsel kan worden ingestemd, de hier aan de orde zijnde vraag inderdaad heeft opengelaten. Dit blijkt uit de omstandigheid, dat in dat arrest met geen woord wordt gerept van het probleem van de eventuele omzeiling van artikel 17 door middel van een fictieve aanwijzing van de plaats van uitvoering, ofschoon dat probleem in de loop van de procedure ter sprake was gebracht en de advocaat-generaal het in zijn conclusie⁹ had behandeld. Wat er

⁸ — Arrest van 17 januari 1980, zaak 56/79, Zelger, Jurispr. 1980, blz. 89.

⁹ — Zie conclusie van advocaat-generaal Capotorti, Jurispr. 1980, blz. 98 e. v., inzonderheid blz. 101 e. v.

ook van zij, het volstaat erop te wijzen, dat het in de zaak *Zelger*, anders dan in de onderhavige zaak, geenszins ging om een „abstracte” clause; de door partijen aangewezen plaats van uitvoering viel immers samen met die welke uit de wet voortvloeit.

Daarbij komt, dat het Hof in die zaak bij zijn overweging, dat een tussen partijen gesloten overeenkomst over de plaats van uitvoering in de zin van artikel 5, sub 1, niet aan de vormvoorwaarden van artikel 17 moet voldoen mits zij in overeenstemming is met het toepasselijke nationale recht, zich niet ertoe heeft beperkt, erop te wijzen dat de aan de orde zijn bepalingen een verschillende functie hebben en derhalve op verschillende vlak werken.¹⁰ Zij heeft immers inzonderheid gewezen op de omstandigheid, dat waar de krachtens artikel 5 bepaalde bevoegdheid haar rechtvaardiging vindt in „het rechtstreeks verband tussen het geschil en het gerecht dat daarvan heeft kennis te nemen” (r. o. 3), de in artikel 17 bedoelde uitsluitende bevoegdheid voorbijgaat aan „elke objectieve samenhang tussen de in geding zijnde rechtsbetrekking en het aangewezen gerecht” (r. o. 4).

14. Niet betwist wordt evenwel, dat de plaats van uitvoering die is aangewezen in de „abstracte” clause die het voorwerp is van de onderhavige procedure, voorbijgaat aan

het bestaan van een objectieve samenhang tussen de omstrede rechtsbetrekking en de aangewezen rechter. Meer nog, volgens de verwijzende rechter had de overeenkomst over de plaats van uitvoering in het onderhavige geval juist *enkel* tot doel, een bevoegde rechter aan te wijzen. In die omstandigheden lijdt het geen twijfel, dat de aan de orde zijnde clause veelmeer beantwoordt aan de ratio van artikel 17 en derhalve reeds uit het oogpunt van de logica binnen de werkingssfeer van dat artikel valt. Bijgevolg kan niet worden aangenomen, dat zij geldig is in de zin van artikel 5.

Die oplossing lijkt evenwel op tal van hindernissen te stuiten, met name omdat in de rechtspraak van het Hof ondubbelzinnig is verklaard: a) dat de plaats van uitvoering moet worden bepaald bij wege van verwijzing naar het nationaal recht (arrest *Tessili*); b) dat het nationaal recht zeer wel kan bepalen, dat het aan de partijen staat de plaats van uitvoering te bepalen, in welk geval de vormvoorwaarden van artikel 17 niet in acht moeten worden genomen (arrest *Zelger*); ten slotte, c) dat de aldus aangewezen plaats van uitvoering zeer wel voorbij kan gaan aan elke objectieve samenhang met het geschil (arrest *Custom Made Commercial*¹¹). Het in onderlinge samenhang lezen van die drie arresten leidt juist tot de voor de hand liggende conclusie, dat eventuele fictieve aanwijzingen van de plaats van uitvoering steeds en in elk geval geldig zijn in de zin van artikel 5, sub 1. Dit is overigens de door de Commissie in de onderhavige procedure verdedigde stelling die, door de betrokken arresten los van hun context te lezen, leidt tot een ogenschijnlijk onberispelijke en zeker eenvoudiger conclusie welke evenwel volledig voor-

10 — Het Hof heeft met name bevestigd, dat waar artikel 17 een zuiver procedurele functie heeft, artikel 5, sub 1, vooral een materiële functie heeft die slechts indirect een procedureel gevolg heeft dat evenwel los staat van de wil van partijen.

11 — Arrest van 29 juni 1994, zaak C-288/92, *Jurispr.* 1994, blz. I-2913, r. o. 14-21.

bijgaat aan de rol van artikel 17 in het stelsel van het Executieverdrag.

evenwel steeds en in elk geval moeten worden erkend.

15. Kortom uit die stelling, eenmaal aanvaard dat de partijen de elementen van de overeenkomst kunnen lokaliseren hoe en waar zij willen — hetgeen uit de hierboven aangehaalde arresten zou blijken — volgt onvermijdelijk, dat die partijen de aanwijzing van de plaats van uitvoering ook kunnen „gebruiken” om een ander forum te kiezen dan het forum dat normaliter bevoegd is (op grond van artikel 2 of op grond van artikel 5, waar de plaats van uitvoering uit de wet voortvloeit). Met andere woorden, de wil van partijen zou op geen enkele grens meer stuiten, behalve eventueel de grenzen die in het nationaal recht worden gesteld door het formuleren van vormvoorwaarden of doordat in de rechtspraak naar rechtsbegrippen als *fraus legis*¹² wordt verwezen. In alle andere gevallen zou de geldigheid van overeenkomsten over de plaats van uitvoering

