CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL SIR GORDON SLYNN
van 28 oktober 1987 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De vennootschap SAR Schotte GmbH (hierna: Schotte), met zetel in de Bondsrepubliek Duitsland, vordert voor de Duitse rechter van de vennootschap Parfums Rothschild SARL (hierna: Rothschild SARL), met zetel in Frankrijk, een bedrag van 55 507,04 DM, zijnde de prijs van aan Rothschild SARL verkochte en geleverde verstuiverpompen en kapjes voor parfumflacons. Rothschild SARL vecht de bevoegdheid van de Duitse gerechten aan, omdat zij haar zetel in Frankrijk heeft. Schotte beroept zich op artikel 5, sub 5, van het Verdrag van 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: Executieverdrag), dat luidt als volgt:

„De verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende Staat, kan in een andere verdragsluitende Staat voor de navolgende gerechten worden opgeroepen:

... ten aanzien van een geschil betreffende de exploitatie van een filiaal, van een agentschap of enige andere vestiging: voor het gerecht van de plaats waar zij gelegen zijn."

Het Landgericht Düsseldorf verklaarde zich onbevoegd om kennis te nemen van de vordering, op grond dat artikel 5, sub 5, Executieverdrag niet van toepassing was. In hoger beroep legde het Oberlandesgericht Düsseldorf (dat eerder geneigd is de bevoegdheid van de Duitse rechtbanken te erkennen) de volgende vraag voor:

„Is krachtens artikel 5, sub 5, Executieverdrag de rechter van de plaats waar een filiaal, een agentschap of een andere vestiging is gelegen ook dan bevoegd, wanneer een rechtspersoon naar Frans recht, een société à responsabilité limitée, gevestigd te Parijs, in een andere verdragsluitende Staat, in casu de Bondsrepubliek Duitsland, weliswaar organisatorisch geen vestiging in de zin van een onzelfstandig verlengstuk van een moederbedrijf heeft, maar wanneer zich in de andere verdragsluitende Staat een gelijknamige zelfstandige rechtspersoon naar Duits recht, een Gesellschaft mit beschränkter Haftung, met dezelfde directie, bevindt, die in naam van de rechtspersoon naar Frans recht handelt en zaken doet en waarvan de rechtspersoon naar Frans recht zich als van een verlengstuk bedient ?"

In de verwijzingsbeschikking is vermeld, dat Rothschild GmbH, gevestigd te Düsseldorf, in 1981 en 1982 met Schotte onderhandelingen voerde over de vervaardiging en levering van de verstuivers. „Nadat de onderhandelingen van eiseres met Rothschild GmbH succesvol waren verlopen", bestelde Rothschild SARL bij Schotte verschillende soorten verstuivers, die in Puteaux (Frankrijk) moesten worden geleverd, waar de flacons met parfum werden gevuld. Zoals was overeengekomen, zond Schotte de facturen aan Rothschild SARL.

* Vertaald uit het Engels.

Rothschild SARL beweert, dat zij een volle dochtervennootschap is van Rothschild GmbH; beide vennootschappen blijken in 1981 te zijn opgericht. De verwijzende rechter stelt dit wel niet als een feit vast, doch deze bewering is niet tegengesproken. Tijdens de relevante periode hadden de twee vennootschappen Rothschild in ieder geval een gemeenschappelijke directeur, J. Vehling; bovendien hadden zij elk nog een andere directeur, H. Rothschild voor de Duitse vennootschap en mevrouw Rodaks voor de Franse vennootschap, ofschoon deze laatste net als J. Vehling in de Bondsrepubliek Duitsland woonde.

In 1983 klaagde Rothschild GmbH bij Schotte erover, dat de verstuivers blijkens tal van klachten van klanten niet werkten. Daarop volgde een omvangrijke correspondentie tussen Schotte en Rothschild GmbH. De brieven van deze laatste droegen het briefhoofd van Rothschild GmbH, doch waren „telkens door één van beide directeuren van gedaagde ondertekend". Ook de correspondentie die de totstandkoming van iedere individuele overeenkomst voorafging, was blijkbaar op briefpapier met het briefhoofd van de Duitse vennootschap gevoerd en op dezelfde wijze ondertekend. Of de gemeenschappelijke directeur zijn handtekening heeft geplaatst, en, zo ja, of hij dit deed in naam van Rothschild SARL of van Rothschild GmbH, is niet duidelijk.

