

ECLI:NL:GHDHA:2017:1120

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	25-04-2017
Datum publicatie	25-04-2017
Zaaknummer	200.177.212/01
Rechtsgebieden	Internationaal privaatrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Internationaal privaatrecht, Brussel I-Verordening (EEX). ‘Battle of forms’ algemene voorwaarden met forumkeuzebedingen. Kwalificatie gemengde overeenkomst binnen artikel 5 sub 1. Betaling op bankrekening als overeengekomen plaats van uitvoering?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR 2017/2217 NTHR 2017, afl. 4, p. 195

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

zaaknummer : 200.177.212/01

zaak-/rolnummer rechtbank : C/09/466668 / HA ZA 14-629

Arrest van 25 april 2017

in de zaak van

Silicon Stud Welding Products B.V.,

gevestigd te Wateringen,
appellante in het principale beroep, geïntimeerde in het voorwaardelijk incidentele beroep,
hierna te noemen: Silicon,
advocaat: mr. P. Rijpstra te Den Haag,

tegen

Marvo Feuerungs- und Industriebau GmbH,

gevestigd te Kerpen, Duitsland,
geïntimeerde in het principale beroep, appellante in het voorwaardelijk incidentele beroep,
hierna te noemen: Marvo,
advocaat: mr. O. Diels te Den Haag.

Het verloop van het geding

1. Bij exploit van 23 juni 2015 is Silicon in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank Den Haag, team handel, van 25 maart 2015, gewezen tussen Silicon en Silicon Refractory Anchoring Systems B.V. als eiseressen en Marvo als gedaagde. Bij memorie van grieven (met producties) heeft Silicon vier grieven tegen genoemd vonnis aangevoerd. Marvo heeft deze grieven bestreden bij memorie van antwoord alsmede voorwaardelijk incidenteel appel; in deze memorie heeft zij tevens in voorwaardelijk incidenteel beroep een grief tegen genoemd vonnis aangevoerd, voor het geval dat het hof tot het oordeel komt dat het vonnis (gedeeltelijk) vernietigd dient te worden. Silicon heeft deze incidentele grief bestreden bij memorie van antwoord in voorwaardelijk incidenteel appel. Ten slotte hebben partijen de stukken overgelegd en is arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

2. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken staat, voor zover in hoger beroep van belang, het volgende vast.

- 2.1. Silicon is een internationaal opererende leverancier van stiftlasmachines en -producten ten behoeve van de bouwindustrie. Tot haar dienstenpakket behoort de verhuur van stiftlasmachines met toebehoren en mankracht ten behoeve van de uitvoering van (las)werken voor de opdrachtgever.
- 2.2. Marvo is een internationaal opererende onderneming die zich toelegt op hoge-temperatuur-technologie in industriële processen in de industrie en installatiebouw.
- 2.3. In het kader van door Marvo in Antwerpen, België, uit te voeren werkzaamheden in een raffinaderij van Exxon/Esso, heeft Marvo Silicon verzocht om een prijsopgave voor de huur van stiftlasmachines met toebehoren en mankracht.
- 2.4. Silicon heeft op 4 september 2013 een offerte (*'Angebot'*) uitgebracht aan Marvo betreffende de (ver)huur van stiftlasmachines met toebehoren (*'rental service'*), en het ter beschikking stellen van mankracht daarvoor (*'labour services'*), en levering van onderdelen. Op deze offerte is onder meer

vermeld:

'Im Bezug auf Ihre Anfrage, freuen wir uns, Ihnen folgendes Angebot einreichen zu dürfen, welches unseren allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegt: (...)

(...)

Für alle unsere Angebote, für alle unsere Aufträge und für alle mit uns abgeschlossenen Verträge kommen die METAALUNIE-BEDINGUNGEN zur Anwendung, wie diese bei der Geschäftsstelle des Landgerichts in Rotterdam deponiert worden sind, dabei gilt der Wortlaut des letzten dort hinterlegten Textes. Die Lieferbedingungen werden Ihnen auf Anforderung zugeschickt.'