Een dergelijke, eigenlijk zuiver op syllogismen gebaseerde lezing van de drie bovengenoemde arresten is mijns inziens wat al te oppervlakkig. Allereerst volgt uit het feit, dat de plaats van uitvoering bij wege van een verwijzing naar het materiële recht wordt bepaald, niet automatisch dat de communautaire rechter niet het recht heeft grenzen te stellen om de omzeiling van een andere bepaling van het Executieverdrag, in het onderhavige geval artikel 17, te vermijden. In de tweede plaats dient het arrest Zelger, gelet op de daarin voorkomende verwijzing naar het rechtstreekse verband tussen het geschil en het gerecht dat daarvan kennis heeft te nemen, mijns inziens eerder aldus te worden gelezen, dat partijen weliswaar een andere plaats van uitvoering van de overeenkomst kunnen aanwijzen dan welke uit de wet voortvloeit, maar dat het in ieder geval om een daadwerkelijke plaats van uitvoering moet gaan: alleen in dat geval dienen zij de vormvoorwaarden van artikel 17 niet in acht te nemen. Ten slotte is mijns inziens niet ter zake dienend, de overweging van het Hof in het arrest *Custom Made Commercial*, „dat volgens artikel 5, sub 1, de verweerder ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst kan worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd, zelfs indien het aldus aangewezen gerecht niet het gerecht is dat de nauwste band heeft met het geschil”.¹³ In de zaak *Custom Made Commercial* ging het immers over de mogelijkheid om verwijzing naar de *lex causae* als criterium voor het bepalen van de plaats van uitvoering uit te sluiten wegens het enkele feit dat volgens dat criterium een gerecht bevoegd zou worden

12 — Zo heeft bijvoorbeeld het Hof van beroep te Luik in een arrest van 12 mei 1977 (*Journal des Tribunaux* 1977, blz. 710) geoordeeld, dat een clause over de plaats van uitvoering ongeldig was, omdat zij in strijd was met de geografische realiteit van de overeenkomst. Dat arrest is bevestigd door het Hof van cassatie (arrest van 28 juni 1979, *Journal des Tribunaux* 1979, blz. 625, met noot van Vander Elst in *Revue critique de jurisprudence belge*, 1981, blz. 347 c. v.), dat heeft gewezen op het frauduleus karakter van de betrokken clause. In wezen hebben de Belgische rechters zich voor de oplossing van het probleem dus uitsluitend op het nationale recht gebaseerd. Voor het overige is de nationale rechtspraak zeer uiteenlopend. Meestal wordt aangenomen, vooral na het arrest Zelger, dat voor overeenkomsten over de plaats van uitvoering niet moet worden voldaan aan de vormvoorwaarden van artikel 17 (in die zin bijvoorbeeld het arrest van de Cour d'appel de Lyon van 28 maart 1979, *La Semaine juridique*, édition générale 1981, *Jurisprudence*, nr. 19519, alsmede de Duitse rechtspraak aangehaald door Schack, „Abstrakte Erfüllungsortvereinbarungen: formoder sinnlos?“, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1996, blz. 247 c. v., voetnoot 5). Een aparte vermelding verdient verder het arrest van de Franse Cour de cassation van 27 februari 1996 (*Europe*, april 1996, nr. 171, blz. 23), die heeft geoordeeld dat een overeenkomst over de plaats van uitvoering ongeldig was op grond dat, enerzijds, de omstreden verbintenis alleen in Frankrijk kon worden uitgevoerd, en anderzijds, volgens artikel 5, sub 1, Executieverdrag alleen de aan de concrete vordering in rechte ten grondslag liggende verbintenis in aanmerking kan worden genomen.

13 — Arrest *Custom Made Commercial*, reeds aangehaald in voetnoot 11, r. o. 21.

dat een minder nauwe band heeft met de omstrede rechtsbetrekking.¹⁴

16. In het onderhavige geval gaat het evenwel duidelijk om een overeenkomst die niet alleen bevoegdheid verleent aan de rechter van een plaats die geen enkel ander verband houdt met de zaak dan dat het de plaats is waar de eiser is gevestigd, maar die enkel tot doel heeft de inachtneming van de vormvereisten van artikel 17 te omzeilen. Het in deze procedure aan de orde zijnde probleem gaat dus veel verder dan de vraag, of de in artikel 5 bedoelde bevoegdheid steeds en in elk geval moet toekomen aan de rechter van de plaats die het nauwste fysieke verband houdt met de betrokken zaak.

Kortom, in het onderhavige geval moet worden uitgemaakt, of in het geval dat de verbintenis uit overeenkomst geenszins op de aangewezen plaats van uitvoering kan worden nagekomen, hetzij omdat deze plaats zich niet verdraagt met de aard van de overeenkomst, hetzij omdat zij niet overeenkomt met de geografische realiteit, artikel 5, sub 1, niettemin een geldig bevoegdheids criterium biedt.

14 — Met andere woorden, de bevoegdheid van de rechter van de plaats van uitvoering vindt weliswaar haar rechtvaardiging in het rechtstreeks of objectief verband dat er normaliter bestaat tussen de omstrede rechtsbetrekking en de aangezochte rechter, doch het criterium van artikel 5 (plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd) kan tot een ander resultaat leiden dat niet om die reden buiten beschouwing mag worden gelaten.