Voor het Landgericht bestreed Rothschild GmbH haar passieve legitimatie. Derhalve is tegen Rothschild SARL de onderhavige procedure ingeleid.

Vaststaat, dat Rothschild SARL krachtens artikel 5, sub 5, slechts in de Bondsrepubliek Duitsland kan worden gedagvaard, ten eerste indien Rothschild GmbH „een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging" van Rothschild SARL is, en, zo dat het geval is, ten tweede, indien het geschil met Schotte betrekking heeft op „de exploitatie" van Rothschild GmbH.

Het Hof heeft zich reeds uitgesproken over de betekenis van de begrippen „filiaal, agentschap of enige andere vestiging". In het arrest van 6 oktober 1976 (zaak 14/76, De Bloos, Jurispr. 1976, blz. 1497, r. o. 20) maakte het uit, dat „één der wezenskenmerken van het begrip filiaal en agentschap de onderworpenheid aan het toezicht of de leiding van het moederbedrijf is" en dat voor het begrip „vestiging" dezelfde wezenskenmerken gelden. Een „vestiging" moet op dezelfde manier worden opgevat als een filiaal en een agentschap. In het arrest van 22 november 1978 (zaak 33/78, Somafer, Jurispr. 1978, blz. 2183, blz. 2193) overwoog het Hof, dat aangezien artikel 5, sub 5, een afwijking inhoudt van het algemene bevoegdheidsbeginsel van artikel 2 Executieverdrag, de uitlegging ervan „zonder moeilijkheden de bijzondere band moet aantonen, die deze afwijking rechtvaardigt". Er dienen materiële kentekenen te zijn waaraan de nevenvestiging gemakkelijk kan worden herkend, en er moet een verhouding zijn „tussen de aldus gelokaliseerde nevenvestiging en het voorwerp van het geding dat tegen het in een andere verdragsluitende Staat gevestigde moederbedrijf aanhangig is gemaakt". „Het begrip filiaal, agentschap of enige andere vestiging impliceert een centrum van werkzaamheid, dat zich naar buiten duurzaam manifesteert als het verlengstuk van een moederbedrijf, met een eigen directie en materiële uitrusting, zodat het zaken met derden kan doen en wel dusdanig, dat dezen, ofschoon wetend dat eventueel een rechtsband met het in het buitenland gevestigde moederbedrijf zal ontstaan, zich niet rechtstreeks daartoe behoeven te wenden en zaken kunnen doen

in bedoeld centrum, dat het verlengstuk ervan vormt."

In het arrest van 18 maart 1981 (zaak 139/80, Blanckaert & Willems, Jurispr. 1981, blz. 819, r. o. 13) overwoog het Hof, dat een handelsagent die zelfstandig is in die zin dat hij zijn werkzaamheid in wezen vrij kan organiseren en die voorts „enkel bestellingen doorgeeft aan het moederbedrijf zonder zich te mengen in de afwikkeling of uitvoering daarvan", niet de kenmerken vertoont van een filiaal, agentschap of andere vestiging.

Het voordeel dat artikel 5, sub 5, de eiser biedt, is dat hij een verweerder, in plaats van hem te dagvaarden in de staat van diens woonplaats, kan dagvaarden in die staat waar de verweerder een filiaal bezit waarmee eiser zaken heeft gedaan. Deze bepaling is echter ook voordelig voor de verweerder, omdat deze bevoegdheid enkel naar die plaats wordt verlegd, waar zich een filiaal, agentschap of andere vestiging bevindt. Deze bevoegdheid is er niet, wanneer het louter om een tijdelijke aanwezigheid gaat of indien de band met de staat waarin het instellen van de actie wordt overwogen, zwakker is dan in geval van het bestaan van een filiaal.