2.5. De in de offerte genoemde Metaalunievoorwaarden werden niet aan Marvo ter hand gesteld, maar waren wel te raadplegen op de website van Silicon. Deze voorwaarden bevatten een rechtskeuze voor Nederlands recht met uitsluiting van het Weens Koopverdrag (artikel 20.1 en 20.2) en een forumkeuze voor de Nederlandse rechter van de vestigingsplaats van de opdrachtnemer (artikel 20.3).

2.6. Marvo heeft vervolgens op 17 september 2013 een gedetailleerde bestelling ('Bestellung') aan Silicon gezonden. Daarin stond onder meer vermeld:

'Lieferung: DDP ICC 2010 – B-2030 Antwerpen.

Frachtkosten werden in einer separaten Position ausgewiesen.

Versand: wird durch Sie organisiert

(...)

Auftragsbestätigung: (...). Als Auftragsbestätigung kann aus organisatorischen Gründen nur die Gegenzeichnung der Vorliegenden Bestellung akzeptiert werden. Sollten Auftragsbestätigungen nicht bis spätestens 5 Werktage nach Bestelldatum beim Auftraggeber einlangen, so ist dieser berechtigt, vom Auftrag zurückzutreten.

(...)

Soweit im Beleg nichts Abweichendes oder Ergänzendes vereinbart wird, gelten unsere "Allgemeinen Einkaufsbedingungen" Version 03 vom 01.04.2003, die wir der Bestellung beifügen.'

2.7. Bedoelde inkoopvoorwaarden van Marvo zijn daarbij meegezonden, en bevatten in artikel 6 een rechtskeuze voor 'das Sachrecht des Landes unseres Geschäftssitzes' met uitsluiting van het Weens Koopverdrag, en een forumkeuze voor de rechter van de vestigingsplaats van Marvo ('das sachlich zuständige Gericht an unserem Geschäftssitz').

2.8. Silicon heeft de opdracht op 18 september 2013 bevestigd, niet door ondertekening van de bestelling ('Gegenzeichnung der Vorliegenden Bestellung') maar door middel van een eigen brief van die datum met specificaties ('Auftragsbestätigung'). In deze brief wordt onder meer vermeld:

'Wir danken Ihnen für Ihre Auftrag und bestätigen hiermit die bestellte Produkten und Lieferwünschen. Bitte melden Sie sofort wenn diese bestätigung nicht genau an Ihre Bestellung conformiert.'

Op p. 1 wordt als 'Lieferadresse' de Esso raffinaderij in Antwerpen genoemd, op p. 6 staat 'Lieferung: Ex Works' vermeld. Voorts is de hiervoor onder 2.4 geciteerde verwijzing naar de Metaalunievoorwaarden opgenomen.

2.9. Silicon heeft in oktober 2013 de werkzaamheden uitgevoerd.

2.10. Op 7 november 2013 heeft Silicon een factuur ('*Rechnung*') gestuurd ten bedrage van € 138.949,27.

2.11. Op 26 maart 2014 heeft Marvo aan Silicon een bedrag van € 80.105,05 voldaan. Het resterende bedrag heeft zij ondanks aanmaning en ingebrekestelling niet betaald.

3. In eerste aanleg heeft Silicon bij inleidende dagvaarding van 2 mei 2014 gevorderd – kort gezegd – Marvo te veroordelen aan Silicon een bedrag van in totaal € 69.546,57 te betalen, vermeerderd met de contractuele verpagingsrente op de voet van artikel 17.6 van de Metaalunievoorwaarden, althans de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW, vanaf 26 maart 2014, met (na)kosten. Marvo heeft primair de bevoegdheid van de Nederlandse rechter betwist, en subsidiair inhoudelijk verweer gevoerd.

4. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank zich onbevoegd verklaard van de vordering van Silicon kennis te nemen. Kort gezegd oordeelde zij dat de bevoegdheid moet worden beoordeeld aan de hand van Verordening (EG) nr. 44/2001, en dat onder de vigeur van deze verordening

- i) de onder 2.4 genoemde forumkeuze in de Metaalunievoorwaarden niet kan worden aangenomen reeds omdat niet is gebleken dat Silicon deze voorwaarden op zodanige wijze aan Marvo heeft medegedeeld dat zij de daarin opgenomen forumkeuze kende of heeft kunnen kennen (overweging 2.6),
- ii) de onder 2.7 genoemde forumkeuze in de inkoopvoorwaarden van Marvo evenmin kan worden aangenomen omdat Silicon expliciet noch impliciet de toepasselijkheid van deze voorwaarden heeft aanvaard (overweging 2.7), en
- iii) artikel 5 sub 1 onder b geen bevoegdheid voor de Nederlandse rechter verschaft nu het gaat om een overeenkomst voor de verstrekking van diensten in Antwerpen.

5. In hoger beroep betoogt Silicon dat de Nederlandse rechter wel bevoegd is van haar vordering kennis te nemen en vordert zij dat het hof het bestreden vonnis vernietigt en opnieuw rechtdoende, kort gezegd, primair de zaak terugverwijst naar de rechtbank teneinde voort te procederen, subsidiair voor recht verklaart dat de Nederlandse rechter bevoegd is en haar inleidende vordering toewijst, met veroordeling van Marvo in de kosten van beide instanties.

6. In voorwaardelijk incidenteel beroep – ingesteld voor het geval dat het hof tot het oordeel komt dat het vonnis (gedeeltelijk) moet worden vernietigd – keert Marvo zich tegen het hiervoor onder 4(ii) genoemde oordeel, en vordert zij dat het hof het bestreden vonnis op dat punt vernietigt en opnieuw rechtdoende oordeelt dat de Duitse rechter bevoegd is op grond van forumkeuze, met bekrachtiging van het vonnis voor het overige, met veroordeling van Silicon in de kosten van de procedure.

Brussel I-Verordening

7. De internationale bevoegdheid moet worden vastgesteld aan de hand van de te dezen toepasselijke Brussel I-Verordening.¹

Forumkeuze

Battle of forms; wilsovereenstemming

8. In de eerste plaats is de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is op grond van forumkeuze. Volgens Silicon is dat het geval gelet op de forumkeuze in de Metaalunievoorwaarden (zie onder 2.4). Marvo betoogt daarentegen dat de Duitse rechter bevoegd is op grond van de forumkeuze in haar algemene voorwaarden (zie onder 2.7). Er is dus sprake van een zogeheten *battle of forms* met forumkeuzes: bij aanbod en aanvaarding verwijzen de contractspartijen ieder naar de eigen algemene voorwaarden, waarbij in beide algemene voorwaarden een forumkeuzebeding is opgenomen en deze bedingen gerechten in verschillende landen bevoegd verklaren. In de onderhavige procedure hebben partijen de forumkeuze-problematiek niet (duidelijk) in de sleutel van de *battle of forms* geplaatst.

9. In dit verband is, gelet op de woonplaats van partijen en op de gekozen gerechten, de regeling van artikel 23 Brussel I-Verordening van toepassing.

In de onderhavige zaak, waarin een *battle of forms* aan de orde is, rijst in de eerste plaats evenwel de vraag of in die situatie primair aan de hand van artikel 23 moet worden bepaald of sprake is van een geldige forumkeuze, of dat eerst overeenkomstig het toepasselijke recht moet worden vastgesteld welke algemene voorwaarden van toepassing zijn, en dus welk forumkeuzebeding aan de orde is, waarna vervolgens aan de hand van artikel 23 moet worden bepaald of sprake is van een geldige forumkeuze. In rechtspraak en literatuur wordt hierover verschillend gedacht.

Naar het oordeel van het hof kan uit het recente arrest *Höszig* van het Hof van Justitie EU worden afgeleid dat primair aan de hand van artikel 23 moet worden bepaald of sprake is van een geldige forumkeuze.² In dat arrest stelt het Hof immers artikel 23 voorop, en volgde het niet de benadering van de verwijzende rechter, volgens wie eerst aan de hand van het toepasselijke recht moest worden vastgesteld of de desbetreffende algemene voorwaarden een integrerend deel vormen van het tussen partijen overeengekomen contractuele geheel, en – zo ja – vervolgens of het in die algemene voorwaarden opgenomen forumkeuzebeding voldoet aan de vereisten van artikel 23 lid 1.³