17. Welnu, het aanvaarden van een dergelijke oplossing, impliceert uiteraard, dat de partijen bij wege van een fictieve aanwijzing van de plaats van uitvoering de formele belemmeringen voor clausules tot aanwijzing van een bevoegde rechter kunnen omzeilen. Indien het Hof een dergelijke oplossing goedkeurt, geeft het dus zijn zegen aan een oneigenlijk gebruik van artikel 5, sub 1, in die zin dat het aan partijen wordt toegestaan een andere dan de normaliter bevoegde rechter aan te wijzen op een manier die zeker gemakkelijker is dan die van artikel 17, met het gevolg dat zowel de letter als de ratio van die bepaling wordt geschonden of althans miskend. Dienaangaande behoort er immers nauwelijks aan te worden herinnerd, dat de vormvoorwaarden van artikel 17 geen doel op zichzelf zijn, maar de zwakste partij bij de overeenkomst beogen te beschermen; het doel dat door of liever met die vormvoorwaarden wordt nagestreefd, is vermijden dat door een der partijen in de overeenkomst opgenomen clausules tot aanwijzing van een bevoegde rechter onopgemerkt blijven.

Het is uit dit oogpunt overduidelijk, dat artikel 5, sub 1, niet aldus kan worden uitgelegd, dat een resultaat wordt toegestaan dat artikel 17 door het stellen van strenge vormvoorwaarden heeft willen te vermijden.¹⁵ Ten slotte blijft de vraag, hoe het aanvaarden van een dergelijke situatie correct in de zin

15 — In feite zijn ook degenen die met het arrest Zelger instemmen, voorstander van het stellen van eenvormige vormvereisten voor zowel de aanwijzing van een bevoegde rechter als de „abstracte” contractuele clausules over de plaats van uitvoering. Zie in die zin Kropholler: „*Europäisches Zivilprozessrecht*”, 1996; Gaudemet-Tallon: *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, Parijs, 1993, blz. 121; Kaye: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, 1987, blz. 524; Lasok, Stone: *Conflict of Laws in the European Community*, Abingdon, 1987, blz. 219; Desantes Real: *La Competencia Judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986, blz. 258 e. v.; Calvo-Caravaca: *Comentarios al Convenio de Bruselas*, Madrid, 1994, blz. 90 e. v. In tegenovergestelde zin, Geimer: *Internationales Zivilprozessrecht*, 1993, punt 1491.

van artikel 5, sub 1, en coherent met het stelsel en de doelstellingen van het Executieverdrag in zijn geheel beschouwd en met artikel 17 in het bijzonder kan worden geacht.

18. De Commissie erkent weliswaar, dat een fictieve aanwijzing van de plaats van uitvoering een middel kan vormen om de vormvoorschriften van artikel 17 te omzeilen, doch is van mening, dat het Executieverdrag zelf dit toestaat. Dienaangaande wijst zij er enkel op, dat artikel 5, sub 1, niet eist, dat de partijen de daadwerkelijke plaats van uitvoering van de verbintenissen uit overeenkomst aanwijzen.

Dit argument gaat te ver. Het enige criterium dat in de betrokken bepaling — waarin overigens met geen woord wordt gerept van de mogelijkheid om de plaats van uitvoering contractueel te bepalen — valt te ontwaren, is dat het moet gaan om de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Derhalve dient mijns inziens redelijkerwijs te worden aangenomen, dat dit criterium, verre van de aanwijzing van om het even welke plaats ter wereld toe te staan, eist dat het gaat om een plaats die verband houdt met de plaats waar de betrokken verbintenis daadwerkelijk is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Kortom, het moet steeds gaan om een plaats die, ook al verschilt zij van die welke uit de wet voortvloeit, verband houdt of althans verenigbaar is met het voorwerp van de overeenkomst.

Van weinig belang lijkt mij het betoog, dat een dergelijke aanpak partijen ertoe zou brengen geen clausules over de plaats van uitvoering meer op te nemen, waardoor uiteindelijk artikel 5, sub 1, van zijn inhoud zou worden beroofd. Dienaangaande behoeft slechts te worden opgemerkt, dat de plaats van uitvoering zeker niet gedoemd is te *verdwijnen* door het enkele feit dat de overeenkomst over de plaats van uitvoering onder omstandigheden van zijn de bevoegdheid aanwijzend effect wordt beroofd: de eiser zal zich immers steeds kunnen wenden tot de rechter van de plaats waar de omstreden verbintenis krachtens de wet is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd.

19. Kortom, het is mijns inziens absurd, zelfs maar te veronderstellen dat het Executieverdrag aldus zou kunnen worden gelezen dat het een omzeiling van artikel 17 toestaat, met name gelet op het belang dat die bepaling in de opzet van het Executieverdrag heeft. Uit dit oogpunt kan ik de Commissie derhalve niet bijvallen waar deze stelt, dat dit de prijs is die voor de rechtszekerheid en voor de voorspelbaarheid van het bevoegde forum moet worden betaald. Dit zijn immers zeker geen doelstellingen an sich: zo betekent het voorspelbaar maken van de toepassing van de bevoegdheidsregels allereerst, dat de rechtsbescherming van de in de Gemeenschap gevestigde personen wordt versterkt door de eiser in staat te stellen gemakkelijk te bepalen welk gerecht hij kan aanzoeken, en door de verweerder in staat te stellen redelijkerwijze te voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen.¹⁶ Verder zie ik niet, hoe de rechtszekerheid kan worden versterkt door een schending van artikel 17.

¹⁶ — Arrest van 13 juli 1993, zaak C-125/92, Mulox IBC, Jurispr. 1993, blz. I-4075, r. o. 11.

Het is juist, dat een overlapping van die twee bepalingen zonder enige interpretatieve controle niet kan worden aanvaard, te meer wanneer men voor ogen houdt, dat het door artikel 17 gewilde evenwicht tussen de partijen moet worden gevrijwaard.

