CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
V. TRSTENJAK
van 11 september 2008 [1]

I — Inleiding

1. De in de onderhavige zaak door de nationale rechter gestelde vragen hebben betrekking op de uitlegging van de bepalingen 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 (hierna: „Executieverordening" of „verordening") [2], die de bevoegdheid voor door de consument gesloten overeenkomsten regelen. Meer bepaald wenst de verwijzende rechter te vernemen of de bevoegdheid van de rechter om kennis te nemen van een vordering van een consument die strekt tot betaling van een prijs die hem schijnbaar is toegezegd door een onderneming, moet worden vastgesteld aan de hand van bovengenoemde bepalingen. De vraag betreffende de rechterlijke bevoegdheid in een situatie waarin een consument betaling vordert van een prijs die hem schijnbaar is toegezegd door een in een andere lidstaat gevestigde verkoper, is door het Hof reeds besproken in het kader van de uitlegging van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [3] (hierna: „Executieverdrag") [4]. Het Hof heeft deze vraag evenwel nog niet beslecht in het kader van de uitlegging van de Executieverordening. [5]

2. De onderhavige zaak werpt derhalve de vraag op inzake de continuïteit, wat de uitlegging betreft, tussen het Executieverdrag en de Executieverordening. Deze verordening, vastgesteld ter verwezenlijking van een vrij verkeer van rechterlijke beslissingen in burgerlijke en handelszaken, is per 1 maart 2002 in de plaats gekomen van het Executie-

1 — Oorspronkelijke taal: Sloveens.

2 — PB L 12, blz. 1.

3 — Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (ondertekend op 27 september 1968) (PB 1972, L 299, blz. 32), zoals gewijzigd bij het Verdrag van 9 oktober 1978 inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (PB L 304, blz. 1, en — gewijzigde tekst — blz. 77), bij het Verdrag van 25 oktober 1982 betreffende de toetreding van de Helleense Republiek (PB L 388, blz. 1), bij het Verdrag van 26 mei 1989 betreffende de toetreding van het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek (PB L 285, blz. 1) en bij het Verdrag van 29 november 1996 betreffende de toetreding van de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden (PB 1997, C 15, blz. 1).

4 — Arresten van 11 juli 2002, zaak C-96/00, Gabriel (Jurispr. blz. I-6367), en 20 januari 2005, zaak C-27/02, Engler (Jurispr. blz. I-481).

5 — In de zaak Kapferer (arrest van 16 maart 2006, zaak C-234/04, Jurispr. blz. I-2585) had een van de prejudiciële vragen een gelijke inhoud als de vraag die thans aan de orde is, maar zij was slechts subsidiair gesteld. In het arrest Kapferer heeft het Hof ontkennend geantwoord op de eerste prejudiciële zaak, betreffende de verplichting een definitief geworden rechterlijke beslissing opnieuw te onderzoeken wanneer zij in strijd is met het gemeenschapsrecht, en besloten zich niet uit te spreken over de subsidiair gestelde vraag betreffende de bevoegdheid om kennis te nemen van de vordering tot betaling van een schijnbaar beloofde prijs (punt 25).

verdrag in de betrekkingen tussen de lidstaten, met uitzondering van Denemarken.[6] Met de inwerkingtreding van de verordening is derhalve ook de vraag van belang geworden of deze verordening en het Executieverdrag geheel identiek moeten worden uitgelegd of dat bij de uitlegging daarentegen onderscheid kan worden gemaakt.

3. De onderhavige prejudiciële vragen zijn gesteld in het kader van een geschil tussen mevrouw Ilsinger, die de Oostenrijkse nationaliteit bezit en haar woonplaats in Oostenrijk heeft, en het postorderbedrijf Schlank & Schick GmbH (hierna: „Schlank & Schick"), gevestigd te Aken (Duitsland), betreffende de betaling van een prijs die dit bedrijf schijnbaar aan mevrouw Ilsinger had beloofd.

6 — Volgens de artikelen 1 en 2 van het Protocol betreffende de positie van Denemarken, gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot instelling van de Europese Gemeenschap (PB 2006, C321E, blz. 201), neemt Denemarken niet deel aan de aanneming door de Raad van overeenkomstig titel IV van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voorgestelde maatregelen. De bepalingen van titel IV van dit Verdrag, de overeenkomstig die titel aangenomen maatregelen, de bepalingen in door de Gemeenschap overeenkomstig die titel gesloten overeenkomsten en de beslissingen van het Hof van Justitie ter uitlegging van deze bepalingen of maatregelen zijn niet bindend voor, noch van toepassing in Denemarken. Zoals blijkt uit de 21e overweging van de considerans van de Executieverordening heeft Denemarken dus niet deelgenomen aan de vaststelling van deze verordening, die derhalve niet bindend en niet van toepassing is voor Denemarken. Luidens de 22e overweging van de considerans van de verordening blijft het Executieverdrag van toepassing in de betrekkingen tussen Denemarken en de lidstaten waarvoor deze verordening verbindend is.

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

4. De dertiende overweging van de considerans van de Executieverordening luidt als volgt:

„In het geval van verzekerings-, consumenten- en arbeidsovereenkomsten moet de zwakke partij worden beschermd door bevoegdheidsregels die gunstiger zijn voor haar belangen dan de algemene regels."

5. Punt 19 van de considerans van verordening nr. 44/2001 luidt als volgt:

„De continuïteit tussen het Verdrag van Brussel en deze verordening moet gewaarborgd worden. Daartoe zijn overgangsbepalingen nodig. Deze continuïteit moet ook voor de uitlegging van het Verdrag van Brussel door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen gelden en het Protocol van 1971 moet ook van toepassing blijven op de zaken die op de datum van inwerkingtreding van de verordening reeds aanhangig zijn."

6. Artikel 2, lid 1, van de Executieverordening, opgenomen onder het kopje „Algemene bepalingen", bepaalt het volgende:

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

7. Artikel 5, lid 1, sub a, van de Executieverordening, opgenomen onder de afdeling „Bijzondere bevoegdheid", bepaalt:

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

1. a) ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst: voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd;

[…]"

8. Artikel 15, lid 1, van de Executieverordening, opgenomen onder het hoofdstuk „bevoegdheid voor door consumenten gesloten overeenkomsten", is geformuleerd als volgt:

„1. Voor overeenkomsten gesloten door een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd, wordt de bevoegdheid geregeld door deze afdeling, onverminderd artikel 4 en artikel 5, punt 5, wanneer

a) het gaat om koop en verkoop op afbetaling van roerende lichamelijke zaken,

b) het gaat om leningen op afbetaling of andere kredietransacties ter financiering van de verkoop van zulke zaken,

c) in alle andere gevallen, de overeenkomst is gesloten met een persoon die commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in de lidstaat waar de consument woonplaats heeft, of dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen richt op die lidstaat, of op meerdere staten met inbegrip van die lidstaat, en de overeenkomst onder die activiteiten valt."

9. Artikel 16, lid 1, van de Executieverordening luidt:

„De rechtsvordering die door een consument wordt ingesteld tegen de wederpartij bij de overeenkomst, kan worden gebracht hetzij voor de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan die partij woonplaats heeft, hetzij voor het gerecht van de plaats waar de consument woonplaats heeft."

B — *Executieverdrag*

10. Artikel 13, eerste alinea, van het Executieverdrag bepaalt het volgende:

„Ter zake van overeenkomsten gesloten door een persoon voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd, hierna te noemen de consument, wordt de bevoegdheid geregeld door deze afdeling, onverminderd het bepaalde in artikel 4 en artikel 5, punt 5,

1) wanneer het gaat om koop en verkoop op afbetaling van roerende lichamelijke zaken,

2) wanneer het gaat om leningen op afbetaling of andere kredietransacties ter financiering van koopovereenkomsten van zodanige zaken,

C — *Oostenrijkse wetgeving*

11. § 5j van het Konsumentenschutzgesetz (hierna: „KSchG") [7] bepaalt:

3) voor elke andere overeenkomst die betrekking heeft op de verstrekking van diensten of op de levering van roerende lichamelijke zaken indien

„Ondernemingen die aan een bepaalde consument prijstoezeggingen of vergelijkbare mededelingen zenden waarmee de indruk wordt gewekt dat de consument een bepaalde prijs heeft gewonnen, moeten deze prijs uitreiken aan de consument; deze prijs kan ook in rechte worden opgeëist."

a) de sluiting van de overeenkomst in de staat waar de consument woonplaats heeft, is voorafgegaan door een bijzonder voorstel of reclame en indien

III — Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen

12. Mevrouw Ilsinger, Oostenrijks onderdaan met woonplaats in Oostenrijk, heeft op 19 augustus 2002 in haar brievenbus een envelop gevonden met het opschrift „Belangrijke inhoud! Gelieve meteen te openen" en „Persoonlijk". Afzender was Schlank & Schick GmbH. In de enveloppe bevond zich onder

b) de consument in die staat de voor de sluiting van die overeenkomst noodzakelijke handelingen heeft verricht."

7 — Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz — KSchG), BGBl. 140/1979, zoals gewijzigd.

meer een aan verzoekster persoonlijk gerichte mededeling over een gewonnen prijs van 20 000 EUR. Volgens het bericht moest verzoekster om de prijs te winnen de aan een bijgevoegde enveloppe gehechte coupon met het identificatienummer afscheuren, volgens de aanwijzingen op haar certificaat voor het opvragen van de prijs plakken en dit alles binnen een week aan Schlank & Schick opsturen. Uit het bericht bleek voorts dat voor het recht op de prijs geen waren hoefden te worden besteld. Verzoekster heeft de coupon met het identificatienummer op het certificaat voor het aanvragen van de prijs geplakt en aan Schlank & Schick opgestuurd.

13. Toen Schlank & Schick haar de prijs niet uitbetaalde, heeft verzoekster deze onderneming in december voor het Landesgericht St. Pölten, haar woonplaats, tot betaling aangesproken uit hoofde van artikel 5j KSchG juncto artikel 16, lid 1, van de Executieverordening. In die procedure heeft Schlank & Schick zich beroepen op onbevoegdheid van de Oostenrijkse rechter. Bij beschikking van 15 juni 2004 heeft het Landesgericht St. Pölten zowel de exceptie van onbevoegdheid als de vordering tot betaling ongegrond verklaard.

14. Beide partijen hebben de uitspraak van het Landesgericht St. Pölten aangevochten voor het Oberlandesgericht Wien, de verwijzende rechterlijke instantie. Deze zet in zijn verwijzingsbeslissing uiteen dat het Hof van Justitie met betrekking tot artikel 13, lid 1, van het Executieverdrag reeds heeft geoordeeld dat voor de toepassing van deze bepaling daadwerkelijk een overeenkomst moet zijn gesloten voor de verkoop van roerende lichamelijke zaken of de verrichting van diensten. Volgens de verwijzende rechter heeft artikel 15, lid 1, van de Executieverordening evenwel een ruimere draagwijdte dan artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag, zodat de vraag rijst of de uitlegging van het Hof aangaande artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag ook geldt voor voormelde bepaling van de verordening. Ook zet de verwijzende rechter uiteen dat de Oostenrijkse rechter geen bevoegdheid kan ontlenen aan artikel 5, lid 1, sub a, van de Executieverordening. Deze bepaling veronderstelt weliswaar niet de sluiting van een overeenkomst, maar zowel naar Oostenrijks als naar Duits recht wordt als plaats van uitvoering van een geldelijke verbintenis beschouwd de plaats waar de schuldenaar zijn woonplaats heeft, in casu Duitsland.

15. Uit de weergave van de feiten door de verwijzende rechter blijkt niet duidelijk of verzoekster bij het opvragen van de prijs tevens een proefbestelling heeft geplaatst. Verzoekster beweert een dergelijke bestelling te hebben geplaatst, maar Schlank & Schick bestrijdt dit en stelt geen enkele bestelling van verzoekster te hebben ontvangen. De verwij-

zende rechter zet uiteen dat het Landesgericht St. Pölten in de motivering van zijn uitspraak tot afwijzing van de exceptie van onbevoegdheid en van de vordering tot betaling van verzoekster heeft overwogen dat betaling van de prijs geenszins gekoppeld was aan het plaatsen van een bestelling en dat dienaangaande irrelevant was of de betrokkene samen met de aanvraag om betaling van de prijs een proefbestelling had geplaatst.

