



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
N. JÄÄSKINEN
van 19 april 2012¹

Zaak C-133/11

**Folien Fischer AG,
Fofitec AG
tegen
Ritrama SpA**

[verzoek van het Bundesgerichtshof (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Rechterlijke bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken — Uitlegging van artikel 5, punt 3, van verordening (EG) nr. 44/2001 — Bijzondere bevoegdheden — Verbintenissen uit onrechtmatige daad — Begrip — Vordering tot verkrijging van negatieve verklaring voor recht („negative Feststellungsklage”) — Mogelijkheid voor potentiële laedens om potentiële gelaedeerde op te roepen voor gerecht van plaats waar dit feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen, teneinde niet-aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad te doen vaststellen”

I – Inleiding

1. Deze zaak heeft in wezen betrekking op de vraag of een rechtsvordering gericht op het ontkennen van aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad, onder het bereik valt van de bijzondere bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, van verordening (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken². Volgens deze bepaling is „ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad” bevoegd „het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen”. Bij een ontkennende beantwoording van deze vraag zou de partij tegen wie een dergelijke vordering wordt ingesteld, overeenkomstig de algemene bevoegdheidsregel van artikel 2 van genoemde verordening moeten worden opgeroepen voor het gerecht van haar woonplaats.

2. De prejudiciële vraag is gesteld door het Bundesgerichtshof (Duitsland) in het kader van een geding tussen enerzijds de in Zwitserland gevestigde vennootschappen Folien Fischer AG (hierna: „Folien Fischer”) en Fofitec AG (hierna: „Fofitec”), en anderzijds Ritrama SpA, die haar maatschappelijke zetel in Italië heeft. Met hun bij een Duits gerecht ingestelde vordering tot verkrijging van een negatieve verklaring voor recht³ wensen Folien Fischer en Fofitec vastgesteld te zien dat Ritrama SpA jegens hen geen aanspraak uit hoofde van onrechtmatige daad zal kunnen doen gelden, noch op basis van een door haar gehekeldde verkooppraktijk van Folien Fischer, noch wegens de weigering van Fofitec om aan haar octrooilicenties te verlenen.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB 2001, L 12, blz. 1. Voor de geconsolideerde versie, waarin de – voor de onderhavige zaak niet relevante – opeenvolgende wijzigingen en rectificaties van de verordening in de basistekst zijn geïntegreerd, zie 2001R0044 – NL – 8.4.2009 – 007.001 – 1.

3 — In het Duitse recht aangeduid als „negative Feststellungsklage”.

3. De uitleggingsvraag is volkomen nieuw, al heeft het Hof reeds eerder prejudiciële vragen voorgelegd gekregen die betrekking hadden op negatief declaratoire acties, namelijk in een zaak tussen eigenaars van onder cognossementen vervoerde goederen en de eigenaar van het schip waarmee die goederen werden vervoerd⁴. De zeer uiteenlopende standpunten die, zoals het Bundesgerichtshof in zijn verwijzingsbeslissing opmerkt, zowel rechters van diverse lidstaten als – met name Duitse – rechtsgeleerden hebben ingenomen ten aanzien van de vraag of artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 al dan niet bij dat type vorderingen moet kunnen worden toegepast, illustreren het grote belang van het antwoord dat het Hof op de in de onderhavige zaak gestelde vraag zal geven.

II – Rechtskader

4. Blijkens de punten 1 en 2 van de considerans van verordening nr. 44/2001 zijn in het belang van „de goede werking van de interne markt” in deze verordening bepalingen opgenomen die „de eenvormigheid van de [in de lidstaten⁵ toepasselijke] regels inzake jurisdictiegeschillen in burgerlijke en handelszaken mogelijk maken”.

5. Volgens punt 11 van de considerans van de verordening moeten „[d]e bevoegdheidsregels [...] in hoge mate voorspelbaar zijn, waarbij als beginsel geldt dat de bevoegdheid in het algemeen gegrond wordt op de woonplaats van de verweerder; de bevoegdheid moet altijd op die grond kunnen worden gevestigd, behalve in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt wettigt”.

6. In punt 12 van de considerans van de verordening wordt verklaard dat er „[n]aast de woonplaats van de verweerder [...] alternatieve bevoegdheidsgronden mogelijk [moeten] zijn, gebaseerd op de nauwe band tussen het gerecht en de vordering of de noodzaak een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken”.

7. De bevoegdheidsregels staan in hoofdstuk II van verordening nr. 44/2001, dat de artikelen 2 tot en met 31 omvat.

8. Artikel 2, lid 1, van de verordening, dat staat in afdeling 1 van hoofdstuk II („Algemene bepalingen”), luidt als volgt:

„Onverminderd deze verordening worden zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen voor de rechten van die lidstaat.”

9. Artikel 3, lid 1, van de verordening, dat in diezelfde afdeling staat, bepaalt:

„Degenen die op het grondgebied van een lidstaat woonplaats hebben, kunnen slechts voor het gerecht van een andere lidstaat worden opgeroepen krachtens de in de afdelingen 2 tot en met 7 van dit hoofdstuk gegeven regels.”

10. Artikel 5, punt 3, van de verordening, dat staat in afdeling 2 van hoofdstuk II („Bijzondere bevoegdheid”), bepaalt het volgende:

„Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat voor de volgende rechten worden opgeroepen:

[...]

4 — Arrest van 6 december 1994, Taty (C-406/92, Jurispr. blz. I-5439).

5 — In deze conclusie wordt overeenkomstig artikel 1, lid 3, van verordening nr. 44/2001 onder „lidstaat” elke lidstaat van de Europese Unie verstaan, met uitzondering van het Koninkrijk Denemarken.

3. ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad: voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen”.⁶

III – Hoofdgeding, prejudiciële vraag en procesverloop voor het Hof

11. Folien Fischer is een in Zwitserland gevestigde vennootschap die zich bezighoudt met de ontwikkeling, productie en verkoop van gelamineerde papierwaren en folies. Zij verkoopt onder meer in Duitsland dragers voor kaartenformulieren in kettingvorm. Fofitec, die eveneens in Zwitserland is gevestigd en deel uitmaakt van de groep Folien Fischer, is houder van diverse octrooien op hetzelfde gebied.

12. De in Italië gevestigde onderneming Ritrama SpA ontwikkelt, produceert en verkoopt verschillende soorten laminaat en veredelde folie.

13. In een brief van maart 2007 heeft Ritrama SpA te kennen gegeven dat het verkoopbeleid van Folien Fischer en de weigering van deze onderneming om haar octrooilicenties te verlenen, in strijd waren met het mededingingsrecht.

14. Daarop hebben Folien Fischer en Fofitec bij het Landgericht Hamburg (Duitsland) een vordering tot het verkrijgen van een negatieve verklaring voor recht aanhangig gemaakt, strekkende tot vaststelling, in de eerste plaats, dat Folien Fischer niet verplicht is een einde te maken aan haar verkooppraktijk ten aanzien van het verlenen van kortingen en de vormgeving van haar verkoopovereenkomsten, en, in de tweede plaats, dat Ritrama SpA niet het recht heeft te vorderen dat die verkooppraktijk wordt beëindigd, noch uit dien hoofde een recht op schadeloosstelling zal kunnen doen gelden. Folien Fischer en Fofitec hebben het Landgericht Hamburg bovendien verzocht voor recht te verklaren dat laatstgenoemde niet verplicht is een licentie te verlenen op twee relevante Europese octrooien waarvan zij de houder is.

