

de plaats van uitvoering van de overeenkomst wenden, wanneer de totstandkoming van de overeenkomst waarop de vordering is gebaseerd, tussen partijen in geschil is.

Bosco

O'Keeffe

Koopmans

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 4 maart 1982.

De griffier

De president van de Eerste kamer

P. Heim

G. Bosco

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL G. REISCHL
VAN 3 DECEMBER 1981 ¹

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd
of moet worden uitgevoerd”.

De zaak waarin ik heden conclusie neem, heeft betrekking op artikel 5, sub 1, van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, luidende 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

Het Bundesgericht vraagt thans of een eiser zich ook tot dit gerecht kan wenden, wanneer de totstandkoming van de overeenkomst waarop de vordering is gebaseerd tussen partijen in geschil is.

Verzoekster tot cassatie in het hoofdgeding is een in Italië gevestigde onderneming, die hijskranen vervaardigt. Deze werden in de Bondsrepubliek Duitsland verkocht door de firma Hydraulikkran te Böblingen, die blijkbaar in oktober 1974 failliet is gegaan. Om vast te stellen of de verkoop van een door verzoekster ontwikkeld apparaat inbreuk maakte op bestaande octrooirechten, moest een octrooigemachtigde in Duitsland een onderzoek verrichten. Volgens de verwij-

1 — Vertaald uit het Duits.

zingsbeschikking belastte de firma Hydraulikkran na overleg met verzoekster in het hoofdgeding verweerder in cassatie in deze zaak, een in de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde octrooigemachtigde, met dit onderzoek.

De octrooigemachtigde vordert thans zijn honorarium van de firma Effer en heeft haar daartoe in december 1974 voor een Duitse rechter gedaagd. De firma Effer nu bestrijdt, dat tussen haar en de octrooigemachtigde een overeenkomst tot stand gekomen is. Zij erkent de firma Hydraulikkran een opdracht te hebben verstrekt, doch betoogt dat deze niet gemachtigd was, verweerder in cassatie *in naam van* verzoekster in te schakelen; bovendien had Hydraulikkran een andere octrooigemachtigde met het gevraagde onderzoek belast. Verweerder in cassatie werd in eerste instantie door het Landgericht Frankfurt in het gelijk gesteld. Het Oberlandesgericht Frankfurt — VI. Zivilsenat — vernietigde dit vonnis echter, overwegende dat Duitse gerechten krachtens artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag weliswaar bevoegd waren, maar dat het Landgericht geen *relatieve* competentie bezat, en verwees de zaak, omdat het in wezen geen octrooigeschil betrof, naar het Landgericht Darmstadt. Effer werd echter ook door dit gerecht tot betaling veroordeeld en faalde in hoger beroep onder meer omdat ook het Oberlandesgericht Frankfurt — XIII. Zivilsenat — van oordeel was dat Duitse gerechten volgens genoemde bepaling van het Executieverdrag bevoegd waren, aangezien het voor deze bepaling niet ter zake doet of de *totstandkoming* van de overeenkomst waarop de vordering is gebaseerd, omstreden is.

Daarop stelde Effer cassatieberoep in bij het Bundesgerichtshof. Daar de zaak bij

het gerecht van de plaats van uitvoering van de overeenkomst aanhangig was gemaakt, stelde het BGH vast, dat de plaats van uitvoering naar Duits recht wordt bepaald, nu het relevante gedeelte van de overeenkomst op Duits recht duidde. Bij de overeenkomst met een octrooigemachtigde ging het daarom uit van één plaats van uitvoering, en wel daar, waar de diensten moesten worden verricht, namelijk de plaats van vestiging van de octrooigemachtigde. Gezien de opmerkingen van Effer stond het voor het Bundesgerichtshof echter niet vast, of een Duits gerecht inderdaad krachtens artikel 5, sub 1, Executieverdrag competent was of dat de vordering — aangezien niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 5, sub 1, Executieverdrag — in de plaats van vestiging van Effer had moeten worden ingesteld. Het heeft bij beschikking van 29 januari 1981 de procedure dan ook geschorst en het Hof van Justitie verzocht om een prejudiciële beslissing over de aan het begin vermelde vraag.

Alleen verzoekster tot cassatie in het hoofdgeding betoogt dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Alle andere partijen die in de procedure optreden, d.w.z. verweerster in cassatie in het hoofdgeding, de Commissie en de regering van het Verenigd Koninkrijk, menen dat zij bevestigend moet worden beantwoord.

