

# ECLI:NL:GHSHE:2015:3797

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	29-09-2015
Datum publicatie	30-09-2015
Zaaknummer	HD 200.164.623_01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	bevoegdheid Nederlandse rechter, art. 23 EEX-Vo, art. 5 lid 1 sub b, Weens Koopverdrag
Wetsverwijzingen	<a href="#">Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken 5, geldigheid: 2015-09-30</a>
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NTHR 2015, afl. 6, p. 317

## Uitspraak

### GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer HD 200.164.623/01

### arrest van 29 september 2015

in de zaak van

**Gebrüder [Gebrüder] GmbH&CO.KG [firmanaam],**

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

appellante,

hierna aan te duiden als [appellante] ,

advocaat: mr. J.F.M.J. Mathijssen te Amsterdam,

tegen

**[geintimeerde] Machine-en Transportwerktuigenfabriek [vestigingsnaam] B.V.,**

gevestigd te [vestigingsnaam] ,  
geïntimeerde,  
hierna aan te duiden als [geïntimeerde] ,  
advocaat: mr. E.H.H. Schelhaas te 's-Hertogenbosch,

op het bij exploit van dagvaarding van 4 februari 2015 ingeleide hoger beroep van het vonnis in incident van de rechtbank Oost-Brabant, locatie 's-Hertogenbosch, van 10 december 2014, gewezen tussen [appellante] als gedaagde in de hoofdzaak, eiseres in het incident en [geïntimeerde] als eiseres in de hoofdzaak, verweerster in het incident.

## **1 Het geding in eerste aanleg (zaaknr. C/01/251200/HA ZA 12-733)**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis, de daaraan voorafgegane tussenvonnissen van 23 januari 2013 en 30 oktober 2013 en het vonnis in incident van 14 januari 2015 (waarbij tussentijds hoger beroep van het vonnis in incident van 10 december 2014 werd opengesteld).

## **2 Het geding in hoger beroep**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven;
- de memorie van antwoord;

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg. Van de tot deze laatste stukken behorende incidentele conclusie van onbevoegdheid is in hoger beroep een onvolledig exemplaar overgelegd. Van die conclusie ontbreekt pagina 4.

## **3 De beoordeling**

3.1.1. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende:

- a. [geïntimeerde] is een in Nederland ( [vestigingsplaats] ) gevestigd bedrijf dat onder meer transportlijnen produceert die bestemd zijn voor het interne transport van producten en verpakkingsmiddelen.
- b. [appellante] is een in Duitsland ( [vestigingsplaats] ) gevestigd bedrijf dat machines en productielijnen ontwikkelt, onder meer op het gebied van verpakkingen.
- c. [geïntimeerde] heeft in mei en juni 2011 een drietal transportbanden aan [appellante] geleverd ten behoeve van een opdracht van Favor Metal Packaging (verder: Favor) aan [appellante] tot levering van een productielijn voor spuitbussen voor de productieinrichting van Favor in [vestigingsplaats]

(Oekraïne).

- d. Tussen [geintimeerde] en [appellante] was onder meer een koopprijs van € 95.000,= overeengekomen waarvan [appellante] een eerste termijn van € 28.500,= heeft betaald en het restant (€ 66.500,=) onbetaald heeft gelaten.
- e. [geintimeerde] heeft [appellante] in eerste aanleg doen dagvaarden voor de rechtbank 's-Hertogenbosch (thans: rechtbank Oost-Brabant). [geintimeerde] vorderde van [appellante] voormeld bedrag van € 66.500,=, te vermeerderen met primair contractuele rente en subsidiair wettelijke handelsrente van art. 6:119a BW, en een bedrag van € 6.131,60 ter vergoeding van buitengerechtigde kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente van art. 6:119 BW.
- f. [appellante] heeft zich vervolgens beroepen op onbevoegdheid van de Nederlandse rechter om van de vordering kennis te nemen.
- g. De rechtbank heeft na een bewijsopdracht aan [geintimeerde] en het horen van door beide partijen voorgebrachte getuigen bij het vonnis in incident van 10 december 2014 het beroep van [appellante] op onbevoegdheid van de Nederlandse rechter verworpen.