15. Na de aanhangigmaking van die negatief declaratoire actie hebben Ritrama SpA en haar in Zwitserland gevestigde dochteronderneming Ritrama AG, die volgens Ritrama SpA de door haar geproduceerde producten onder meer in Duitsland verkoopt, bij het Tribunale di Milano (Italië) een condemnatoire actie ingesteld. Met het argument dat Folien Fischer en Fofitec zich schuldig maakten aan schending van het mededingingsrecht, hebben zij betaling van een schadevergoeding gevorderd alsmede veroordeling van Fofitec tot het verlenen van licenties op de betrokken octrooien.

16. Bij vonnis van 9 mei 2008 heeft het Landgericht Hamburg de door Folien Fischer en Fofitec ingestelde vordering tot verkrijging van een negatieve verklaring voor recht wegens internationale onbevoegdheid niet-ontvankelijk verklaard.

6 — Artikel 5, punt 3, van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Brussel op 27 september 1968 (PB 1972, L 299, blz. 32), zoals gewijzigd bij de achtereenvolgende verdragen betreffende de toetreding van de nieuwe lidstaten tot dat verdrag (geconsolideerde versie: PB 1998, C 27, blz. 1; hierna: „Executieverdrag”), bepaalde min of meer hetzelfde, maar noemde niet uitdrukkelijk het geval dat het schadebrengende feit „zich kan voordoen”.
Volkomen identiek aan de in verordening nr. 44/2001 opgenomen bepaling is artikel 5, punt 3, van het Verdrag van Lugano betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Lugano op 16 september 1988 (PB 1988, L 319, blz. 9), zoals herzien bij het op 30 oktober 2007 te Lugano ondertekende verdrag [zie besluit 2007/712/EG van de Raad van 15 oktober 2007 inzake de ondertekening namens de Gemeenschap van genoemd verdrag (PB L 339, blz. 1)], dat op 1 mei 2011 in werking is getreden en het Koninkrijk Denemarken, de Republiek IJsland, het Koninkrijk Noorwegen en de Zwitserse Bondsstaat bindt (hierna: „Verdrag van Lugano”).

17. Deze beslissing is op 14 januari 2010 in hoger beroep bevestigd door het Oberlandesgericht Hamburg (Duitsland), dat zich op het standpunt heeft gesteld dat de Duitse rechter in dezen geen internationale bevoegdheid toekomt omdat de in artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 opgenomen bevoegdheidsregel voor verbintenissen uit onrechtmatige daad niet kan worden toegepast bij een negatief declaratoire actie zoals die welke Folien Fischer en Fofitec hebben ingesteld, waarmee de rechter immers juist wordt verzocht vast te stellen dat er in Duitsland geen onrechtmatige daad is gepleegd.

18. Tegen die beslissing is bij het Bundesgerichtshof Revision ingesteld door Folien Fischer en Fofitec, die hun eerdere vorderingen hebben gehandhaafd. Het Bundesgerichtshof merkt in zijn verwijzingsbeslissing op dat het Hof van Justitie zich nog niet heeft uitgesproken over de vraag of de bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 ook kan worden toegepast als een potentiële laedens een negatief declaratoire actie instelt, ertoe strekkende dat wordt vastgesteld dat de potentiële gelaedeerde geen enkele aanspraak uit hoofde van onrechtmatige daad zal kunnen doen gelden. Volgens het Bundesgerichtshof is de juiste uitlegging van deze bepaling in een dergelijk geval niet evident, getuige de verdeeldheid die zowel in de doctrine als in de nationale rechtspraak op dit punt bestaat. Wat de rechtspraak betreft, refereert de verwijzende rechter behalve aan beslissingen van diverse rechterlijke instanties van lidstaten van de Unie ook aan uitspraken van gerechten van de Zwitserse Bondsstaat, die betrekking hebben op de gelijkkluidende bepaling van het Verdrag van Lugano.

19. In deze context heeft het Bundesgerichtshof besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag voor te leggen, zij het met de aantekening dat het neigt tot het standpunt dat artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 bij negatief declaratoire acties moet kunnen worden toegepast:

„Moet artikel 5, punt 3, van verordening [nr. 44/2001] aldus worden uitgelegd, dat de bevoegdheidsregel voor verbintenissen uit onrechtmatige daad ook kan worden toegepast met betrekking tot een vordering tot verkrijging van een negatieve verklaring voor recht [„negative Feststellungsklage“], die een potentiële laedens heeft ingesteld teneinde te doen vaststellen dat de potentiële gelaedeerde op basis van een bepaald feitencomplex geen aanspraak uit hoofde van onrechtmatige daad (in casu: schending van kartelrechtelijke bepalingen) zal kunnen doen gelden?”

20. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 18 maart 2011 ter griffie van het Hof ingeschreven.

21. Er zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door Folien Fischer en Fofitec, Ritrama SpA, de Duitse, de Franse, de Nederlandse, de Poolse, de Portugese en de Zwitserse regering. De schriftelijke opmerkingen van de Commissie, die na het verstrijken van de daartoe bepaalde termijn zijn ingediend, zijn bij beschikking van de president van het Hof van 19 juli 2011 niet-ontvankelijk verklaard.

22. Ter terechtzitting, die op 15 februari 2012 heeft plaatsgevonden, waren Folien Fischer, Fofitec, Ritrama SpA, de Duitse regering en de Commissie vertegenwoordigd.

IV – Analyse

A – Inleidende opmerkingen

– Relevantie van de prejudiciële vraag

23. Ritrama SpA heeft om te beginnen de relevantie van de prejudiciële vraag voor de oplossing van het hoofdgeding betwist met het argument dat haar brief van maart 2007, waaraan de verwijzende rechter refereert, geen formele ingebrekestelling was, maar slechts een uitnodiging om met elkaar in gesprek te gaan teneinde het geschil te regelen, zodat Folien Fischer en Fofitec geen procesbelang hebben.

24. Zij heeft daaraan toegevoegd dat de Duitse rechter zelfs in geval van een bevestigende beantwoording van de gestelde vraag geen internationale bevoegdheid aan artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 zou kunnen ontlenen, aangezien de betrokken onrechtmatige daad niet in de zin van het procesrecht in Duitsland kan hebben plaatsgevonden. Partijen in het hoofdgeding zijn immers in Duitsland geen concurrenten en geen van hen is onderworpen aan het Duitse recht, aangezien zij niet in Duitsland gevestigd zijn. Ter terechtzitting heeft Ritrama SpA gepreciseerd dat zij vanaf 2004 niet meer op de Duitse markt aanwezig is geweest. Zij erkent weliswaar dat haar Zwitserse dochteronderneming Ritrama AG in Duitsland actief is, maar het is volgens haar onmogelijk twee vennootschappen met eigen rechtspersoonlijkheid in een civiele procedure inzake niet-contractuele aansprakelijkheid over één kam te scheren.