Ik deel dit laatste standpunt. Het wordt ook in de literatuur verdedigd (zie Bülow-Böckstiegel, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Kommentar zum Vollstreckungsübereinkommen, blz. 57; Piltz, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach dem EuGVü, NJW 1981, blz. 1876; Spellenberg, Die Vereinbarung des Erfüllungsortes und Artikel 5 Nummer 1 des euro-

päischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1981, blz. 75 e.v.), terwijl ook enkele Duitse gerechten in die zin hebben beslist (Oberlandesgericht Bamberg, NJW 1977, blz. 505; Oberlandesgericht Hamm, Recht der Internationalen Wirtschaft, 1980, blz. 663).

Ik wil dit als volgt adstrueren:

1. Bezieet men eerst de *tekst* van artikel 5, sub 1, dan pleit stellig de in de aanhef geciteerde Duitse tekst ervoor, dat een geschil over het bestaan van een overeenkomst niet a priori de bevoegdheid van het gerecht van de plaats van de uitvoering van de overeenkomst uitsluit. De tekst in de andere talen, met name de Franse en Italiaanse, waarop verzoekster tot cassatie vooral is afgestaan en die uiteraard niet buiten beschouwing kan worden gelaten, is niet even duidelijk. Maar ik zie niet in, hoe de aldaar gebruikte formuleringen („en matière contractuelle”, „in materia contrattuale”) dwingend tot de conclusie moeten leiden dat de totstandkoming van een overeenkomst niet omstreden mag zijn en dat de rechterlijke bevoegdheid ingevolge artikel 5, sub 1, wegvalt, wanneer het bestaan van een overeenkomst in geschil is.

2. Een belangrijke indicatie voor de juistheid van een bevestigend antwoord kan stellig worden gevonden in het arrest van 14 december 1977 in zaak 73/77 (Sanders, Jurispr. 1977, blz. 2383, 2388 e.v.). In deze zaak ging het om de uitlegging van artikel 16, sub 1, Executieverdrag, dat luidt als volgt:

„Ongeacht de woonplaats zijn bij uitsluiting bevoegd:

1. ten aanzien van zakelijke rechten op huur en verhuur, pacht en verpachting van onroerende goederen: de gerechten van de verdragsluitende staat waar het onroerend goed gelegen is”.

Uit het feitenrelaas blijkt, dat destijds ook verschil van mening bestond over de vraag of eigenlijk wel een pachtovereenkomst tot stand gekomen was. Niettemin werd de toepasselijkheid van genoemde bepaling niet uitgesloten. Dit blijkt uit de r.o. 12-15, waarin onder meer staat:

„Deze overwegingen verklaren waarom ter zake van de huur van onroerende goederen in eigenlijke zin, dat wil zeggen met name bij *geschillen* tussen verhuurders en huurders over het *bestaan* of de uitlegging van *huurcontracten* of over het herstel van door de huurder veroorzaakte schade en over de ontruiming van het gehuurde, een uitsluitende bevoegdheid is toegekend aan de gerechten van het land waar het onroerend goed is gelegen”.

3. Zou men aannemen dat bij geschillen over het bestaan van een contractuele verhouding een beroep ex artikel 5, sub 1, Executieverdrag eo ipso uitgesloten was, dan zou deze bepaling door enkele betwisting zijdens verweerder evenzeer van haar werking worden beroofd als artikel 5, sub 3, betreffende de rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad, waar in de regel immers het verweer wordt gevoerd, dat hier juist geen sprake is van een onrechtmatige daad. Dit is zinloos en kan niet bedoeld zijn. Al moet worden erkend, dat artikel 5, sub 1, een uitzondering vormt op de algemene regel van artikel 2 — bevoegdheid van de gerechten in de woonplaats van verweerder — en dus niet ruim mag worden uitgelegd, toch kan zulks stellig niet leiden tot een

uitlegging waarbij aan een uitzonderingsbepaling praktisch ieder effect zou worden ontnomen.

4. Anderzijds kan bij een beroep op de competentieregeling van artikel 5, sub 1, Executieverdrag, van eiser moeilijk meer dan een gemotiveerd verzoekschrift worden verlangd. Ook de vertegenwoordiger van de Britse regering doelde kennelijk hierop, toen hij zei dat eiser te goeder trouw het bestaan van een contractuele verhouding moet stellen, op grond van feiten die voorshands voor het bestaan van een overeenkomst pleiten.

De Commissie heeft in dit verband terecht erop gewezen, dat een beroep op de bevoegdheidsvoorschriften van het Verdrag principieel niet onderworpen is aan vormvoorschriften of de naleving van minimumeisen met betrekking tot het bewijs en dat de in artikel 17 Executieverdrag voor het *aanwijzen* van de bevoegde rechter voorgeschreven schriftelijke vorm bepaald als een uitzondering moet worden beschouwd. Daarom werd ook in het arrest van 17 januari 1980 in zaak 56/79 (S. Zelger, Jurispr. 1980, blz. 89, i.h.b. blz. 97) overwogen, dat voor artikel 5, sub 1, kan worden volstaan met een vormvrije overeenkomst omtrent de plaats van uitvoering.

