

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. DARMON

van 27 oktober 1992 *

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

1. Het Bundesgerichtshof stelt u vier prejudiciële vragen, die alle betrekking hebben op de uitlegging van artikel 13 van het Verdrag van Brussel betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: „Executieverdrag” of „Verdrag”), zoals gewijzigd bij het Verdrag inzake de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van 9 oktober 1978.¹ De feiten zijn de volgende.

2. Naar aanleiding van een in Duitsland verschenen dagbladadvertentie droeg een particulier, van beroep rechter, de Amerikaanse makelaarsonderneming Hutton Inc. op, deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties op commissie uit te voeren („Kommissionsweise Durchführung von Devisen-, Wertpapier- und Warendermingschäften”). Hiertoe handelde hij met de Duitse dochtermaatschappij van de Amerikaanse firma, Hutton GmbH.

3. Nadat in 1986 en 1987 grote bedragen nagenoeg volledig door verliezen waren opgeslorpt, cedeerde hij zijn vorderingsrecht aan een fiduciaire vennootschap, de Duitse vennootschap Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH (hierna: „TVB”).

4. TVB stelde bij de Duitse gerechten een rechtsvordering tot betaling van zijn vordering in tegen de Amerikaanse makelaarsonderneming (Brokerfirma) Hutton, die intussen was overgenomen door de eveneens Amerikaanse vennootschap Shearson Lehman Hutton Inc. (hierna: „Shearson Lehman”).

5. De vordering is gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking. Ook berust zij op een recht op schadevergoeding wegens niet-nakoming van contractuele en precontractuele verplichtingen en wegens onrechtmatige daad, omdat volgens TVB Shearson Lehman haar wederpartij onvoldoende over de door hem gelopen risico's had ingelicht.

6. Het Landgericht verklaarde de vordering niet-ontvankelijk. De appelrechter verklaarde zich daarentegen bevoegd. Tegen die laatste beslissing stelde Shearson Lehman beroep tot „Revision” in.

7. Het Bundesgerichtshof merkt op, dat de Duitse gerechten in casu slechts bevoegd kunnen zijn wanneer artikel 13 Executieverdrag van toepassing is², en stelt het Hof vier vragen die in het rapport ter terechtzitting zijn opgenomen.³

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — PB 1978, L 304, blz. 1.

2 — Zie verwijzingsbeschikking, punt III van de motivering.

3 — I, punt 11.

8. Deze vragen strekken in wezen tot uitlegging door het Hof van de begrippen

- „elke andere overeenkomst die betrekking heeft op de verstrekking van diensten” in artikel 13, eerste alinea, sub 3, teneinde te vernemen of dit begrip zich ook uitstrekt tot overeenkomsten als die waarop het onderhavige geding betrekking heeft;
- voorafgaande „reclame” in artikel 13, eerste alinea, sub 3, a, teneinde te bepalen of dit begrip een verband met de sluiting van de overeenkomst impliceert;
- „filiaal, een agentschap of enige andere vestiging” in zin van artikel 13, tweede alinea, teneinde te vernemen of onder dit begrip ook een vennootschap valt die haar zetel heeft in de Lid-Staat waar de consument woonplaats heeft, waarvan de wederpartij van de consument de economische eigenaar is en die louter als tussenpersoon optreedt, zonder volmacht tot het sluiten van overeenkomsten;
- „exploitatie” van een filiaal, agentschap of andere vestiging in de zin van genoemde bepaling, teneinde te vernemen of in het kader van deze betrekkingen ontstane geschillen hierop betrekking hebben;
- „ter zake van overeenkomsten” in artikel 13, eerste alinea, teneinde te vernemen of hieronder naast vorderingen tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van verbintenissen uit overeenkomst ook vorderingen wegens schending van precontractuele verplichtingen en uit ongerechtvaardigde verrijking vallen, en of dit begrip via connexiteit een accessoire bevoegdheid kan scheppen ter zake van niet-contractuele vorderingen.

9. Ter beantwoording van deze vragen — en om te beslissen of op deze vragen wel moet worden geantwoord — dient volgens het Hof eveneens te worden onderzocht of TVB, als cessionaris van de vordering, zich ook op de hoedanigheid van consument die de cedent had, kan beroepen, en of artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag van toepassing is wanneer de consument en het filiaal in dezelfde Verdragsluitende Staat woonachtig respectievelijk gevestigd zijn, terwijl de moedermaatschappij haar zetel in een derde staat heeft. Over deze twee punten heeft het Hof partijen vragen gesteld.

10. De bevoegdheidsregels van het Verdrag zijn neergelegd in titel II (artikelen 2 tot en met 24), die negen afdelingen heeft. Afdeling 1 (artikelen 2 tot en met 4) is gewijd aan de „algemene bepalingen”. Afdeling 4 (artikelen 13 tot en met 15) betreft de „bevoegdheid inzake door consumenten gesloten overeenkomsten”.

11. Het antwoord op al deze vragen — zowel die van het verwijzende gerecht als van het Hof — kan alleen maar worden gevonden door de bepalingen van de afdelingen 1 en 4 naast elkaar te leggen en met elkaar te vergelijken.

12. Onderzocht moet namelijk worden, of een situatie als de onderhavige binnen het toepassingsgebied van het Executieverdrag valt en, zo ja, welke gevolgen daaruit moeten worden getrokken ten aanzien van de bepaling van het bevoegde gerecht.

13. De vermogensrechtelijke vordering is in casu door een in een Verdragsluitende Staat gevestigde vennootschap ingesteld tegen een andere vennootschap, die haar zetel in een derde land heeft.

14. Zoals bekend heeft het Executieverdrag, waarmee uitvoering is gegeven aan een bij artikel 220, vierde streepje EEG-Verdrag aan de Lid-Staten gegeven opdracht, met name tot doel de bevoegdheidsregels van de gerechten van de Lid-Staten in internationaal verband eenvormig te maken, teneinde het „vrije verkeer van rechterlijke beslissingen” in burgerlijke en handelszaken *binnen de Gemeenschap* te verzekeren. Het beoogt niet bevoegdheidsconflicten tussen Verdragsluitende Staten en derde staten te regelen.⁴ Het toepassingsgebied is beperkt tot de Verdragsluitende Staten.

15. Dit beginsel is uitdrukkelijk neergelegd in artikel 4, eerste alinea, Executieverdrag, waarin is bepaald: „Indien de verweerder geen woonplaats heeft op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat, wordt de bevoegdheid in elke Verdragsluitende Staat geregeld door de wetgeving van die Staat, onverminderd de toepassing van het bepaalde in artikel 16.”

16. Waar artikel 16 in casu niet van toepassing is en verweester haar zetel buiten het grondgebied van de Lid-Staten heeft, is op het eerste gezicht de wetgeving van de staat waar verzoekster haar zetel heeft van toepassing. „Voor het geval dat (...) de verweerder geen woonplaats heeft op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat, bevat het Verdrag geen eigen regeling maar verwijst het naar het nationale recht van de Staat voor een gerecht waarvan het geschil aanhangig is (artikel 4, eerste alinea). Ten aanzien van die verweerder kan volgens het Verdrag een ieder die op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat woont zich, ongeacht zijn

nationaliteit, beroepen op het recht van die Staat (...)”⁵

17. Het zijn de bijzondere bepalingen van artikel 13 die voor het Bundesgerichtshof aanleiding waren om het Hof vragen te stellen.