10. De vraag is dan vervolgens hoe een *battle of forms* onder de vigeur van artikel 23 moet worden beslecht.

11. In genoemd arrest *Höszig* heeft het Hof van Justitie EU zijn vaste rechtspraak over artikel 23 bevestigd en verduidelijkt. Die komt er op neer dat artikel 23 lid 1 voornamelijk vormvereisten bevat (onder a, b en c) en één materiële voorwaarde (een 'bepaalde rechtsbetrekking'), en dat daarnaast de daadwerkelijke instemming van de betrokkenen is vereist: de aangezochte rechter moet nagaan of het forumkeuzebeding daadwerkelijk het voorwerp is geweest van wilsovereenstemming tussen partijen, die duidelijk en nauwkeurig tot uiting moet komen. Het vereiste van daadwerkelijke instemming wordt gerechtvaardigd door het streven de zwakste partij bij de overeenkomst te beschermen door te voorkomen dat een partij ongemerkt een forumkeuzebeding in de overeenkomst opneemt.

Het hof heeft daarbij overwogen dat het bestaan van een 'overeenkomst' tussen partijen in de zin van artikel 23 lid 1 kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat aan de vormvereisten van die bepaling is voldaan.

Voorts heeft het Hof zich, onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak, uitgelaten over een forumkeuzebeding in algemene voorwaarden. Een dergelijk beding is geldig indien

- i) in de tekst zelf van de door beide partijen ondertekende overeenkomst uitdrukkelijk wordt verwezen naar de algemene voorwaarden die dit beding bevatten,
- ii) deze uitdrukkelijke verwijzing door een partij bij betrachting van een normale zorgvuldigheid kan

worden nagegaan, en

- iii) vaststaat dat de algemene voorwaarden, met daarin het forumkeuzebeding, daadwerkelijk aan de andere contractpartij zijn meegedeeld.

In *Höszig* zaak was evenwel niet, zoals in de onderhavige zaak, sprake van een *battle of forms*-situatie.

12. Naar het oordeel van dit hof moet in geval van een *battle of forms* met forumkeuzebedingen in beginsel worden aangenomen dat artikel 23 geen bevoegdheid verschaft omdat er geen wilsovereenstemming tussen partijen tot stand gekomen is over een forumkeuze (de zogeheten 'knock-out'-benadering).⁴ Er is dus niet voldaan aan het vereiste van daadwerkelijke instemming van de betrokkenen.

13. In de onderhavige zaak is dit het geval: er kan geen wilsovereenstemming over een forumkeuze worden aangenomen. Silicon stond immers steeds een forumkeuze voor de Nederlandse rechter voor ogen (door verwijzing naar de Metaalunievoorwaarden, houdende die forumkeuze, in haar offerte van 4 september 2013 en in haar opdrachtbevestiging van 18 september 2013), terwijl Marvo een forumkeuze voor de Duitse rechter voor ogen stond (door verwijzing naar haar algemene voorwaarden, houdende die forumkeuze, in haar bestelling van 17 september 2013). Niet gesteld of gebleken is dat een van partijen op enig moment de (forumkeuze in de) algemene voorwaarden van de ander uitdrukkelijk heeft afgewezen of daarmee akkoord is gegaan. Ook de mededeling van Silicon in haar opdrachtbevestiging van 18 september 2013 over de 'Lieferwünschen' van Marvo ('*Wir danken Ihnen für Ihre Auftrag und bestätigen hiermit die bestellte Produkten und Lieferwünschen.*') kan niet worden beschouwd als instemming met de in de algemene voorwaarden van Marvo opgenomen forumkeuze voor de Duitse rechter, te meer nu Silicon in dezelfde brief verwijst naar de Metaalunievoorwaarden houdende een andere forumkeuze. Dit forumkeuzebeding is aldus niet daadwerkelijk het voorwerp geweest van duidelijk en nauwkeurig tot uiting gekomen wilsovereenstemming tussen partijen.