20. Wil men het arrest Zelger niet opnieuw in geding brengen en de plaats van uitvoering dus autonoom vaststellen ingeval deze door partijen bij overeenkomst is aangewezen — een oplossing die in beginsel wenselijk is en het voordeel van rechtlijnigheid en ondubbelzinnigheid zou hebben¹⁷, maar de partijen bij de overeenkomst zou verplichten bijzonder strenge vormvoorwaarden in acht te nemen, ook wanneer het gaat om de daadwerkelijke plaats van uitvoering — dan is de eenvoudigste oplossing gewoon, dat de communautaire rechter grenzen stelt die enkel en alleen bedoeld zijn om een omzeiling van artikel 17 te voorkomen.¹⁸

17 — Daarvoor pleiten zowel Jayme: „La place de l'article 5 dans l'économie de la Convention. La compétence en matière contractuelle”, in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe: actes du Colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen, Luxembourg, les 11 et 12 mars 1991*, Londen, 1993, blz. 75 e. v., als Hüet: „Note sous l'arrêt de la Cour Zelger”, in *Journal du droit international*, 1980, blz. 435 e. v. Beiden stellen immers een autonome bepaling van de plaats van uitvoering voor die, zonder de inachtneming van de vormvoorwaarden van artikel 17 te verlangen, toch eist dat de wilsovereenstemming van partijen wordt aangehouden.

18 — Dienaangaande acht ik het niet overbodig te herhalen, dat uit het ontbreken van een autonoom begrip plaats van uitvoering, dat zeker wenselijk zou zijn, niet mag worden geconcludeerd, dat het de communautaire rechter niet is toegestaan grenzen te stellen om te vermijden dat artikel 5 als een alternatief voor artikel 17 wordt gebruikt. Al is het juist dat de aanwijzing van de plaats van uitvoering aan het materiel recht wordt overgelaten, het is ook juist, gelijk het Hof zelf herhaaldelijk heeft overwogen, dat de keuze tussen autonome uitlegging en verwijzing naar de collisioneregels op pragmatische wijze wordt verricht, in die zin dat „de passende keuze (...) voor elke bepaling van het Verdrag afzonderlijk [wordt] gedaan], 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” (arrest Tessili, reeds aangehaald in voetnoot 3, r. o. 11). De vaststelling van communautaire grenzen moet evenwel des meer noodzakelijk worden geacht in gevallen waarin het erom gaat de volledige harmonie en werkbaarheid te verzekeren van twee bepalingen waarvan er een, namelijk artikel 17, reeds een autonome uitlegging heeft gekregen.

De vaststelling van dergelijke grenzen vergt overigens geen bijzondere fantasie of inspanning. Mijns inziens volstaat het immers te oordelen, dat in gevallen waarin de nationale rechter vaststelt, zoals de Duitse rechter in het onderhavige geval heeft gedaan, dat de door partijen aangewezen plaats van uitvoering geen wezenlijk verband houdt met het voorwerp van de overeenkomst en dat de aanwijzing van die plaats alleen is verricht om een ander gerecht bevoegd te maken zonder de vormvoorwaarden van artikel 17 in acht te moeten nemen, de aldus aangewezen plaats van uitvoering niet in overeenstemming met artikel 5, sub 1, Executieverdrag kan worden geacht.

De tweede vraag

21. Met deze vraag, die is gesteld voor het geval dat het Hof zou oordelen, zoals ik heb gesuggereerd, dat het ongeoorloofd is een overeenkomst over de plaats van uitvoering te sluiten die alleen tot doel heeft formeel een ander gerecht dan dat van de plaats van daadwerkelijke uitvoering als bevoegd gerecht aan te wijzen, wenst het Bundesgerichtshof te vernemen, of er in het onderhavige geval sprake kan zijn van een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter in de zin van artikel 17 Executieverdrag. Het wenst meer bepaald te vernemen, of in de internationale handel een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter ook kan worden geacht geldig te zijn gesloten door het stilzwijgen van een der partijen ten aanzien van een bevestigingsbrief (tweede vraag, sub a) of door het zonder protest betalen van facturen waarop het bevoegde gerecht is vermeld (tweede vraag, sub b), dan wel of in elk geval een voorafgaande wilsovereenstemming van partijen is

vereist en die wilsovereenstemming noodzakelijkerwijs schriftelijk moet zijn bevestigd.

Welnu, volgens vaste rechtspraak, moeten de bepalingen van artikel 17 restrictief en strikt worden uitgelegd, daar zij een uitzondering vormen op het algemene beginsel van de bevoegdheid van het forum van de verweerder (artikel 2) en op de bijzondere bevoegdheden bedoeld in de artikelen 5 en 6. Het Hof heeft inzonderheid verduidelijkt, dat artikel 17 voor de geldigheid van de aanwijzing van een bevoegde rechter „een „overeenkomst’ tussen partijen verlangt, en [dat] aldus de aangezochte rechter verplicht is in de eerste plaats te onderzoeken of de clause welke hem bevoegd verklaart, inderdaad het voorwerp heeft uitgemaakt van een wilsovereenstemming tussen partijen, die duidelijk en nauwkeurig tot uiting komt”.²⁰

De vraag betreft dus de uitlegging van artikel 17, eerste alinea, tweede zin, zoals gewijzigd door het Toetredingsverdrag van 1978. Er zij aan herinnerd, dat toen aan de mogelijkheid om een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter te sluiten „bij een schriftelijke overeenkomst” (eerste geval) of „bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst” (tweede geval) een derde geval is toegevoegd, namelijk de mogelijkheid om „in de internationale handel” een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter te sluiten „in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn”.