5. Tegen de stelling dat betwisting van het bestaan van een overeenkomst leidt tot onbevoegdheid van het gerecht van de plaats van uitvoering pleit voorts, dat een met een beroep op het Executieverdrag geadieerd gerecht — blijkens artikel 20 Executieverdrag — ambtshalve zijn bevoegdheid aan de bepalingen van dit Verdrag moet *toetsen* (zie het rapport-Jenard over artikel 19 Executieverdrag en Bülow-Böckstiegel, t.a.p., Anmerkung III zu Artikel 20). Dit kan slechts betekenen dat alle voor de gestelde bevoegdheid

voorgeschreven voorwaarden moeten worden onderzocht en dat ook een rechterlijke toetsing moet plaatsvinden. Hetzelfde geldt dus ook voor de vraag of er kan worden gesproken van een overeenkomst en dus van een overeengekomen plaats van uitvoering.

Daarbij is eigenlijk irrelevant of het onderzoek van de bevoegdheid geheel of gedeeltelijk samenvalt met het onderzoek naar de materiële gegrondheid van een vordering. Ook in andere gevallen valt niet uit te sluiten, dat het onderzoek van de feiten die ten grondslag liggen aan de bevoegdheid mede van belang is voor de beoordeling van de vordering. Men denke slechts aan het door de Commissie gegeven voorbeeld van een overeenkomst betreffende de bevoegde rechter in algemene handelsvoorwaarden, waar bij het onderzoek van de vraag of deze geldig tot stand gekomen is ook kan worden vooruitgelopen op kwesties inzake de vordering, daar in de algemene handelsvoorwaarden dikwijls ook andere punten worden geregeld. Anders zou men onderscheid maken, al naar gelang een afzonderlijke overeenkomst inzake de plaats van uitvoering is gesloten of niet, hetgeen moeilijk valt te rechtvaardigen. Voorts zou de opvatting, dat de bevoegdheid op grond van het Executieverdrag niet kan worden aangenomen wanneer het onderzoek van de bevoegdheid geheel of gedeeltelijk samenvalt met het onderzoek van aan de vordering ten grondslag liggende feiten, ook niet verenigbaar zijn met het — in het rapport-Jenard duidelijk tot uitdrukking gebrachte — beginsel van een ruime toepassing van het Executieverdrag.

Het is echter duidelijk dat de door de Commissie geschetste praktijk bij de rechters, om voor feiten die ten grondslag liggen aan de bevoegdheid geen bewijs te verlangen wanneer die feiten

tevens ten grondslag liggen aan de materiële vordering, niet verenigbaar is met de regels van het Verdrag, omdat daarin juist wordt voorgeschreven dat de rechter *ambtshalve* zijn bevoegdheid moet toetsen en derhalve eventueel moet overgaan tot een instructie ter vaststelling van zijn bevoegdheid.

6. Tenslotte mag niet uit het oog worden verloren, dat de door mij voorgestane uitlegging voor verweerders die voor buitenlandse gerechten kunnen worden gedaagd, geen al te zware belasting meebrengt. Zo biedt artikel 20, tweede alinea, Executieverdrag de verweerder de gelegenheid, zijn standpunt uiteen te zetten, door de bepaling dat de rechter verplicht is zijn uitspraak aan te

houden zolang niet vaststaat dat de verweerder in de gelegenheid is gesteld het stuk dat het geding inleidt, zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was, te ontvangen. Wanneer een verweerder voor een gerecht van een verdragsluitende staat wordt gedaagd waar hij niet zijn woonplaats heeft, is hij voorts niet gehouden daar te verschijnen en zich partij te stellen. Voor dit geval schrift artikel 20, eerste alinea, Executieverdrag voor dat de rechter ambtshalve zijn bevoegdheid moet toetsen. In dit verband kan dus niet worden aangenomen dat een beweerd feit door het niet-verschijnen van verweerder is erkend, doch moet van de eiser het volledige bewijs worden verlangd van de feiten waarop de bevoegdheid wordt gebaseerd (zie Bülow-Böckstiegel, t.a.p.).

7. Zonder dat ik nog behoef in te gaan op het door de Britse regering opgeworpen probleem, of een krachtens artikel 5, sub 1, Executieverdrag eerder terecht ingeroepen bevoegdheid ook blijft bestaan, wanneer de betwisting daarvan nadien gerechtvaardigd blijkt, concludeer ik mitsdien dat u de door het Bundesgerichtshof voorgelegde vraag beantwoorde als volgt:

Een eiser kan zich krachtens artikel 5, sub 1, Executieverdrag ook tot het gerecht van de plaats van uitvoering van de overeenkomst wenden, wanneer de totstandkoming van de overeenkomst, waarop de vordering is gebaseerd, tussen partijen in geschil is.