14. De Nederlandse rechter is dus niet bevoegd op grond van artikel 23 Brussel I-Verordening.

Vormvereisten

15. Daarbij overweegt het hof voorts dat ook niet is voldaan aan de vormvereisten van artikel 23 lid 1.

16. Ten aanzien van artikel 23 lid 1 onder a overweegt het hof als volgt.

16.1. In dit verband merkt het hof onder verwijzing naar eerdergenoemd *Höszig*-arrest op dat een door beide partijen ondertekende overeenkomst, in de tekst waarvan uitdrukkelijk wordt verwezen naar algemene voorwaarden die een forumkeuzebeding bevatten, ontbreekt. Wat betreft het forumkeuzebeding waar Silicon zich op beroept, overweegt het hof voorts dat niet is komen vast te staan dat haar algemene voorwaarden, met daarin het forumkeuzebeding, daadwerkelijk aan Marvo zijn meegedeeld. Daarvoor is naar het oordeel van het hof niet toereikend dat deze voorwaarden op de website van Silicon konden worden geraadpleegd of dat zij op verzoek hadden kunnen worden toegezonden.

16.2. Aan artikel 23 lid 1 onder a is dus niet voldaan.

17. Ten aanzien van artikel 23 lid 1 onder b overweegt het hof als volgt.

- 17.1. Silicon beroept zich in hoger beroep op deze bepaling. Zij stelt dat sprake is van een lopende handelsbetrekking tussen partijen waarbij in (het kader van) eerdere overeenkomsten steeds is verwezen naar de Metaalunievoorwaarden, zodat op grond daarvan de forumkeuze in deze voorwaarden geldt.
- 17.2. Artikel 23 lid 1 onder b spreekt over 'een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn geworden'. Daaronder is te begrijpen het geval dat, indien partijen regelmatig zaken met elkaar doen (waardoor sprake is van een lopende handelsbetrekking) en zij hun relatie steeds hebben geregeld op grond van algemene voorwaarden van de ene partij waarin een forumkeuze is opgenomen welke voorwaarden deze aan de andere partij heeft meegedeeld, deze laatste partij daardoor is gebonden, ook al heeft zij op die mededeling niet uitdrukkelijk gereageerd.
- 17.3. In dit verband is onder meer vereist dat in het kader van de lopende handelsbetrekking de algemene voorwaarden van Silicon aan Marvo zijn medegedeeld, en wel op een zodanige wijze dat Marvo het forumkeuzebeding kende of heeft kunnen kennen, waarbij het op de weg van Silicon ligt, te stellen en zo nodig te bewijzen dat de mededeling op een zodanige wijze heeft plaatsgevonden dat Marvo het forumkeuzebeding kende of heeft kunnen kennen.⁵
- 17.4. Silicon heeft echter niet gesteld – en Marvo heeft betwist – dat zij in het kader van eerdere overeenkomsten tussen partijen de Metaalunievoorwaarden ook daadwerkelijk aan Marvo heeft medegedeeld, en dat dat op een zodanige wijze is gebeurd dat Marvo het forumkeuzebeding kende of heeft kunnen kennen. Zo heeft Silicon bijvoorbeeld niet gesteld dat bij de verwijzingen naar deze voorwaarden is vermeld dat een forumkeuzebeding daarvan deel uitmaakt noch dat deze voorwaarden op de achterzijde van haar correspondentie zijn vermeld. Voorts heeft Silicon wel erkend dat deze voorwaarden niet in *hard copy* aan Marvo ter hand zijn gesteld. Dat de Metaalunievoorwaarden op de website van Silicon konden worden geraadpleegd of dat zij op verzoek hadden kunnen worden toegezonden, is naar het oordeel van het hof niet toereikend. Dat voorkomt immers niet dat het forumkeuzebeding ongemerkt in de overeenkomst is opgenomen en waarborgt dus niet dat Marvo daar daadwerkelijk mee heeft ingestemd.
- 17.5. Bijgevolg is niet komen vast te staan dat Silicon de Metaalunievoorwaarden aan Marvo heeft medegedeeld op een zodanige wijze dat Marvo het forumkeuzebeding kende of heeft kunnen kennen.
- 17.6. Daar komt nog bij dat Silicon slechts één eerdere overeenkomst tussen partijen ten bewijze heeft aangedragen (productie 18 bij memorie van grieven; de andere door haar gestelde overeenkomsten betreffen gelieerde ondernemingen). Dat is naar het oordeel van het hof niet voldoende om te kunnen spreken van spreken over (een lopende handelsbetrekking en) een 'tussen partijen gebruikelijke handelwijze'.⁶
- 17.7. Aan artikel 23 lid 1 onder b is dus niet voldaan.