25. Volgens vaste rechtspraak is in de prejudiciële verwijzingsprocedure de nationale rechter het best in staat om, gelet op de bijzonderheden van de zaak, zowel de noodzaak van een verwijzing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt.⁷ Wanneer deze vragen betrekking hebben op de uitlegging van het recht van de Unie, is het Hof in beginsel verplicht uitspraak te doen, al zal het, ter toetsing van zijn bevoegdheid, een onderzoek instellen naar de omstandigheden waaronder de nationale rechter hem om een prejudiciële beslissing heeft verzocht.⁸

26. Naar mijn mening heeft het Bundesgerichtshof in casu zijn verzoek om een prejudiciële beslissing voldoende gestaafd om aan te tonen dat de gestelde vraag beantwoordt aan een objectieve behoefte, waarvan de oplossing van het geschil in het hoofdgeding afhangt.

– Te onderscheiden problemen

27. Gelet op hetgeen is aangevoerd, moet in herinnering worden gebracht dat de verschillende fasen van de redenering die moet worden gevolgd door een gerecht waaraan een civiel- of handelsrechtelijk geschil met een buitenlands element is voorgelegd, duidelijk van elkaar dienen te worden onderscheiden.

28. Dat gerecht dient allereerst na te gaan of het wel internationaal bevoegd is, met name gelet op de bepalingen van verordening nr. 44/2001. De in deze zaak aan het Hof voorgelegde vraag heeft uitsluitend betrekking op die bevoegdheidskwestie.

7 — Zie onder meer arrest van 21 oktober 2010, Padawan (C-467/08, Jurispr. blz. I-10055, punten 21 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak).

8 — Zie onder meer arrest van 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Jurispr. blz. I-6057, punten 39 e.v.).

29. Het bevoegde gerecht moet vervolgens onderzoeken of er in zijn nationale recht procedureregels⁹ bestaan, bijvoorbeeld ter zake van de ontvankelijkheid, die aan voortzetting van de procedure in de weg zouden kunnen staan. Pas in deze fase kan de vraag rijzen of de aanlegger van het geding wel procesbelang heeft.

30. Daarna moet dat gerecht de vraag naar het toepasselijke recht beantwoorden door toepassing van de conflictregels die zijn opgenomen in de Unierechtelijke, internationaalrechtelijke of, subsidiair, nationaalrechtelijke regelingen die van kracht zijn in de lidstaat waar het zijn zetel heeft.

31. Tot slot, en slechts in die fase, moet het gerecht het door de relevante conflictregel aangewezen recht concreet toepassen op het geschil dat hem is voorgelegd. Deze voorschriften van materieel recht bepalen met name onder welke voorwaarden het feit dat de schade teweegbrengt, ten aanzien van de gelaedeerde als een schadebrengend feit kan worden beschouwd, alsmede welke bewijzen deze laatste moet aandragen om zijn schadevordering te staven.¹⁰

– Belang van de op „parallele” instrumenten betrekking hebbende rechtspraak voor verordening nr. 44/2001

32. 's Hofs rechtspraak betreffende de uitlegging van het Executieverdrag of het Verdrag van Lugano kan en moet zelfs in aanmerking worden genomen voor zover verordening nr. 44/2001, die in de betrekkingen tussen de lidstaten de plaats van het Executieverdrag heeft ingenomen, bepalingen bevat die als in wezen gelijkwaardig kunnen worden aangemerkt.¹¹

33. Dit is het geval met artikel 5, punt 3, dat in elk van de genoemde regelingen is opgenomen ter bepaling van de bevoegdheid „ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad”, ook al verschilt de tekst van verordening nr. 44/2001 in zoverre van die van het Executieverdrag, dat in de verordening met zoveel woorden ook bevoegdheid wordt toegekend aan het gerecht van de „plaats waar het schadebrengende feit [...] zich kan voordoen”, zoals ook in de in 2007 herziene versie van het Verdrag van Lugano het geval is. Deze toevoeging is slechts bedoeld als verduidelijking¹² en betekent geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van de regeling van het Executieverdrag, aangezien het Hof reeds heeft uitgemaakt dat artikel 5, punt 3, van dit verdrag ook van toepassing is op verbodsacties ter voorkoming van schade.¹³

9 — Het Hof heeft onlangs in herinnering gebracht dat verordening nr. 44/2001 net zoals het Executieverdrag weliswaar niet tot doel heeft alle procedureregels van de lidstaten te uniformiseren, maar dat de lidstaten in het kader van hun procesautonomie voor de bij hun gerechten ingediende vorderingen geen procedureregels mogen vaststellen die afbreuk doen aan het recht van de Unie, waaronder inzonderheid de bepalingen van genoemde verordening (arrest van 15 maart 2012, G, C-292/10, punten 44 en 45).

10 — In het arrest van 7 maart 1995, Shevill e.a. (C-68/93, Jurispr. blz. I-415, punten 38-41), heeft het Hof gepreciseerd dat „de voorwaarden op basis waarvan moet worden beoordeeld of het betrokken feit als een schadebrengend feit is aan te merken, en de voorwaarden voor het bewijs van het bestaan en de omvang van de schade die door het slachtoffer van de belediging wordt gesteld, niet door het Executieverdrag worden geregeld, maar worden beheerst door het materiële recht dat door de conflictenregels van het nationale recht van de aangezochte rechter wordt aangewezen, mits deze toepassing geen afbreuk doet aan het nuttig effect van het Executieverdrag”. Hetzelfde geldt voor verordening nr. 44/2001.

11 — Zie onder meer arrest van 25 oktober 2011, eDate Advertising e.a. (C-509/09 en C-161/10, Jurispr. blz. I-10269, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

12 — Zie naar analogie het door F. Pocar opgestelde toelichtend rapport over het herziene Verdrag van Lugano (PB 2009, C 319, blz. 15, punt 61).

13 — Zie arresten van 1 oktober 2002, Henkel (C-167/00, Jurispr. blz. I-8111), betreffende een preventieve vordering die door een consumentenvereniging was ingesteld om het gebruik door een handelaar van oneerlijke bedingen in overeenkomsten met particulieren te doen verbieden, en 5 februari 2004, DFDS Torline (C-18/02, Jurispr. blz. I-1417), betreffende een preventieve vordering die door een vereniging van reders was ingesteld ter betwisting van de rechtmatigheid van de aanzegging van een collectieve actie die volgens die vereniging schade zou kunnen veroorzaken.

– Reikwijdte van de zaak

34. Zoals gezegd, gaat het in deze zaak om de vraag in welke soort procedures een beroep kan worden gedaan op de bijzondere bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001, en meer bepaald om de definitie van het in deze bepaling geformuleerde aanknopingspunt voor de rechterlijke bevoegdheid.

35. Het Hof behoeft zich niet uit te spreken over de vraag of en onder welke voorwaarden negatieve onrechtmatigedaadsacties kunnen worden toegelaten. Dit is een vraag die vooral verband houdt met het procesbelang van de partij die de vordering instelt, dat moet worden beoordeeld volgens de in elke lidstaat geldende regels van procesrecht, al moet het bijzondere karakter van dergelijke acties wel in aanmerking worden genomen bij de toepassing van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001.

36. Als het Hof tot de conclusie komt dat de in deze bepaling opgenomen bijzondere bevoegdheidsregel bij dat type vorderingen niet kan worden toegepast, zullen de door de hoofdregel van artikel 2 van verordening nr. 44/2001 aangewezen gerechten, namelijk die van de lidstaat waar de verweerder zijn woonplaats heeft, bevoegd zijn zich uit te spreken over de ontvankelijkheid en, in voorkomend geval, de gegrondheid van een dergelijke vordering.