3.1.2. [appellante] heeft tegen het vonnis in incident van 10 december 2014 vijf grieven aangevoerd. Grief 5 is een zogenaamde veeggrief inhoudende dat [appellante] met de andere grieven het geschil tussen partijen omtrent de rechtsmacht in volle omvang aan het hof beoogt voor te leggen. Met een dergelijke grief kan echter niet worden bewerkstelligd dat door een appellant andere dan in de grieven omliggende bezwaren in hoger beroep aan de orde worden gesteld. Nu [appellante] het tussenvonnis van 23 januari 2013 niet in het hoger beroep heeft betrokken en tegen dat tussenvonnis geen grieven heeft gericht, staat met het door [appellante] ingestelde hoger beroep – behoudens de werking van de openbare orde en de devolutieve werking van het appel binnen het door de grieven omsloten gebied - in dit hoger alleen nog het oordeel van de rechtbank ter discussie dat [geintimeerde] geslaagd is in het haar bij het tussenvonnis van 23 januari 2013 opgedragen bewijs en dat de Nederlandse rechter daarom bevoegdheid toekomt op grond van het bepaalde in art. 5 lid 1 sub a van de Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen (EEX-Vo). Eerst indien een of meer van de door [appellante] tegen dat oordeel aangevoerde grieven zou(den) slagen, komt krachtens de devolutieve werking van het appel de door [geintimeerde] primair gestelde, door de rechtbank in het tussenvonnis van 23 januari 2013 verworpen, grondslag voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter opnieuw aan de orde. Het hof zal de primaire grondslag niettemin al direct betrekken bij de hieronder te bespreken vraag of de Nederlandse rechter bevoegdheid toekomt.

3.2.1. Naar de rechtbank in het tussenvonnis in het incident terecht overwoog, dient in deze zaak voor de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is, de EEX-Vo tot uitgangspunt te worden genomen, aangezien het hier gaat om een geschil betreffende een handelszaak als bedoeld in artikel 1 van voormelde verordening en beide partijen gevestigd zijn in een lidstaat van de EU. De rechtsvordering in eerste aanleg is verder ingesteld vóór 10 januari 2015. Dit betekent dat ingevolge artikel 66 lid 2 Brussel I-bis Vo (Herschikte EEX-Vo, als vanaf 10 januari 2015 van toepassing, zie artikel 81 van genoemde verordening) de EEX-Vo van toepassing blijft, ook op het na 10 januari 2015 ingestelde hoger beroep van de beslissing van de rechtbank van 10 december 2014.

Het hoger beroep betreft immers *“een beslissing gegeven inzake rechtsvorderingen die zijn ingesteld vóór 10 januari 2015 en die onder die verordening [hof : zijnde de EEX-Vo] vallen”* als bedoeld in artikel 66 lid 2 voornoemd.

3.2.2. [geintimeerde] stelt primair dat de Nederlandse rechter bevoegdheid toekomt op grond van het forumkeuzebeding in art. 16.3 van haar Algemene Voorwaarden jo. art. 23 EEX-Vo. Subsidiair beroept zij zich voor de rechtsmacht van de Nederlandse rechter op art. 5 lid 1 sub a jo sub b eerste gedachtestreepje EEX-Vo omdat de ingevolge de overeenkomst tussenpartijen geleverde zaken in [vestigingsplaats] , Nederland, is geschied en moest geschieden.

[appellante] betwist zowel de gestelde toepasselijkheid van de Algemene Voorwaarden van [geintimeerde] (en de daarin opgenomen forumkeuze) als de stelling van [geintimeerde] dat tussen partijen een levering 'af-fabriek' te [vestigingsplaats] is overeengekomen. Volgens [appellante] kan daarom aan de artikelen 5 en 23 EEX-Vo geen bijzondere bevoegdheid voor de Nederlandse rechter worden ontleend en is, gelet op het bepaalde in art. 2 lid 1 van de EEX-Vo, de Duitse rechter exclusief bevoegd.