16. In die omstandigheden heeft de verwijzende rechter bij beslissing van 29 maart 2006 de behandeling van de zaak geschorst en het Hof krachtens de artikelen 68 EG en 234 EG de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is het in § 5j van het Oostenrijkse Konsumentenschutzgesetz (KschG), BGBl 1979/140, in de versie van artikel I Z 2 van het Oostenrijkse Fernabsatz-Gesetz (wet op de postorderverkoop), BGBl I 1999/185, aan consumenten verleende recht om van ondernemers de schijnbaar gewonnen prijs in rechte te vorderen wanneer deze ondernemers aan bepaalde consumenten prijstoezeggingen of andere vergelijkbare mededelingen zenden (hebben gezonden), en zij door de vormgeving van deze mededelingen de indruk wekken of hebben gewekt dat de consument een bepaalde prijs heeft gewonnen, zonder dat aan het opvragen van de prijs de voorwaarde verbonden is dat een bestelling of althans een proefbestelling wordt geplaatst en er inderdaad geen bestelling wordt geplaatst, doch de prijs wordt opgevraagd door degene die de mededeling heeft ontvangen, wat 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 betreft:

een vordering uit overeenkomst of daarmee gelijkgestelde vordering in de zin van artikel 15, lid 1, sub c, Executieverordening?

Zo neen:

2) Is er sprake van een vordering in de zin van artikel 15, lid 1, sub c, Executieverordening wanneer voor het recht op uitbetaling van de prijs weliswaar niet de voorwaarde is gesteld dat een bestelling wordt geplaatst, maar de ontvanger van de mededeling wel een bestelling heeft geplaatst?"

IV — Procesverloop voor het Hof

17. De verwijzingsbeslissing is op 7 april 2006 bij het Hof binnengekomen. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Oostenrijkse, de Tsjechische, de Italiaanse, de Sloveense en de Spaanse regering en de Commissie. Ter terechtzitting van 3 juli 2008 hebben de vertegenwoordigers van de curator in het faillissement van Schlank & Schick, van de Oostenrijkse, de Tsjechische en de Spaanse regering en van de Commissie mondelinge opmerkingen gemaakt en de vragen van het Hof beantwoord.

V — Argumenten van partijen

A — *De eerste prejudiciële vraag*

18. Wat de eerste vraag betreft kunnen de argumenten van partijen in twee fundamentele groepen worden onderverdeeld. Aan de ene kant wordt betoogd dat de aanspraak van de consument uit hoofde van artikel 5j KSchG geen vordering uit overeenkomst is in de zin van artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening. Aan de andere kant luidt het standpunt dat het door de Oostenrijkse wetgeving aan de consument toegekende recht voortvloeit uit een overeenkomst in de zin van de Executieverordening. In haar schriftelijke opmerkingen heeft de Commissie het eerste standpunt ingenomen, maar ter terechtzitting heeft zij te kennen gegeven dat naar haar oordeel ook de tweede opvatting gegrond kan worden geacht.

19. Volgens het standpunt van de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen en volgens de Sloveense regering en de curator van Schlank & Schick, moet aan artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening dezelfde betekenis worden toegekend als aan artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag, ook al zijn beide bepalingen niet volledig in dezelfde bewoordingen geformuleerd.

20. In hun schriftelijke opmerkingen zetten de Commissie en de Sloveense regering uiteen dat dit reeds volgt uit de bewoordingen van artikel 15 van de Executieverordening, daar zowel de aanhef als het bepaalde sub c van lid 1 van dit artikel uitsluitend spreken van feiten waarbij de consument een overeenkomst sluit met een wederpartij. Waar artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag uitsluitend spreekt van overeenkomsten betreffende de levering van roerende lichamelijke zaken of de verstrekking van diensten, is artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening ook van toepassing „in alle andere gevallen, [wanneer] de overeenkomst is gesloten met een persoon die

commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit". Niettemin moet ook in de in artikel 15, lid 1, sub c, bedoelde andere gevallen een overeenkomst zijn gesloten tussen de consument en diens wederpartij. In hun schriftelijke opmerkingen verwijzen zowel de Commissie als de Sloveense regering naar het standpunt dat advocaat-generaal Tizzano dienaangaande heeft ingenomen in de conclusie in de zaak Kapferer [8]. In punt 54 heeft hij erop gewezen dat de bij artikel 15 van de Executieverordening ingevoerde wijzigingen enkel betrekking hadden op de materiële werkingssfeer van de bepalingen over consumentenovereenkomsten, zonder af te doen aan het vereiste inzake het sluiten van een overeenkomst.

21. Ook de vertegenwoordiger van de curator van Schlank & Schick heeft ter terechtzitting verklaard het eens te zijn met het standpunt van advocaat-generaal Tizzano in diens conclusie in de zaak Kapferer. Hij heeft uiteengezet dat de bewoordingen van artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening zijn gewijzigd ten opzichte van artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag omdat daardoor ook via internet gesloten overeenkomsten onder de bepaling vallen. Naar zijn oordeel vallen onder dit artikel van de verordening enkel wederkerige overeenkomsten. In gevallen waarin de consument geen enkele verplichting op zich neemt, hoeft hem niet de gelegenheid te worden geboden beroep in rechte in te stellen in de lidstaat waar hij zijn woonplaats heeft.

22. De Oostenrijkse, de Tsjechische, de Italiaanse en de Spaanse regering betogen daarentegen dat artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening anders moet worden uitgelegd dan artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag. Ook de Commissie heeft ter terechtzitting verklaard dat een afwijkende uitlegging van de bepaling van de verordening mogelijk is.

23. De Oostenrijkse regering betoogt dat artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening veel ruimer is geformuleerd dan artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag. Naar haar oordeel strekt de bepaling van de verordening zich niet enkel uit tot bepaalde soorten overeenkomsten, maar dekt zij alle door de consument gesloten overeenkomsten „in alle andere gevallen". Van een „ander geval" in die zin is mede sprake wanneer de consument een eenzijdige toezegging van een prijs aanvaardt, in welk geval een

8 — Conclusie van 10 november 2005 in zaak C-234/04, Kapferer (Jurispr. 2006, blz. I-2585).

contractuele betrekking ontstaat waarbij de consument geen verplichting op zich neemt. Tot staving van dit standpunt merkt de Oostenrijkse regering op dat de aanhef van artikel 15, lid 1, van de Executieverordening is opgebouwd naar het voorbeeld van artikel 5, lid 1, van deze verordening, hetgeen pleit voor een ruimere werkingssfeer van genoemd artikel 15, lid 1.

24. De Tsjechische regering zet in analoge bewoordingen uiteen dat de eenzijdige toezegging van een prijs een aanbod vormt en dat het verzoek om betaling van die prijs als aanvaarding daarvan moet worden beschouwd. Daardoor ontstaat een contractuele betrekking die als de sluiting van een overeenkomst kan worden gekwalificeerd.

25. Ook de Italiaanse regering verdedigt het standpunt dat de toezegging van een prijs, die Ilsinger heeft aanvaard door het certificaat voor het opvragen van de prijs met de coupon aan Schlank & Schick terug te sturen, een door een consument gesloten overeenkomst in de zin van artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening vormt. Van de sluiting van een overeenkomst in de zin van deze bepaling kan ook sprake zijn in geval van een overeenkomst waarbij slechts één van de partijen verplichtingen op zich neemt.

26. De Spaanse regering onderbouwt haar standpunt met vier argumenten. Volgens het eerste is artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening anders geformuleerd dan artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag. Het tweede luidt dat enkel een andere uitlegging van artikel 15, lid 1, sub c, van de verordening de consument, als zwakkere partij bij de overeenkomst, een hoger beschermingsniveau waarborgt. In de derde plaats moet volgens deze regering rekening worden gehouden met de samenhang tussen de rechterlijke bevoegdheid en het door de rechter toegepaste materiële recht. In het belang van de bescherming van de consument moet worden gewaarborgd dat op hem de voorschriften van de lidstaat waarin hij zijn woonplaats heeft worden toegepast. Tot slot is de Spaanse regering van oordeel dat toepassing van artikel 15 van de Executieverordening niet altijd tot gevolg heeft dat de rechter van de plaats waar de consument zijn woonplaats heeft, bevoegd is.

27. De Commissie heeft ter terechtzitting uiteengezet dat gezien vanuit het oogpunt van een hoog niveau van bescherming van de consument ook het standpunt verdedigbaar is

dat wanneer de toezegging van een prijs aan de consument door deze laatste wordt aanvaard, sprake is van een door de consument gesloten overeenkomst, waarvoor de rechterlijke bevoegdheid door artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening wordt bepaald. Zij heeft er de aandacht op gevestigd dat de praktijk waarbij aan de consument een prijs wordt beloofd de laatste jaren is toegenomen en dat talrijke ondernemingen hun zetel naar een andere lidstaat hebben verplaatst teneinde zich te onttrekken aan mogelijke vorderingen van consumenten, die niet snel een zaak aanhangig zullen maken in het buitenland. De Commissie onderstreept ook dat dit standpunt niet in strijd is met dat van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Kapferer. In deze laatste zaak was immers geen sprake van een door een consument gesloten overeenkomst, daar deze niet had voldaan aan de aan uitbetaling van de prijs verbonden voorwaarde, het plaatsen van een vrijblijvende proefbestelling.

en de Sloveense regering merken op dat het Hof in het arrest Gabriel [9] reeds heeft geoordeeld dat de bevoegdheid om kennis te nemen van een geschil over de toezegging van een prijs in geld volgens dezelfde regels moest worden beoordeeld als de bevoegdheid ter zake van een geschil over de verkoop van een goed dat de consument had besteld bij de verkoper die de prijs had beloofd. Volgens de Italiaanse regering bestaat er een onlosmakelijk verband tussen de prijstoezegging en de bestelling van goederen, daar de consument zijn bestelling heeft gedaan omdat hem een prijs is toegezegd met een aanzienlijk hogere waarde dan die van de bestelde waren. Volgens de Italiaanse en de Spaanse regering heeft het Hof in het arrest Besix [10] verklaard dat moet worden vermeden dat meerdere gerechten bevoegd zijn kennis te nemen van zaken die eenzelfde rechtsbetrekking of een veelheid van onderling nauw samenhangende rechtsbetrekkingen betreffen. Gelet op het feit dat de tweede vraag subsidiair is gesteld, stelt de Oostenrijkse regering geen uitdrukkelijk antwoord op deze vraag voor.

B — *De tweede prejudiciële vraag*

28. Aangaande de tweede prejudiciële vraag zijn partijen — behalve de curator van Schlank & Schick — het erover eens dat het Hof deze bevestigend zal moeten beantwoorden. De Commissie en de Tsjechische

29. De vertegenwoordiger van de curator in het faillissement van Schlank & Schick heeft evenwel ter terechtzitting uiteengezet dat ook ingeval de consument goederen heeft besteld zonder dat die bestelling een voorwaarde was voor de uitbetaling van de prijs, de rechterlijke bevoegdheid niet kan worden bepaald op basis van de woonplaats van de consument. De aan

9 — Arrest van 11 juli 2002 (C-96/00, Jurispr. blz. I-6367).
10 — Arrest van 19 februari 2002 (C-256/00, Jurispr. blz. I-1699).

de consument verleende bescherming kan immers niet tot doel kan hebben, hem de mogelijkheid te bieden zich via een vordering in rechte tot betaling van de prijs te verrijken.

voor zijn belangen dan de algemene regels. Bij de uitlegging van regels inzake bijzondere bevoegdheden moet er echter rekening mee worden gehouden dat deze regels restrictief moeten worden uitgelegd en enkel in het kader van de in de Executieverordening uitdrukkelijk genoemde gevallen. [11]

VI — Beoordeling door de advocaat-generaal

A — *Inleiding*

30. Met zijn verzoek om een prejudiciële beslissing vraagt de verwijzende rechter om uitlegging van de bepalingen van de Executieverordening betreffende de rechterlijke bevoegdheid op het gebied van door consumenten gesloten overeenkomsten. De bepalingen betreffende de bevoegdheid op het gebied van consumentenovereenkomsten vormen een uitzondering op de algemene bevoegdheidsregel actor sequitur forum rei geformuleerd in artikel 2, lid 1, van de verordening, volgens welke personen die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, worden opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat. Luidens de dertiende overweging van de considerans van de verordening moet de consument, als zwakke partij in consumentenovereenkomsten, worden beschermd door bevoegdheidsregels die gunstiger zijn

31. Met de eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen of artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening aldus moet worden uitgelegd dat het recht van de consument om van een in een andere lidstaat gevestigd postorderbedrijf in rechte de betaling van een schijnbaar gewonnen prijs te vorderen, een recht uit hoofde van een overeenkomst in de zin van die bepaling vormt, wanneer het recht op uitkering van de prijs niet gekoppeld is aan de bestelling van goederen en de consument ook geen bestelling heeft geplaatst. Met de tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het recht van de consument op betaling van de prijs een vordering uit overeenkomst in de zin van voormeld artikel 15, lid 1, sub c, vormt wanneer uitkering van de prijs niet is gekoppeld aan het plaatsen van een bestelling, maar de consument wel een bestelling heeft geplaatst.