B – Eventuele toepasselijkheid van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 op negatieve onrechtmatigedaadsacties

– Inzet van de gestelde vraag

37. De verwijzende rechter wil van het Hof weten of een negatief declaratoire actie zoals die welke in het hoofdgeding is ingesteld, onder het bereik van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 valt. Concreet luidt de vraag of een Duitse rechter aan deze bepaling, die bevoegdheid toekent aan „het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen”, internationale bevoegdheid kan ontleenen om kennis te nemen van de vordering die Folien Fischer en Fofitec, twee vennootschappen naar Zwitsers recht die onder meer actief zijn op de Duitse markt, hebben ingesteld met het oog op het verkrijgen van een verklaring voor recht dat zij niet aansprakelijk zijn uit hoofde van ongeoorloofde mededinging.

38. Er is geen enkel arrest van het Hof op dit gebied. Er zijn daarentegen wel gerechten van lidstaten van de Unie en Zwitserse gerechten die zich met de kwestie hebben beziggehouden en tot verschillende conclusies zijn gekomen. Volgens de – onvolledige – informatie waarover ik beschik, hebben veel gerechten van lidstaten¹⁴, zij het niet alle¹⁵, zich uitgesproken tegen toepassing van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 bij negatieve onrechtmatigedaadsacties, terwijl het

14 — Uitspraken waarbij de toepasselijkheid van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 is uitgesloten, zijn onder meer in Duitsland gewezen door het Landgericht München, op 23 oktober 2008 (7 O 17209/07, www.juris.de) en het Oberlandesgericht Dresden, op 28 juli 2009 (14 U 1008/08, www.juris.de). Wat de vergelijkbare bevoegdheidsregel in artikel 5, punt 3, van het Executieverdrag betreft, zie in Duitsland: arrest van het Oberlandesgericht München van 25 oktober 2001 (6 U 5508/00, www.juris.de); in Nederland: arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 22 januari 1998, *Evans/Chiron* (IEPT19980122), en vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage van 19 juni 2002, *Freelift/Stannah Stairlifts* (NIPR 2002, Afl. 4, nr. 279), en in Italië: vonnis van het Tribunale di Bologna van 22 september 1998 (*Resp. civ. e prev.*, 2000, blz. 754); arrest van de Corte suprema di cassazione van 19 december 2003 (n. 19550, *Riv. Dir. Ind.*, 2005, II, blz. 162), en arrest van de Corte d'appello di Milano van 2 maart 2004 (*Dir. ind.*, 2004, blz. 431).

15 — Uitspraken ten gunste van de toepassing van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 zijn onder meer in Duitsland gewezen door het Oberlandesgericht Düsseldorf, op 12 mei 2005 (I-2 U 67/03, n° 34, www.juris.de), en het Landgericht Frankfurt, op 25 maart 2010 (2-03 O 580/08, 2/03 O 580/08, 2/3 O 580/08, 2-3 O 580/08, www.juris.de); in Nederland door de Rechtbank Breda, op 29 juni 2011, *Mivena/Geogreen c.s.* (LJN: BR0157), en in het Verenigd Koninkrijk door de High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division (Commercial Court), *Equitas Ltd and another v Wave City Shipping Co. Ltd and others*, at para 11 Christopher Clarke LJ (2005) EWHC 923 (Comm). Zie ook uitspraken ten gunste van de toepassing van artikel 5, punt 3, van het Executieverdrag, in Italië gewezen door de Corte suprema di cassazione, op 17 oktober 2002 (n. 14769, *Riv. dir. inter.*, 2003, blz. 238), en het Tribunale di Brescia, op 11 november 1999 (*Riv. Dir. Ind.*, II, blz. 236).

Zwitserse Bundesgericht met betrekking tot het gelijkkluidende artikel 5, punt 3, van het Verdrag van Lugano heeft geoordeeld dat deze bepaling ten aanzien van dergelijke vorderingen moet kunnen worden toegepast wanneer de Zwitserse rechter aan die bepaling bevoegdheid ontleent om kennis te nemen van de spiegelbeeldige condemnatoire actie¹⁶.

39. De verwijzende rechter merkt op dat hij eveneens neigt naar het standpunt dat artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 een grond voor internationale bevoegdheid kan vormen in een procedure gericht op het ontkennen van aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad. Hij wijst erop dat in de Duitse doctrine¹⁷ het standpunt overheerst dat bij het op grond van deze bepaling ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad bevoegde forum ook een vordering moet kunnen worden ingesteld die gericht is op het verkrijgen van een verklaring voor recht dat geen aanspraak geldend zal kunnen worden gemaakt uit hoofde van een eventuele onrechtmatige daad.

40. Daartoe wordt zowel door de lidstaten die in deze zaak opmerkingen hebben ingediend, als door de verwijzende rechter betoogd dat op basis van de spiegelbeeldgedachte in het geval van een negatieve onrechtmatigedaadsactie de bevoegdheidsregels op dezelfde wijze zouden moeten worden toegepast als in de precies tegenovergestelde situatie waarin een condemnatoire actie tot schadevergoeding wordt ingesteld, die de teghenanger van de declaratoire actie vormt.

41. Net zoals een spiegel kan vervormen, is het echter mogelijk dat de aangevoerde symmetrie niet volledig of zelfs niet relevant is. Ik meen dan ook – zij het niet zonder enige aarzelingen – dat het in deze zaak vertolkte meerderheidsstandpunt ter discussie kan worden gesteld gelet op, onder meer, strekking en doel van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001, het feit dat het in de onderhavige zaak irrelevant is dat een negatief declaratoire actie en een positieve vordering hetzelfde onderwerp betreffen, alsmede de praktische consequenties die de voorgestelde ruime interpretatie zou meebrengen.

42. Ik merk meteen op dat ik niet uitsluit dat vorderingen tot verkrijging van een negatieve verklaring voor recht onder het bereik van de bevoegdheidsregels van verordening nr. 44/2001 kunnen vallen, met dien verstande dat de voorwaarden waaronder dergelijke vorderingen bij de gerechten van de lidstaten kunnen worden ingesteld, worden bepaald door het nationale procesrecht. Hoewel de nationale benaderingswijzen op dit punt uiteenlopen, is de mogelijkheid om een negatief declaratoire actie in te stellen, doorgaans afhankelijk van voorwaarden die verband houden met het doel van die vordering en met het juridische of procedurele belang van de eiser om van deze vorm van rechtsbescherming gebruik te maken.¹⁸

43. Ik ben echter de mening toegedaan dat om de hierna door mij uiteen te zetten redenen in het geval van een negatieve onrechtmatigedaadsactie niet de bijzondere bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 moet worden toegepast, maar de algemene bevoegdheidsregel van artikel 2 van deze verordening.