18. Ten aanzien van artikel 23 lid 1 onder c overweegt het hof als volgt.

- 18.1. Voor zover Silicon een beroep heeft gedaan op deze bepaling, heeft zij dat beroep onvoldoende onderbouwd. Marvo heeft daarnaast ook betwist dat deze bepaling toepassing kan vinden in het onderhavige geval.
- 18.2. Aan artikel 23 lid 1 onder c is dus niet voldaan.

Slotsom forumkeuze

19. Uit het voorgaande volgt de Nederlandse rechter in dezen geen bevoegdheid kan ontlennen aan artikel 23 Brussel I-Verordening. Grief 1 faalt en de (overigens voorwaardelijk ingestelde) incidentele grief kan niet slagen.

Artikel 5 sub 1

20. Vervolgens is de vraag aan de orde of de Nederlandse rechter bevoegdheid kan ontlennen aan artikel 5 sub 1 Brussel I-Verordening, nu de vordering van Silicon betrekking heeft op verbintenissen uit overeenkomst.

21. Daarbij rijst de vraag hoe de overeenkomst tussen Silicon en Marvo moet worden gekwalificeerd in het kader van artikel 5 sub 1. Het gaat om een gemengde overeenkomst: zij omvat, zo is in confesso, drie elementen, te weten (i) koop en verkoop van roerende zaken, zoals bouthouders en platen, (ii) huur en verhuur van machines zoals stiftlasmachines ('rental services'), en (iii) verrichten van diensten, namelijk laswerkzaamheden door personeel van Silicon ('labour services' waaronder 'welding labour work').

22. Naar het hof begrijpt stelt Silicon zich in hoger beroep op het standpunt dat elementen (i) en (ii) het kenmerkende deel van de overeenkomst vormen en dat partijen dienaangaande de incoterm 'Ex Works' zijn overeengekomen, zodat de plaats van levering onder deze overeenkomst Wateringen is en de Nederlandse c.q. Haagse rechter bevoegd is op grond van artikel 5 sub 1 (grief 2). Subsidiair, voor het geval element (iii) als het kenmerkende deel van de overeenkomst moet worden aangemerkt, betoogt Silicon kort gezegd dat de Nederlandse rechter bevoegd is op grond van artikel 5 sub 1 onder b en de 'Ex Works' clause, dan wel op grond van artikel 5 sub 1 onder a, nu betaling, zijnde de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, volgens het toepasselijke Nederlandse recht moet worden gedaan in Wateringen (grief 3).

23. Het hof overweegt als volgt.

24. De drie elementen vallen, ieder op zichzelf beschouwd, onder verschillende bepalingen van artikel 5 sub 1. Element (i) valt, op zichzelf beschouwd, onder artikel 5 sub 1 onder b, eerste streepje ('koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken'). Element (ii), zo moet worden aangenomen, valt onder de bepaling onder a.z Element (iii) valt onder de bepaling onder b, tweede streepje ('verstrekking van diensten'), zie ook onder 29.

25. In het *Car Trim* arrest heeft het Hof van Justitie EU bepaald dat voor de kwalificatie van een overeenkomst binnen artikel 5 sub 1 onder b moet worden uitgegaan van de 'kenmerkende verbintenis' van de overeenkomst.³ Het ging in die zaak om een overeenkomst met koop en dienstverstrekking als elementen. De onderhavige zaak wijkt daar in zoverre van af dat de overeenkomst tussen Silicon en Marvo daarnaast ook nog een element huur omvat (element (ii)), dat buiten het toepassingsgebied van de bepaling onder b valt. Denkbaar is dat in zo'n geval in zoverre of geheel moet worden teruggevallen op de bepaling onder a. Naar het oordeel van dit hof moet echter, ook in zo'n geval, de *Car Trim* benadering worden toegepast: onderzocht moet dus worden wat de kenmerkende verbintenis van de overeenkomst is; die verbintenis is vervolgens bepalend voor de kwalificatie binnen artikel 5 sub 1 (onder a en b).