Zo heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld, dat niet aan de vormvereisten van artikel 17 voldeed en derhalve volstrekt ongeldig was, een clause tot aanwijzing van een andere bevoegde rechter, die voorkwam op de ommezijde van een orderbevestiging die de verkoper de koper na een mondeling gesloten overeenkomst had gegeven²¹, een geval dat dus veel gelijkenissen vertoont met het onderhavige. Ook in dat geval verklaarde het Hof namelijk, dat een schriftelijke bevestiging door de ontvangende partij noodzakelijk was, met die uitzondering dat de schriftelijke vorm achterwege kan worden gelaten in het kader van lopende handelsbetrekkingen tussen partijen.²²

22. Het Hof heeft nog niet de gelegenheid gehad deze bepaling uit te leggen.¹⁹ Alvoorens de doelstellingen en de nieuwe elementen van die bepaling te onderzoeken en daaruit dan de consequenties te trekken voor de onderhavige zaak, acht ik het evenwel nuttig, te herinneren aan de uitlegging die het Hof — voor de hier relevante aspecten natuurlijk — heeft gegeven van de versie van artikel 17 die vóór de hier aan de orde zijnde wijziging van kracht was.

20 — Arresten van 14 december 1976, zaak 24/76, Estasis Salotti, Jurispr. 1976, blz. 1831, r. o. 7, en zaak 25/76, Segoura, Jurispr. 1976, blz. 1851, r. o. 6.

21 — Arrest Segoura, reeds aangehaald in voetnoot 20.

22 — Er zij aan herinnerd, dat die mogelijkheid uitdrukkelijk in artikel 17 is ingevoegd bij het Toetredingsverdrag van 1989. De nieuwe tekst van het betrokken artikel bepaalt immers, dat een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter ook geldig kan worden gesloten „in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden”.

19 — Zie evenwel de diepgaande conclusie van advocaat-generaal Lenz van 8 maart 1994 in zaak C-288/92, Custom Made Commercial, Jurispr. 1994, blz. I-2915, inzonderheid blz. I-2934 e. v.

23. De nieuwe versie van artikel 17 lijkt juist te zijn ingevoerd omdat een dergelijke aanpak voor de internationale handel al te formalistisch was. Dienaangaande staat immers in het rapport Schlosser²³ te lezen, dat de uitlegging die het Hof van artikel 17 heeft gegeven, „geen recht [doet] aan de gebruiken en behoeften van de internationale handel. Met name de eis dat de wederpartij van degene die werkt met algemene verkoopvoorwaarden, schriftelijk moet bevestigen dat hij daarmee akkoord gaat, wil een rechtsmachtverlenende clause effect kunnen sorteren, kan in de internationale handel niet worden gesteld. De internationale handel kan niet zonder standaardvoorwaarden met rechtsmachtverlenende clauses.”

In dit opzicht is de bij het Toetredingsverdrag van 1978 ingevoerde wijziging zeker het resultaat van een grotere (en wellicht noodzakelijke) aandacht en gevoeligheid voor de behoeften van de internationale handel en, meer algemeen, voor de concrete werking van de zakenwereld. Het is immers duidelijk, dat een te strikte toepassing van de in artikel 17 geformuleerde beginselen de werking van clauses houdende afwijking van de bevoegdheidsregel in contractuele documenten, die naar hun specifieke aard door een der partijen niet zijn ondertekend, praktisch onmogelijk zou maken.

24. Al is artikel 17 om deze redenen gewijzigd, toch wordt in het rapport Schlosser verklaard: „Er zij evenwel uitdrukkelijk op gewezen dat er *alleen sprake is van een versoepeling van vormvereisten. Het tot stand komen van wilsovereenstemming over de toepasselijkheid van algemene verkoopvoorwaarden en de daarbij behorende clauses moet worden bewezen.*”²⁴

Kortom, artikel 17 zou enkel zijn gewijzigd om de vormvereisten aldus te versoepelen, dat zij meer in overeenstemming zijn met de behoeften van de internationale handel, zonder evenwel uit het oog te verliezen dat een daadwerkelijke wilsovereenstemming wordt beoogd. Het is overduidelijk, dat die twee eisen tegenstrijdig of in ieder geval moeilijk te verzoenen zijn. De wijze waarop de wilsovereenstemming tot uiting komt, is volgens het Hof immers nauw verbonden met het bewijs van het bestaan zelf van de overeenkomst tussen partijen.²⁵ Indien het dus waar is — en hoe zou daaraan kunnen worden getwijfeld — dat de vormvoorwaarden geen doelen an sich zijn, maar juist dienen om het daadwerkelijke bestaan van wilsovereenstemming tussen partijen, en dus de geldigheid van de overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter, te bewijzen, volgt daaruit, zoals overigens in de rechtsleer wordt beklemtoond²⁶, dat een versoepeling van de vormvereisten wel gevolgen moet hebben voor het daadwerkelijke bestaan van de wilsovereenstemming.

24 — Cursivering van mij.

25 — Het Hof heeft immers verklaard, „dat de vormvereisten van artikel 17 ten doel hebben te waarborgen dat de wilsovereenstemming tussen partijen inderdaad vaststaat” (arresten Estasis Salotti en Segoura, reeds aangehaald in voetnoot 20, respectievelijk r. o. 7 en 6).

26 — Zie onder andere Kohler: „Rigueur et souplesse en droit international privé: les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction ‚dans le commerce international’ par l'article 17 de la convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction”, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, blz. 611 e. v.