16 — Zie onder meer arresten van het Zwitserse Bundesgericht van 2 augustus 1999 (ATF 125 III 346); 23 oktober 2006, G. GmbH/A. AG en B. AG (4C.210/2006, ATF 132 III 778); 23 oktober 2006, F. AG/G. GmbH (4C.208/2006/len), en 13 maart 2007 (ATF 133 III 282). De teksten van de arresten zijn beschikbaar op de website van het Hof van Justitie (<http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/tableau/tableau.htm>), en wel in de rubriek „Information au titre du protocole n° 2 annexé à la convention de Lugano” (informatie uit hoofde van het aan het Verdrag van Lugano gehechte protocol nr. 2) onder de nrs. 2000/19, 2007/14, 2008/19 respectievelijk 2008/20.

17 — Zie punt 13 van de verwijzingsbeslissing.

18 — Ik wijs erop dat dit soort vorderingen de vermeende gelaedeerde kan dwingen om als potentiële schuldeiser deel te nemen aan een gerechtelijke procedure in een fase waarin hij nog niet in staat is de noodzakelijke bewijzen te leveren voor de niet-contractuele aansprakelijkheid waarvan de wederpartij wenst te worden ontslagen.

– Letterlijke uitlegging van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001

44. Het is vaste rechtspraak dat de begrippen van verordening nr. 44/2001, teneinde de volle werking en de uniforme toepassing daarvan in alle lidstaten te verzekeren, niet mogen worden geacht louter te verwijzen naar het nationale recht van een van de betrokken staten, maar integendeel autonoom moeten worden uitgelegd, waarbij vooral te rade moet worden gegaan bij het stelsel en de doelstellingen van deze verordening.¹⁹

45. Het Hof heeft meermaals verklaard dat het begrip „verbintenissen uit onrechtmatige daad” in de zin van artikel 5, punt 3, van het Executieverdrag elke vordering omvat die „ertoe strekt een verweerder aansprakelijk te stellen” en die „geen verband houdt met een verbintenis uit overeenkomst” in de zin van artikel 5, punt 1, van dat verdrag, waarbij het heeft gepreciseerd dat een overeenkomst een door een partij jegens een andere vrijwillig aangegane verbintenis impliceert.²⁰ Deze rechtspraak, die ook geldt voor artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001, formuleert een criterium volgens hetwelk voor de kwalificatie als verbintenis uit onrechtmatige daad aan twee voorwaarden moet zijn voldaan: in de eerste plaats een positieve voorwaarde, verband houdend met het doel van de rechtsvordering, en in de tweede plaats een negatieve voorwaarde, verband houdend met de grondslag van de vordering.²¹

46. Hieruit volgt dat artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 slechts als basis voor internationale bevoegdheid kan dienen voor zover de bij een gerecht van een lidstaat ingestelde vordering ertoe strekt „de verweerder aansprakelijk te stellen voor een onrechtmatige daad”²², opdat deze verweerder wordt gedwongen een potentieel schadeveroorzakende handeling te beëindigen dan wel reeds door die handeling veroorzaakte schade te vergoeden. In het geval van een vordering tot verkrijging van een negatieve verklaring voor recht is het echter niet de verweerder die wordt beschuldigd van een schadebrengend feit waarvoor de eiser hem aansprakelijk wil stellen, maar is het de eisende partij die het tegendeel vastgesteld wenst te zien, namelijk dat zij zich niet schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad die kan leiden tot schade die een recht op schadevergoeding zou doen ontstaan. De Duitse regering heeft in dit verband terecht vastgesteld – hoewel ik de conclusie die zij aan deze vaststelling verbindt, niet deel – dat er in het geval van een negatief declaratoire actie sprake is van een omkering van de traditionele procesverhoudingen bij een vordering uit onrechtmatige daad, aangezien hier de eiser de potentiële schuldenaar van een op een onrechtmatige daad gebaseerde vordering is, terwijl de verweerder de potentiële gelaedeerde is.

47. De negatief declaratoire actie strekt er dus niet toe om in de zin van de aangehaalde rechtspraak de aansprakelijkheid van de verwerende partij te doen vaststellen en deze partij aansprakelijk te stellen, maar beoogt juist de aansprakelijkheid van de eiser uit te sluiten. Een vordering als die welke in het hoofdgeding is ingesteld, is overigens strikt genomen geen rechtsvordering wegens aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, aangezien zij niet ertoe strekt inbreuken op het mededingingsrecht te doen vaststellen die eiseressen op het Duitse grondgebied zouden hebben gepleegd, maar juist precies het tegenovergestelde beoogt, namelijk deze partijen van aansprakelijkheid te ontslaan door te doen

19 — De betrokken begrippen moeten dus worden uitgelegd los van de definitie die daaraan wordt gegeven volgens het materiële recht dat als toepasselijk is aangewezen door de conflictregels die van kracht zijn in de lidstaat van het aangezochte forum. Zie onder meer, met betrekking tot het Executieverdrag, arresten van 26 maart 1992, Reichert en Kockler (C-261/90, Jurispr. blz. I-2149, punt 15), en 20 januari 2005, Engler (C-27/02, Jurispr. blz. I-481, punt 33), alsmede, met betrekking tot verordening nr. 44/2001, arrest van 16 juli 2009, Zuid-Chemie (C-189/08, Jurispr. blz. I-6917, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

20 — Zie onder meer arrest van 17 september 2002, Tacconi (C-334/00, Jurispr. blz. I-7357, punten 21-23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 — In de onderhavige zaak levert de tweede voorwaarde voor de toepasselijkheid van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 geen problemen op, aangezien het duidelijk is dat de rechtsbetrekkingen tussen Folien Fischer en Fofitec enerzijds en Ritrama SpA anderzijds geen verband houden met een verbintenis uit overeenkomst.

22 — Zie arrest Henkel, reeds aangehaald (punt 41).

vaststellen dat hun gedrag met dat recht in overeenstemming is. Preciezer gezegd: Folien Fischer en Fofitec betwisten niet het bestaan van potentieel schadeveroorzakende handelingen, maar stellen dat zij voor de eventuele schade niet aansprakelijk kunnen worden gesteld omdat die handelingen niet onrechtmatig zijn.

48. In het arrest Bier of „Franse Kalimijnen”²³ heeft het Hof artikel 5, punt 3, van het Executieverdrag aldus uitgelegd, dat de verweerder ter keuze van de eiser kan worden opgeroepen voor de rechter van de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis dan wel die van de plaats waar de schade is ingetreden.²⁴ Hoewel het Hof dit niet met zoveel woorden zegt, komt het mij voor dat de aldus aan de eiser in een onrechtmatigedaadsprocedure geboden mogelijkheid om te kiezen tussen twee bevoegde fora, bedoeld is om de vermoedelijke gelaedeerde, die in beginsel deze procedurele positie inneemt, tegemoet te komen.²⁵ Niets in de rechtspraak wijst erop dat dezelfde gunst zou moeten verleend aan de dader van een potentieel schadebrengend feit.

49. Het is waar dat het reeds aangehaalde arrest Henkel, dat betrekking heeft op het Executieverdrag, en de bewoordingen van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 het mogelijk maken deze bepaling ook toe te passen in geval van schade die nog niet is ingetreden, maar zich zou kunnen gaan voordoen omdat er een schadebrengend feit is vastgesteld. Dat de bepaling ook in geval van louter toekomstige schade kan worden toegepast, betekent echter niet dat het daarbij om zuiver abstracte schade kan gaan. De kans dat de schade zal intreden, moet wel enigszins reëel zijn, omdat anders de bijzondere bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad naar behoefte zou kunnen worden gecreëerd. Het is dus juist dat een vordering wegens een dreigende onrechtmatige daad kan worden ingesteld indien de oorzaak van de eventuele schade reeds bestaat en kan worden geïdentificeerd, maar de schade nog niet is ingetreden. Aan de vordering tot verkrijging van een negatieve verklaring voor recht is echter inherent dat zelfs het risico dat de schade zal intreden, wordt uitgesloten, wat erop neerkomt dat de aanwezigheid van het in artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 voorziene bijzondere aanknopingspunt voor rechterlijke bevoegdheid, en dus die bevoegdheid zelf, wordt ontkend.