11 — Zie bijvoorbeeld arresten van 13 juli 2006, C-103/05, Reisch Montage (Jurispr. blz. I-6827, punt 23); 11 oktober 2007, C-98/06, Freeport (Jurispr. blz. I-8319, punt 35), en 22 mei 2008, C-462/06, Glaxosmithkline (Jurispr. blz. I-3965, punt 28). Met betrekking tot het Executieverdrag, zie bijvoorbeeld arresten van 3 juli 1997, C-269/95, Benincasa (Jurispr. blz. I-3767, punt 13), en 27 april 1999, C-99/96, Mietz (Jurispr. blz. I-2277, punt 27); arrest Engler, aangehaald in voetnoot 4 (punt 43), en arrest van 20 januari 2005, C-464/01, Gruber (Jurispr. blz. I-439, punt 32).

32. Wat de feiten van de zaak betreft, blijkt uit de verwijzingsbeslissing niet duidelijk of Ilsinger inderdaad een bestelling heeft geplaatst bij Schlank & Schick. De verwijzende rechter zet uiteen dat de rechter in eerste aanleg zijn uitspraak heeft gebaseerd op de omstandigheid dat voor de uitkering van de prijs geen bestelling hoefde te worden geplaatst en dat niet doorslaggevend was of Ilsinger inderdaad goederen had besteld bij het bedrijf. De verwijzende rechter verzoekt derhalve om een prejudiciële beslissing zowel voor het geval waarin de consument een bestelling heeft geplaatst als voor het geval waarin geen goederen zijn besteld.

B — *De eerste prejudiciële vraag*

33. Met de eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het door artikel 5j KSchG verleende recht een recht uit hoofde van een overeenkomst in de zin van artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening vormt. Aangezien het Hof in het kader van een prejudiciële verwijzing enkel bepalingen van gemeenschapsrecht uitlegt teneinde de verwijzende rechter nuttige aanwijzingen te verschaffen voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding [12], dient de eerste prejudiciële vraag te worden geherformuleerd als volgt:

Moet artikel 15, lid 1, sub c, 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, aldus worden uitgelegd dat het recht op grond waarvan de consument volgens de wettelijke voorschriften van de lidstaat waar hij zijn woonplaats heeft, van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming in rechte uitkering van een schijnbaar gewonnen prijs kan vorderen, een recht uit hoofde van een overeenkomst in de zin van voormeld artikel 15, lid 1, sub c, vormt in geval de onderneming aan sommige consumenten prijstoezeggingen of andere, soortgelijke mededelingen heeft gedaan die zodanig zijn geformuleerd dat de indruk wordt gewekt dat de ontvanger een bepaalde prijs heeft gewonnen, zonder dat aan het opvragen van de prijs de voorwaarde verbonden is dat een bestelling of althans een proefbestelling wordt geplaatst en er inderdaad geen bestelling wordt geplaatst, doch de prijs wordt opgevraagd door degene die de mededeling heeft ontvangen?

34. Voor het ontstaan van bevoegdheid uit hoofde van artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening moet aan drie voor-

12 — Zie bijvoorbeeld arresten van 3 oktober 2000, C-58/98, Corsten (Jurispr. blz. I-7919, punt 24), en 22 januari 2002, C-390/99, Canal Satélite (Jurispr. blz. I-607, punt 24).

waarden zijn voldaan.[13] In de eerste plaats moet de consument een particulier zijn die niet bedrijfs- of beroepsmatig handelt. In de tweede plaats moet de aanhangig gemaakte vordering voortvloeien uit een consumentenovereenkomst, gesloten door een consument en een subject dat bedrijfs- of beroepsmatig handelt. In de derde plaats dient dit subject bedrijfs- of beroepsactiviteiten te ontplooien in de lidstaat waar de consument zijn woonplaats heeft dan wel dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen te richten op die lidstaat of op meerdere staten met inbegrip van die lidstaat en dient de overeenkomst onder die activiteiten te vallen.

35. Aan de eerste en de derde voorwaarde is in casu voldaan. Ilsinger is ontegenzeglijk consument in de zin van artikel 15, lid 1, van de verordening en in het kader van de litigieuze rechtsbetrekking is zij een particulier en treedt zij niet bedrijfs- of beroepsmatig op. De vennootschap Schlank & Schick ontplooit een commerciële activiteit die zij als postorderbedrijf richt op de lidstaat waarin Ilsinger haar woonplaats heeft. Daar komt bij dat de prijstoezegging aan de consument onder genoemde activiteit valt, aangezien zij erop gericht is, de consument tot het doen van een bestelling aan te sporen. In casu is evenwel omstreden of is voldaan aan de tweede voorwaarde, dat wil zeggen of de aanhangig gemaakte vordering voortvloeit uit een consumentenovereenkomst, gesloten tussen Ilsinger en de vennootschap Schlank & Schick. Het antwoord op de vraag of in casu door de prijstoezegging aan de consument een consumentenovereenkomst is gesloten, is bepalend voor de vraag welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van de vordering die de consument geldend maakt om betaling van de schijnbaar gewonnen prijs te verkrijgen.

36. Over de vraag welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van vorderingen tot betaling van een door de consument schijnbaar gewonnen prijs, heeft het Hof zich tot op heden enkel in het kader van het Executie-

13 — Voor de drie voorwaarden voor toepassing van artikel 13, lid 1, punt 3, Executieverdrag, zie naar analogie arresten Gabriel (punten 38-40 en 47-51) en Engler (punt 34), beide aangehaald in voetnoot 4.

verdrag uitgesproken en nog niet in het kader van de Executieverordening. [14] Bij de uitlegging van artikel 13, eerste alinea, punt 1, van het Executieverdrag heeft het Hof reeds uitspraak gedaan over een vraagstuk dat strookt met de door de eerste vraag in de onderhavige zaak aangeroerde kwestie, en wel in het arrest Engler. [15] In die uitspraak heeft het Hof verklaard dat voormelde bepaling van het Executieverdrag niet van toepassing is in gevallen waarin de verkoper de consument een bericht met een prijstoezegging heeft toegezonden en de consument betaling van de prijs vordert zonder met de verkoper een overeenkomst te hebben gesloten voor de levering van een roerende lichamelijke zaak of de verstrekking van diensten. Het Hof heeft in die zaak beklemtoond dat in dat geval het gedrag van de beroepsmatig handelende verkoper, erin bestaande de consument aan te sporen tot het doen van een bestelling, „niet heeft geleid tot het sluiten, tussen de consument en de beroepsverkoper, van een overeenkomst over een van de in deze bepaling bedoelde specifieke zaken in het kader waarvan deze partijen wederkerige verbintenissen zouden zijn aangegaan". [16] Naar het oordeel van het Hof werd aan deze conclusie niet afgedaan door het doel van deze bepaling, te weten de bescherming van de als zwakke partij beschouwde consument, noch door de omstandigheid dat de verkoper de consument een formulier voor het plaatsen van een proefbestelling had gezonden dat duidelijk tot doel had, hem tot het plaatsen van een bestelling aan te sporen. [17]

37. Derhalve moet in de onderhavige zaak vooral worden uitgemaakt of de continuïteit tussen de twee betrokken bepalingen moet worden gewaarborgd, en of derhalve artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag, of dat deze bepaling van de verordening gelet op de gedeeltelijk afwijkende bewoordingen ervan een andere uitlegging moet krijgen. Dienaangaande moet naar mijn oordeel voor de uitlegging van de Executieverordening — die per 1 maart 2002 in de plaats is getreden van het Executieverdrag [18] — algemeen worden uitgegaan van het beginsel van continuïteit. Zoals volgt uit punt 19 van de considerans van de verordening moet de continuïteit tussen het Execu-

14 — De literatuur biedt evenmin een duidelijk antwoord. Staudinger, A., in Rauscher, T., *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar*, 2e ed., Sellier. European Law Publishers, München, 2006, blz. 284, punt 9, twijfelt aan de overdraagbaarheid van de rechtspraak betreffende het Executieverdrag op artikel 15 van de Executieverordening aangezien dat artikel gelijk is geformuleerd als artikel 5, lid 1, van de verordening. Geimer, R., betoogt in Geimer, R., en Schütze, R. A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, Beck, München 2004, blz. 275, punt 17, dat prijstoezeggingen vallen onder artikel 15 van de Executieverordening, maar verwijst daartoe naar het arrest Gabriel, zodat deze verwijzing naar alle waarschijnlijkheid betrekking heeft op de bevoegdheid voor vorderingen ter zake van prijstoezeggingen die gepaard gaan met de plaatsing van een bestelling door de consument.

15 — Arrest Engler, aangehaald in voetnoot 4.

16 — Arrest Engler, aangehaald in voetnoot 4 (punt 36). In punt 40 heeft het Hof uitdrukkelijk verklaard dat artikel 13 van het Executieverdrag „ondubbelzinnig [ziet] op de door een consument gesloten ‚overeenkomst die betrekking heeft op de verstrekking van diensten of op de levering van roerende lichamelijke zaken'".

17 — Arrest Engler, aangehaald in voetnoot 4 (punt 39).

18 — De Commissie heeft in 1999 bij de Raad een voorstel voor een verordening ingediend, maar de verordening is vastgesteld in december 2000. Voor de literatuur in het algemeen aangaande de ontstaansgeschiedenis van de Executieverordening en het in de plaats treden van het Executieverdrag, zie bijvoorbeeld Micklitz, H.-W., en Rott, P., „Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nr. 11/2001, blz. 325 e.v.; Schoibl, N. A., „Vom Brüsseler Übereinkommen zur Brüssel-I-VO: Neuerungen im Europäischen Zivilprozessrecht", *Juristische Blätter*, nr. 3/2003, blz. 150; Storskrubb, E., *Civil Procedure and EU Law. A Policy Area Uncovered*, Oxford University Press, New York, 2008, blz. 132 e.v.

tieverdrag en de Executieverordening worden gewaarborgd en moet deze continuïteit ook voor de uitlegging van het Executieverdrag door het Hof van Justitie gelden. In zijn rechtspraak heeft het Hof deze continuïteit reeds in acht genomen bij de uitlegging van de verordening [19], maar indien er gegronde redenen bestonden en de bepalingen van het Executieverdrag en van de verordening fundamentele verschillen vertoonden, heeft het de continuïteit opzij gezet en aan de verordening een andere uitlegging gegeven. [20] Derhalve moet in deze zaak worden onderzocht of het verschil in formulering tussen artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening en artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag, tezamen met het vereiste van een zo hoog mogelijk niveau van bescherming van de consument, een andere uitlegging van de bepaling van de verordening rechtvaardigt.

1. De sluiting van een consumentenovereenkomst als voorwaarde voor de toepassing van artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening

38. Bij het onderzoek van de eerste prejudiciële vraag moet vooral voor ogen worden gehouden dat de bewoordingen van artikel 15, lid 1, sub c, van de verordening verschillen van die van artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag. In de opsommingen in artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag en artikel 15, lid 1, sub c, van de verordening wordt verklaard dat de bevoegdheid „voor overeenkomsten gesloten door […] een consument" wordt geregeld door de hoofdstukken betreffende door consumenten gesloten overeenkomsten. De formulering sub c van artikel 15, lid 1, van de verordening is evenwel ruimer dan die van

19 — Zo heeft het Hof bijvoorbeeld in het arrest van 13 juli 2006, C-103/05, Reisch Montage (Jurispr. blz. I-6827, punten 22-25), bij de uitlegging van de Executieverordening verwezen naar de rechtspraak over het Executieverdrag. Ook in het arrest van 1 oktober 2002, C-167/00, Verein für Konsumenteninformation (Jurispr. blz. I-8111, punt 49), heeft het Hof verklaard dat aangezien er geen enkele reden is om de twee betrokken bepalingen op verschillende wijze uit te leggen, omwille van een coherente uitlegging aan artikel 5, punt 3, Executieverdrag dezelfde strekking moet worden toegekend als aan de overeenkomstige bepaling van de verordening, te meer nu deze laatste tot doel heeft het Executieverdrag te vervangen in de betrekkingen tussen alle lidstaten behalve het Koninkrijk Denemarken.

20 — In het arrest van 22 mei 2008, C-462/06, Glaxosmithkline (Jurispr. blz. I-3965, punt 28), heeft het Hof in punt 15 verklaard dat de in de verordening opgenomen bevoegdheidsregels voor individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst aanzienlijk verschillen van de desbetreffende regels van het Executieverdrag. In punt 24 heeft het voorts overwogen dat deze uitlegging steun vindt in de ontstaansgeschiedenis van de Executieverordening. Om die reden is het afgeweken van het beginsel van continuïteit bij de uitlegging en heeft het aan de verordening een andere uitlegging gegeven dan aan het Executieverdrag.

punt 3 van artikel 13, eerste alinea, van het Executieverdrag. Volgens deze laatste bepaling wordt de bevoegdheid geregeld door de afdeling van het Executieverdrag betreffende door consumenten gesloten overeenkomsten wanneer het onder meer gaat om „andere overeenkomst die betrekking heeft op de verstrekking van diensten of op de levering van roerende lichamelijke zaken". Artikel 15, lid 1, sub c, van de verordening bepaalt evenwel dat de bevoegdheid door de afdeling van de verordening betreffende door consumenten gesloten overeenkomsten wordt geregeld „in alle andere gevallen, [wanneer] de overeenkomst is gesloten" met een persoon die commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in de lidstaat waar de consument woonplaats heeft, of dergelijke activiteiten richt op die lidstaat. Waar artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag zich enkel uitstrekt tot overeenkomsten voor de verstrekking van diensten of de levering van goederen, dekt artikel 15, lid 1, sub c, van de verordening alle overeenkomsten die tussen een consument en de wederpartij worden gesloten onder de in dit artikel genoemde voorwaarden.