18. De verwijzing in artikel 13, eerste alinea, naar artikel 4 geeft aan, dat het toepassingsgebied van de artikelen 13 tot en met 15 beperkt is tot het geval waarin de verweerder woonplaats heeft in een Verdragsluitende Staat: is dit niet het geval, dan past het aangezochte gerecht zijn eigen bevoegdheidsregels toe.

19. Het is echter duidelijk, dat artikel 13, tweede alinea, stilzwijgend afwijkt van artikel 4 en moet worden toegepast wanneer de wederpartij van de consument, verweerder, zijn woonplaats heeft in een staat die geen partij bij het Executieverdrag, in geval hij in een Verdragsluitende Staat een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging heeft.⁶

20. De aan het Hof voorgelegde zaak valt dus slechts binnen het toepassingsgebied van het Executieverdrag, indien artikel 13, tweede alinea, erop van toepassing is.⁷ Dit is echter — om het maar meteen te zeggen — om drie redenen niet het geval: 1) de eiser, die niet zelf partij is bij een in artikel 13, eerste alinea, bedoelde overeenkomst, is geen consument in de zin van artikel 13 en 14; 2)

4 — Dergelijke conflicten worden ook na de vaststelling van het Executieverdrag bij bilaterale overeenkomsten geregeld (zie de artikelen 57 en 59 Executieverdrag).

5 — Rapport van Evrigenis en Kerameus over de toetreding van de Helleense republiek tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, punt 44 (PB 1986, C 298, blz. 1).

6 — Zie O'Malley en Layton: *European Civil Practice*, nr. 19.05, en Gothot en Holleaux: *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, uitg. Jupiter, 1985, nr. 122.

7 — Zie de verwijzingsbeschikking, blz. 7.

een nevenvestiging die niet bevoegd is overeenkomsten te sluiten, is geen filiaal, agent-schap of vestiging in de zin van artikel 13, tweede alinea; 3) ook wanneer dat wel zo was, zou laatstgenoemde bepaling niet van toepassing zijn, daar een internationaal element ontbreekt aangezien het filiaal is gevestigd in de Lid-Staat waar de consument zijn woonplaats heeft. Laten wij deze drie punten nu achtereenvolgens wat nader bekijken.

21. De alternatieve bevoegdheden en het voorrecht om de rechter van zijn woonplaats te kiezen, waarover de consument beschikt krachtens artikel 14, eerste alinea, Executieverdrag, gelden slechts voor „de rechtsvordering die door een consument wordt ingesteld tegen de wederpartij bij de overeenkomst”.

22. Voor de verwijzende rechter is de rechtsvordering echter niet ingesteld door de oorspronkelijke wederpartij van Shearson Lehman, maar door een vennootschap, cessionaris van diens rechten, die optreedt in het kader van haar maatschappelijk doel. Kan ook die vennootschap zich in het kader van haar vordering tot terugbetaling beroepen op de hoedanigheid van consument in de zin van de artikelen 13 en 14 Executieverdrag?

23. Dit is mijns inziens de centrale vraag in deze zaak. Het ligt mijns inziens namelijk voor de hand dat wanneer TVB zich niet met vrucht op die hoedanigheid kan beroepen, haar geschil met Shearson Lehman niet binnen het toepassingsgebied van het Verdrag valt.

24. Het lijkt geen twijfel dat, teneinde de bepalingen van afdeling 4 van het Executieverdrag niet uit hun verband te rukken, aan het begrip „consument” een autonome uit-

legging moet worden gegeven, waarbij aan dit begrip een eenvormige materiële inhoud wordt gegeven die bij de communautaire rechtsorde aanknoopt, zonder verwijzing naar het recht van de Verdragsluitende Staten. Het Hof heeft reeds in die zin beslist naar aanleiding van het begrip „koop en verkoop op afbetaling van roerende lichamelijke zaken”, dat in afdeling 4 is vervangen door „door consumenten gesloten overeenkomsten”.⁸

25. De vraag of de cessionaris als consument kan worden aangemerkt, hangt mijns inziens niet af van de aard van de cessie van rechten (is er enkel sprake van een cessie van een vordering of ook van cessie van aan de persoon van de schuldeiser verbonden rechten?). Het onderzoek van de draagwijdte van deze cessie, dat uitlegging van het nationale recht veronderstelt, valt overigens onder de uitsluitende bevoegdheid van de rechter die over de zaak ten gronde moet beslissen.

26. Wanneer het voorrecht van artikel 14 ook voor de cessionaris geldt, profiteert de consument hier natuurlijk indirect ook zelf van (met name doordat de voorwaarden voor inning en dus ook voor de cessie zelf gunstiger zijn). Maar het Executieverdrag verleent de consument slechts uitdrukkelijk bescherming, voor zover hij *persoonlijk eiser of verweerder* in een rechtsgeding is.⁹ Deze bescherming strekt zich niet uit tot een geding waarin hij geen partij is.

27. Het begrip „consument” in de zin van artikel 14 verwijst bovendien noodzakelijkerwijs naar dat van artikel 13. Het is immers ondenkbaar, dat bij gebreke van een uitdruk-

⁸ — Arrest van 21 juni 1978 (zaak 150/77, Bertrand, Jurispr. 1978, blz. 1431, r. o. 12-19); zie ook Kropholler: *Europäische Zivilprozessrecht*, 1991, blz. 149.

⁹ — Zie artikel 14 Executieverdrag: „de rechtsvordering die door een consument wordt ingesteld (...) de rechtsvordering die tegen de consument wordt ingesteld (...)”.

kelijke bepaling terzake de term „consument” in twee opeenvolgende artikelen naar twee verschillende begrippen verwijst. Volgens artikel 13 heeft slechts de hoedanigheid van consument de persoon die een bepaald soort overeenkomst heeft gesloten. Ditzelfde moet ook gelden voor artikel 14.

28. Het voorrecht van de aan de hoedanigheid van consument verbonden rechterlijke bevoegdheid komt dus uitsluitend toe aan de procespartij die zelf aan de voorwaarden van artikel 13 voldoet en die dus partij was bij de sluiting van de overeenkomst.¹⁰ Mijns inziens kan een consument de rechtsovereenkomst van artikel 14 derhalve slechts instellen ter zake van een overeenkomst die hij zelf heeft gesloten.

29. Anders gezegd, als consument die zich op de bijzondere bevoegdheidsregels van afdeling 4 kan beroepen is aan te merken de procespartij die aan een dubbele voorwaarde voldoet: 1) procespartij zijn (artikel 14) en 2) gebonden zijn door een van de in artikel 13 opgesomde overeenkomsten. Wanneer de consument die oorspronkelijk de overeenkomst heeft gesloten zijn vordering cedeert aan een derde, die vervolgens de daaraan verbonden rechtsovereenkomst uitoefent, voldoet deze laatste mijns inziens niet aan de in deze artikelen gestelde dubbele voorwaarde.