50. Doel van de negatieve actie is de verkrijging van een verklaring voor recht naar privaatrecht, die naar mijn mening noodzakelijkerwijze impliceert dat het naar internationaal procesrecht vereiste aanknopingspunt voor rechterlijke bevoegdheid niet aanwezig is. Het is zeker denkbaar dat de eiser wel het bestaan van door de verweerder geleden schade erkent, maar in rechte vastgesteld wenst te zien dat hij niet voor die schade aansprakelijk is, bijvoorbeeld omdat de gepleegde daad niet onrechtmatig is dan wel wegens het ontbreken van een causaal verband tussen de betrokken daad en de gestelde schade²⁶. Zelfs in een dergelijk geval lijkt het mij echter niet met de in het reeds aangehaalde arrest Tacconi in herinnering geroepen rechtspraak verenigbaar om bij een dergelijke negatieve actie de bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 toe te passen. De vordering strekt er dan immers niet toe „de verweerder aansprakelijk te stellen” en valt volgens mij dus niet onder het bereik van die bijzondere regel, maar onder dat van de algemene forum-rei-regel.

51. In de onderhavige zaak brengt de verwijzende rechter in herinnering dat de gevolgen van de weigering van Fofitec om licenties te verlenen, zich doen gevoelen op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland, de lidstaat welks recht op grond van de relevante conflictregels van toepassing is. In het arrest Marinari²⁷ heeft het Hof echter vastgesteld dat het Executieverdrag de erin

23 — Arrest van 30 november 1976 (21/76, Jurispr. blz. 1735).

24 — Zie onder meer arrest van 19 september 1995, Marinari (C-364/93, Jurispr. blz. I-2719, punten 11 en 12).

25 — In punt 17 van zijn conclusie in de bij het Hof aanhangige zaak Wintersteiger (C-523/10) merkt advocaat-generaal Cruz Villalón in dit verband op dat „de schadelijder een zekere keuzevrijheid” wordt gelaten.

26 — Aangaande de noodzaak een causaal verband tussen de schade en het schadeveroorzakende feit aan te tonen, zie onder meer arrest DFDS Torline, reeds aangehaald (punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 — Reeds aangehaald arrest (punten 16 e.v.).

opgenomen territoriale bevoegdheidsregels niet heeft willen koppelen aan de nationale bepalingen inzake de voorwaarden voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Hieraan wil ik toevoegen dat indien een beperking van de mededinging de markt in meer dan één lidstaat beïnvloedt, artikel 6, lid 3, van verordening (EG) nr. 864/2007²⁸ de persoon die schadevergoeding vordert, het recht geeft te kiezen welk recht op een uit een dergelijke beperking voortvloeiende niet-contractuele verbintenis wordt toegepast.

52. Het Hof heeft met betrekking tot artikel 5, punt 3, van het Executieverdrag – en dus ook met betrekking tot de vergelijkbare bevoegdheidsregel van verordening nr. 44/2001 – geoordeeld dat een niet-contractuele vordering niet onder het bereik van deze bepaling valt indien zij niet strekt tot vergoeding van schade in de zin van deze bepaling, ook al ligt aan deze vordering vermeend onrechtmatig handelen ten grondslag.²⁹

53. Uit een en ander volgt dat op basis van een letterlijke uitlegging van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 niet kan worden verdedigd dat deze bepaling ook toepasbaar zou zijn bij negatief declaratoire acties.

– Teleologische uitlegging van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001

54. Doel van verordening nr. 44/2001 is met name de versterking van de rechtsbescherming van personen die in de Unie wonen, door het voor de eiser gemakkelijker te maken te bepalen welke rechter hij kan aanzoeken, en een gemiddeld oordeelkundig verweerder redelijkerwijs kan voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen.³⁰

55. In dit verband wordt in punt 11 van de considerans van verordening nr. 44/2001 verklaard dat omwille van de voorspelbaarheid en dus de rechtszekerheid de bevoegdheid in beginsel altijd moet kunnen worden gestoeld op de woonplaats van de verweerder, behalve in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt wettigt.

56. Artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 is een bevoegdheidsregel die derogeert aan de hoofdregel van artikel 2, lid 1, die strekt tot bescherming van de partij tegen wie de vordering is ingesteld.³¹ Deze bepaling moet daarom strikt, zo niet restrictief worden uitgelegd.³²

28 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen („Rome II”) (PB L 199, blz. 40).

29 — Zo is in het arrest Reichert en Kockler, reeds aangehaald (punten 19 en 20), de actio pauliana naar Frans recht van de werkingssfeer van artikel 5, punt 3, van het Executieverdrag uitgezonderd op grond dat „de strekking van deze rechtsvordering [...] niet [is], dat de schuldenaar wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade die hij door zijn bedrieglijke handeling aan zijn schuldeiser heeft toegebracht, maar dat de gevolgen van de door de schuldenaar verrichte beschikkingshandeling ten opzichte van de schuldeiser ongedaan worden gemaakt” en dat zij dus niet kan worden beschouwd als „een rechtsvordering die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen in de zin, bedoeld in artikel 5, punt 3, van het Executieverdrag”.

30 — Zie onder meer arrest van 19 februari 2002, Besix (C-256/00, Jurispr. blz. I-1699, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak), alsmede arrest G, reeds aangehaald (punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31 — De in artikel 2 neergelegde regel beoogt tegemoet te komen aan de verweerder, die gewoonlijk de zwakste partij is omdat hij degene is tegen wie de vordering wordt ingesteld, en stelt deze in staat zich gemakkelijker te verdedigen. Zie arresten van 20 maart 1997, Farrell (C-295/95, Jurispr. blz. I-1683, punt 19), en 13 juli 2000, Group Josi (C-412/98, Jurispr. blz. I-5925, punt 35).

32 — Het Hof heeft met zoveel woorden verklaard dat aan de bevoegdheidsregels die afwijken van het fundamentele beginsel dat de gerechten van de lidstaat waar de verweerder zijn woonplaats heeft, bevoegd zijn, niet een uitlegging mag worden gegeven die verder gaat dan de door het Executieverdrag uitdrukkelijk voorziene gevallen. Zie arresten van 27 oktober 1998, Réunion européenne e.a. (C-51/97, Jurispr. blz. I-6511, punt 16), en arrest Zuid-Chemie, reeds aangehaald (punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dit geldt ook voor verordening nr. 44/2001.