39. Uit de motivering van het voorstel voor de Executieverordening blijkt dat de formulering van artikel 15, lid 1, sub c, is gewijzigd ten opzichte van die van artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag, vooral om ook via Internet gesloten overeenkomsten onder die bepaling van de verordening te doen vallen. [21] Daartoe is artikel 15, lid 1, sub c, gewijzigd in dier voege dat dit ook gevallen dekt waarin de overeenkomst wordt gesloten met een subject dat zijn commerciële of beroepsactiviteiten richt op de lidstaat waarin de consument woont. [22] Voormeld artikel geldt echter ook ingeval de commerciële of beroepsactiviteit door de betrokkene wordt uitgeoefend in de lidstaat waar de consument zijn woonplaats heeft. Indien aan de gestelde voorwaarden is voldaan, is dit artikel bijvoorbeeld ook van toepassing op

21 — Zie de motivering van het voorstel voor een verordening (EG) van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [COM(1999) 348 def., blz. 17 van de Nederlandse versie van de motivering]. Voor de literatuur zie bijvoorbeeld Schlosser, P., *EU-Zivilprozessrecht, Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, AVAG, HZÜ, EuZVO, HBÜ, EuBVO*, 2e ed., Beck, München 2003, blz. 117, punt 8a, die onderstreept dat artikel 15 lid 1, sub c, van de Executieverordening van toepassing is in de gevallen waarin de consument een bestelling plaats via een interactieve Internetsite, maar niet wanneer hij enkel toegang heeft tot een passieve internetsite. Tiefenthaler, S., in Czernich, D., Kodek, G. E., en Tiefenthaler, S., *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht EuGVO und Lugano-Übereinkommen. Kurzkommentar*, 2e ed., LexisNexis ARD ORAC, Wenen, 2003, blz. 141, punt 25, zet uiteen dat via een interactieve Internetsite een overeenkomst kan worden gesloten „met een klik op de muis". Zie ook, algemeen, Reich, N., en Gambogi, A. P., „Gerichtsstand bei internationalen Verbrauchervertragsstreitigkeiten im e-commerce", *Verbraucher und Recht*, nr. 8/2001, blz. 269 e.v.; Stadler, A., „From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European law of civil procedure", *Common Market Law Review*, nr. 6/2005, blz. 1640 e.v.; Storskrubb, E., *Civil Procedure and EU Law. A Policy Area Uncovered*, Oxford University Press, New York, 2008, blz. 139.

22 — Voor een grondiger onderzoek zie bijvoorbeeld Geimer, R., op. cit. (voetnoot 14), blz. 278, punt 35.

zogenoemde „all in"-reizen [23], op fiduciaire overeenkomsten [24] en op andere overeenkomsten. [25]

40. Door deze ruimere formulering heeft de communautaire wetgever mijns inziens niet de bedoeling gehad, de werkingssfeer van artikel 15, lid 1, sub c, van de verordening te beperken tot wederkerige overeenkomsten (contractus bilaterales aequales), maar heeft hij veeleer de werkingssfeer van dat artikel willen uitbreiden tot alle consumentenovereenkomsten. Daarvoor pleiten drie argumenten. In de eerste plaats volgt uit artikel 15, lid 1, van de Executieverordening dat consumentenovereenkomsten overeenkomsten zijn „gesloten door een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd". Voor de bepaling of een overeenkomst een consumentenovereenkomst is, moeten derhalve de partijen bij die overeenkomst in aanmerking worden genomen en niet de inhoud van de overeenkomst of de door partijen aangegane verbintenissen. In de tweede plaats is sub c uitdrukkelijk bepaald dat dit artikel „in alle andere gevallen" van toepassing is wanneer de overeenkomst is gesloten met inachtneming van de sub c vermelde voorwaarden. Indien de communautaire wetgever de werkingssfeer van het sub c bepaalde had willen beperken tot wederkerige overeenkomsten, zou hij dit met zoveel woorden hebben bepaald. Nu de communautaire wetgever in de verordening de algemene term „overeenkomst" heeft gebruikt, moet ervan uit worden gegaan dat dit begrip alle soorten overeenkomsten dekt. [26] In de derde plaats zou, indien het bepaalde sub c enkel van toepassing was op wederkerige overeenkomsten, het resultaat zijn deze bepaling niet zou gelden voor bepaalde overeenkomsten die enkel voor één partij verplichtingen meebrengen, zoals borgstellingen door een consument voor schulden van een andere consument [27], of door een consument gesloten waarborgovereenkomsten.

23 — Volgens artikel 15, lid 3, van de Executieverordening is de afdeling van deze verordening betreffende de bevoegdheid voor door consumenten gesloten overeenkomsten „niet van toepassing op vervoerovereenkomsten, behoudens overeenkomsten waarbij voor één enkele prijs zowel vervoer als verblijf worden aangeboden". Bijgevolg zijn vervoerovereenkomsten in beginsel uitgesloten van de werkingssfeer van de bepalingen inzake de bevoegdheid van de afdeling van de verordening betreffende door consumenten gesloten overeenkomsten, behalve voor zover het gaat om „all in"-reizen. Dit vindt ook bevestiging in de motivering van het voorstel voor een verordening (EG) van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [COM (1999) 348 def., blz. 17 van de Nederlandse versie van de motivering]. In die zin ook Rauscher, T., op. cit. (voetnoot 14), blz. 283, punt 8.

24 — In die zin ook Rauscher, T., op. cit. (voetnoot 14), blz. 283, punt 8.

25 — Bijvoorbeeld „time-share"-overeenkomsten, indien gesloten door consumenten. Zie de motivering van het voorstel voor een verordening (EG) van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [COM(1999) 348 def., blz. 16 van de Nederlandse versie van de motivering]. Volgens artikel 22, lid 1, van de Executieverordening zijn voor zakelijke rechten op en huur en verhuur, pacht en verpachting van onroerende goederen de gerechten van de lidstaat waar het onroerend goed gelegen is bevoegd. In het voorstel voor een verordening zet de Commissie evenwel uiteen dat op door consumenten gesloten „time-share"-overeenkomsten artikel 15 van de verordening van toepassing is.

26 — Zo ook advocaat-generaal Tizzano in de conclusie van 20 september 2001 in zaak C-168/00, Leitner (Jurispr. 2002, blz. I-2631, punt 35), die erop wijst dat waar de communautaire wetgever ervoor heeft gekozen om onderscheid te maken tussen de schade waarvoor de producent uit hoofde van een communautaire richtlijn aansprakelijk wordt gehouden en andere schade, waarvan de regeling aan de lidstaten wordt overgelaten, hij dit nadrukkelijk gedaan heeft. Als hij daarentegen in een richtlijn 90/314 heeft besloten algemeen en ongedifferentieerd te spreken van „schade", moet daaruit worden afgeleid dat hij dat heeft gedaan om in dat begrip alle soorten schade in te sluiten.

27 — Met betrekking tot richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (PB L 372, blz. 31), heeft het Hof bijvoorbeeld reeds geoordeeld dat borgtocht een consumentenovereenkomst in de zin van die richtlijn kan zijn (zie arrest van 17 maart 1998, C-45/96, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank, Jurispr. blz. I-1199, punt 20). Voor de literatuur zie Staudinger, A., in Rauscher, T., op. cit. (voetnoot 14), blz. 283, punt 8.

41. Aangaande artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag heeft het Hof daarentegen verklaard dat deze bepaling van toepassing is voor zover „de rechtsvordering verband houdt met een tussen [een] consument en [een] beroepsverkoper gesloten overeenkomst tot levering van roerende lichamelijke zaken of diensten waaruit wederkerige en onderling samenhangende verplichtingen tussen de twee partijen bij de overeenkomst zijn ontstaan". [28] Daarbij moet evenwel in aanmerking worden genomen dat zowel de overeenkomst voor de aanschaf van een zaak als de overeenkomst voor de verstrekking van een dienst — de enige overeenkomsten waarop artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag betrekking heeft — wederkerige overeenkomsten zijn. Bij de uitlegging van die bepaling van het Executieverdrag heeft het Hof mijns inziens derhalve door de wederkerigheid van de rechtsbetrekking te vermelden, enkel abstract de kenmerken van de overeenkomst tot levering van een roerende lichamelijke zaak of de verstrekking van een dienst uiteengezet. Op het argument inzake de wederkerige overeenkomsten kan derhalve geen beroep worden gedaan voor de uitlegging van artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening.

42. Zoals advocaat-generaal Tizzano heeft aangetoond in zijn conclusie in de zaak Kapferer, moet er voor de bepaling van de rechterlijke bevoegdheid voor consumentenovereenkomsten rekening mee worden gehouden dat artikel 13, eerste alinea, van het Executieverdrag en artikel 15, lid 1, van de Executieverordening enkel van toepassing zijn wanneer een overeenkomst is gesloten tussen een beroepsbeoefenaar en een consument. [29] Ik ben het dan ook eens met advocaat-generaal Tizzano dat de bij artikel 15 van de Executieverordening ingevoerde wijzigingen geenszins afbreuk doen aan het voor de toepasselijkheid van dat artikel gestelde vereiste dat een overeenkomst is gesloten. [30] Zoals de advocaat-generaal in zijn conclusie uiteenzet, hadden de bij artikel 15 van de Executieverordening aangebrachte wijzigingen uitsluitend betrekking op de materiële werkingssfeer van de bepalingen over consumentenovereenkomsten [31], hetgeen betekent dat zij voor de meeste consumentenovereenkomsten gelden. In de zaak Kapferer heeft advocaat-generaal Tizzano in werkelijkheid betoogd dat de uitlegging van artikel 13, eerste alinea, punt 3, van het Executieverdrag door het Hof in de zaak Engler moest worden toegepast op artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening en beklemtoond dat in de zaak Kapferer geen consumentenovereenkomst was gesloten. Zoals de Commissie echter terecht heeft opgemerkt ter terechtzitting, was in de zaak Kapferer het recht op betaling van de prijs gekoppeld aan het plaatsen van een bestelling [32], en aangezien in die zaak niet met zekerheid kon worden vastgesteld of inderdaad een bestelling was geplaatst, was de advocaat-generaal van oordeel dat geen overeenkomst voor de levering van roerende lichamelijke zaken was gesloten.

28 — Arrest Engler, aangehaald in voetnoot 4 (punt 34).

29 — Conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Kapferer, aangehaald in voetnoot 8 (punt 52).

30 — Conclusie aangehaald in voetnoot 8 (punt 54).

31 — Ibidem.

32 — Dit blijkt uit het arrest Kapferer, aangehaald in voetnoot 5 (punt 9), en uit de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Kapferer, aangehaald in voetnoot 8 (punt 11).

43. Gelet op het in artikel 15 van de verordening gestelde vereiste van sluiting van een overeenkomst, kan in casu geen beroep worden gedaan op het door de Oostenrijkse regering aangevoerde argument dat artikel 15, lid 1, van de verordening dezelfde uitlegging moet krijgen als artikel 5, lid 1, sub a, daarvan [33], aangezien de aanhef van artikel 15, lid 1, is geformuleerd naar het voorbeeld van artikel 5, lid 1, sub a. Anders dan artikel 5, lid 1, sub a, verlangt artikel 15, lid 1, van de verordening de sluiting van een overeenkomst, hetgeen een fundamenteel verschil tussen beide bepalingen vormt. Juist om die reden kan artikel 5, lid 1, sub a, van de verordening ook toepassing vinden ingeval geen overeenkomst is gesloten [34]. Bovendien toont vergelijking van de diverse taalversies van beide bepalingen van de verordening aan dat deze — onafhankelijk van het vereiste van de sluiting van een overeenkomst in de zin van artikel 15, lid 1 — slechts in enkele versies nagenoeg gelijk zijn geformuleerd en dat artikel 5, lid 1, sub a, in de meeste taalversies ruimer is geformuleerd dan artikel 15, lid 1. De bepalingen vertonen grote gelijkenis in de Duitse en de Engelse versie. [35] In de overige taalversies daarentegen wordt in artikel 5, lid 1, sub a, een ruimere uitdrukking gebruikt — verbintenissen uit overeenkomst —, en is in artikel 15, lid 1, sprake van „door consumenten gesloten overeenkomsten". [36]

2. Voorwaarden voor de sluiting van een consumentenovereenkomst

44. Blijkens de aanhef van artikel 15, lid 1, van de Executieverordening zijn consumentenovereenkomsten in de zin van die verordening overeenkomsten die door een consument worden gesloten voor een gebruik dat als

33 — De Oostenrijkse regering beroept zich weliswaar algemeen op artikel 5, lid 1, maar zij citeert het bepaalde sub a.