3.3.1. Het hof overweegt als volgt. De partijen zijn het erover eens dat de overeenkomst tussen hen moet worden aangemerkt als een in het zakelijk verkeer gesloten koopovereenkomst betreffende roerende zaken en dat ingevolge art. 1 lid 1 van het Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten (CISG, verder: Weens Koopverdrag) dit verdrag op de koopovereenkomst tussen hen van toepassing is.

3.3.2. In het Weens Koopverdrag is de toepasselijkheid van algemene voorwaarden niet expliciet geregeld. Op grond van artikel 7 lid 2 van het Weens Koopverdrag worden vragen betreffende de door dit verdrag geregelde onderwerpen die hierin niet uitdrukkelijk zijn beslist, opgelost aan de hand van de algemene beginselen waarop het verdrag berust. Slechts bij gebreke daarvan vindt beoordeling plaats in overeenstemming met het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht. De vraag of een partij haar toestemming heeft verleend tot het op de koopovereenkomst van toepassing worden van algemene voorwaarden is een van de onderwerpen die dient te worden beantwoord aan de hand van de algemene beginselen waarop het Weens Koopverdrag berust (HR 28 januari 2005, LJN AR4837; NJ 2006, 517).

3.3.3. Of algemene voorwaarden deel zijn gaan uitmaken van de overeenkomst wordt binnen het raam van het Weens Koopverdrag bepaald volgens de regels die gelden voor de totstandkoming en uitleg van overeenkomsten. Behalve op hetgeen is bepaald in artikelen 8 en 9 over verklaringen respectievelijk gewoonten, komt het daarbij aan op de bepalingen van Deel II (Totstandkoming van de overeenkomst), waarvan de kern wordt gevormd door de artikelen 14 (aanbod) en 18 (aanvaarding). Dit samenstel van regels brengt mee dat algemene voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst als partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst uitdrukkelijk of stilzwijgend met het incorporeren van die voorwaarden in de overeenkomst hebben ingestemd én de wederpartij van de gebruiker van die voorwaarden een redelijke gelegenheid heeft gehad van die voorwaarden kennis te nemen.

3.3.4. Over de vraag wanneer is voldaan aan de eis dat de wederpartij van de gebruiker een redelijke mogelijkheid heeft gehad om van de voorwaarden kennis te nemen, heeft de CISG Advisory Council zich in april 2013 (derhalve na het tussenvonnis van 23 januari 2013 in het bevoegdheidsincident) uitgelaten in een advisory opinion: de '*CISG-AC Opinion No. 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG*'. In die opinion overweegt de Advisory Council ten aanzien van het door de rechtbank in r.o. 2.7 van het tussenvonnis van 23 januari 2013 genoemde arrest van het Bundesgerichtshof van 31 oktober 2001 dat daaraan door een aantal lagere gerechten in Duitsland en Nederland de te strikte uitleg is gegeven dat de algemene voorwaarden ten tijde van het aangaan van de overeenkomst ter hand moeten worden gesteld of worden toegestuurd. De Advisory Council geeft in voormelde advisory opinion een (niet-limitatieve) opsomming van de gevallen waarin een partij geacht mag worden een redelijke mogelijkheid tot kennisname van algemene voorwaarden te hebben gehad:

*"3.1 Where the terms are attached to a document used in connection with the formation of the contract or printed on the reverse side of that document;*

*3.2 Where the terms are available to the parties in the presence of each other at the time of negotiating the contract;*

3.3 Where, in electronic communications, the terms are made available to and retrievable electronically by that party and are accessible to that party at the time of negotiating the contract;