25. Daarbij komt, dat de vaststelling van het bestaan van hande­lsgewoonten die enkel betrekking hebben op de vormvereisten, uiterst moeilijk is — het gaat immers om procedurele normen die door de Lid-Staten op elk ogenblik kunnen worden gewijzigd²⁷ — en dus ertoe kan leiden, dat de nieuwe tekst van artikel 17, zoals gewijzigd bij het Toetredingsverdrag van 1978, van elke inhoud wordt beroofd. Derhalve moet worden aangenomen, dat die wijziging niet alleen een versoepeling van de wijze van tot uiting komen van de wilsovereenstemming impliceert, maar ook, en juist daarom, een geringere striktheid bij de totstandkoming van de wilsovereenstemming van partijen over de aanwijzing van een bevoegde rechter. Met andere woorden, het daadwerkelijke bestaan van wilsovereenstemming, dat aanvankelijk onontbeerlijk was en enkel werd gewaarborgd door een schriftelijke overeenkomst of een schriftelijke bevestiging van een mondelinge overeenkomst, wijkt thans in de internationale handel voor het vermoeden van een daadwerkelijke wilsovereenstemming. Dit blijkt ook uit de bewoordingen zelf van de betrokken bepaling, waarin wordt gezegd dat het moet gaan om een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of „hadden behoren te zijn“.

Het voorgaande mag evenwel niet doen vergeten, dat artikel 17 vooral tot doel heeft, de zwakste partij bij de overeenkomst te beschermen door te vermijden dat door een der partijen in de overeenkomst opgenomen clausules tot aanwijzing van een bevoegde rechter onopgemerkt blijven. De betrokken bepaling moet derhalve in alle gevallen zeer restrictief worden uitgelegd. Bovendien mag die uitlegging in elk geval niet van dien aard zijn, dat het doel, namelijk een „daadwerke-

lijke” wilsovereenstemming, uit het oog wordt verloren, ook al komt deze slechts indirect door kennis, of althans door te goeder trouw aangenomen kennis, van de gebruiken in de internationale handel tot stand. Dit is mijns inziens het criterium dat bij de uitlegging van de betrokken bepaling moet worden gehanteerd.²⁸

26. Wanneer en hoe kan, gelet op al het voorgaande, worden aangenomen dat wij te maken hebben met een hande­lsgewoonte betreffende de wijze van totstandkoming van wilsovereenstemming waarvan partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn?

Om te beginnen kan het bestaan van een dergelijke gewoonte mijns inziens niet worden vastgesteld bij wege van verwijzing naar de *lex causae* of de *lex fori*, dat wil zeggen naar het aldus aangewezen rechtsstelsel, zoals door sommige auteurs²⁹ wordt gesuggererd. Allereerst is het overduidelijk, dat een dergelijke oplossing dreigt in te gaan tegen de ratio zelf van de betrokken bepaling: zij zou immers het tegennatuurlijke gevolg kunnen hebben, dat als „hande­lsgewoonten” in de zin van artikel 17 worden aangemerkt, gewoonten die niet in de internationale handel, maar slechts in een of meer rechtsstelsels bestaan, met als gevolg dat als geldig zouden

28 — De idee van vermoeden van kennis in de zin van te goeder trouw aangenomen kennis is de rechtspraak van het Hof overigens niet onbekend. Dienaangaande zij verwezen naar het arrest van 10 maart 1992 (zaak C-214/89, Powell Duffryn, Jurispr. 1992, blz. I-1745), waarin het Hof met betrekking tot een clausele tot aanwijzing van een bevoegde rechter in de statuten van een vennootschap heeft overwogen, dat „eenieder (...) ongeacht de wijze waarop hij de aandelen verwerft, weet of moet weten dat hij gebonden is aan de statuten” (r. o. 27; cursivering van mij).

29 — Zie in die zin Rauscher: *Zeitschrift für Zivilprozess*, 104, 1991, blz. 272, inzonderheid blz. 292 e. v.

27 — Zie dienaangaande Mezger: *Travaux du comité français de droit international privé*, 1980-1981, blz. 15 e. v.

worden beschouwd clausules tot aanwijzing van een bevoegde rechter die (in voorkomend geval) op zuiver plaatselijke gewoonten berusten of op „gewoonten” die als zodanig nog geen ingang hebben gevonden. Daarbij komt, dat het in artikel 17 gehanteerde begrip „overeenkomst” tussen partijen door het Hof tot nog toe autonoom is uitgelegd. Mijns inziens is er geen enkele reden om daarvan af te wijken nu de wilsovereenstemming zelfs volgens de handelsgewoonten tot stand kan komen.

27. Ook voor het derde in artikel 17 genoemde geval is het dus nuttig, dat het Hof zelf de objectieve gegevens en/of doorlaggevende gedragingen aangeeft waaruit kan worden geconcludeerd tot het bestaan van een handelsgewoonte die voor het geldig sluiten van een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter kan worden „aangevoerd”. Met het oog daarop en gelet op het belang van de wilsovereenstemming van de betrokken partijen, kan het begrip handelsgewoonte in de zin en voor de toepassing van artikel 17, zoals door advocaat-generaal Lenz is gesuggereerd, enkel worden gebaseerd op het bestaan van een „bij transacties die materieel en territoriaal met de litigieuze transactie overeenstemmen, algemeen en duurzaam gevolgd en regelmatige praktijk”.³⁰ Kortom, het moet gaan om een praktijk die van dien aard is, dat zij tot de overtuiging leidt, dat de gedraging van partijen concludent is, dat wil zeggen het bestaan van een wilsovereenstemming, en dus een daadwerkelijke consensus, over de aanwijzing van een bevoegde rechter impliceert. Daartoe moet het bestaan van een specifieke handels-

gewoonte in een bepaalde sector in elk geval worden bewezen: slechts op die voorwaarden verkrijgt de gewoonte de in artikel 17 bedoelde rechtskracht.³¹