Een filiaal (net als een „succursale" en een „Zweigniederlassung") is mijns inziens een voorpost van het hoofdbedrijf (al dan niet eigendom van een vennootschap of een natuurlijke persoon), die de zaken van het hoofdbedrijf afhandelt voor rekening van dit laatste, op permanente wijze en onder controle van het hoofdbedrijf. Naar mijn mening betekenen „agentschap" en „vestiging" grotendeels hetzelfde en wijzen deze begrippen op een centrum van werkzaamheden, dat ten opzichte van het hoofdbedrijf ondergeschikt is, ofschoon „vestiging" iets ruimer kan zijn dan „filiaal". Het begrip „agentschap" dekt mijns inziens meer dan alleen maar de plaats waar een gevolmachtigde optreedt voor een volmachtgever.

Volgens mij wordt in het normale taalgebruik met het begrip „filiaal" in de regel een centrum van werkzaamheden bedoeld, dat eigendom is van een groter bedrijf. Uitgaande van een letterlijke uitlegging van artikel 5, sub 5, kan men zeggen, dat het filiaal, agentschap of enige andere vestiging juridisch en feitelijk eigendom moet zijn van de eigenaar van het hoofdbedrijf. Indien het betrokken centrum van werkzaamheden daarentegen aan een derde toebehoort, kan niet worden gezegd, dat het een filiaal is van de eigenaar van het hoofdbedrijf, ook al is die derde de gemachtigde, vertegenwoordiger of handelspartner van de eigenaar.

Een dergelijk resultaat zou eventuele verweerders een maximale bescherming bieden en de meest restrictieve uitlegging van artikel 5, sub 5, zijn, waarbij het dichtst bij het algemene beginsel van artikel 2 wordt gebleven. Het is een aantrekkelijk resultaat, omdat het relatief gemakkelijk in praktijk te brengen is.

Er moet echter ook rekening worden gehouden met de situatie van de eisers. Indien de eigenaar van een in een bepaalde staat gevestigde onderneming kan vermijden, in een andere Lid-Staat een filiaal, agentschap of enige andere vestiging in de technische zin van het woord te hebben, door aldaar een vennootschap op te richten die zo niet juridisch, dan toch in feite een volledig alter ego is, dan kan even terecht worden gezegd, dat het doel van artikel 5, sub 5, wordt omzeild. Degene die via die andere vennootschap met het hoofdbedrijf zaken doet, kan geen rechtsvordering instellen tegen het hoofdbedrijf, terwijl hij dit wel had gekund, indien de hoofdeigenaar zelf een aan hem toebehorend en onder zijn eigen naam werkend kantoor of andere vestiging had opgericht. In werkelijkheid echter lijken beide situaties zeer sterk op elkaar.

Aangezien mijns inziens de opstellers van artikel 5, sub 5, zowel de belangen van de eisers als van de verweerders voor ogen hadden, dienen deze uiteenlopende belangen in de mate van het mogelijke met elkaar in overeenstemming te worden gebracht.

In de zaak Somafer achtte het Hof twee voorwaarden vereist om te kunnen spreken van een filiaal, agentschap of enige andere vestiging: in de eerste plaats dient er een centrum van werkzaamheid te zijn, dat zich naar buiten duurzaam manifesteert en een eigen directie heeft, zodat het zaken kan doen (tegen een verweerder kan dan geen vordering worden ingesteld op grond van een voorbijgaande of tijdelijke aanwezigheid); in de tweede plaats moeten derden er zich bewust van zijn, dat zij niet rechtstreeks met het moederbedrijf behoeven te handelen, doch met het centrum van werkzaamheid — het verlengstuk van het moederbedrijf — zaken kunnen doen.

Mijns inziens zal in de regel aan die tweede voorwaarde zijn voldaan, indien een filiaal of enige andere vestiging eigendom is van de eigenaar van het hoofdbedrijf (en misschien diens naam draagt). Anderzijds, indien de eigenaar een andere persoon of vennootschap op zodanige wijze laat optreden, dat derden in de mening worden gebracht dat zij met deze persoon of vennootschap als een verlengstuk of een voorpost van de eigenaar zaken kunnen doen, „wetend dat eventueel een rechtsband met het moederbedrijf zal ontstaan", kan het centrum van werkzaamheden van deze andere persoon of vennootschap mijns inziens een filiaal, agentschap of enige andere vestiging zijn van de eigenaar waarmee de overeenkomst wordt gesloten, zodat deze krachtens artikel 5, sub 5, kan worden opgeroepen voor het gerecht van de staat waar dat centrum van werkzaamheid is gelegen.