30. Niet alleen de grammaticale uitlegging, maar ook de ratio van de artikelen 13 en 14 in hun onderling verband, verzetten zich ertegen, dat een rechtspersoon in de positie van TVB als consument kan worden beschouwd. Naar hun geest moeten deze bepalingen immers zorgen voor bescherming van de zwakste of minst ervaren partij. Dit is niet het geval bij een vennootschap die een

rechtsovereenkomst instelt in het kader van haar maatschappelijk doel.

31. Op een verzoek om uitlegging van artikel 14, tweede alinea, in de versie van 1968, inzake de koop en verkoop op afbetaling, oordeelde het Hof dat:

„een restrictieve uitlegging van artikel 14, tweede alinea, overeenkomstig de doelstellingen van afdeling 4 ertoe leidt de vorenbeschreven gunstige bevoegdheidsregeling slechts voor te behouden aan de bescherming behoevende kopers wier economische positie wordt gekenmerkt door haar zwakte tegenover de verkopers, *daar zij particuliere eindgebruikers zijn die bij de koop van een product op afbetaling niet uit hoofde van beroep of bedrijf werkzaam zijn*”.¹¹

32. Daaruit heeft het Hof afgeleid dat:

„het begrip verkoop op afbetaling van roerende lichamelijke zaken in de zin van artikel 13 van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 niet kan worden geacht zich uit te strekken tot de verkoop van een machine door een vennootschap aan een andere vennootschap tegen een prijs, te voldoen door middel van gespreide wissels”.¹²

33. Gelijk Schlosser opmerkt, gaan de in 1978 in afdeling 4 aangebrachte wijzigingen van dezelfde grondbeginselen uit als de oude bepalingen. Het toepassingsgebied van die afdeling werd uitgebreid tot door consumenten gesloten overeenkomsten. De door het

10 — Zie in die zin het antwoord van de Duitse regering op de vragen van het Hof, blz. 3 van de Franse vertaling.

11 — Arrest Bertrand, reeds aangehaald in voetnoot 8, r. o. 21; cursivering van mij.

12 — R. o. 22.

arrest Bertrand ¹³ geïnspireerde nieuwe afdeling 4 geldt dus alleen voor de *eindverbruiker*. ¹⁴

34. Daarenboven is het mijns inziens niet mogelijk, andere bevoegdheidsregels toe te passen naar gelang de oorsprong van het recht waarop de eiser zich beroept: naar gelang hij zijn recht afleidt van een consument of krachtens eigen recht ageert zou hij zich dan al dan niet op de gunstige bevoegdheidsregel van artikel 14 kunnen beroepen, ook al is de aard van de uitgeoefende rechtsvordering in beide gevallen gelijk.

35. Uit een en ander volgt mijns inziens, dat een eiser die niet zelf partij is bij een van de in artikel 13, eerste alinea, opgesomde overeenkomsten, geen consument in de zin van de artikelen 13 en 14 is.

36. Artikel 13, tweede alinea, dat — ik herinner hier nog eens aan — de enige grond zou kunnen vormen om de door het verwijzende gerecht voorgelegde casuspositie onder het Executieverdrag te brengen, is ook om een tweede reden niet van toepassing: de wederpartij van de consument heeft geen filiaal, agentschap of andere vestiging in de zin van die bepaling, wanneer hij voor zijn werkzaamheden op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat gebruik maakt van een vennootschap die daar haar zetel heeft en waarvan hij de economische eigendom heeft, *maar die niet de bevoegdheid bezit om overeenkomsten te sluiten*.

37. Het begrip „filiaal, agentschap of enige andere vestiging” dat het verwijzende gerecht het Hof in zijn derde vraag verzoekt uit te leggen, is het Hof niet onbekend. De artikelen 8, tweede alinea, en 13, tweede alinea, zijn weliswaar nog nooit door het Hof onderzocht, maar over artikel 5, sub 5, waar dit begrip ook voorkomt, bestaan wel reeds arresten van het Hof.

38. Ik geef aan wat deze drie bepalingen van elkaar onderscheidt: artikel 5, sub 5, betreft slechts ondernemingen waarvan de maatschappelijke zetel is gelegen op het grondgebied van één van de Verdragsluitende Staten. Wanneer die onderneming haar zetel op het grondgebied van een derde staat heeft, is artikel 4 van toepassing. Daarentegen kan op grond van de artikelen 8, tweede alinea, en 13, tweede alinea, van strikte toepassing van dit artikel worden afgeweken, daar zij het geval betreffen waarin de verzekeraar of de wederpartij van de consument niet woonachtig is op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat.

39. Als uitzondering op het beginsel van de eerste alinea, voor zover daarin naar artikel 4 wordt verwezen, moet de tweede alinea van artikel 13, die aan in een derde Lid-Staat woonachtige partijen kan worden tegengeworpen, restrictief worden uitgelegd. Een ruime uitlegging van het begrip „filiaal” zou het immers mogelijk maken, de basisregel van artikel 4, eerste alinea, op eenvoudige wijze te omzeilen.

40. Wat leert ons 's Hof's rechtspraak met betrekking tot artikel 5, sub 5?

41. Het Hof heeft zich uitgesproken voor een autonome uitlegging van het begrip „geschil betreffende de exploitatie van een filiaal, van een agentschap of enige andere vestiging” en geoordeeld, dat artikel 5, sub 5, als bijzondere bevoegdheidsregel die een

13 — Reeds aangehaald, zie voetnoot 8.

14 — Rapport Schlosser over het Verdrag van 9 oktober 1978 inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie, punt 153 (PB 1979, C 59, blz. 71).

uitzondering maakt op de algemene regel dat de rechter van de woonplaats van de verweerder bevoegd is, restrictief moet worden uitgelegd.¹⁵

42. In het arrest van 6 oktober 1976, De Bloos¹⁶ — het eerste over deze bepaling — oordeelde het Hof dat

„een der wezenskenmerken van het begrip filiaal en agentschap¹⁷ de onderworpenheid aan het toezicht of de leiding van het moederbedrijf is”.¹⁸

Het Hof heeft daaruit afgeleid, dat een concessiehouder die niet aan de leiding en het toezicht van een vennootschap was onderworpen, niet als een filiaal, agentschap of andere vestiging kon worden beschouwd.¹⁹

43. In zijn arrest van 9 december 1987, Schotte²⁰, oordeelde het Hof dat artikel 5, sub 5, van toepassing was op twee zelfstandige vennootschappen (een moederbedrijf en haar 100 % dochteronderneming) met dezelfde naam en dezelfde directie, waarvan de ene vennootschap, zonder ten opzichte van de andere een onzelfstandig filiaal of agentschap te zijn, zaken deed voor rekening van de andere.