26. De kenmerkende verbintenis van de onderhavige overeenkomst is naar het oordeel van het hof de levering van diensten c.q. laswerkzaamheden (element (iii)).

27. De reden voor Marvo om met Silicon te contracteren was immers dat bepaalde vuurvaste ankers moesten worden gelast in de raffinaderij in Antwerpen; Silicon produceert dergelijke ankers en zij heeft de specifieke apparatuur en de geschoolde mensen om die ankers te kunnen lassen (dat

behoort, in de woorden van Silicon, 'tot haar dienstenpakket'). Doel en strekking van de overeenkomst is dus primair het uitvoeren van die laswerkzaamheden.

28. Daarnaast vormen de laswerkzaamheden ook in economisch opzicht het preponderante element van de overeenkomst. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de factuur van Silicon van 7 november 2013, waarin de personeelskosten voor de laswerkzaamheden bijna 85% van het eindbedrag vormen (€ 116.980,- van € 138.949,27). Het blijkt ook uit de opdrachtbevestiging van 18 september 2013, die volgens Silicon in dit verband bepalend is. Silicon stelt dat de personeelskosten voor de laswerkzaamheden slechts een klein deel vormen van het daarin opgenomen totaalbedrag; zij stelt dat elementen (i) en (ii) een bedrag van € 17.855,- vertegenwoordigen van het totaalbedrag van € 18.972,17, zodat het resterende bedrag (de laswerkzaamheden, elementen (iii)) niet het kenmerkende deel van de overeenkomst is. Dat betoog gaat er echter aan voorbij dat de personeelskosten in de opdrachtbevestiging zijn opgenomen als nacalculatiepost, en dat daarbij wordt vermeld, net als in Silicon's aanbod van 4 september 2013, dat het gaat om een project met werkzaamheden die naar schatting drie weken duren waarbij wordt uitgegaan van drie personen per *day shift*, drie personen per *night shift* en een opzichter. Tegen die achtergrond, en gelet op de uurtarieven, moeten partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst wel zijn uitgegaan van een veel hoger bedrag voor personeelskosten dan (€ 18.972,17 - € 17.855,- =) € 1.117,17 of dan € 17.855,-. Silicon heeft in dit verband ook niet onderbouwd welk bedrag dan wel aan personeelskosten zou zijn overeengekomen, terwijl zij in haar eindfactuur daarvoor, als gezegd, € 116.980,- in rekening heeft gebracht, en Marvo daarvoor een bedrag van (€ 80.105,05 - € 17.855,- =) € 62.250,05 heeft betaald. Tezamen genomen blijkt dus ook uit de opdrachtbevestiging dat de personeelskosten voor de laswerkzaamheden de grootste economische waarde vormen binnen de overeenkomst.

29. Het verrichten van de onderhavige laswerkzaamheden tegen vergoeding moet – zo is overigens ook niet in geschil tussen partijen – onder de vigeur van artikel 5 sub 1 worden gekwalificeerd als 'dienst' als bedoeld in de bepaling onder b, tweede streepje. Het begrip 'diensten' in de zin van deze bepaling houdt immers op zijn minst in dat de partij die ze verstrekt, tegen vergoeding een bepaalde activiteit verricht.²

30. De plaats waar deze dienst volgens de overeenkomst werd verstrekt is (de raffinaderij van Exxon te) Antwerpen, België. Deze '*project location*' wordt onder meer ook vermeld in het aanbod en de opdrachtbevestiging van Silicon (ook als '*Lieferadresse*').

31. Voor zover Silicon betoogt dat de incoterm 'Ex Works' meebrengt dat Wateringen als plaats van uitvoering moet worden aangemerkt, faalt dit betoog. Daargelaten of deze incoterm ook is overeengekomen (volgens Marvo is de incoterm 'DDP' overeengekomen, zie onder 2.6), ziet deze incoterm niet op de inzet van personeel.