57. De bijzondere bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 beoogt rekening te houden met „het bestaan van een bijzonder nauwe band tussen [het] geschil en het gerecht dat daarvan kennis moet nemen, zulks om redenen van nuttige procesinrichting”.³³ Volgens deze bepaling kan de aanlegger van de procedure zijn vordering te zijner keuze en bij wijze van uitzondering aanbrengen bij een gerecht van een andere lidstaat dan die waar de verweerder zijn woonplaats heeft, zulks wegens de nauwe band tussen dat gerecht en de aard van het geding. Voor een dergelijke afwijking van de forum-rei-regel moet worden nagegaan of er, gelet op de feiten van het geschil, inderdaad sprake is van een band van nabijheid³⁴, die in dit geval zelfs extra sterk moet zijn, aangezien er een „bijzonder nauwe band” wordt verlangd tussen het geschil en het gerecht waaraan het geschil is voorgelegd, namelijk dat³⁵ van de „plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen” in de zin van de betrokken bepaling.

58. In het geval van een negatief declaratoire actie kan een dergelijke versterkte nabijheid niet zonder gevaar voor vergissingen worden vastgesteld. Zo had in het hoofdgeding de internationale bevoegdheid van de aangezochte Duitse rechter moeten worden gebaseerd op de mededingingsverstoring die het nalaten of handelen van twee in Zwitserland gevestigde vennootschappen op de Duitse markt zou hebben veroorzaakt, zulks ten nadele van een Italiaanse vennootschap, Ritrama SpA, die ontkent dat zij in Duitsland actief is geweest, maar zonder enige twijfel productie- en verkoopactiviteiten heeft verricht in andere lidstaten van de Unie. Als het om mededinging gaat, zijn er immers verschillende factoren die kunnen leiden tot een versnippering van bevoegdheden ter zake van onrechtmatige handelingen en hun gevolgen.

59. Ik meen dan ook dat het niet in overeenstemming zou zijn met het doel van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 om deze bepaling ook toe te passen in procedures gericht op het ontkennen van aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad. Een systematische uitlegging van de bepaling moet naar mijn mening tot dezelfde conclusie leiden.

– Systematische uitlegging van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001

60. Het is juist dat het Hof in eerdergenoemd arrest Tatry in het kader van de uitlegging van de litispendingbepaling in artikel 21 van het Executieverdrag³⁶ heeft geoordeeld dat op het terrein van zeevervoer onder cognossement een vordering tot vergoeding van schade op dezelfde oorzaak berust en hetzelfde onderwerp betreft als een vordering die juist ertoe strekt te doen verklaren dat de eiser niet voor die schade aansprakelijk is.³⁷ De verwijzende rechter en de partijen die opmerkingen hebben

33 — Zie met betrekking tot artikel 5, punt 3, van het Executieverdrag, arrest van 10 juni 2004, Kronhofer (C-168/02, Jurispr. blz. I-6009, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en met betrekking tot artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001, arrest eDate Advertising e.a., reeds aangehaald (punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 — Volgens punt 12 van de considerans van verordening nr. 44/2001 moet er in bepaalde gevallen ruimte zijn voor een bijzonder aanknopingspunt naast de woonplaats van de verweerder, namelijk wanneer er een nauwe band tussen het gerecht en de vordering bestaat of wanneer dit in het belang van een goede rechtsbedeling is. Zie ook de resolutie van het Europees Parlement van 7 september 2010 over de uitvoering en herziening van verordening nr. 44/2001, waarin wordt voorgesteld het vereiste van „voldoende, wezenlijke of betekenisvolle bindingen” in te voeren teneinde „de mogelijkheid van forumkeuze volgens de gunstigste verwachtingen („forum shopping”) op het gebied van onrechtmatige daad te beperken [2009/2140 (INI). P7_TA(2010)0304, overweging Q en punt 25].

35 — Ik wijs erop dat de bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 geen bevoegdheid toekent aan alle gerechten van een lidstaat, zoals het geval is bij artikel 2 van deze verordening, maar uitsluitend aan het gerecht in de naaste nabijheid van de onrechtmatige daad.

36 — De overeenkomstige bepaling van verordening nr. 44/2001 is opgenomen in artikel 27 van deze verordening, waarvan de leden 1 en 2 bepalen dat „[w]anneer voor gerechten van verschillende lidstaten tussen dezelfde partijen vorderingen aanhangig zijn, die hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten, [...] het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht zijn uitspraak ambtshalve aan[houdt] totdat de bevoegdheid van het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat”, en dat [w]anneer de bevoegdheid van het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat, [...] het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zich onbevoegd [verklaart]. Artikel 27 van het Verdrag van Lugano, zoals herzien in 2007, bepaalt min of meer hetzelfde.

37 — De relevante passage van het arrest Tatry luidt als volgt: „[A]rtikel 21 [...] moet aldus worden uitgelegd, dat een vordering die ertoe strekt, te doen verklaren dat verweerder aansprakelijk is voor een bepaalde schade en hem tot betaling van schadevergoeding te doen veroordelen, op dezelfde oorzaak berust en hetzelfde onderwerp betreft als een eerdere vordering van deze verweerder, die ertoe strekte te doen verklaren dat hij niet aansprakelijk is voor die schade.”

ingediend, met uitzondering van Ritrama SpA, zijn van mening dat deze rechtspraak moet worden getransponeerd naar de uitlegging van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 en ertoe moet leiden dat de in deze bepaling opgenomen bevoegdheidsregel ook in het geval van negatief declaratoire acties toepasbaar is.³⁸

61. Overigens lijkt de in het arrest Tatry ontwikkelde rechtspraak mij geen serieus beletsel te vormen voor de door mij voorgestane restrictieve uitlegging van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001. Ik geef toe dat op het gebied van onrechtmatige daad de negatief declaratoire actie hetzelfde onderwerp kan betreffen als de positieve actie waarvan zij de pendant is, in zoverre de ene vordering ertoe strekt dat in rechte wordt vastgesteld dat een potentiële dader geen schadebrengend feit heeft gepleegd, terwijl de andere vordering juist het tegendeel beoogt.

62. Echter, hoewel het begrip onderwerp van het geding overeenkomstig genoemd arrest zeker kan worden gebruikt ter bepaling van de strekking van het aan een gerecht voorgelegde geschil in verband met eventuele litispendingie en het daaruit voortvloeiende gezag van gewijsde, betekent dit nog niet dat aan de hand van dat begrip ook kan worden bepaald of in een bepaald geding al dan niet het in artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 voorziene aanknopingspunt voor rechterlijke bevoegdheid aanwezig is.

63. Het Hof heeft zich in het arrest Tatry immers uitsluitend uitgesproken over litispendingiebepalingen, die als zodanig geen bevoegdheidsregels bevatten, maar enkel bepalen welke van de twee gelijktijdig aangezochte gerechten als eerste over de bevoegdheidsvraag moet beslissen. De problematiek van het arrest Tatry verschilt dus wezenlijk van die welke ons thans bezighoudt.

64. Bovendien blijkt volgens mij ook uit de wijze waarop artikel 5 van verordening nr. 44/2001 is geformuleerd, dat de rechterlijke bevoegdheid niet is gestoeld op het onderwerp van het geding, maar op het voor elke bijzondere bevoegdheid voorziene aanknopingscriterium, wat niet hetzelfde is, zoals een vergelijking van de verschillende bevoegdheidsbepalingen van artikel 5 laat zien. Zo is „ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst” het aanknopingscriterium „de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd” (artikel 5, punt 1, van verordening nr. 44/2001), terwijl dit „ten aanzien van onderhoudsverplichtingen” de plaats is „waar de tot onderhoud gerechtigde woonplaats of zijn gewone verblijfplaats heeft” (artikel 5, punt 2, van verordening nr. 44/2001).