44. Een vennootschap moet dus in de staat waar zij haar zetel heeft, *in het handelsverkeer* zijn opgetreden als het *verlengstuk* van een in een andere Verdragsluitende Staat gevestigde vennootschap opdat die laatste

kan worden opgeroepen voor de gerechten van de staat van vestiging van de eerstgenoemde vennootschap, ook al zijn beide vennootschappen vennootschapsrechtelijk gezien onafhankelijk van elkaar.

45. De afhankelijkheidsverhouding ten opzichte van de in een andere Verdragsluitende Staat gevestigde vennootschap is hier niet het bepalende criterium. Bepalend is mijns inziens, dat de nevenvestiging de bevoegdheid heeft om met derden te onderhandelen.

46. Reeds in zijn arrest van 18 maart 1981, Blanckaert²¹, wees het Hof erop, dat de zelfstandige handelsagent niet de kenmerken vertoont van een filiaal, agentschap of andere vestiging in de zin van artikel 5, sub 5, met name omdat hij enkel bestellingen doorgeeft aan het moederbedrijf *zonder zich te mengen in de afwikkeling of de uitvoering daarvan*.²²

47. Nog nauwkeuriger oordeelde het Hof in het arrest Somafer²³, dat

„het begrip filiaal, agentschap of enige andere vestiging (...) een centrum van werkzaamheid [impliceert], dat zich naar buiten duurzaam manifesteert als het verlengstuk van een moederbedrijf, met een eigen directie en materiële uitrusting, *zodat het zaken met derden kan doen* en wel dusdanig, dat dezen, ofschoon wetend dat eventueel een rechts-

15 — Zie r. o. 7 en 8, derde alinea, van het arrest van 22 november 1978 (zaak 33/78, Somafer, Jurispr. 1978, blz. 2183).

16 — Zaak 14/76, Jurispr. 1976, blz. 1497.

17 — Waarmee het Hof het begrip vestiging gelijkgesteld heeft: ibidem, r. o. 21.

18 — R. o. 20.

19 — Zie ook r. o. 12 van het arrest van 18 maart 1981 (zaak 139/80, Blanckaert en Willems, Jurispr. 1981, blz. 319).

20 — Zaak 218/86, Jurispr. 1987, blz. 4905.

21 — Reeds aangehaald, zie voetnoot 19.

22 — R. o. 13.

23 — Reeds aangehaald, zie voetnoot 15.

band met het in het buitenland gevestigde moederbedrijf zal ontstaan, zich niet rechtstreeks daartoe behoeven te wenden en *zaken kunnen doen* in bedoeld centrum, dat het verlengstuk ervan vormt".²⁴

48. In voornoemd arrest Schotte ten slotte heeft het Hof als filiaal aangemerkt de moedervennootschap die bevoegd was zaken te doen voor rekening van haar dochtervennootschap.

49. Artikel 13, tweede alinea, op grond waarvan, zoals wij hebben gezien, de wederpartij van de consument, die geen woonplaats heeft op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat, voor een gerecht van een Verdragsluitende Staat kan worden opgeroepen, bevat, zoals gezegd, een uitzondering op artikel 4. Het kan niet ruimer worden uitgelegd dan artikel 5, sub 5, dat *binnen het territoriale toepassingsgebied van het Executieverdrag* slechts in een uitzondering op artikel 2 voorziet.

50. Kan dus een eenheid die economisch toebehoort aan een in een derde land gelegen vennootschap, maar die geen bevoegdheid heeft om overeenkomsten te sluiten, als vestiging, filiaal of agentschap worden aangemerkt?²⁵

51. Deze bevoegdheid is mijns inziens de *conditio sine qua non* voor een nevenvestiging is in de zin van artikel 13, tweede alinea.

52. De ratio legis van dit artikel berust namelijk op het bestaan van een zo sterke aanknopng met de staat waar de consument zijn woonplaats heeft, dat hierdoor een uitzondering op artikel 4 Executieverdrag wordt gerechtvaardigd, die aan een in een

derde staat woonachtige persoon kan worden tegengeworpen.²⁶

53. Dit betekent dat de in een Verdragsluitende Staat gevestigde vennootschap die als eenvoudig doorgeefluik, als „brievenbus”, fungeert, geen bevoegdheid kan „vasthechten” aan het grondgebied waar zij is gevestigd, wanneer de overeenkomst waarvoor zij als tussenpersoon heeft gefungeerd niet door haar is gesloten en in een derde staat is uitgevoerd. Het zwaartepunt van de overeenkomst kan niet worden geplaatst in de Verdragsluitende Staat waar zij wellicht is voorbereid, maar niet is gesloten. Alleen de voorwaarden waaronder de overeenkomst in de derde staat is gesloten en uitgevoerd zullen eventueel leiden tot geschillen tussen de partijen. Op grond daarvan kan het geschil niet worden aangeknoopt bij de zetel van het filiaal.

54. Een bevestiging van deze opvatting is te vinden in artikel 8, tweede alinea, Executieverdrag. Volgens Jenard geldt deze afwijking „echter alleen voor filialen en agentschappen, dat wil zeggen wanneer de buitenlandse vennootschap wordt vertegenwoordigd door iemand *die bevoegd is haar tegenover derden te verbinden*”.²⁷

55. Ik zie trouwens niet, hoe er sprake zou kunnen zijn van een geschil „betreffende de exploitatie” van een filiaal, wanneer dit niet bevoegd is om overeenkomsten te sluiten.

56. In rechtsoverweging 13 van het arrest Somafer heeft het Hof reeds gepreciseerd,

26 — Zie rapport Schlosser, punt 158.

27 — Rapport Jenard over het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1979, C 59, blz. 1, inz. blz. 31; cursivering van mij).

24 — R. o. 12, cursivering van mij.

25 — Zie vraag 3.

dat er slechts sprake is van exploitatie van een filiaal, wanneer dit verplichtingen is aangegaan die moeten worden nagekomen in de staat waar het is gevestigd. Dit veronderstelt dat het filiaal bevoegd is dergelijke verbintenissen aan te gaan. Men kan een geschil niet lokaliseren in de plaats van de zetel van het filiaal, wanneer het geschil niet binnen de „rayon d'activité”²⁸ (werkingsgebied) ervan valt. Shearson Lehman merkt terecht op, dat wanneer het agentschap slechts als bode is opgetreden, die enkele hoedanigheid volstaat om geschillen betreffende de exploitatie uit te sluiten.²⁹ Een loutere tussenpersoon is niet in staat, de gerechtelijke bevoegdheid te „verplaatsen” ten gunste van de gerechten van zijn plaats van vestiging.³⁰

57. Mijn conclusie is, dat een centrum van werkzaamheden dat niet bevoegd is overeenkomsten te sluiten, niet als filiaal, agentschap of vestiging in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag kan worden aangemerkt. De eisen van de consumentenbescherming gaan niet zover, dat de consument in een dergelijk geval zijn in een derde staat woonachtige wederpartij kan oproepen voor de gerechten van de Verdragsluitende Staat op het grondgebied waarvan hij woonachtig is en het filiaal zijn zetel heeft.