3.4 Where the parties have had prior agreements subject to the same standard terms.”

3.3.5. Gezien de hiervoor gerelateerde *advisory opinion* heeft de rechtbank in het tussenvonnis in incident van 23 januari 2013 (r.o. 2.8) naar het oordeel van het hof ten onrechte in het enkele niet toegezonden zijn van de algemene voorwaarden van [geintimeerde] al een grond voor de niet toepasselijkheid van de algemene voorwaarden gelegen geacht. Dat neemt niet weg dat naar het oordeel van het hof in dit geval niettemin van een redelijke mogelijkheid tot kennisname van de algemene voorwaarden geen sprake is geweest nu [geintimeerde] uitsluitend onderaan het briefpapier waarop zij de offertes heeft uitgebracht en de opdracht heeft bevestigd (van welke bevestiging [appellante] betwist dat zij deze heeft ontvangen) met een voorgedrukte zinsnede verwijst naar een toepasselijk zijn van haar algemene voorwaarden en het gedeponeed zijn van die voorwaarden ter griffie van de arrondissementsrechtbank te 's-Hertogenbosch. Dit geldt temeer nu het gaat om een zinsnede in de Nederlandse taal terwijl de offertes in de Duitse taal zijn gesteld en, gelet op onder meer het gespreksverslag van de bespreking van 8 februari 2011 (prod. 5 inl. dagv.), Duits kennelijk de voertaal is geweest tussen partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst.

3.3.6. Het hof overweegt voorts dat een beroep op bevoegdheid van de Nederlandse rechter op grond van art. 23 EEX-Vo bovendien alleen kan slagen indien een forumkeuze voldoet aan een van de art. 23 lid 1 sub a t/m c vermelde vormvoorschriften, en wel zoals deze nader verordeningsconform zijn geïdentificeerd in rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). Indien daarvan niet is gebleken, stuit het beroep op een forumkeuze voor de Nederlandse rechter ook daarop af. Naar het oordeel van het hof is, gelet op onder meer de arresten van het HvJ EU van 14 december 1976 C-24/76 (Colzani/ Rüwa) en C-25/76 Segoura/ Bonakdarian), ten aanzien van het in de algemene voorwaarden van [geintimeerde] opgenomen forumkeuzebeding niet voldaan aan het vormvoorschrift in art. 23 EEX-Vo lid 1 onder a. Voor een voldaan zijn aan een van de vormvoorschriften genoemd onder b en c is onvoldoende gesteld.

3.4.1. Naar het oordeel van het hof heeft de rechtbank voor de vraag of de Nederlandse rechter toekomt op grond van de bijzondere bevoegdheid van art. 5 lid 1 sub a EEX-Vo terecht de door [geintimeerde] gestelde inhoud van de overeenkomst tussen partijen van belang geacht. Meer specifiek is daarvoor van belang de vraag wat de tussen partijen overeengekomen plaats van levering is geweest. Aan de door de rechtbank in het tussenvonnis van 23 januari 2013 gegeven bewijsopdracht – waartegen door [appellante] geen grief is gericht – ligt de gedachte ten grondslag dat de door [geintimeerde] gestelde inhoud van de overeenkomst kan komen vast te staan door hetzij expliciet bewijs van de (telefonische) acceptatie door [appellante] van een uitvoering van de overeenkomst als door [geintimeerde] gesteld (en anders dan vermeld in de “Bestellung”).

3.4.2. In de grieven 1 en 2 verwijst [appellante] de rechtbank dat deze in het vonnis in incident voorbij is gegaan aan haar betwisting van de ontvangst van de opdrachtbevestiging van [geintimeerde] van 18 februari 2011 (prod. 8 inl. dagv.). Deze grieven berusten op een onjuiste lezing van hetgeen door de rechtbank is overwogen. De rechtbank verwijst aan het slot van r.o. 2.8 van het beroepen vonnis in incident van 10 december 2014 wel naar de opdrachtbevestiging van 18 februari 2011 doch doet dat alleen met de conclusie dat [appellante] moet hebben ingestemd met een aanbod zoals in de opdrachtbevestiging verwoord. De rechtbank is daarmee niet voorbijgegaan aan de betwisting door [appellante] dat zij de opdrachtbevestiging niet heeft ontvangen. De rechtbank heeft niet anders geoordeeld dan reeds in r.o. 2.9.2 van het tussenvonnis van 23 januari 2013 aangegeven, te weten dat instemming met een aanbod ook kan blijken uit een andere gedraging van de wederpartij dan uit