Deze situatie kan zich voordoen, indien een vennootschap om welke reden ook een volle dochtervennootschap opricht in een andere verdragsluitende Staat. Naar mijn mening dient evenwel het begrip „filiaal" of „enige andere vestiging" niet te worden bekeken vanuit het oogpunt van de formele structuur van de vennootschap of van de eigendom van haar aandelen. Van belang is, of de eigenaar van het hoofdbedrijf de indruk heeft gewekt, dat het centrum van werkzaamheid van de andere vennootschap een centrum is waar derden zaken kunnen doen met de eigenaar van het hoofdbedrijf, en of derden hierop hebben vertrouwd.

Dit kan heel goed het geval zijn bij een volle dochtervennootschap, maar ook bij een geassocieerde vennootschap; het kan zich ook, zij het ongetwijfeld minder vaak, voordoen, indien het moederbedrijf handelt in naam van de dochtervennootschap (bij voorbeeld als beide vennootschappen hoofdzakelijk verschillende produkten vervaardigen en zij over en weer in geringe mate contracten afsluiten met betrekking tot elkaars hoofdprodukt). Wanneer het beslissende criterium niet zozeer het aandeelhouderschap, maar het wekken van de indruk is, dan is er niets tegen deze conclusie. Het beginsel mag evenwel niet worden beperkt tot vennootschappen. Als het kan worden toegepast, moet het eveneens voor natuurlijke personen gelden; de door een eigenaar op een natuurlijke persoon uitgeoefende controle kan immers even groot zijn als die van een moederbedrijf op een volle dochtervennootschap.

Aan dit criterium is niet gemakkelijk te voldoen. Er moeten „materiële kenmerken zijn waaraan het bestaan van een filiaal... gemakkelijk kan worden herkend" (Somafer, r. o. 11). Het moet „voor derden duidelijk herkenbaar zijn als een verlengstuk van het moederbedrijf" (Blanckaert, r. o. 12). Deze kwestie stelt de nationale rechter uiteraard voor grotere moeilijkheden dan de juridi-

sche eigendomssituatie van het centrum van werkzaamheid, maar toch is het geen onmogelijke opdracht. Op basis van de feiten dient hij te beslissen, of een dergelijke indruk is gewekt en of de andere contracterende partij daarop heeft vertrouwd. Hij zal daarbij rekening moeten houden met gegevens als de identieke naam en directie, de wijze waarop zaken worden gedaan, de mate waarin zeggenschap wordt uitgeoefend, of de ene handelt in naam en voor rekening van de andere, en de wijze waarop het zogenaamde hoofdbedrijf en het filiaal elkaar erkennen ten opzichte van derden.

Ondanks de kracht en de aantrekkelijkheid van de tegenargumenten (die spijtig genoeg voor het Hof niet zijn aangevoerd), die voor de meer beperkte opvatting pleiten dat het bestaan van een „filiaal, agentschap of enige andere vestiging" afhangt van de eigendomsverhouding, geloof ik toch, dat indien een centrum van werkzaamheid in een bepaalde Lid-Staat door de eigenaar van een in een andere Lid-Staat gevestigd bedrijf wordt behandeld als was het een bestanddeel van zijn eigen bedrijf onder zijn directie en controle, en derden dit terdege beseffen, het een filiaal, agentschap of enige andere vestiging kan zijn in de zin van artikel 5, sub 5, ook al is een andere persoon of vennootschap eigenaar en wordt het door deze geleid. Dit lijkt mij niet in strijd te zijn met, doch in tegendeel beter aan te sluiten bij het gestelde in het rapport Jenard, dat het „kiezen van ‚bijzondere' bevoegdheidsregels bovendien om andere redenen is gemotiveerd, namelijk omdat er een rechtstreeks aanknopingspunt bestaat tussen het geschil en de rechter die daarvan kennis moet nemen".