Deze uitlegging wordt overigens bevestigd door het Verdrag van Lugano van 1988³² en door de bij het Verdrag van San Sebastian van 1989³³ gewijzigde versie van het Executieverdrag. Naast de in de versie van 1978 voorkomende vereisten, verlangt de bij genoemde verdragen gewijzigde tekst van artikel 17 immers ook, dat de betrokken handelsgewoonte „algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen”.³⁴ Het volstaat derhalve niet, dat een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter wordt gesloten in een vorm die overeenstemt met de gewoonten in de betrokken handelsbranche en waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn, „[deze gewoonten] moeten in de internationale handel [ook] algemeen bekend [zijn] en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht worden genomen”.³⁵

31 — Zie in die zin onder andere, Kaye: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, 1987, blz. 1062 e. v.; Huet, noot in *Clunet*, 1990, blz. 153 e. v.; Stöwe, *Gerichtstandsvereinbarungen nach Handelsbrauch*, 1993, blz. 56 e. v.

32 — PB 1988, L 319, blz. 1.

33 — PB 1989, L 285, blz. 4.

34 — Die bijkomende voorwaarden zijn eigenlijk overgenomen uit artikel 9, lid 2, van het Verdrag van Wenen van 1980 inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken.

35 — Dienaangaande is het ook niet overbodig eraan te herinneren, dat die wijziging er eigenlijk is gekomen, omdat de EVA-staten bij de goedkeuring van het Verdrag van Lugano vreesden, dat het stilzwijgen van een van de partijen ten aanzien van een verkoopbevestiging als aanvaarding kon gelden. Zie het rapport Jenard en Möller (PB 1990, C 189, blz. 57, punten 55-59).

30 — Conclusie in zaak *Custom Made Commercial*, reeds aangehaald in voetnoot 19, inzonderheid blz. I-2939.

28. Verder maakt de hier gesuggereerde uitlegging van het begrip handelsgewoonte het mijns inziens mogelijk, gemakkelijker te bepalen, in welke omstandigheden, althans in beginsel, moet worden aangenomen, dat de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn van de betrokken gewoonte. Het spreekt immers vanzelf, dat redelijkerwijs een voortdurend gevolgde praktijk met betrekking tot eenzelfde soort overeenkomsten in de betrokken handelsbranche te goeder trouw als bekend kan worden beschouwd.

Dit gezegd zijnde, is het ook waar, dat die kennis niet op een absoluut vermoeden kan berusten, maar aan de hand van objectieve gegevens aannemelijk moet worden gemaakt. Daartoe zijn van bijzonder belang feitelijke omstandigheden zoals het bestaan van eerdere contractuele betrekkingen tussen dezelfde partijen of met andere contractanten betreffende uit territoriaal of inhoudelijk oogpunt soortgelijke contracten. Verder kan het van belang zijn, na te gaan of de betrokken gewoonte wordt erkend in het rechtstelsel van het land waar de marktdeelnemer is gevestigd aan wie de clause tot aanwijzing van een bevoegde rechter wordt tegen-
geworpen.

29. Keren wij terug tot de onderhavige zaak. Aangezien het gaat om een bevrachtings-overeenkomst tussen marktdeelnemers uit de betrokken sector, lijdt het geen twijfel, dat wij ons hier in het kader van de internationale handel en derhalve binnen de werkings-sfeer van de betrokken bepaling bevinden. Er zij aan herinnerd, dat de verwijzende rechter allereerst wenst te vernemen, of het stilzwij-

gen van een der partijen ten aanzien van een bevestigingsbrief met een voorgedrukte vermelding waarin een bevoegde rechter wordt aangewezen, een gewoonte in de zin van artikel 17 vormt en derhalve als aanvaarding van de aanwijzing van een bevoegde rechter geldt. Subsidiair wenst die rechter te vernemen, of de geldigheid van die aanwijzing kan voortvloeien uit de omstandigheid, dat verweerster alle door MSG opgestelde facturen waarin een soortgelijke vermelding met betrekking tot de bevoegde rechter voorkwam, zonder enig protest heeft betaald.

Gelet op bovengenoemde opmerkingen is het overduidelijk, dat aannemelijk moet worden gemaakt dat er in de betrokken handels-
branche ter zake van het tot stand en tot uiting komen van de wilsovereenstemming handelsgewoonten als de in die vragen bedoelde bestaan.

30. Toch ben ik van mening, dat de door verzoekster en de Duitse regering in de loop van de procedure verdedigde stelling, dat volgens artikel 17 het stilzwijgen ten aanzien van een bevestigingsbrief als een stilzwijgende aanvaarding geldt, niet kan worden aanvaard, ongeacht of het bestaan van een dergelijke praktijk in de betrokken handels-

branche kan worden vastgesteld.³⁶ Die stelling, die enerzijds berust op het bestaan van een vermoede algemene gewoonte die als zodanig op Europees niveau zou kunnen worden vastgesteld, en anderzijds op de omstandigheid dat de bij het Toetredingsverdrag van 1978 aangebrachte wijziging juist het overdreven formalisme van de rechtspraak in dergelijke gevallen³⁷ beoogde te vermijden, snijdt eigenlijk geen hout.