een expliciete aanvaarding. In het tussenvonnis van 23 januari 2013 voegde de rechtbank daar nog aan toe dat die instemming kon blijken 'ongeacht de vraag op welke wijze het aanbod van [geintimeerde] [appellante] heeft bereikt'. De rechtbank hield, met andere woorden, rekening met de mogelijkheid dat het aanbod zoals in de opdrachtbevestiging geformuleerd [appellante] ook op andere wijze dan door ontvangst van de opdrachtbevestiging kan hebben bereikt. In het vonnis van 10 december 2014 is de rechtbank niet op dat oordeel teruggekomen. Over de vraag òf [appellante] de opdrachtbevestiging wel of niet heeft ontvangen heeft de rechtbank zich niet uitgelaten. De rechtbank heeft in het kader van het bevoegdheidsincident tot uitgangspunt genomen dat [appellante] de ontvangst van de opdrachtbevestiging heeft betwist.

3.4.3. Nu het aanbod zoals in de opdrachtbevestiging van 18 februari 2011 van de zijde van [geintimeerde] verwoord geen andere aanbod behelst dan het aanbod zoals dat al werd gedaan in het Aanbod 7491-2 van 14 februari 2011 (abusievelijk gedateerd 26 januari 2011, prod. 6 inl. dagv.) - naar welk Aanbod in de opdrachtbevestiging ook wordt verwezen en waarnaar door [geintimeerde] eveneens wordt verwezen in de eerdergenoemde brief van 1 september 2011 (prod. 25 inl. dagv.) - met daaraan toegevoegd het gespreksverslag van 8 februari 2011, en door [appellante] niet is betwist dat zij dat aanbod en het gespreksverslag heeft ontvangen, kan daarmee als vaststaand worden aangenomen dat een aanbod van een inhoud als in de opdrachtbevestiging verwoord [appellante] in elk geval op andere wijze heeft bereikt. Overigens verwijst [appellante] zelf in de Mängelberichte van 16 augustus 2011 en 31 augustus 2011 (prod. 21 en 24 inl. dagv.) naar het "Aanbod vom 14.02.2011".

De grieven 1 en 2 (voor zover voormeld verwijt behelzend) falen.

3.5.1. In de grieven 2 en 3 verwijt [appellante] de rechtbank voorts dat zij ten onrechte handelingen van [appellante] aanwezig heeft geacht waaruit blijkt van een aanvaarding door [appellante] van een aanbod van [geintimeerde] als verwoord in de opdrachtbevestiging en voorbij is gegaan aan handelingen van [geintimeerde] die juist op het tegendeel wijzen. [appellante] stelt dat uit het feit, dat zij de montage in de Oekraïne heeft trachten te verrichten, niet mag worden geconcludeerd dat zij het door [geintimeerde] gestelde aanbod heeft aanvaard. Zij stelt verder dat uit de feitelijke levering van de transportbanden in [vestigingsplaats] (Duitsland) moet worden geconcludeerd dat tussen partijen een levering in [vestigingsplaats] (Duitsland) is overeengekomen.

3.5.2. Het hof acht ook deze verwijten ongegrond. Reeds in het Aanbod 7491-2 van 14 februari 2011 wordt alleen het aanbod gedaan dat [geintimeerde] voor de *inbedrijfstelling* van de banden in Oekraïne begeleiding kan bieden. Over een montage door [geintimeerde] van de banden wordt in voormelde offerte niet gesproken. Ook in het gespreksverslag (prod. 5 inl. dagv.) wordt over een montage voor rekening van [geintimeerde] niet gesproken. In dat verslag wordt daarentegen wel vermeld dat [geintimeerde] bevestigingsbeugels zal leveren voor de montage van 'Lichtschranken', hetgeen juist wijst op een montage door [appellante] zelf ten behoeve waarvan [geintimeerde] haar enkele onderdelen zal leveren. De rechtbank heeft in de getuigenverklaringen terecht een bevestiging gelegen geacht van de door [geintimeerde] gestelde afspraak ten aanzien van het niet overeengekomen zijn van een montage door [geintimeerde]. Naar het oordeel van het hof is de rechtbank daarmee terecht tot de conclusie gekomen dat een uitvoering heeft plaatsgehad zoals door [geintimeerde] geoffreerd. Het hof schaart zich achter de gronden waarop de rechtbank tot dat oordeel is gekomen.