34 — Zie naar analogie, met betrekking tot het Executieverdrag, arrest Engler, aangehaald in voetnoot 4 (punt 36 en dictum), in een geval waarin de consument geen overeenkomst met de verkoper had gesloten in de zin van artikel 13, eerste alinea, punt 3, va het Executieverdrag en waarin de bevoegdheid is bepaald op basis van artikel 5, lid 1, Executieverdrag.

35 — De Duitse versie spreekt in artikel 5, lid 1, sub a, van „ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag" en in artikel 15, lid 1, van „ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag, den […] der Verbraucher […] geschlossen hat", en de Engelse in artikel 5, lid 1, sub a, van „matters relating to a contract" en in artikel 15, lid 1, van „matters relating to a contract concluded by […] the consumer".

36 — Hieronder vermeld ik bij wijze van voorbeeld de uitdrukkingen die worden gebruikt in respectievelijk artikel 5, lid 1, sub a, en artikel 15, lid 1, in enkele andere taalversies. Franse versie: „matière contractuelle" en „matière de contrat conclu par […] le consommateur"; Italiaanse versie: „materia contrattuale" e „materia di contratti conclusi da […] il consumatore"; Spaanse versie: „materia contractual" en „materia de contratos celebrados por […] el consumidor"; Portugese versie: „matéria contratual" en „matéria de contrato celebrado por […] o consumidor"; Roemeense versie: „materie contractuală" en „ceea ce privește un contract încheiat de […] consumatorul"; Sloveense versie: „zadevah v zvezi s pogodbenimi razmerji" en „zadevah v zvezi s pogodbami, ki jih sklene […] potrošnik".

niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd. De verordening bepaalt echter niet, wanneer een consumentenovereenkomst wordt gesloten. Evenmin bestaan op communautair niveau bindende civielrechtelijke voorschriften die bepalen op welk moment en onder welke voorwaarden sprake is van de sluiting van een overeenkomst.

45. De Executieverordening legt weliswaar niet de voorwaarden vast voor de sluiting van de overeenkomst, maar die voorwaarden kunnen worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof en, naar analogie, uit afgeleid gemeenschapsrecht en uit de documenten van deskundigengroepen over Europees contractenrecht, mede rekening houdend met de literatuur op het betrokken gebied. Hieronder zal ik dan ook de algemene voorwaarden voor de sluiting van een overeenkomst in het kader van het gemeenschapsrecht aanduiden. Die voorwaarden gelden min of meer eveneens voor de sluiting van consumentenovereenkomsten in de zin van de Executieverordening.

46. Een van de fundamentele vereisten voor de sluiting van een overeenkomst in het kader van het gemeenschapsrecht is dat partijen op basis van een aanbod en de aanvaarding van dat aanbod tot wilsovereenstemming over de sluiting van een overeenkomst komen.

47. Het vereiste inzake het bestaan van een aanbod en aanvaarding van dat aanbod, op basis waarvan de voor de sluiting van een overeenkomst noodzakelijke wilsovereenstemming tot stand komt, vloeit in de eerste plaats voort uit de rechtspraak van het Hof. In het arrest Gabriel heeft het Hof overwogen dat tussen de consument en de verkoper een contractuele band was ontstaan doordat de consument bij de verkoper een bestelling had geplaatst, waarmee hij te kennen had gegeven het hem gedane aanbod te aanvaarden [37], en dat deze wilsovereenstemming tussen beide partijen contractuele verplichtingen had doen ontstaan. [38]

48. Evenzo blijkt uit sommige communautaire richtlijnen inzake consumentenbescherming impliciet dat een aanbod moet zijn gedaan en dat dit door de consument moet zijn aanvaard. Zo spreekt richtlijn 97/7

37 — Arrest Gabriel, aangehaald in voetnoot 4 (punt 48).
38 — Arrest Gabriel, aangehaald in voetnoot 4 (punt 49).

betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten [39] van „aanbod" [40] en „instemming" [41]. Ook in richtlijn 2002/65 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten [42] vinden we de termen „aanbod" [43] en „instemming" [44] terug.

49. Voorts blijkt uit het document dat is opgesteld door een deskundigengroep genaamd Draft Common Frame of Reference (hierna: „DCFR") [45], dat in de toekomst wellicht een uitgangspunt zal vormen voor een eenvormig Europees privaatrecht, dat de overeenkomst is gesloten wanneer partijen een bindende rechtsbetrekking willen aangaan dan wel een ander rechtsgevolg willen doen ontstaan en tot een voldoende mate van overeenstemming komen (art. II.-4:101). [46] In het hoofdstuk betreffende overeenkomsten behandelt het DCFR ook het aanbod (art. II.-4:201) en de aanvaarding van het aanbod (art. II.-4:204). Volgens het eerste lid van artikel II.-4:201, wordt een voorstel („proposal") een aanbod („offer") indien het bedoeld is tot een overeenkomst te leiden en de wederpartij het aanvaardt en mits het voldoende nauwkeurig is geformuleerd om een overeenkomst te vormen. [47] Volgens het eerste lid van artikel 4:204 wordt als aanvaarding beschouwd iedere vorm van verklaring of gedraging van de geadresseerde die duidt op instemming met het ontvangen aanbod. [48] Overeenkomstige bepalingen waren reeds

39 — Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PB L 144, blz. 19).

40 — Artikel 4, lid 1, sub h, van richtlijn 97/7 bepaalt dat de consument, voordat een overeenkomst op afstand wordt gesloten, tijdig moet beschikken over informatie betreffende de geldigheidsduur van het *aanbod* of van de prijs (cursivering van mij).

41 — Artikel 9 van richtlijn 97/7 bepaalt dat „[d]e lidstaten […] de nodige maatregelen [nemen] om […] de consument vrij te stellen van elke tegenprestatie in geval van niet-gevraagde levering, waarbij het feit dat de consument niet reageert niet betekent dat hij met de levering *instemt*" (cursivering van mij).

42 — Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad (PB L 271, blz. 16).

43 — Zo bepaalt artikel 3, lid 1, van richtlijn 2002/65 dat de consument geruime tijd „voordat hij is gebonden door een overeenkomst op afstand of een *aanbod*", bepaalde informatie dient te ontvangen, terwijl luidens artikel 5, lid 1, de aanbieder de consument, voordat deze gebonden is door een overeenkomst op afstand of een *aanbod*, in kennis dient te stellen van alle contractvoorwaarden en van de in artikel 3, lid 1, en artikel 4 bedoelde informatie (cursivering van mij).

44 — Volgens artikel 9 van deze richtlijn nemen de lidstaten de nodige maatregelen om de consument in geval van niet-gevraagde levering van elke verplichting te ontheffen, waarbij het feit dat de consument niet reageert, niet betekent dat hij met de levering *instemt* (cursivering van mij).

45 — Von Bar, C. e.a., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier. European Law Publishers, München, 2008.

46 — In de oorspronkelijke taal luidt artikel II.-4:101 DCFR (Requirements for the conclusion of a contract): „A contract is concluded, without any further requirement, if the parties: (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and (b) reach a sufficient agreement".

47 — In de oorspronkelijke taal is lid 1 van artikel II.-4:201 (Offer) DCFR geformuleerd als volgt: „A proposal amounts to an offer if: (a) it is intended to result in a contract if the other party accepts it; and (b) it contains sufficiently definite terms to form a contract".

48 — De oorspronkelijke versie van lid 1 van artikel II.-4:204 (Acceptance) DCFR luidt als volgt: „Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer".

vervat in de Principles of European Contract Law (hierna: „PECL”). [49]

50. Ook in de literatuur op het gebied van een Europees contractenrecht wordt de wilsovereenstemming in de vorm van een aanbod en de aanvaarding daarvan als belangrijkste vereiste voor de sluiting van een overeenkomst beschouwd. [50] Uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat de wilsovereenstemming tussen partijen in de rechtsorde van een groot aantal lidstaten van essentieel belang is voor de sluiting van een overeenkomst. [51]

51. Aangaande de voorwaarden voor de sluiting van de overeenkomst wens ik tevens te vermelden dat de vraag of inderdaad een aanbod is gedaan, moet worden beoordeeld vanuit het oogpunt van de persoon aan wie het aanbod is gedaan. Uit het DCFR blijkt bijvoorbeeld dat de bedoeling van een persoon een

49 — De PECL zijn vervolgens in een gedeeltelijk gewijzigde versie opgenomen in het DCFR, dat ruimer en systematischer vastlegt de grondslagen voor de regeling van het burgerlijk recht in de UE. Meer gedetailleerd aangaande de verhouding tussen de PECL en het DCFR, zie von Bar, C. e.a., op. cit. (voetnoot 45), blz. 24 e.v. Voor de voorwaarden die de PECL stellen aan de sluiting van de overeenkomst, zie art. 2.101 (Conditions for the Conclusion of a Contract); voor het aanbod zie art. 2:201 (Offer); voor de aanvaarding zie art. 2:204 (Acceptance).

50 — Schulze, R., „Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law”, *European Review of Private Law*, nr. 6/2005, blz. 850; Riesenhuber, K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, De Gruyter Recht, Berlijn, 2003, blz. 315 e.v.; Gandolfi, G., *Code européen des contrats. Avant-projet*, Giuffrè Editore, Milaan 2004, blz. 105. Aangaande het vereiste van instemming van partijen voor de sluiting van een overeenkomst in het gemeenschapsrecht, zie ook Pfeiffer, T., „Der Vertragsschluss im Gemeinschaftsrecht”, in Schulze, R., Ebers, M., en Grigoleit, H.C., Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, blz. 109. Pfeiffer wijst er ook op dat bij consumentenovereenkomsten op de fase van sluiting van de overeenkomst vaak een fase volgt waarin de consument de overeenkomst ongedaan kan maken, zie V. Pfeiffer, T., „New Mechanisms for Concluding Contracts”, in Schulze, R., *New Features in Contract Law*, Sellier. European Law Publishers, München, 2007, blz. 163. Het belang van het aanbod en de aanvaarding daarvan voor de totstandkoming van de overeenkomst wordt ook uiteengezet door Van Erp, J.H.M., in Hartkamp, A., e.a., *Towards a European Civil code*, Kluwer Law International, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2004, pag. 367.

51 — Voor het Oostenrijkse recht zie § 861 van het Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, waaruit volgt dat de overeenkomst tot stand komt door wilsovereenstemming; voor de literatuur over het Oostenrijkse recht zie bijvoorbeeld Koziol, H., en Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht*, 11e ed., Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wenen, 2000, blz. 109 e.v. Voor het Franse recht zie artikel 1101 van de Code civil, volgens hetwelk de overeenkomst de handeling is waarbij partijen zich tegenover anderen ertoe verbinden iets te geven, iets te doen of iets niet te doen. In het Italiaanse recht bepaalt artikel 1321 van de Codice civile dat de overeenkomst de handeling is waarbij twee of meer partijen een rechtsbetrekking tot stand brengen, regelen of beëindigen. Voor de Italiaanse literatuur zie bijvoorbeeld Gazzoni, F., *Manuale di diritto privato*, 12e ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napels, 2006, blz. 837 e.v. Voor het Duitse recht, zie § 145 e.v. Bürgerliches Gesetzbuch, waaruit volgt dat de overeenkomst tot stand komt door overeenstemmende wilsverklaringen, dat wil zeggen een aanbod en de aanvaarding daarvan; voor de literatuur zie Larenz, K., en Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9e ed., Beck, München, 2004, blz. 551, punt 3. Voor het Sloveense recht zie artikel 15 Obligacijski zakonik, volgens hetwelk de overeenkomst tot stand komt wanneer partijen het eens worden over de belangrijkste elementen ervan. Voor de literatuur zie Kranjc, V., in Juhart, M., en Plavšak, N., *Obligacijski zakonik s komentarjem*, vol. 1, GV založba, Ljubiana, 2003, commentaar op artikel 15, blz. e.v. Voor het Spaanse recht zie artikel 1258 van de Código Civil, dat voor de totstandkoming van de overeenkomst wilsovereenstemming verlangt. Voor de literatuur zie algemeen voor de sluiting van overeenkomsten naar Spaans recht Cossio y Corral, A., Cossío y Martínez, M., en León Alonso, J., *Instituciones de derecho civil*, Civitas, Madrid, 1988, blz. 387 e.v. Ik voeg hieraan toe dat wilsovereenstemming ook nodig is voor schenking, die slechts tot stand komt indien de begiftigde het geschonkene aanvaardt. Voor de Oostenrijkse literatuur op dit punt zie bijvoorbeeld Koziol, H., en Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, 12e ed., Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wenen, 2001, blz. 178.

bindende rechtsbetrekking aan te gaan of een ander rechtsgevolg in het leven te roepen, moet worden beoordeeld aan de hand van zijn verklaringen en zijn gedrag, zoals deze door de wederpartij redelijkerwijs kunnen worden geïnterpreteerd (art. II.-4:102). [52] Dit vindt ook steun in de doctrine [53]. Ook vanuit rechtsvergelijkend oogpunt kan worden gezegd dat de wettelijke regelingen van vele lidstaten analoge bepalingen bevatten. [54]

52. Voorts zij beklemtoond dat voor de sluiting van de overeenkomst in de zin van het gemeenschapsrecht in beginsel geen bijzondere vorm vereist is, tenzij zulks uitdrukkelijk is voorgeschreven voor specifieke overeenkomsten, zoals kredietovereenkomsten voor consumenten [55] of overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen. [56] Wanneer daarentegen de bepalingen betreffende bijzondere overeenkomsten geen bepaalde vorm voorschrijven, is de inachtneming daarvan niet noodzakelijk voor de geldige sluiting van de overeenkomst. Dat in beginsel geen bijzonder vormvereiste geldt voor de sluiting van de overeenkomst, volgt ook uit het DCFR [57] en de literatuur. [58] Voorts kan in beginsel worden gesteld dat de wettelijke regelingen van een groot aantal lidstaten, tenzij uitdrukkelijk anders bepaald, geen bijzondere vorm voorschrijven voor de sluiting van de overeenkomst. [59]

52 — In de oorspronkelijke taal luidt artikel II.-4:102 (How intention is determined) DCFR: „The intention of a party to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party". Voor de PECL zie artikel 2.102 (Intention).