65. De interveniënten die menen dat artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 ook moet kunnen worden toegepast in procedures gericht op ontkenning van aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad, voeren daartoe onder meer aan dat de overige bevoegdheidsregels van artikel 5 gelijkelijk van toepassing zijn op negatief declaratoire acties en positieve acties.

66. Ik meen echter dat in de andere dan de in artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 bedoelde gevallen het positieve dan wel negatieve karakter van een rechtsvordering geen gevolgen heeft voor het in de betrokken bepalingen geformuleerde aanknopingspunt voor de rechterlijke bevoegdheid. In geval van een onrechtmatige daad is de aard van de vordering daarentegen essentieel voor de vraag naar de rechterlijke bevoegdheid, aangezien het er nu juist om gaat of er al dan niet sprake is van een schadebrengend feit, het belangrijkste aanknopingselement.

38 — Ik wijs erop dat naar aanleiding van het arrest Tatry voorstellen zijn gedaan die erop gericht waren die rechtspraak ter discussie te stellen. Er is namelijk overwogen om de litispendingieregel buiten toepassing te laten in geval van het gelijktijdig aanhangig zijn van een vordering die slechts strekt tot het verkrijgen van een negatieve verklaring voor recht en een vordering ten gronde, met name wanneer die eerste vordering eigenlijk alleen maar is ingesteld om de vordering ten gronde te „torpederen”. Zie het verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van verordening (EG) nr. 44/2001 [COM(2009) 174 definitief, punten 3.3 en 3.4], alsmede het Groenboek over de herziening van verordening nr. 44/2001 [COM(2009) 175 definitief, blz. 5 en 7].

– Praktische consequenties van een ruime uitlegging van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001

67. De Franse regering komt met een bijzonder voorstel: zij pleit ervoor de rechtskracht van beslissingen die zijn gegeven naar aanleiding van een negatieve actie zoals die welke in het hoofdgeding is ingesteld, te beperken tot het grondgebied van de lidstaat van het bevoegde forum, in aanmerking genomen dat naar Frans recht negatieve onrechtmatigedaadsacties als zodanig niet zijn toegelaten.

68. Het zou naar mijn mening in strijd zijn met het bij verordening nr. 44/2001 ingevoerde regime om eerst een bevoegdheidsgrond als die welke in het verzoek om een prejudiciële beslissing wordt bedoeld, te aanvaarden, en dan vervolgens te stellen dat wegens de onacceptabele juridische of praktische consequenties die dit zou meebrengen, de rechtskracht van de beslissing van een gerecht van een lidstaat dat zich op die grond bevoegd heeft verklaard, beperkt zou moeten blijven tot het grondgebied van die lidstaat.

69. De bepalingen van verordening nr. 44/2001 moeten tussen alle lidstaten effect kunnen sorteren en de werking ervan mag niet tot het grondgebied van een bepaalde lidstaat worden beperkt, zoals de Franse regering voorstelt, omdat dan het nuttig effect van verordening nr. 44/2001 verloren zou gaan.³⁹ Het doel en de eigenlijke betekenis van verordening nr. 44/2001 zijn immers dat bevoegdheidsregels worden geformuleerd die voor de gerechten van alle lidstaten gelijkelijk gelden en die ertoe leiden dat met betrekking tot een bepaald geschil één enkele beslissing wordt gegeven die een internationale werking⁴⁰ heeft.

70. Ik erken dat het Hof door een ruime toepassing van artikel 21 van het Executieverdrag heeft aanvaard dat de ene partij de vordering van de andere partij kan „torpederen” of „blokkeren” met een beroep op litispendingie.⁴¹ Het risico van dergelijke „torpedo's” zou naar mijn mening echter nog worden vergroot als werd erkend dat de bijzondere bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 ook kon worden toegepast bij negatief declaratoire acties, waardoor potentiële schadeveroorzakers de keuze zou worden geboden een procedure aanhangig te maken bij een ander gerecht dan dat van de woonplaats van de verweerder.⁴²

71. Een uitlegging van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 die theoretisch gezien wel bevredigend zou zijn, maar tot dergelijke praktische problemen zou leiden, moet naar mijn mening worden vermeden.

72. Ik meen dan ook dat het Hof zou moeten opteren voor een strikte uitlegging van de bijzondere bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001, door te verklaren dat negatieve onrechtmatigedaadsacties niet onder het bereik van deze bepaling vallen en dat in dergelijke procedures moet worden teruggevallen op de algemene forum-rei-regel.

39 — De rechtskracht van een door een gerecht van een lidstaat gegeven beslissing strekt zich in beginsel uit tot het gehele grondgebied van de Unie, met inachtneming van de voorwaarden zoals die in hoofdstuk III van verordening nr. 44/2001 zijn geformuleerd. Elke lidstaat is dan ook verplicht een in een andere lidstaat gegeven rechterlijke beslissing te erkennen en ten uitvoer te leggen en daarmee aan die beslissing de door de verordening verlangde grensoverschrijdende werking te verlenen.

40 — Dit is niet in tegenspraak met de reeds aangehaalde arresten Shevill e.a. en eDate Advertising e.a., waarin het Hof wel beperkingen heeft gesteld aan de territoriale bevoegdheid van de gerechten in bepaalde situaties, maar niet de rechtskracht van de door dergelijke gerechten gegeven beslissingen heeft ingeperkt.

41 — Zie arrest Tatry, reeds aangehaald, gelezen in samenhang met arrest van 9 december 2003, Gasser (C-116/02, Jurispr. blz. I-14693, punt 41 en punten 70 e.v.).

42 — In haar verslag over de toepassing van verordening nr. 44/2001 (aangehaald in voetnoot 38, punt 3.4) wijst de Commissie erop dat sommige partijen trachten „te anticiperen op de uitoefening van bevoegdheid door een bevoegd gerecht door een procedure in te leiden voor een ander gerecht dat doorgaans, maar niet altijd, onbevoegd is, bij voorkeur in een staat waar de procedure om over de bevoegdheidskwestie en/of over de grond van de zaak te beslissen, veel tijd in beslag neemt. Een dergelijke tactiek (torpedo') kan een bijzondere vorm van misbruik zijn wanneer de eerste procedure een verklaring van niet-aansprakelijkheid tot doel heeft, waardoor het voor de andere partij eigenlijk onmogelijk wordt om voor een bevoegd gerecht een procedure ten gronde in te leiden. Die torpedo's kunnen zelfs leiden tot een situatie waarin helemaal geen vordering tot schadevergoeding kan worden ingesteld [...]”.

V – Conclusie

73. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

„Artikel 5, punt 3, van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken dient aldus te worden uitgelegd, dat de bevoegdheidsregel voor verbintenissen uit onrechtmatige daad niet kan worden toegepast met betrekking tot een vordering tot verkrijging van een negatieve verklaring voor recht, die de potentiële laedens heeft ingesteld teneinde te doen vaststellen dat de potentiële gelaedeerde op basis van een bepaald feitencomplex geen aanspraak uit hoofde van onrechtmatige daad zal kunnen doen gelden.”