3.5.3. De in contra-enquête gehoorde getuige [getuige 1] heeft op vragen van mr. Veith onder meer geantwoord dat op 8 februari 2011 een bespreking tussen partijen heeft plaatsgevonden en dat er (het hof begrijpt: bij die bespreking) concrete afspraken zijn gemaakt over de plaats van levering.

Volgens [getuige 1] is alles in een contract vastgelegd. Gelet op het feit dat [geintimeerde] onder verwijzing naar het bezoek van 8 februari 2011 aan [appellante] de offerte van 14 februari 2011 (Angebot 7491-2) heeft doen toekomen met de aanhef: " (...) *bezugnehmend auf unseres Besuch in Ihrem Hause am 8. Februar und Ihrem Telefonat vom 11. Februar freut es uns Ihnen untenstehend unser definitives Angebot übermitteln zu können (...)*", acht het hof het, mede gelet op de verwijzing door [appellante] zelf in latere correspondentie (en ook in de "Bestellung" van 16 februari 2011) naar het Angebot van 14 februari 2011, aannemelijk dat die vastlegging, zoals door [getuige 1] verklaard, in voormeld aanbod is gerealiseerd en niet in de "Bestellung" van 16 februari 2011. Het hof acht de toevoeging van [getuige 1], dat voor hem het document van 16 februari 2011 maatgevend is, bovendien zinledig nu dit niets zegt over de vraag of dat document het tussen partijen op 8 februari 2011 besprokene bevat.

3.5.4. Het hof acht ook in de verklaringen van de in contra-enquête gehoorde getuigen [getuige 2] en [getuige 3] geen reden voor een ander oordeel gelegen. [getuige 2] verklaart wel dat van het begin af aan zou zijn afgesproken dat de montage door [geintimeerde] zou worden verzorgd en dat [geintimeerde] meerdere keren zou zijn gesommeerd om die montage uit te voeren doch over het hoe en wanneer een en ander zou zijn afgesproken is door [getuige 2] niets concreets verklaard. Evenmin heeft hij gepreciseerd hoe en wanneer die sommaties zouden hebben plaatsgevonden. Voor zover hij daarmee zou doelen op de door [appellante] genoemde producties 18 en 19 bij de inleidende dagvaarding, leest het hof daarin niet meer dan dat aan [geintimeerde] wordt meegedeeld wanneer de montage in Oekraïne zou plaatsvinden. Dat [geintimeerde] daarvan in kennis werd gesteld, ligt voor de hand gezien de in de offertes van [geintimeerde] voorziene begeleiding door [geintimeerde] van de inbedrijfstelling van de banden in Oekraïne. Enige indicatie dat [appellante] zich op het standpunt stelde dat [geintimeerde] de montage diende te verzorgen en dat zij [geintimeerde] daartoe sommeerde, is naar het oordeel van het hof in voormelde producties niet te lezen. De getuige [getuige 3] is in zijn verklaring evenmin concreet. Voor zover hij heeft verklaard over wie verantwoordelijk was voor de montage en of [geintimeerde] daartoe is gesommeerd, heeft hij dat bovendien gedaan met de nodige terughoudendheid ("Zover ik weet"). Enige reden van wetenschap heeft hij daarbij niet aangegeven. Het hof acht de verklaringen van [getuige 2] en [getuige 3] dan ook te vaag om afbreuk te doen aan het door [geintimeerde] bijgebrachte bewijs van een door [appellante] zelf verzorgd zijn van de montage in Oekraïne.