53 — Zie bijvoorbeeld Kötz, H., en Flessner, A., *European contract law. Vol. 1: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Clarendon Press, Oxford, 1997, blz. 19, die uiteenzetten dat moet worden nagegaan hoe de geadresseerde het ontvangen aanbod redelijkerwijs kan interpreteren.

54 — Zie bijvoorbeeld voor het Verenigd Koninkrijk de zaak Smith / Hughes, (1871) L.R. 6 Q.B., blz. 607; voor Oostenrijk artikel 863 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch; voor Italië artikel 1362 Codice civile; het Sloveense recht bevat geen uitdrukkelijke bepalingen, zie evenwel Kranjc, V, op. cit. (voetnoot 51), blz. 211.

55 — Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van richtlijn 87/102/EEG van de Raad (PB L 133, blz. 66), bepaalt in artikel 10, lid 1, het volgende: „De kredietovereenkomst wordt op papier of op een andere duurzame drager opgesteld."

56 — Richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen (PB L 280, blz. 83), bepaalt in artikel 4, eerste streepje, dat de lidstaten in hun wetgeving bepalen „dat de overeenkomst, die schriftelijk moet zijn, ten minste de in de bijlage [bij de richtlijn] genoemde gegevens moet bevatten".

57 — Lid 1 van artikel II.-1:107 (Form) DCFR bepaalt: „A contract or other juridical act need not be concluded, made or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form". Wat de PECL betreft, zie lid 2 van artikel 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract).

58 — Riesenhuber, K., op. cit. (voetnoot 50), blz. 317, vermeldt dat in het contractenrecht de inachtneming van een bepaalde vorm bij de sluiting van een overeenkomst slechts hier en daar is voorgeschreven.

59 — Vanuit rechtsvergelijkend oogpunt vermeld ik wat het vormvereiste betreft slechts enkele lidstaten waarvan het verbintenissenrecht in beginsel geen bijzondere vorm voor de sluiting van de overeenkomst voorschrijft of zulks enkel verlangt voor sommige soorten overeenkomsten. Voor het Oostenrijkse recht zie artikel 883 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, waaruit blijkt dat, tenzij de wet anders bepaalt, voor de sluiting van de overeenkomst geen bijzondere vorm in acht hoeft te worden genomen; voor het Italiaanse recht zie artikel 1350 Codice civile, dat de schriftelijke vorm enkel voorschrijft voor sommige categorieën overeenkomsten; voor het Duitse recht, zie mutatis mutandis § 125 Bürgerliches Gesetzbuch, volgens welke de rechtshandeling die niet met inachtneming van de voorgeschreven is verricht, nietig is; voor het Sloveense recht zie artikel 51 Obligacijski zakonik, dat voor de sluiting van de overeenkomst geen bijzondere vorm voorschrijft, tenzij de wet anders bepaalt; voor het Spaanse recht, zie artikel 1278 Código Civil, volgens hetwelk overeenkomsten ongeacht de vorm waarin zij zijn gesloten bindend zijn wanneer aan de voornaamste vereisten voor de geldigheid ervan is voldaan.

53. Evenzo hoeft voor de vaststelling of in een bepaald geval een overeenkomst is gesloten, niet uitdrukkelijk te worden bepaald om welk type overeenkomst het gaat. Overeenkomsten kunnen immers worden onderscheiden in benoemde overeenkomsten — deze behoren tot een bepaald type overeenkomsten en zijn aan specifieke regels onderworpen [60] — en onbenoemde overeenkomsten, die dus niet tot een bepaald type behoren. [61] Dit strookt overigens met de autonomie in het privaatrecht. [62]

54. In dit verband zij erop gewezen dat de in de Executieverordening gebruikte begrippen een zelfstandige uitlegging moeten krijgen, rekening houdend met de systematiek en de doelstelling van deze verordening, teneinde een uniforme toepassing in alle [63] lidstaten te verzekeren. [64] Bij de uitlegging van de verordening komt het derhalve niet aan op de vraag, hoe naar nationaal recht de vordering tot betaling van de beloofde prijs juridisch moet worden gekwalificeerd. Louter rechtsvergelijkend zij niettemin vermeld dat bijvoorbeeld in de Oostenrijkse, de Duitse en de Franse literatuur en rechtspraak geen eenvormig standpunt over deze kwalificatie bestaat.

55. Sommige Oostenrijkse auteurs vermelden dat op basis van een prijstoezegging een overeenkomst tot stand kan komen, en dat de indruk die door de prijstoezegging bij de consument wordt gewekt als een objectieve verklaring kan worden gekwalificeerd waardoor een overeenkomst tot stand komt. [65] In deze richting gaat ook de opvatting

60 — Bijvoorbeeld verkoop, krediet, verhuur.

61 — Zo bevat bijvoorbeeld ook het DCFR in boek II (*Contracts and other juridical acts*) algemene bepalingen inzake overeenkomsten en in boek IV (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*) bepalingen over bepaalde typen overeenkomsten. Rechtsvergelijkend kan worden opgemerkt dat ook de rechtsordes van de lidstaten het onderscheid tussen benoemde en onbenoemde overeenkomsten kennen. Zie bijvoorbeeld voor het Oostenrijkse recht Rummel, P., in: Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit EheG, KSchG, MRG, WGG, WEG 2002, BTVG, HeizKG, IPRG, EVÜ*, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wenen 2000, Kommentaar op § 859 AGBG, punt 21; voor het Franse recht Antonmattei, P.-H., Raynard, J., *Droit civil: Contrats spéciaux*, 3e editie, Litec, Parijs 2002, blz. 3; voor het Duitse recht Kramer, E. A., in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5e editie, Beck, München 2006, Commentaar op § 145, punt 4; voor het Sloveense recht Cigoj, S., *Teorija obligacij. Splošni del obligacijskega prava*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2003, blz. 100.

62 — Voor de autonomie in het privaatrecht, zie onder de Duitse auteurs voor een rechtsvergelijking, Larenz, K., en Wolf, M., op. cit. (voetnoot 51), punt 2; voor de Oostenrijkse literatuur zie Koziol, H., en Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht*, 11e ed., Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wenen, 2000, blz. 84; voor de Franse literatuur Starck, B., Roland, H., en Boyer, L., *Droit civil. Les obligations. 2. Contrat*, 6e ed., Litec, Parijs, 1998, blz. 4 e.v.

63 — Zoals ik reeds in voetnoot 6 van deze conclusie opmerkte, blijkt uit de 21e overweging van de considerans van de Executieverordening dat Denemarken niet heeft deelgenomen aan de vaststelling van deze verordening, die derhalve niet bindend en niet van toepassing is wat deze lidstaat betreft. Luidens de 22e overweging van de considerans van de verordening blijft het Executieverdrag van toepassing in de betrekkingen tussen Denemarken en de lidstaten waarvoor deze verordening verbindend is.

64 — Het vereiste van zelfstandige uitlegging van de begrippen van de Executieverordening kan naar analogie worden afgeleid uit de rechtspraak over het Executieverdrag, waarin het Hof herhaaldelijk heeft beklemtoond dat de begrippen van dit Verdrag zelfstandig moeten worden uitgelegd, met name rekening houdend met de opbouw en de doelstelling van het Verdrag, teneinde de uniforme toepassing daarvan in alle verdragsluitende staten te verzekeren. Zie in die zin arresten van 21 juni 1978, zaak 150/77, Bertrand (Jurispr. blz. 1431, punten 14-16); 19 juni 1993, zaak C-89/91, Shearson Lehman Hutton (Jurispr. blz. I-139, punt 13); 3 juli 1997, zaak C-269/95, Benincasa (Jurispr. blz. I-3767, punt 12); 27 april 1999, zaak C-99/96, Mietz (Jurispr. blz. I-2277, punt 26), alsmede de arresten Gabriel (punt 37) en Engler (punt 33), aangehaald in voetnoot 4. Voor de literatuur zie Schmidt-Kessel, M., „Europäisches Vertragsrecht", in Riesenhuber, K., *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, de Gruyter Recht, Berlijn, 2006, blz. 395, punt 11, die uiteenzet dat de normen en begrippen van het Europees contractenrecht zelfstandig moeten worden uitgelegd en niet enkel met een blik op de nationale rechtsordes.

65 — Krejci, H., in Rummel, P., op. cit. (voetnoot 61), punt 8.

dat de prijstoezegging en de aanvaarding daarvan — met of zonder de bestelling van waren — als zodanig een overeenkomst vormen. [66] Volgens andere auteurs vormt de vordering tot betaling van de toegezegde prijs een schadevordering wegens culpa in contrahendo. [67] Volgens sommige Oostenrijkse auteurs gaat het hier om een vordering sui generis. [68] In de literatuur wordt ook wel het standpunt gehuldigd dat hier sprake is van een vordering uit hoofde van een met uitloving vergelijkbaar instituut. [69]

56. Een met artikel 5j KSchG vergelijkbare bepaling is neergelegd in het Duitse recht, te weten in § 661a Bürgerliches Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek). [70] Ook in de Duitse literatuur worden verschillende standpunten gehuldigd over de juridische kwalificatie van de vordering tot betaling van een toegezegde prijs. Zo zijn sommige Duitse auteurs van oordeel dat sprake is van een vordering uit een eenzijdige rechtshandeling [71], terwijl het volgens anderen gaat om een schuldverhouding op grond van de wet („gesetzliches Schuldverhältnis"). [72] Als mogelijke kwalificatie wordt ook genoemd de vordering wegens culpa in contrahendo [73] of de vordering uit een met uitloving verwant instituut. [74]

66 — Klauser, A., „Gewinnzusagen sind einzuhalten!", *ecolex 2002*, blz 574 e.v. In dit verband wijs ik erop dat Klauser vóór de publicatie van dit artikel een ander standpunt had gehuldigd, zie Klauser, A., „Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht", *ecolex 1999*, blz. 752 e.v.

67 — Standpunt ondersteund door Klauser, A., „Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht", op. cit. (voetnoot 66), blz. 752 e.v.; zo ook Wukoschitz, M., „Grenzüberschreitende Gewinnzusagen — Was der Generalanwalt wirklich sagte... Replik zu Klauser in ecolex 2002, 80", *ecolex 2002*, blz. 423 e.v. Voor een definitie van het begrip culpa in contrahendo in het Oostenrijkse recht zie bijvoorbeeld Koziol, H., en Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht*, 11e ed., Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wenen, 2000, blz. 29. De auteurs geven onder meer te kennen dat de overeenkomstsluitende partij de wederpartij vooral in kennis dient te stellen van omstandigheden die in de weg kunnen staan aan de geldige totstandkoming van de overeenkomst en dat de partij die deze verplichting niet nakomt (culpa in contrahendo) de wederpartij schadeloos moet stellen.

68 — Fenyves, A., „Zur Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in der Rechtsschutzversicherung", *Verbraucherrecht 2003*, blz. 89 e.v.; Matt, A., „Noch einmal § 5j KSchG", *ecolex 2000*, blz. 494.