58. Ten slotte bevindt men zich, zelfs wanneer de wederpartij van de consument aanneemelijk maakt dat er een filiaal in de zin van artikel 13, tweede alinea, bestaat, buiten het

toepassingsgebied van het Executieverdrag, wanneer dat filiaal zijn zetel heeft in de staat waar de consument woonplaats heeft. Het geschil, dat weliswaar wat de toepasselijke wetgeving betreft internationaal kan zijn, is dit immers niet in de zin van het Executieverdrag, wanneer het vereiste grensoverschrijdende aspect ontbreekt, dat in beginsel twee staten veronderstelt.

59. Wanneer de wederpartij van de consument geen woonplaats heeft op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat, maar beschikt over een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging in een andere Verdragsluitende Staat dan die waar de consument woonachtig is, is artikel 13, tweede alinea, zeker van toepassing.

60. Als gevolg van deze bepaling wordt de wederpartij van de consument fictief geacht woonachtig te zijn in de Verdragsluitende Staat waar het filiaal zijn zetel heeft. Dit is een soort „aantrekkingskracht” die het Executieverdrag op het geschil heeft en waardoor aan de toepassing van artikel 4, eerste alinea, kan worden ontkomen. Het criterium voor de uitsluiting van het toepassingsgebied van het Verdrag (de woonplaats van de wederpartij van de consument in een derde staat) wordt vervangen door een aanknopingsfactor (de zetel van het filiaal in een Verdragsluitende Staat). Men komt daardoor in een internationale situatie in de zin van het Executieverdrag, namelijk een geschil dat betrekking heeft op twee Verdragsluitende Staten: die van de woonplaats van de consument en die van de zetel van het filiaal van de wederpartij van de consument.

61. Maar wat gebeurt nu wanneer het filiaal zijn zetel en de consument zijn woonplaats in *dezelfde* Verdragsluitende Staat hebben?

28 — De uitdrukking is van Huet, JDI 1979, nr. 3, blz. 681 (noot onder het arrest Somafer).

29 — Opmerkingen, blz. 17 en 22 van de Franse vertaling.

30 — Zie in die zin Huet, t. a. p.: „(...) geen filialen zijn nevenvestigingen — zoals fabrieken of opslagplaatsen — die geen rechtsbetrekkingen met hun klanten hebben (...) Evenmin degenen die weliswaar betrekkingen met derden hebben, doch slechts een eenvoudig verlengstuk van het moederbedrijf zijn en slechts als bode optreden voor de bestellingen van de klanten aan het moederbedrijf, dat in feite de zaken doet.”

62. In zijn rapport over het Executieverdrag merkt Jenard op, dat „indien er sprake is van een proces voor de rechter van een der Verdragsluitende Staten, dat uitsluitend personen aangaat die in die staat hun woonplaats hebben, (...) het Verdrag in beginsel geen enkele rol [speelt]”.³¹

63. Uiteraard zou kunnen worden betoogd, dat ten gevolge van de overeenkomst zelf en de fictie van artikel 13, tweede alinea, twee in dezelfde Verdragsluitende Staat woonachtige partijen in een proces tegenover elkaar zouden kunnen komen te staan. Maar mijns inziens is nu juist hier een grens gesteld aan de toepassing van die bepaling: wanneer de zetel van het filiaal en de woonplaats van de consument in dezelfde Verdragsluitende Staat zijn gelegen, is het geding niet meer „internationaal” in de zin van het Executieverdrag en kan artikel 13, tweede alinea, derhalve geen toepassing vinden.

64. Droz merkt op: „Telkens wanneer het Executieverdrag een rechtstreekse bijzondere bevoegdheid verleent, zoals bij voorbeeld aan het gerecht van de plaats waar de verzekeringnemer woonachtig is, gaat het om gevallen waarin de verweerder wordt opgeroepen voor gerechten van een *andere* staat dan die waar hij zijn woonplaats heeft.”³²

65. Het Executieverdrag beoogt — ik herhaal dit nog eens — de bevoegdheid van de gerechten van de Verdragsluitende Staten binnen de Gemeenschap in *internationaal verband* vast te stellen.³³

66. Voorts meen ik dat een verdragsbepaling als artikel 13, tweede alinea, die kan worden tegengeworpen aan personen *die hun woon-*

plaats in een derde staat hebben, beperkend moet worden uitgelegd, omdat het om een situatie gaat die het Executieverdrag in beginsel niet beoogt te regelen.

67. Artikel 14 bevestigt deze uitlegging. Volgens de eerste alinea ervan kan de consument zijn rechtsvordering instellen „hetzij voor de gerechten van de Verdragsluitende Staat op het grondgebied waarvan [de verweerder] woonplaats heeft, hetzij voor de gerechten van de Verdragsluitende Staat” waar hij zelf woont, hetgeen inderdaad twee staten impliceert.

68. Een andere bevestiging hiervan volgt naar het mij voorkomt uit artikel 15. Volgens die bepaling kan immers slechts van afdeling 4 worden afgeweken door overeenkomsten:

„(…)

3. waarbij een consument en zijn wederpartij, die *op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst* hun woonplaats of hun gewone verblijfplaats *in dezelfde Verdragsluitende Staat* hebben, de gerechten van die Staat bevoegd verklaren, tenzij de wetgeving van die Staat dergelijke overeenkomsten verbiedt”.³⁴

Deze bepaling — die een afwijking behelst en dus beperkend moet worden uitgelegd — betekent mijns inziens, dat wanneer op het moment waarop de rechtsvordering wordt ingesteld, anders dan in de preambule van het Executieverdrag wordt bedoeld, hierbij één Verdragsluitende Staat is betrokken, het Executieverdrag slechts in uitzonderingsgevallen mag worden toegepast.

31 — Rapport Jenard, blz. 8; zie ook het rapport Schlosser, reeds aangehaald, punt 21.

32 — Droz: *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Dalloz, 1972, punt 30; cursivering van mij.

33 — Preambule van het Verdrag (PB 1990, C 189, blz. 2).

34 — Cursivering van mij.

69. De bevoegdheid moet in een dergelijk geval dus niet door het Executieverdrag worden bepaald, maar door de *lex fori* van de betrokken Verdragsluitende Staat, zelfs wanneer die de consument niet het voordeel van het forum actoris verleent.

70. Ik trek hieruit de slotsom, dat artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag niet van toepassing is, wanneer het filiaal van een vennootschap waarvan de zetel zich in een derde staat bevindt, op het grondgebied van dezelfde Verdragsluitende Staat is gelegen als die waarop de consument zijn woonplaats heeft.

71. Om al deze redenen valt een casuspositie als die van de onderhavige zaak naar mijn mening niet binnen het toepassingsgebied van het Executieverdrag.

72. Derhalve behandel ik subsidiair de vragen 1, 2 en 4 van het Bundesgerichtshof, daar de derde vraag, inzake het begrip filiaal, reeds hiervoor is onderzocht.

73. Ik zal beginnen met de eerste vraag. Van de in artikel 13, eerste alinea, opgesomde overeenkomsten is hier alleen de sub 3 bedoelde in geding, de „overeenkomst die betrekking heeft op de verstrekking van diensten”, die is overgenomen uit artikel 5 van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.³⁵ Deze overeenkomst wordt noch in de tekst van de verdragen noch in de rapporten met commentaar daarop gedefinieerd.