3.5.5. Het hof verwerpt het standpunt van [appellante] in grief 3 dat de levering in [vestigingsplaats] (Duitsland) heeft plaatsgehad en dat dit door [geintimeerde] in de inleidende dagvaarding in eerste aanleg zou zijn erkend. [geintimeerde] heeft dit in de inleidende dagvaarding in eerste aanleg nergens erkend. In de inleidende dagvaarding stelt [geintimeerde] juist dat zij met [appellante] 'levering af fabriek in [vestigingsplaats]' is overeengekomen en dat zij begin mei na het gereed komen van twee van de drie transportbanden contact heeft opgenomen met [appellante] om de lijnen in [vestigingsplaats] te komen controleren (dagv. 26) en dat wederom heeft gedaan bij het gereed zijn van de derde band (dagv. 30 + 31). [geintimeerde] stelt in de inleidende dagvaarding in eerste aanleg verder dat zij de banden op transport heeft gezet naar [vestigingsplaats] (dagv. 26 + 35), de eerste twee banden na een bericht van [appellante] dat zij niemand beschikbaar had om in [vestigingsplaats] te komen controleren en dat de banden maar op transport moesten worden gesteld, de derde na een controle door [appellante] in [vestigingsplaats]. Naar [geintimeerde] terecht stelt, dient onderscheid te worden gemaakt tussen de levering zoals die ingevolge de overeenkomst dient plaats te hebben en de uiteindelijke feitelijke aflevering van de zaak. Uit het feit dat [geintimeerde] stelt dat zij op verzoek van [appellante] de banden aan een transporteur heeft afgegeven om deze naar [vestigingsplaats] te transporteren, kan niet worden geconcludeerd dat [geintimeerde] daarmee zou hebben erkend dat de levering ingevolge de overeenkomst in [vestigingsplaats] heeft plaatsgehad. Door te verwijzen naar een overeengekomen levering 'Ab werk [vestigingsplaats]' (prod. 4 en 6 inl. dagv.) en naar een uitnodiging aan [appellante] om de zaken in [vestigingsplaats] te komen controleren, heeft [geintimeerde] zich duidelijk op het standpunt gesteld

dat de zaken in [vestigingsplaats] moesten worden geleverd en zijn geleverd.

3.5.6. Aangezien uit de feitelijke aflevering van de banden in [vestigingsplaats] niet kan worden geconcludeerd dat sprake is geweest van een levering in [vestigingsplaats], kan die omstandigheid evenmin afbreuk doen aan het door de rechtbank terecht aangenomen bewijs van het tot stand zijn gekomen van een overeenkomst tussen partijen als door [geintimeerde] gesteld.

3.5.7. Op grond van het voorgaande falen grief 2 (voor het overige) en grief 3. Het hof deelt het oordeel van de rechtbank dat [geintimeerde] is geslaagd in het haar subsidiair opgedragen bewijs, dat daarmee moet worden uitgegaan van instemming van [appellante] met het aanbod van [geintimeerde] zoals verwoord in de opdrachtbevestiging van 18 februari 2011, en dat daarmee [vestigingsplaats] (Nederland) als plaats van levering heeft te gelden en het beroep van [appellante] op onbevoegdheid van de Nederlandse rechter daarom dient te worden verworpen.

3.5.8. Met voormelde conclusie - een uitvoering in overeenstemming met de door [geintimeerde] gestelde overeenkomst - is overigens ook in overeenstemming de verklaring van de getuige [getuige 4]: *dat in de bestelling van 16 februari 2011 twee zaken waren overeengekomen die niet waren overeengekomen, dat hij daarover telefonisch contact heeft opgenomen met de heer [getuige 1] van [appellante] en [getuige 1] op die onjuistheid heeft gewezen, en dat [getuige 1] aangaf dat dat inderdaad het geval was en verzocht een orderbevestiging te sturen waarin dat wel juist was vermeld.* Aan de geloofwaardigheid van de verklaring van de getuige [getuige 4] draagt naar het oordeel van het hof bij dat ook volgens de aan de zijde van [appellante] gehoorde getuige [getuige 1] tussen partijen bij de bespreking op 8 februari 2011 overeenstemming is bereikt en dat deze getuige op de vraag, of hij de brief van 18 februari 2011 van [geintimeerde] kende, ontwijkend en niet concreet heeft geantwoord. Op die vraag antwoordde deze getuige: *"Deze brief is voor mij niet relevant en ik kan deze vraag niet beantwoorden."* Naar het oordeel van het hof doet de verklaring van [getuige 1] dan ook geen afbreuk aan de wel concrete en gedetailleerde verklaring van [getuige 4].