69 — Klauser, A., „Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht", op. cit. (voetnoot 61). Vermeld zij evenwel dat de uitloving is gericht tot een willekeurige persoon, terwijl in casu de prijstoezegging persoonlijk is gedaan aan een bepaalde consument. Voor uitloving zie voor de Oostenrijkse literatuur Rummel, P., in Rummel, P., op. cit. (voetnoot 66), commentaar op § 860 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

70 — § 661a Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch luidt als volgt: „Een ondernemer die prijstoezeggingen of vergelijkbare mededelingen aan de consument zendt en door de vormgeving van deze toezendingen de indruk wekt dat de consument een prijs heeft gewonnen, dient deze prijs aan de consument uit te keren." In de oorspronkelijke versie luidt deze bepaling als volgt: „Ein Unternehmer, der Gewinnzusagen oder vergleichbare Mitteilungen an Verbraucher sendet und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erweckt, dass der Verbraucher einen Preis gewonnen hat, hat dem Verbraucher diesen Preis zu leisten".

71 — Lorenz, S., „Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte und Anwendbarkeit von § 661a BGB bei Gewinnmitteilungen aus dem Ausland: Erweiterungen des Verbraucher-gerichtsstands durch die „Brüssel I-Verordnung" (zu LG Braunschweig, 10.1.2002 — 10 O 2753/00)", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, nr. 3/2002, blz. 193.

72 — Aldus bijvoorbeeld Schulze, R., in Schulze, R., Dörner, H., Ebert, I. (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5e ed., Nomos, Baden-Baden, 2007, commentaar op artikel 661a, punt 1; Mansel, P., in Jauering, O., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12e ed., Beck, München, 2007, commentaar op artikel 661a, punt 2.

73 — Als voorbeeld van de kwalificatie van de prijstoezegging als culpa in contrahendo wordt dikwijls verwezen naar het arrest van het Landgericht Braunschweig van 10 januari 2002, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, nr. 3/2002, blz. 213; voor een commentaar op die uitspraak: Lorenz, S., op. cit. (voetnoot 71), blz. 192.

74 — Kotzian-Marggraf, K., in Bamberger, H. G., en Roth, H., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Beck'scher Online-Kommentar), 9e ed., Beck, München, 2007, commentaar op artikel 661a, punt 1.

57. De Franse rechtspraak heeft prijstoezeggingen daarentegen onder de categorie „quasi-overeenkomsten" ingedeeld. [75]

58. Voor een antwoord op de eerste prejudiciële vraag moet derhalve vóór alles worden vastgesteld of in het hoofdgeding een overeenkomst is gesloten tussen Ilsinger en Schlank & Schick.

3. Bestaan van een consumentenovereenkomst in het hoofdgeding

59. Om te bepalen of in het hoofdgeding een overeenkomst is gesloten, moet men zich om te beginnen afvragen of partijen door het doen van een aanbod en de aanvaarding van dat aanbod wilsovereenstemming hebben bereikt met het oog op de sluiting van een overeenkomst. Daartoe moet vooraf worden nagegaan of de prijstoezegging als een tot de consument gericht aanbod kan worden beschouwd. Zoals reeds is gebleken, moet de vraag of een aanbod is gedaan worden beoordeeld vanuit het oogpunt van de persoon tot wie het gericht was.

60. Naar mijn oordeel kan op de vraag of de tot de consument gerichte prijstoezegging een aanbod vormt geen algemeen geldend antwoord worden gegeven. Per geval moet worden nagegaan hoe de gemiddelde consument de prijstoezegging van de verkoper uitlegt en of, gezien vanuit het oogpunt van de consument, kan worden geconcludeerd dat de verkoper, door de prijs toe te zeggen, een aanbod heeft gedaan. Deze feitelijke beoordeling moet per geval door de nationale rechter geschieden. In het kader van de prejudiciële procedure, die is gebaseerd op een verdeling van bevoegdheden tussen de nationale rechter en het Hof, is iedere beoordeling van de feiten immers een aangelegenheid van de nationale rechter. [76]

61. Bij zijn beoordeling zal de nationale rechter derhalve in de beschouwing moeten betrekken of het aanbod al dan niet aan

75 — Voor de literatuur zie Reifegerste, S., „Fondement de la responsabilité des sociétés organisatrices de loteries publicitaires", *La Semaine Juridique (Édition Générale)*, nr. 46/2002, blz. 2023; Fages, B., „L'annonce d'un gain à des fins publicitaires (comparaison franco-allemande sur fond de jurisprudence européenne)", in Coester, M., Martiny, D., en Prinz von Sachsen Gessaphe, K. A.), *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2004, blz. 230 e.v.; Dutoit, B., „Le consommateur face aux promesses de gain non tenues: quel tribunal est compétent?: à propos des arrêts Gabriel et Engler de la Cour de justice des communautés européennes", in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux: mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, Parijs, 2006, blz. 154; Berrebi, J., „ECJ judgment C-27/02, 20 January 2005, Engler v. Janus Versand GmbH — Entitlement of a consumer to whom misleading advertising has been sent to seek payment, in judicial proceedings, of the prize which he has ostensibly won (French case note)", *European Review of Private Law*, nr. 1/2006, blz. 138 e.v.

76 — Zie in die zin arresten van 8 maart 2001, C-405/98, Gourmet International Products (Jurispr. blz. I-1795, punt 33); 25 februari 2003, C-326/00, IKA (Jurispr. blz. I-1703, punt 27); 11 maart 2004, C-9/02, Lasteyrie du Saillant (Jurispr. blz. I-2409, punt 41); 26 mei 2005, C-20/03, Burmanjer e.a. (Jurispr. blz. I-4133, punten 31 en 32); 23 februari 2006, C-441/04, A-Punkt Schmuckhandels (Jurispr. blz. I-2093, punt 25), en 28 september 2006, C-434/04, Ahokainen en Leppik (Jurispr. blz. I-9171, punt 37).

voorwaarden was gekoppeld — bijvoorbeeld de verplichting van de geadresseerde, een andere overeenkomst te sluiten of een identificatienummer te bezitten dat hem recht geeft op de prijs — en of aan die voorwaarden is voldaan.

62. Zo hij tot het oordeel mocht komen dat in het onderhavige geval een aanbod aan de consument is gedaan, zal hij bovendien moeten beoordelen of de consument dat aanbod heeft aanvaard. Daarbij moet hij in de beschouwing betrekken dat de consument het aanbod duidelijk en zonder dubbelzinnigheid moet hebben aanvaard, bijvoorbeeld door de verkoper die hem de prijstoezegging heeft gedaan de noodzakelijke bevestiging van het verzoek om uitkering van de prijs toe te zenden na het identificatienummer op de coupon te hebben geplakt.

63. Bijgevolg zal de nationale rechter per geval moeten nagaan of een aanbod is gedaan en of dit door de consument is aanvaard alsmede of partijen wilsovereenstemming hebben bereikt die tot de sluiting van een overeenkomst heeft geleid. De nationale rechter zal bovendien in de beschouwing moeten betrekken dat voor de sluiting van de overeenkomst geen bijzondere vorm vereist is en dat de overeenkomst ook tot de categorie onbenoemde overeenkomsten kan behoren.

4. Noodzaak van een hoog niveau van bescherming van de consument

64. Nu is komen vast te staan dat de toezegging van een prijs aan de consument kan leiden tot de sluiting van een overeenkomst en dus tot bevoegdheid van de rechter van de lidstaat waarin de consument zijn woonplaats heeft, zij erop gewezen dat dit standpunt ook steun vindt in het vereiste van een hoog niveau van bescherming van de consument, als zwakkere partij bij de consumentenovereenkomst.

65. In de rechtspraak is beklemtoond dat de bijzondere bevoegdheidsregels op het gebied van consumentenovereenkomsten tot doel hebben „de consument als de economisch zwakkere en juridisch minder ervaren contractspartij te beschermen [en te voorkomen] dat deze partij […] de moed tot het instellen van een rechtsvordering [wordt] ontnomen door hem te verplichten, zijn vordering aanhangig te maken voor de gerechten van de staat op het grondgebied waarvan zijn wederpartij woonplaats heeft”. [77] De bijzondere bevoegdheidsregels op het gebied van consumentenovereenkomsten strekken ertoe, de moeilijkheden uit de weg

77 — Zie naar analogie, met betrekking tot het Executieverdrag, arrest van 19 januari 1993, C-89/91, Shearson Lehman Hutton (Jurispr. blz. I-139, punt 18); zie ook conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 8 juli 2004 in de zaak Engler (C-27/02, Jurispr. 2005, blz. I-481, punt 28).

te ruimen waarmee een consument in een geschil ter zake van een consumentenovereenkomst te maken kan krijgen, wanneer hij moet procederen in een andere lidstaat. [78]

66. De bepalingen op het gebied van consumentenovereenkomsten zijn in de Executieverordening inhoudelijk gezien ruimer geformuleerd dan de bepalingen van het Executieverdrag, waardoor ook de bescherming van de consument een ruimere omvang heeft gekregen. De verruiming van de werkingssfeer van de bepalingen inzake consumentenovereenkomsten geeft algemeen uitdrukking aan het streven van de Gemeenschap naar een betere bescherming van de consument. Het vereiste van een hoog niveau van consumentenbescherming vloeit bijvoorbeeld ook voort uit Groenboek over de herziening van het consumentenacquis. [79] Daarin zet de Commissie uiteen dat „het vertrouwen van de consumenten in de interne markt moet worden versterkt door in de hele EU een hoog beschermingsniveau te garanderen". [80] Ook de voorschriften van materieel gemeenschapsrecht zijn gericht op een hoger niveau van consumentenbescherming, hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit de vaststelling van richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken. [81] Uit de recentelijk vastgestelde verordening nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), blijkt eveneens dat een hoog niveau van consumentenbescherming een vereiste is. [82]

67. Gelet op het voorgaande moet worden verworpen het argument dat de vertegenwoordiger van de curator in het faillissement van Schlank & Schick ter terechtzitting heeft aangevoerd, te weten dat bescherming van de consument niet gerechtvaardigd is wanneer deze in de consumentenovereenkomst geen verplichting op zich heeft genomen. De voorschriften inzake consumentenbescherming hebben niet tot doel, de consument enkel bescherming te waarborgen in gevallen waarin deze in een overeenkomst verplichtingen op zich neemt, maar strekken ertoe te verhinderen dat de consument wordt bena-

78 — Zie naar analogie, met betrekking tot het Executieverdrag, conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Engler, aangehaald in voetnoot 77 (punt 29).

79 — Groenboek over de herziening van het consumentenacquis (voorgelegd door de Europese Commissie) [COM (2006) 744 def.]. Ook bij de totstandbrenging van het gemeenschappelijke referentiekader zal de Commissie voorrang geven aan behandeling van de vraagstukken inzake consumentenovereenkomsten, zodat tijdig het nodige wordt gedaan voor de herziening van het consumentenacquis. Zie het tweede verslag van de Commissie over de voortgang van de werkzaamheden met betrekking tot het gemeenschappelijke referentiekader [COM(2007) 447 def.].

80 — Groenboek over de herziening van het consumentenacquis aangehaald in voetnoot 79, blz. 4.

81 — Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (richtlijn oneerlijke handelspraktijken) (PB L 149, blz. 22).

82 — Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (PB L 177, blz. 6), bepaalt in artikel 6, lid 1, dat de consumentenovereenkomst „[wordt] beheerst door het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, op voorwaarde dat: a) de verkoper zijn commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in het land waar de consument woonplaats heeft, of b) dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen richt op dat land of op verscheidene landen, met inbegrip van dat land, en de overeenkomst onder die activiteiten valt". Volgens voormeld artikel 6, lid 2, kunnen partijen kiezen welk recht van toepassing is, maar die keuze „mag er evenwel niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken volgens het recht dat overeenkomstig lid 1 toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van rechtskeuze". Ingevolge artikel 29 ervan zal deze verordening op 17 december 2009 in werking treden.

deeld, ook wanneer een overeenkomst wordt gesloten waaruit slechts voor één partij verplichtingen voortvloeien. Door bedrieglijke prijstoezeggingen wordt de consument misleid en wordt zijn gedrag als consument beïnvloed. Ook is het mogelijk dat de consument schade lijdt door de prijstoezegging wanneer hij erop vertrouwt een prijs te hebben gewonnen en het schijnbaar gewonnen bedrag besteedt dan wel, onder de invloed van de schijnbaar gewonnen prijs, de last van ongunstige financiële beslissingen op zich neemt.

68. Voorts moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de mogelijkheid van de consument de rechter van zijn woonplaats te verzoeken een prejudiciële vraag te stellen, hem nog niet waarborgt dat de rechter een voor hem gunstige beslissing zal geven en de verwerende partij zal veroordelen tot uitkering van de litigieuze prijs. Hij geniet enkel procedurele bescherming. De consument zou dezelfde procedurele bescherming genieten indien hij bijvoorbeeld krachtens een koopovereenkomst de financiële verplichting tot betaling van een minimumbedrag zou zijn aangegaan. Gelet op het feit dat de consument in geval van bedrieglijke prijstoezeggingen die oneerlijke handelspraktijken vormen ook bescherming geniet uit hoofde van richtlijn 2005/29/EG inzake oneerlijke handelspraktijken [83], lijkt het redelijk dat de consument in zoverre ook procedureel wordt beschermd, uiteraard onder de voorwaarde dat hij een overeenkomst heeft gesloten.