74. De wijziging van afdeling 4, in het bijzonder artikel 13, van het Executieverdrag, bij het Toetredingsverdrag van 1978 beoogde de consumentenbescherming te *verruimen*, zonder deze te beperken tot de koop en ver-

koop op afbetaling en de leningen ter financiering hiervan. Daarom vermeldt het artikel in een zeer bevattelijke formulering een restgroep van overeenkomsten — „elke andere overeenkomst die betrekking heeft op de verstrekking van diensten of op de levering van roerende lichamelijke zaken” —, zonder binnen die groep te onderscheiden op grond van de aard van de overeenkomst.³⁶

75. Artikel 5 van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst³⁷, betreffende door consumenten gesloten overeenkomsten, is van toepassing op overeenkomsten „die betrekking hebben op de levering van roerende lichamelijke zaken of de verstrekking van diensten aan een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd, alsmede op overeenkomsten ter financiering van een dergelijke levering of verstrekking”³⁸; volgens het rapport Giuliano-Lagarde³⁹ bestrijkt deze regel niet de koop van effecten.⁴⁰

76. Hieruit volgt echter niet, zoals Shearson Lehman ten onrechte stelt⁴¹, dat een commissiecontract dat erop gericht is, deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties tot stand te brengen, is uitgesloten van de groep overeenkomsten die betrekking hebben op de verstrekking van diensten in de zin van artikel 13. Op het toepassingsgebied van het Verdrag van Rome zijn namelijk uitzonderingen gemaakt die het Executieverdrag niet kent.⁴² Bovendien is een dergelijk contract geen „koop van effecten” in de eigenlijke zin.

36 — Met uitzondering van de uitsluiting van de vervoerovereenkomst in artikel 13, derde alinea.

37 — Ter ondertekening opgesteld te Rome op 19 juni 1980 (80/934/EEG) (PB 1980, L 266, blz. 1).

38 — Artikel 5, eerste alinea, van het Verdrag.

39 — Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (PB 1980, C 282, blz. 1).

40 — Ibidem, blz. 23.

41 — Opmerkingen van verweerster in het hoofdgeding, blz. 11 van de Franse vertaling.

42 — Zie artikel 1, lid 2, van het Verdrag van Rome.

35 — Rapport Schlosser, punt 153.

77. De bescherming van artikel 13 kan evenmin worden uitgesloten op grond dat het contract gericht is op deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties „die een speculatief karakter hebben en waarbij de beoogde sociale bescherming onnodig is”.⁴³

78. Zoals Schlosser opmerkt is het, ook al zijn beurspeculanten niet het „prototype van consumenten die bescherming verdienen”, ondenkbaar het toepassingsgebied van artikel 13 te beperken door uitsluitingen die daarin niet zijn voorzien.⁴⁴ Het is mijns inziens bovendien gevaarlijk om onderscheid te maken naar gelang het door de contractspartij beoogde doel: hoe kan men stellen dat het commissiecontract voor vermogensbeheer als goed huisvader binnen het toepassingsgebied van artikel 13 valt, maar het commissiecontract met louter speculatieve doeleinden niet?

79. Aangenomen moet dus worden, dat deze bepaling ook betrekking heeft op commissiecontracten inzake deviezen- en effectentermijntransacties.⁴⁵

80. Voldoet een dergelijke overeenkomst aan de twee cumulatieve voorwaarden⁴⁶ van artikel 13, eerste alinea, sub 3, a en b? Buiten kijf staat weliswaar, dat de consument in de staat waar hij zijn woonplaats heeft de voor de sluiting van de overeenkomst noodzakelijke handelingen heeft verricht, maar is die overeenkomst ook voorafgegaan door reclame en voldoet die reclame aan de voorwaarden van het Verdrag? Moet er, meer bepaald, een verband bestaan tussen de

reclame en de sluiting van de overeenkomst? Dat is de tweede vraag die het Hof is voorgelegd.

81. Zoals in het rapport Schlosser⁴⁷ wordt opgemerkt, vallen overeenkomsten betreffende de verstrekking van diensten alleen onder artikel 13 „als er een voldoende verband bestaat met de woonplaats van de consument”.

82. Zo moet de overeenkomst in de staat waar de consument woonplaats heeft, zijn *voorafgegaan door reclame*.

83. Het Executieverdrag stelt op dit punt geen bijkomende voorwaarde: van de consument wordt niet geëist dat hij *aantoont* dat de reclame hem ook daadwerkelijk heeft bereikt of dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst.

84. Een dergelijk vereiste — waaraan over het algemeen onmogelijk zal zijn te voldoen — is mijns inziens in strijd met het doel van artikel 13: de consumentenbescherming. Deze laatste moet worden bevorderd: beperkingen van de toepassing van dit artikel moeten dus uit de tekst van het Executieverdrag volgen. De enig denkbare beperking berust op het gezond verstand: mijns inziens mag er niet te veel tijd liggen tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst die wordt geacht hiervan het gevolg te zijn. De beoordeling hiervan valt echter onder de bevoegdheid van de nationale rechter.

85. Hieruit volgt, dat aan de voorwaarden van artikel 13, eerste alinea, sub 3, a, Executieverdrag is voldaan, wanneer de sluiting

43 — Opmerkingen van verweerster in het hoofdgeding, blz. 12 van de Franse vertaling.

44 — P. Schlosser: „Sonderanknüpfungen von zwingendem Verbraucherschutzrecht und europäisches Prozessrecht”, *Festschrift für Ernst Steindorff*, 1990, blz. 1383. Zie ook het arrest van het Oberlandesgericht Köln van 16 maart 1989, ZIP, 13/89, blz. 839.

45 — Zie in die zin Kropholler: op. cit., blz. 151.

46 — Zie rapport Schlosser, punt 158 b.

47 — Ibidem, nr. 158 b.

van de overeenkomst in de staat waar de consument woonplaats heeft, binnen een redelijke termijn is voorafgegaan door reclame, zonder dat het bewijs van een oorzakelijk verband tussen die reclame en de sluiting van de overeenkomst mag worden verlangd.⁴⁸ Dit artikel schept bijgevolg een soort onweerlegbaar vermoeden, dat tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst een verband bestaat, wanneer de reclame aan die sluiting voorafgaat.

86. Ik ga nu over tot vraag 4 a, betreffende het begrip overeenkomsten.

87. De uitdrukking „ter zake van overeenkomsten” in artikel 13 Executieverdrag is nooit door het Hof onderzocht. Daarentegen heeft het Hof herhaaldelijk uitlegging gegeven aan het begrip „verbintenissen uit overeenkomst” in artikel 5, sub 1. Ook hier is er mijns inziens geen enkele reden om aan te nemen dat deze twee bepalingen twee verschillende begrippen hanteren. Met de uitlegging die het Hof heeft gegeven aan het begrip verbintenissen uit overeenkomst in artikel 5 moet daarom naar ik meen rekening worden gehouden voor de uitlegging van de overeenkomstige bepaling in artikel 13.