3.6.1. Grief 4 behelst het verwijt dat de rechtbank de grens van haar vaststellings- en beslissingsbevoegdheid in incident heeft overschreden. Volgens [appellante] stond het de rechtbank niet vrij om in het bevoegdheidsincident een oordeel uit te spreken over de tussen partijen in de hoofdzaak in geschil zijnde overeenkomst. Op deze wijze oordeelt de rechtbank, zo stelt [appellante], over geschilpunten waarover [appellante] zich in de hoofdzaak nog niet heeft kunnen uitlaten. Als een dergelijk oordeel noodzakelijk is om de alternatieve gronden voor rechtsmacht te beoordelen, dan moet de rechter (in casu de rechtbank) zich beperken tot artikel 2 EEX-Vo, aldus [appellante].

3.6.2. Het hof verworpt deze grief. Indien en voor zover voor een geschil tussen partijen omtrent de bevoegde rechter de inhoud van een overeenkomst van beslissende betekenis is, zal de rechter in het bevoegdheidsincident de inhoud van de overeenkomst in zoverre dienen te beoordelen (vergelijk HvJ EU 9 juni 2011 C 87/10 inzake Eurosteel Europe SA). Ook in een incident hebben de partijen over en weer de gelegenheid hun standpunten uiteen te zetten zodat niet valt in te zien waarom de omstandigheid, dat een incident voorafgaat aan (het verweer in) de hoofdzaak, aan een dergelijke beoordeling in de weg zou staan. [appellante] heeft overigens van de gelegenheid haar standpunt naar voren te brengen ruim gebruik gemaakt en eveneens getuigen doen horen ter onderbouwing van het door haar gestelde. De door haar bepleite terughoudendheid past evenmin bij het systeem van de EEX-Vo.



3.6.3. Grief 5 (de veegrief) heeft naast de andere grieven geen zelfstandige betekenis en moet het lot van de andere grieven delen.

3.7.1. Nu geen van de grieven slaagt, zal het vonnis in incident waarvan beroep worden bekrachtigd. De zaak zal ter verdere beoordeling van de hoofdzaak worden verwezen naar de rechtbank Oost-Brabant, locatie 's-Hertogenbosch.

3.7.2. [appellante] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de proceskosten van het hoger beroep, te vermeerderen met nakosten en wettelijke rente als door [geintimeerde] gevorderd, met dien verstande dat de wettelijke rente bij niet voldoening binnen veertien dagen na deze uitspraak verschuldigd zal zijn vanaf de vijftiende dag na deze uitspraak.

#### **4 De uitspraak**

Het hof:

bekrachtigt het vonnis in incident van 10 december 2014;

verwijst de zaak ter verdere berechting in de hoofdzaak naar de rechtbank Oost-Brabant, locatie 's-Hertogenbosch;

veroordeelt [appellante] in de kosten van het hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van [geintimeerde] worden begroot op € 711,= aan verschotten en op € 894,= aan salaris advocaat, alsmede in de nakosten van € 131,=, te vermeerderen met € 68,= indien [appellante] niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan voormelde veroordeling heeft voldaan en betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden;

bepaalt dat aan de proceskostenveroordeling dient te worden voldaan binnen veertien dagen na deze uitspraak en dat bij gebreke daarvan de wettelijke rente verschuldigd is vanaf de vijftiende dag na deze uitspraak;

Dit arrest is gewezen door mrs. J.A.M. van Schaik-Veltman, S.M.A.M. Venhuizen en R.R.M. de Moor en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 29 september 2015.

griffier rolraadsheer