Uit het rapport Schlosser blijkt weliswaar, dat de betrokken wijziging met name was ingegeven door de wil te vermijden dat voor een bevestigingsbrief de vorm van een schriftelijke overeenkomst wordt geëist. Dit betekent evenwel niet, althans niet automatisch, dat in dergelijke gevallen de betrokken praktijk altijd en in elk geval als een handelsegewoonte in de zin en voor de toepassing van artikel 17 mocht worden beschouwd. Anderzijds wordt het juridisch belang van het stilzwijgen in het kader van de internationale handel geenszins even ruim en algemeen erkend als in Duitsland het geval is. Het volstaat bijvoorbeeld te verwijzen naar artikel 18, lid 1, van het Verdrag van Wenen van 11 april 1980 inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, volgens hetwelk een verklaring of andere gedraging van de geadresseerde waaruit de instemming met een aanbod blijkt, een aan-

vaarding vormt. *Het stilzwijgen of stilzitten alleen geldt niet als aanvaarding.*³⁸

31. Kortom, om te bepalen of het stilzwijgen van een partij ten aanzien van een bevestigingsbrief een wijze van wilsovereenstemming is en dus bepalend is voor het gelidig sluiten van een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter, moet het bestaan van een dergelijke gewoonte aan de hand van bovengenoemde criteria worden aangetoond.

De verwijzende rechter heeft het Hof evenwel geen enkel gegeven verstrekt dat het mogelijk maakt dienaangaande een standpunt te bepalen. In die omstandigheden staat het dus aan de nationale rechter, uit te maken of het in de sector van de binnenvaart over de Rijn met betrekking tot bevrachtingsovereenkomsten vaste en doorgaans gevolgde praktijk is, dat het stilzwijgen ten aanzien van een bevestigingsbrief als aanvaarding van de clausule tot aanwijzing van een bevoegde rechter geldt. Ingeval het bestaan van een

36 — In die zin bijvoorbeeld, Schmidt: *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1992, blz. 173 e. v.

37 — Verwezen wordt naar de zaak Segoura, reeds aangehaald in voetnoot 20.

38 — Cursivering van mij. In dit verband herinner ik verder aan artikel 8, lid 2, van het Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Deze bepaling betreft het bestaan en de geldigheid van de wilsovereenstemming van partijen over het recht dat op de overeenkomst van toepassing is. Volgens deze bepaling mag elk van de partijen bij de overeenkomst zich voor het bewijs dat zij haar toestemming niet heeft verleend, beroepen op het recht van het land waar zij haar gewone verblijfplaats heeft, „Indien uit de omstandigheden blijkt, dat het niet redelijk zou zijn de gevolgen van haar gedrag te bepalen” overeenkomstig het recht dat volgens het verdrag toepasselijk zou zijn. Deze oplossing is volgens het rapport Giuliano en Lagarde vooral bedoeld om de kwestie van het belang van het stilzwijgen van een partij voor de totstandkoming van de overeenkomst op te lossen.

dergelijke gewoonte wordt vastgesteld, moet vervolgens worden nagegaan, of de partij aan wie de clause tot aanwijzing van een bevoegde rechter wordt tegengeworpen, op de hoogte was of had behoren te zijn van het bestaan van een dergelijke gewoonte. Of kennis van de betrokken gewoonte te goeder trouw kan worden aangenomen, hangt dan weer af van het belang dat die gewoonte heeft in het land waar de partij aan wie de clause wordt tegengeworpen, doorgaans verblijft, en van de omstandigheid of het al dan niet gaat om een eerste overeenkomst met die contractant en/of in die sector.

32. De hierboven gesuggereerde oplossing geldt ook voor het onderzoek naar het bestaan van de vermoede handelsgewoonte die zou zijn gebaseerd op de omstandigheid dat verweerster zonder enig protest de door MSG opgestelde facturen heeft betaald waarin de gerechten van de plaats van de bedrijfszetel van MSG als bevoegd forum werden aangewezen. Ook dienaangaande moet derhalve aan de hand van bovengenoemde criteria het bestaan worden aangetoond van een handelsgewoonte waarvan partijen op de hoogte waren of hadden behoren te zijn.

33. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof derhalve in overweging, de vragen van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

- „1) Artikel 5, sub 1, van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 moet aldus worden uitgelegd, dat het de bevoegdheid van de gerechten van de plaats van uitvoering van een verbintenis uit overeenkomst uitsluit wanneer die plaats, die door de partijen bij overeenkomst is aangewezen, geen enkele substantiële band heeft met het voorwerp van het contract en blijkbaar enkel is gekozen om een bevoegd gerecht aan te wijzen zonder de vormvereisten van artikel 17 van dat verdrag in acht te nemen.
- 2) Artikel 17, eerste alinea, tweede zin, derde geval, van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968, zoals gewijzigd bij het Toetredingsverdrag van 1978, moet aldus worden uitgelegd, dat een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter kan worden geacht geldig te zijn gesloten door het stilzwijgen van een der partijen ten aanzien van een bevestigingsbrief waarin een voorgedrukte vermelding van het bevoegde gerecht voorkomt, of door de omstandigheid dat die partij zonder enig protest de door de andere partij opgestelde facturen heeft betaald waarin een soortgelijke vermelding voorkwam. Daartoe dient de nationale rechter evenwel te onderzoeken: a) of er in de betrokken handelsbranche een duurzame en veralgemeende praktijk in die zin bestaat en

of die praktijk wordt gevolgd bij contracten die inhoudelijk of territoriaal met het in geding zijnde contract overeenkomen; b) of verweerster van die gewoonte op de hoogte was of had behoren te zijn, inzonderheid omdat die gewoonte bekend is in het land waar verweerster is gevestigd en/of gelet op de contractuele handelsbetrekkingen die verweerster met dezelfde partij en/of in de dezelfde sector heeft gehad.”