5. Beantwoording van de eerste prejudiciële vraag

69. Uit het voorgaande blijkt dat de vordering van de consument tot uitkering van een schijnbaar gewonnen prijs een vordering uit hoofde van een overeenkomst kan zijn in de zin van artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening, wanneer de nationale rechter op basis van alle omstandigheden van het geval vaststelt dat een overeenkomst is gesloten.

70. Mitsdien moet op de eerste prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 15, lid 1, sub c, 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, aldus moet worden uitgelegd dat het recht op grond waarvan de consument volgens de wettelijke voorschriften van de lidstaat waarin hij zijn woonplaats heeft, van een in een andere lidstaat gevestigde ondernemer in rechte uitkering van een schijnbaar gewonnen prijs kan vorderen wanneer deze laatste aan bepaalde consumenten prijstoezeggingen of andere, soortgelijke mededelingen heeft gedaan die zodanig zijn geformuleerd dat de indruk wordt gewekt dat de geadresseerde een bepaalde prijs heeft gewonnen, zonder dat de

83 — Richtlijn 2005/29/EG inzake oneerlijke handelspraktijken, aangehaald in voetnoot 81, vermeldt onder punt 31 van bijlage I, getiteld „handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd", ook gedragingen die „[de] bedrieglijke indruk wekken dat de consument al een prijs heeft gewonnen of zal winnen dan wel door een bepaalde handeling te verrichten een prijs zal winnen of een ander soortgelijk voordeel zal behalen, als er in feite geen sprake is van een prijs of een ander soortgelijk voordeel,dan wel als het ondernemen van stappen om in aanmerking te kunnen komen voor de prijs of voor een ander soortgelijk voordeel afhankelijk is van de betaling van een bedrag door de consument of indien daaraan voor hem kosten zijn verbonden". Volgens artikel 5, lid 1, van deze richtlijn zijn oneerlijke handelspraktijken verboden.

uitkering van de prijs is gekoppeld aan het bestellen van goederen of een proefbestelling en zonder dat inderdaad een bestelling is geplaatst, maar de geadresseerde van het bericht om uitkering van de prijs verzoekt, een recht uit hoofde van een overeenkomst in de zin van bovengenoemde bepaling kan vormen, mits in het betrokken geval een consumentenovereenkomst in de zin van die bepaling is gesloten. De nationale rechter zal moeten nagaan of in het onderhavige geval een consumentenovereenkomst in de zin van die bepaling is gesloten.

C — *De tweede prejudiciële vraag*

71. De verwijzende rechter stelt de tweede prejudiciële vraag zuiver subsidiair, voor het geval de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord. Hij wenst met de tweede vraag in hoofdzaak te vernemen of het recht van de consument op uitkering van een schijnbaar gewonnen prijs een recht uit hoofde van een overeenkomst in de zin van artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening vormt indien de uitkering van de prijs niet is gekoppeld aan het plaatsen van een bestelling, maar de geadresseerde van het bericht toch goederen heeft besteld. Bijgevolg moet worden nagegaan, of voor de vordering in rechte tot uitkering van de prijs dezelfde rechter bevoegd is als de rechter die bevoegd zou zijn voor vorderingen uit een overeenkomst tot levering van goederen.

72. Aangezien de uiteindelijke oplossing van de eerste prejudiciële vraag afhangt van de definitieve beoordeling door de verwijzende rechter, zal ik hierna een onderzoek doen waarmee deze rechter in voorkomend geval rekening zal moeten houden.

73. Met betrekking tot deze vraag zij erop gewezen dat het Hof in het arrest Gabriel [84] met betrekking tot het Executieverdrag reeds heeft geoordeeld dat wanneer de consument goederen heeft besteld bij de verkoper, deze twee subjecten onbetwistbaar gebonden zijn door een contractuele verhouding, aangezien de consument, door goederen te bestellen, te kennen heeft gegeven het aanbod dat deze vennootschap hem had gestuurd — met inbegrip van alle daaraan verbonden voorwaarden — te aanvaarden. [85] Deze wilsovereenstemming tussen de twee partijen heeft wederkerige en onderling samenhangende verplichtingen doen ontstaan in het kader van een overeenkomst voor de koop van een roerende lichamelijke zaak. [86]

74. Ook in de onderhavige zaak is — ingeval de consument goederen heeft besteld — een overeenkomst voor de koop van roerende

84 — Arrest Gabriel, aangehaald in voetnoot 4.
85 — Arrest Gabriel, aangehaald in voetnoot 4 (punt 48).
86 — Arrest Gabriel, aangehaald in voetnoot 4 (punt 49).

lichamelijke zaken gesloten die ontegenzeglijk onder artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening valt, aangezien de voorwaarden voor de sluiting van een overeenkomst vervuld zijn. De rechterlijke bevoegdheid voor geschillen uit hoofde van een overeenkomst voor de verkoop van roerende lichamelijke zaken wordt derhalve bepaald door de regels van de Executieverordening betreffende consumentenovereenkomsten. De tweede in de onderhavige procedure opgeworpen vraag strekt er evenwel toe te vernemen of ook de rechterlijke bevoegdheid om kennis te nemen van vorderingen tot uitkering van de prijs op basis van die regels moet worden bepaald wanneer de consument de verkoper samen met de bevestiging van het verzoek om uitkering van de prijs en de coupon waarop hij het identificatienummer heeft geplakt, tevens een bestelling toezendt.

75. In het arrest Gabriel heeft het Hof in het kader van het Executieverdrag verklaard dat wanneer de consument bij de verkoper goederen heeft besteld, ook de bevoegdheid om kennis te nemen van vorderingen in rechte van de consument strekkende tot betaling van de beloofde prijs, moet worden bepaald op basis van de bepalingen inzake consumentencontracten. [87] Ter motivering heeft het Hof aangevoerd dat het recht van de consument uitkering van de prijs te vorderen, nauw samenhangt met de tussen partijen gesloten overeenkomst, aangezien ook tussen de prijstoezegging en de bestelling van goederen een onlosmakelijk verband bestaat omdat die bestelling een voorwaarde is voor uitkering van de prijs. [88] Bovendien, aldus het Hof, heeft de consument de goederen hoofdzakelijk zo niet uitsluitend besteld wegens het hem beloofde geldelijke voordeel, waarvan de waarde het voor de bestelling vereiste minimumbedrag aanzienlijk overtrof. [89]

76. De feitelijke situatie die in de zaak Gabriel aan de orde was, verschilde echter van die welke thans aan de orde is. In de zaak Gabriel had de vennootschap die de prijs had beloofd aan uitkering van de prijs de voorwaarde gekoppeld dat de consument eerst goederen zou bestellen. In casu hoefden voor uitkering van de prijs niet eerst goederen te worden besteld. Niettemin moet naar mijn oordeel deze situatie gelijk worden beoordeeld als die waarin het plaatsen van een bestelling een voorwaarde is voor uitkering van de prijs en moet de bevoegdheid om kennis te nemen van de vordering in rechte tot betaling van de prijs worden bepaald op basis van de regels die ook gelden voor geschillen betreffende de levering van roerende lichamelijke zaken.

77. Ofschoon het plaatsen van een bestelling geen voorwaarde is voor betaling van de prijs, is deze niettemin nauw verbonden met de prijstoezegging, zodat ook de vordering in rechte van de consument tot betaling van de prijs nauw samenhangt met de overeenkomst voor de levering van roerende lichamelijke

87 — Arrest Gabriel, aangehaald in voetnoot 4 (punt 53).
88 — Arrest Gabriel, aangehaald in voetnoot 4 (punt 54).
89 — Ibidem.

zaken. Zoals de verwijzende rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing opmerkt, is het Schlank & Schick erom te doen, de consument door de prijstoezegging aan te sporen, een overeenkomst voor de levering van roerende lichamelijke zaken te sluiten. De prijstoezegging moet de aandacht van de consument trekken en zijn besluit tot het plaatsen van een bestelling beïnvloeden en — zoals de Sloveense regeling terecht opmerkt — op die manier de voordeelpositie van de onderneming die de prijs toezegt versterken ten opzichte andere aanbieders van gelijksoortige goederen.

78. Ontegenzeglijk kan de verkoper door de toezegging van een prijs in geld de beslissing van de consument over de eventuele plaatsing van een bestelling sterk beïnvloeden, ook al is de in het vooruitzicht gestelde prijs niet gekoppeld aan een bestelling. Het is mogelijk dat in de prijstoezegging onvoldoende duidelijk wordt aangeduid dat voor uitkering van de toegezegde prijs geen bestelling hoeft te worden geplaatst, hetgeen de beslissing van de consument om al dan geen bestelling te doen zal beïnvloeden. Ook is het mogelijk dat de consument ten onrechte ervan uitgaat dat hij door het plaatsen van een bestelling zeker zal zijn van de prijs, terwijl evenmin uitgesloten is dat hij zich door het winnen van een niet gering bedrag moreel verplicht acht een bestelling te plaatsen. Indien het vooruitzicht op uitkering van de prijs niet gekoppeld is aan een bestelling van goederen, is de consument evenmin verplicht een bestelling voor een bepaald bedrag te doen, maar kan hij bestellen voor een bedrag van zijn keuze, hetgeen hem nog meer zal aansporen te bestellen. Nu de sluiting van een overeenkomst over de levering van roerende lichamelijke zaken vrij nauw samenhangt met de prijstoezegging, dient de bevoegdheid om kennis te nemen van geschillen over de twee rechtsbetrekkingen aan dezelfde rechter toe te komen.

79. Bovendien heeft het Hof in zijn rechtspraak herhaaldelijk beklemtoond dat zoveel mogelijk moet worden vermeden dat voor dezelfde overeenkomst meerdere rechters bevoegd zijn, ter vermijding van het gevaar voor onderling onverenigbare uitspraken en ter vergemakkelijking van de erkenning en de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissing in andere lidstaten. [90]

80. De tweede prejudiciële vraag moet derhalve aldus worden beantwoord dat het recht van de consument om van ondernemers in rechte uitkering van een schijnbaar gewonnen prijs te vorderen, een recht uit hoofde van een overeenkomst in de zin van artikel 15, lid 1, sub c, van de Executieverordening vormt wanneer de uitkering van de prijs niet gekoppeld is aan het plaatsen van een bestelling, maar de geadresseerde van het bericht toch goederen heeft besteld.

90 — Met betrekking tot de Executieverordening, zie arrest Gabriel, aangehaald in voetnoot 4 (punt 57). Zie naar analogie, voor het Executieverdrag, arresten van 6 oktober 1976, 14/76, De Bloos (Jurispr. blz. 1497, punt 9); 15 januari 1987, 266/85, Shenavai (Jurispr. blz. 239, punt 8); 13 juli 1993, C-125/92, Mulox IBC (Jurispr. blz. I-4075, punt 21); 9 januari 1997, C-383/95, Rutten (Jurispr. blz. I-57, punt 18); 5 oktober 1999, C-420/97, Leathertex (Jurispr. blz. I-6747, punt 31), en 19 februari 2002, C-256/00, Besix (Jurispr. blz. I-1699, punt 27).

VII — Conclusie

81. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de door het Oberlandesgericht Wien gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 15, lid 1, sub c, 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, moet aldus worden uitgelegd dat het recht op grond waarvan de consument volgens de wettelijke voorschriften van de lidstaat waarin hij zijn woonplaats heeft, van een in een andere lidstaat gevestigde ondernemer in rechte uitkering van een schijnbaar gewonnen prijs kan vorderen wanneer deze laatste aan bepaalde consumenten prijstoezeggingen of andere, soortgelijke mededelingen heeft gedaan die zodanig zijn geformuleerd dat de indruk wordt gewekt dat de geadresseerde een bepaalde prijs heeft gewonnen, zonder dat de uitkering van de prijs is gekoppeld aan het bestellen van goederen of een proefbestelling en zonder dat inderdaad een bestelling is geplaatst, maar de geadresseerde van het bericht om uitkering van de prijs verzoekt, een recht uit hoofde van een overeenkomst in de zin van bovengenoemde bepaling kan vormen, mits in het betrokken geval een consumentenovereenkomst in de zin van die bepaling is gesloten. De nationale rechter zal moeten nagaan of in het onderhavige geval een consumentenovereenkomst in de zin van die bepaling is gesloten.

2) Het recht van de consument om van ondernemers in rechte uitkering van een schijnbaar gewonnen prijs te vorderen, vormt een recht uit hoofde van een overeenkomst in de zin van artikel 15, lid 1, sub c, van verordening nr. 44/2001 wanneer de uitkering van de prijs niet gekoppeld is aan het plaatsen van een bestelling, maar de geadresseerde van het bericht toch goederen heeft besteld."