88. Met betrekking tot artikel 5 heeft het Hof in het arrest Martin Peters van 22 maart 1983⁴⁹ geoordeeld, dat

„het begrip verbintenissen uit overeenkomst (...) als criterium [dient] ter afbakening van het toepassingsgebied van een van de bijzondere bevoegdheidsregels waarvan de verzoeker gebruik kan maken. Gelet op de doelstellingen en de algemene structuur van het Verdrag en om de gelijkheid en eenvormig-

heid van de rechten en verplichtingen die voor de Verdragsluitende Staten en de belanghebbende personen uit het Executieverdrag voortvloeien, zoveel mogelijk te verzekeren, is het van belang dat dat begrip niet wordt gezien als een simpele verwijzing naar het interne recht van deze of gene der betrokken staten.

(...) het [is] derhalve noodzakelijk, het begrip verbintenissen uit overeenkomst een autonome inhoud te geven en bij de uitlegging ervan met het oog op de toepassing van het Verdrag, in de eerste plaats aansluiting te zoeken bij het stelsel en de doelstellingen van het Verdrag, teneinde de volle werking hiervan te verzekeren.”⁵⁰

89. In de zaak Arcado⁵¹ had de vennootschap Agecobel, na de opzegging van een zelfstandige agentuurovereenkomst waarbij de vennootschap Haviland haar de verkoop van porseleingoed voor België en Luxemburg had toevertrouwd, Haviland voor de rechtbank van koophandel te Brussel gedaagd tot betaling van schadevergoeding wegens onrechtmatige opzegging en tot betaling van achterstallig commissieloon. In hoger beroep betwistte Haviland op grond van artikel 5, sub 3, Executieverdrag de bevoegdheid van de Belgische rechter. Het Hof van Beroep was van oordeel, dat de vordering tot betaling van commissieloon een contractueel karakter had, doch twijfelde aan de aard van de schadevordering wegens onverwachte en ontijdige opzegging en stelde het Hof daarover een prejudiciële vraag.

90. Het Hof oordeelde als volgt:

48 — Zie in deze zin Hartung: „Termineinwand bei Warenermischgeschäften an Auslandsbörsen”, *ZfR* 27 september 1991, Heft 18, blz. 1192.

49 — Zaak 34/82, *Jurispr.* 1983, blz. 987.

50 — R. o. 9 en 10.

51 — Arrest van 8 maart 1988 (zaak 9/87, *Jurispr.* 1988, blz. 1539).

„Het lijdt geen twijfel, dat een vordering tot betaling van op grond van een zelfstandige agentuurovereenkomst verschuldigd commissieloon op die overeenkomst berust en bijgevolg valt onder het begrip verbintenissen uit overeenkomst in de zin van artikel 5, sub 1, Executieverdrag.

Hetzelfde geldt voor een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige opzegging van deze overeenkomst, aangezien die vergoeding haar grondslag vindt in de niet-nakoming van een contractuele verplichting.”⁵²

91. Het Hof baseerde zich met name op artikel 10 van het Verdrag van Rome:

„(...) de contractuele aard van een rechtsvordering als de onderhavige [vindt] bevestiging in [dat artikel], aangezien op grond daarvan het recht dat van toepassing is op de overeenkomst, de gevolgen van gehele of gedeeltelijke niet-nakoming van de daaruit ontstane verbintenissen beheerst en dus ook van de contractuele aansprakelijkheid van de partij aan wie de niet-nakoming kan worden verweten”.⁵³

92. Reeds in voornoemd arrest *De Bloos*⁵⁴ oordeelde het Hof, dat

„in een geschil over de gevolgen van de schending van een alleenverkoopovereenkomst door de concessiegever, zoals de betaling van schadevergoeding of de ontbinding van de overeenkomst, voor de toepassing van artikel 5, sub 1, van het Verdrag moet worden gezien naar de verbintenis die uit de overeenkomst voortvloeit ten laste van de concessiegever en waarvan de niet-nakoming wordt ingeroepen door de concessiehouder

voor zijn vordering tot schadevergoeding of tot ontbinding van de overeenkomst”.⁵⁵

93. De vordering tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van zijn verbintenissen uit overeenkomst door een commissienair verschilt mijns inziens naar haar aard niet van een schadevordering wegens onrechtmatige opzegging van de overeenkomst — en dus wegens niet-nakoming van verbintenissen uit de overeenkomst — door een concessiegever of de wederpartij van een handelsagent: in beide gevallen is het recht op schadevergoeding gebaseerd op de overeenkomst.

94. Dekt het begrip „ter zake van overeenkomsten” in artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag ook aanspraken wegens schending van de adviesplicht tijdens precontractuele onderhandelingen? Is die aanspraken hetzelfde lot beschoren als de vorderingen op grond van de contractuele hoofdvbintenis?

95. Tijdens de precontractuele onderhandelingen zijn de deelnemers hieraan niet gebonden door verbintenissen die hun grondslag vinden in de overeenkomst, omdat die immers nog niet bestaat en wellicht nooit zal bestaan. Algemeen wordt aangenomen dat op de betrokkenen slechts een wederkerige zorgplicht berust.⁵⁶

96. Natuurlijk kan een vordering tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van deze verplichting op zich niet als een vordering ter zake van de overeenkomst worden aange-

52 — R. o. 12 en 13.

53 — R. o. 15.

54 — Zie aanhaling hiervoor, voetnoot 16.

55 — R. o. 16.

56 — Zie de opmerkingen van Shearson Lehman, blz. 19 van de Franse vertaling.

merkt. Dit blijkt uit het feit, dat deze voorde-
ring ook kan worden ingesteld wanneer de
overeenkomst uiteindelijk niet is gesloten.

97. Wanneer zij echter is verbonden met een
vordering wegens contractuele aansprakelijk-
heid, gebaseerd op de overeenkomst waartoe
de precontractuele onderhandelingen hebben
geleid, is zij daarvan mijns inziens niet meer
te scheiden.

98. Ten slotte is de aard van de rechtsvorde-
ring wegens ongerechtvaardigde verrijking in
het kader van het Executieverdrag een lastig
probleem.

99. In zijn arrest van 27 september 1988,
Kalfelis⁵⁷, moest het Hof een kwalificatie
van deze rechtsvordering geven.

100. In die zaak had verzoeker in het hoofd-
geding met een in Luxemburg gevestigde
bank via de Duitse dochteronderneming van
die bank op de beurs kas- en termijntransac-
ties in zilver afgesloten. Toen de termijn-
transacties een fiasco bleken, stelde hij tegen
de bank Schröder te Luxemburg en haar
dochteronderneming een rechtsvordering tot
terugbetaling in.

101. Deze rechtsvordering was zowel op
contractuele aansprakelijkheid (wegens
schending van de voorlichtingsplicht) als op
onrechtmatige daad (wegens handelen in
strijd met de goede zeden) gebaseerd. De
vordering was ook gebaseerd op ongerecht-
vaardigde verrijking, op grond dat overeen-
komsten betreffende beurstermijntransacties,
zoals termijntransacties in zilver, partijen niet
binden.