In de tweede plaats voert Rothschild SARL aan, dat het geschil geen betrekking heeft op „de exploitatie" van Rothschild GmbH, aangezien de overeenkomsten uitsluitend met Rothschild SARL waren gesloten. De verwijzende rechter verzoekt niet om een prejudiciële beslissing over deze vraag, doch haalt het arrest Somafer aan, luidens hetwelk het begrip „exploitatie" omvat: „geschillen inzake door het vorenomschreven centrum van werkzaamheid namens het moederbedrijf aangegane verplichtingen die moeten worden nagekomen in de verdragsluitende Staat waar dit centrum is gevestigd".

Aangezien hierover niet om een beslissing is verzocht, is het wellicht beter er niet op in te gaan. Voor het geval het Hof een andere mening mocht zijn toegedaan, wil ik enkele korte opmerkingen maken.

Het begrip „geschil betreffende de exploitatie van" een filiaal enzovoort is, behalve in het arrest Somafer, nog niet onderzocht. De in dat arrest gebezigde bewoordingen lijken erop te wijzen, dat de contractuele verbintenis door het filiaal moet zijn aangegaan in naam van de moedervennootschap. Dit lijkt uit te sluiten het geval, dat het filiaal alle onderhandelingen voert, doch de uiteindelijke overeenkomst door de moedervennootschap wordt ondertekend. Ware die passage er niet geweest, dan zou ik de voorgaande rechtsoverweging van het arrest, rechtsoverweging 12, als ruim genoeg hebben beschouwd om ook het geval te omvatten waarin alle onderhandelingen volledig door het filiaal namens het moederbedrijf waren gevoerd, doch waarin de uiteindelijke overeenkomst („eventueel een rechtsband") door laatstgenoemde was ondertekend. Was daar niet rechtsoverweging 13 van het arrest, dan zou ik een ruimere betekenis hebben gegeven aan „geschil betreffende de exploitatie van een filiaal". Zonder deze

rechtsoverweging zou ik het eveneens moeilijk vinden om in artikel 5, sub 5, de beperking te lezen, dat de aangegane verplichtingen „moeten worden nagekomen in de verdragsluitende Staat waar dit centrum is gevestigd". Indien de overeenkomst in casu door een Duits filiaal in naam van Rothschild SARL was ondertekend met het beding, dat de goederen in Puteaux (Frankrijk) moesten worden geleverd, zou het doel van artikel 5, sub 5, mijns inziens meebrengen, dat Schotte Rothschild SARL in Duitsland voor het gerecht kan oproepen.

Op deze problemen wil ik evenwel niet verder ingaan, aangezien hierover geen specifieke vraag is gesteld. Misschien zal de verwijzende rechter ze moeten onderzoeken, wanneer hij tot de slotsom komt dat het in casu om een filiaal, agentschap of enige andere vestiging van Rothschild SARL in de Bondsrepubliek Duitsland gaat.

Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de voorgelegde vraag te beantwoorden als volgt:

„De rechter van de plaats waar een filiaal, agentschap of enige andere vestiging is gelegen, kan krachtens artikel 5, sub 5, Executieverdrag ook dan bevoegd zijn, indien een rechtspersoon naar het recht van een verdragsluitende Staat, met zetel aldaar, en een zelfstandige rechtspersoon naar het recht van een andere verdragsluitende Staat, met zetel in die staat, dezelfde naam en dezelfde directie hebben, wanneer laatstbedoelde daadwerkelijk zaken doet onder leiding en controle van eerstbedoelde, en jegens derden de indruk wordt gewekt, dat het bij deze laatste om een verlengstuk of een centrum van werkzaamheid van de eerste gaat, en derden op deze basis met laatstgenoemde zaken hebben gedaan."

De kosten door de Commissie en de Duitse regering gemaakt, komen niet voor vergoeding in aanmerking. Over de kosten door de partijen in het hoofdgeding gemaakt, dient de nationale rechterlijke instantie te beslissen.