32. Voor zover Silicon zou hebben betoogd dat partijen ten aanzien van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt (betaling) een andere plaats van uitvoering zijn overeengekomen ('tenzij anders is overeengekomen'), heeft zij die stelling onvoldoende onderbouwd. Dat volgens Silicon moest worden betaald door overboeking op haar Nederlandse bankrekening is naar het oordeel van het hof daartoe niet toereikend. Vereist is immers dat partijen in hun overeenkomst een clausule hebben ingelast om de plaats van uitvoering van de desbetreffende verbintenis in onderlinge overeenstemming vast te leggen (vgl. eerdergenoemd arrest *Car Trim*).

33. Uit het voorgaande volgt dat de Nederlandse rechter ook geen bevoegdheid kan ontleen aan artikel 5 sub 1 Brussel I-Verordening. Grieven 2 en 3 falen.

Slotsom

34. De slotsom is dat de Nederlandse rechter niet op grond van artikel 23 of artikel 5 sub 1 Brussel I-Verordening bevoegd is om van de vordering van Silicon kennis te nemen. Evenmin kan hij aan een andere bevoegdheidsgrond uit die verordening bevoegdheid ontleen. Het betoog van Silicon op concentratie van geschillen (stellende dat haar vordering nauw samenhangt met de vordering van Silicon Refractory Anchoring Systems B.V. tegen Marvo, dat de rechtbank zich ten aanzien van die vordering wel bevoegd heeft verklaard, en dat deze beide vorderingen daarom gezamenlijk behandeld moeten worden) vindt geen steun in de Brussel I-Verordening.

35. De Nederlandse rechter is dus niet bevoegd om van de vordering van Silicon kennis te nemen. Ook (veeg)grief 4 faalt. Het hof zal het bestreden vonnis dus bekrachtigen.

36. Silicon zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. De proceskostenveroordeling zal uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard, zoals door Marvo gevorderd.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 25 maart 2015;
- veroordeelt Silicon in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Marvo tot op heden begroot op € 1.937,- aan griffierechten en € 1.631,- aan salaris advocaat, te vermeerderen met de nakosten van € 131,-, vermeerderd met € 68,- indien betekening noodzakelijk blijkt te zijn;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. S.J. Schaafsma, M.Y. Bonneur en P.H. Blok en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 25 april 2017 in aanwezigheid van de griffier.

¹ Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1 ('Brussel I-Verordening' of 'EEX-Verordening').

² HvJ EU 7 juli 2016, C-222/15, ECLI:EU:C:2016:525 (Höszig).

³ Rov. 24-25, 27, 50-52.

⁴ Vgl. ook onder meer: J.P. Verheul, *Rechtsmacht in het Nederlandse IPR I*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1982, p. 98; R. Geimer in R. Reimer & A. Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, München: Beck 2004, p. 386; T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2007, p. 191; P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, p. 444-445; A. Dickinson & E. Lein (red.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford: OUP 2015, p. 289; P. Mankowski in: Rauscher (red.) *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Band I, Brüssel Ia-Verordnung*, Keulen: Schmidt 2015, p. 747; U. Magnus in: U. Magnus & P. Mankowski (red.), *Brussels I bis Regulation*, Keulen: Schmidt 2016, p. 640.

⁵ HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8689 (Demerara II).

⁶ Zie ook Hof Den Haag 10 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW0671 (Dunavirag).

⁷ Vgl. Hof Den Haag 14 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO8153, *NJF* 2011/36.

⁸ Vgl. HvJ EU 25 februari 2010, C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90 (Car Trim/KeySafety Systems); HvJ EU 14 juli 2016, C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559 (Granarolo).

⁹ HvJ EU 19 december 2013, C-9/12, ECLI:EU:C:2013:860 (Corman-Collins/La Maison du Whisky). Vgl. wat betreft aanneming van werk ook P. Mankowski in: U. Magnus & P. Mankowski (red.), *Brussels I bis Regulation*, Keulen: Schmidt 2016, p. 201-203, alsmede HvJ EU 25 februari 2010, C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90 (Car Trim/KeySafety Systems).