102. Ondervraagd over de uitlegging van het
begrip „verbintenissen uit onrechtmatige

daad” in artikel 5, sub 3, Executieverdrag,
oordeelde het Hof dat

„[dit] begrip (...) moet worden beschouwd
als een autonoom begrip, waaronder *elke*
rechtsvordering valt die beoogt de aanspra-
kelijkheid van een verweerder in het geding
te brengen en die geen verband houdt met
een ‚verbintenis uit overeenkomst’ in de zin
van artikel 5, sub 1”⁵⁸,

zodat het onder verbintenissen uit onrecht-
matige daad tevens de rechtsvordering
wegens ongerechtvaardigde verrijking
begreep.

103. In mijn conclusie in die zaak heb ik,
voortbouwend op ’s Hof’s arrest Peters⁵⁹,
het Hof een oplossing gesuggereerd waar-
door, in geval voor een zelfde geschil meer-
dere rechters bevoegd zijn, dit voor een en
hetzelfde gerecht kan worden gebracht.

104. Staat u mij toe hieruit een korte passage
aan te halen. Na eerst te hebben herinnerd
aan de volgende zinsnede van het arrest:

„wanneer (...) artikel 5, sub 1, van het Ver-
drag het gerecht van de plaats van uitvoering
van de verbintenis als bevoegd gerecht aan-
wijst, dan wil het daarmee de mogelijkheid
openen, dat alle problemen die bij de uitvoe-
ring van een contractuele verbintenis kunnen
rijzen, voor hetzelfde gerecht worden
gebracht, en wel voor dat van de plaats van
uitvoering, zulks wegens de nauwe betrek-
kingen die een overeenkomst tussen de con-
tractspartijen tot stand brengt”⁶⁰,

58 — R. o. 18, cursivering van mij.

59 — Zie aanhaling in voetnoot 49.

60 — Arrest Peters, reeds aangehaald, r. o. 12.

stelde ik:

„Het Hof heeft aldus alle elementen aangegeven die ervoor pleiten dat de bevoegdheid ex artikel 5, sub 1, „tevens de bevoegdheid meebrengt” voor vorderingen die volgens de *lex causae* hun *rechtsgrondslag* vinden in onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking, wanneer de vorderingen, gelijk in het onderhavige geval, in wezen berusten op „niet-nakoming van verbintenissen uit overeenkomst”.

(...)

Met andere woorden, bij een dergelijke samenloop van rechtsgronden wordt de bevoegdheid van de rechter uitsluitend bepaald door artikel 5, sub 1, daar de overeenkomst in dat geval „het kader vormt” waarbinnen alle geschilpunten zijn ontstaan.”⁶¹

105. Ook de onderhavige zaak geeft mij aanleiding, een oplossing in overweging te geven volgens welke één rechter bevoegd is.

106. Het valt immers niet te ontkennen, dat hetgeen de bij de verwijzende rechter ingestelde vorderingen „bindt”, „verenigt”, *de door partijen gesloten overeenkomst is*.⁶²

107. Hieruit volgt, dat een vordering die de uitdrukking is van moeilijkheden die kunnen ontstaan bij de uitvoering van verbintenissen

uit overeenkomst, binnen het toepassingsgebied van artikel 5, sub 1, Executieverdrag moet vallen.

108. Deze „centralisering” van de bevoegdheid, die ik in het kader van de verbintenissen uit overeenkomst bedoeld in artikel 5 noodzakelijk achtte, is mijns inziens a fortiori noodzakelijk wanneer het overeenkomsten betreft die zijn gesloten door de consument, voor wie het heel in het bijzonder schadelijk kan zijn indien meer dan één rechter bevoegd is.

109. Het streven om de rechtszekerheid en een doeltreffende rechtsbescherming te bevorderen in alle tot de Gemeenschap behorende gebieden, kan slechts leiden tot toepassing van artikel 13, eerste alinea, een oplossing die ik ook naar aanleiding van artikel 5, sub 1, heb voorgestaan.

110. Hieruit volgt naar mijn mening, dat het begrip „ter zake van overeenkomsten” in artikel 13, eerste alinea, zich ook uitstrekt tot een rechtsovereenkomst wegens niet-nakoming van contractuele verplichtingen, niet-nakoming van precontractuele verplichtingen en ongerechtvaardigde verrijking, ontstaan naar aanleiding van een zelfde commissiecontract.

111. Daar de overeenkomst in de zin van dat artikel „het kader vormt” waarbinnen alle geschilpunten zijn ontstaan, en de vorderingen onderling een zodanige samenhang vertonen, dat zij volgens ’s Hof’s arrest Peters slechts te zamen kunnen worden berecht, moet de bevoegdheid van de rechter enkel door artikel 14 worden bepaald.

112. De laatste vraag, inzake de connexiteit, is dus zonder voorwerp.

61 — Punten 27 en 29 (Jurispr. 1988, blz. 5577).

62 — Zie in die zin Kropholler, op. cit., blz. 100: „Denn für eine umfassende Zuständigkeit im Vertragsgerichtsstand spricht (im Unterschied zu der abgelehnten Erweiterung der deliktischen Zuständigkeit), daß in derartigen Fällen im allgemeinen das Vertragsverhältnis und nicht das Deliktverhältnis prägend ist, so daß im Interesse der Prozeßökonomie liegende gemeinsame Behandlung aller Ansprüche in diesem Gerichtsstand nicht nur praktisch, sondern auch sachgerecht erschiene.”

113. Mitsdien concludeer ik, dat het Hof voor recht verklaart:

- „1) De eiser die niet persoonlijk partij is bij één van de in artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag opgesomde overeenkomsten, is geen consument in de zin van de artikelen 13 en 14 Executieverdrag.
- 2) Een vennootschap die haar zetel heeft in een Verdragsluitende Staat, die economisch toebehoort aan de wederpartij van de consument en niet bevoegd is om overeenkomsten te sluiten, is geen filiaal, agentschap of andere vestiging in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag.
- 3) Artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag is, wegens het ontbreken van een grensoverschrijdend aspect, niet van toepassing wanneer het filiaal van de vennootschap die haar zetel in een derde staat heeft, op het grondgebied van dezelfde Verdragsluitende Staat is gelegen als die waarin de consument zijn woonplaats heeft.”

Subsidiair

- „1) Een commissie-overeenkomst betreffende deviezen-, effecten- en goedereintermijntransacties is een overeenkomst die betrekking heeft op de verstrekking van diensten in de zin van artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag.
- 2) Laatstgenoemde bepaling eist niet, dat het bewijs wordt geleverd van een oorzakelijk verband tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst.
- 3) Het begrip ‚ter zake van overeenkomsten’ in artikel 13, eerste alinea, omvat een rechtsvordering wegens schending van contractuele verplichtingen, schending van precontractuele verplichtingen en ongerechtvaardigde verrijking, ontstaan naar aanleiding van de sluiting van een zelfde overeenkomst.”