CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS

van 14 maart 2002 [1]

1. Met het onderhavige prejudiciële verzoek wenst het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) te vernemen of een door een consumentenvereniging krachtens de nationale regeling inzake consumentenbescherming ingestelde vordering tot verkrijging van een verbod op het gebruik van onwettige en met de goede zeden strijdige algemene contractvoorwaarden een vordering uit onrechtmatige daad is in de zin van artikel 5, punt 3, van het Verdrag van Brussel betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: „Executieverdrag"). [2]

Het Executieverdrag

2. Artikel 1, eerste alinea, Executieverdrag bepaalt:

„Dit Verdrag wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht waarvoor deze zaken zich afspelen. Het heeft inzonderheid geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken of administratiefrechtelijke zaken."

3. Titel II van het Executieverdrag verdeelt de internationale rechtsmacht tussen de verdragsluitende staten en verleent in sommige gevallen rechtsmacht aan plaatselijke gerechten binnen de betrokken verdragsluitende staat. Het basisbeginsel van het Executieverdrag is neergelegd in artikel 2, dat bepaalt dat zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een verdragsluitende staat, worden opgeroepen voor de gerechten van die staat. In afwijking van dit beginsel kunnen of moeten zij evenwel voor bepaalde vorderingen voor andere gerechten worden opgeroepen.

4. Artikel 5, punt 1, Executieverdrag verleent de bevoegdheid „ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst [aan] het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd". Artikel 5, punt 3, Executieverdrag verleent de bevoegdheid „ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad [aan] het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan". Uit de formulering van de artikelen 2 en 5 komt duidelijk naar voren dat in beide gevallen de door artikel 2 verleende bevoegdheid niet wordt vervangen, maar aangevuld.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Verdrag van Brussel van 27 september 1968. De geconsolideerde versie van het Verdrag, zoals gewijzigd door de vier latere toetredingsverdragen, is gepubliceerd in PB 1998, C 27, blz. 1.

5. Op 1 maart 2002 is verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [3] in werking getreden, die voor alle lidstaten behalve Denemarken het Executieverdrag vervangt. [4]

6. Artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 verleent de bevoegdheid „ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad [aan] het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen".

Richtlijn betreffende consumentenovereenkomsten

7. Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten [5] strekt tot de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. [6] In de considerans wordt gezegd dat „het de taak van de lidstaten is erop toe te zien dat geen oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten worden opgenomen". [7] Artikel 6 verplicht de lidstaten te bepalen dat oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten de consument niet binden.

8. Voorzover van belang bepaalt artikel 7:

„1. De lidstaten zien erop toe dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers.

2. De in lid 1 bedoelde middelen dienen wettelijke bepalingen te omvatten waarbij personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument, overeenkomstig het nationale recht een beroep kunnen doen op de rechtbanken of de bevoegde administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en de passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van deze bedingen."

3 — Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 (PB 2001, L 12, blz. 1).

4 — Artikel 1, punt 3.

5 — Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 (PB L 95, blz. 29).

6 — Artikel 1, sub 1.

7 — Vierde overweging van de considerans.

De achtergrond van de prejudiciële vraag

9. Artikel 7, lid 2, van richtlijn 93/13/EEG is omgezet door de §§ 28 en 29 van het Oostenrijkse Konsumentenschutzgesetz (wet inzake consumentenbescherming; hierna: „KSchG").[8] § 28, lid 1, bepaalt dat tegen degene die in het economisch verkeer algemene voorwaarden hanteert bij het aangaan van overeenkomsten of bij het aangaan van overeenkomsten contractformulieren gebruikt met bedingen die tegen een wettelijk verbod of de goede zeden indruisen, of degene die het gebruik van dergelijke bedingen in het economisch verkeer voorstelt, een verbodsvordering kan worden ingesteld. § 29 bepaalt dat de verbodsvordering kan worden ingesteld door bepaalde Oostenrijkse organisaties, waaronder de Verein für Konsumenteninformation (consumentenvereniging; hierna: „VKI").

10. Henkel, gedaagde in het hoofdgeding, heeft woonplaats in Duitsland en heeft geen agentschap of vestiging in Oostenrijk. Het hoofdgeding betreft de algemene voorwaarden in overeenkomsten die Henkel met in Wenen wonende consumenten heeft gesloten in verband met promotie-excursies. De VKI is van mening dat deze voorwaarden niet stroken met het GSchK, de nationale wetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens en het mededingingsrecht en heeft een verbod krachtens § 28 GSchK gevorderd.

11. Het Handelsgericht Wien heeft de vordering afgewezen op grond van onbevoegdheid van de Oostenrijkse gerechten: artikel 5, punt 3, Executieverdrag is niet van toepassing aangezien de VKI geen schade uit onrechtmatige daad heeft gesteld.

12. Het Oberlandesgericht Wien heeft de VKI in hoger beroep in het gelijk gesteld. Het overwoog dat het begrip „verbintenissen uit onrechtmatige daad" in artikel 5, punt 3, Executieverdrag door het Hof van Justitie autonoom en ruim wordt uitgelegd, in dier voege dat het elke rechtsvordering omvat die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen en die geen verband houdt met een „verbintenis uit overeenkomst" in de zin van artikel 5, punt 1, Executieverdrag.[9] Dit begrip omvat naar zijn oordeel ook een vordering die door een consumentenvereniging in het algemeen belang wordt ingesteld ter zake van een ongeoorloofde handeling, ook wanneer er geen schade is.

13. Henkel heeft zich voorzien bij het Oberste Gerichtshof, dat twijfelt of de wettelijk geregelde verbodsvordering een

8 — BGBl. 1979/140.

9 — Arrest van 27 september 1988, Kalfelis (C-189/87, Jurispr. blz. I-5565, punt 17).

„verbintenis uit onrechtmatige daad" betreft in de zin van artikel 5, punt 3, Executieverdrag. Het heeft derhalve verzocht om een prejudiciële beslissing over de hierboven in punt 1 omschreven vraag.

14. In de verwijzingsbeschikking noemt het Oberste Gerichtshof de volgende twee argumenten.

15. Ten eerste stelt de VKI geen vermogensschade. Haar vorderingsrecht vloeit voort uit de wet en is gericht op voorkoming van toekomstige schade voor consumenten. Die schade is niettemin terug te voeren op een contractuele verbintenis, zodat de vordering onder artikel 5, punt 1, Executieverdrag zou kunnen vallen indien de VKI wordt beschouwd als de wettelijke vertegenwoordigster van de consumenten. Anderzijds kan in het geval van vorderingen van verenigingen de verstoring van de rechtsorde worden gezien als de onrechtmatige daad. Het Hof heeft nog niet beslist of het feit dat het vorderingsrecht voortvloeit uit de wet en niet uit een contractuele verhouding, betekent dat de vordering geen „verband houdt met een verbintenis uit overeenkomst".

16. In de tweede plaats heeft het Hof ook nog niet beslist of preventieve verbodsvorderingen, die worden ingesteld voordat de schade is ingetreden, in het algemeen kunnen vallen onder artikel 5, punt 3, Executieverdrag, dat uitgaat van de plaats waar zich het schadebrengende feit heeft voorgedaan en dus blijkens zijn formulering veronderstelt dat de schade reeds is ingetreden.

17. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de VKI, Henkel, de Oostenrijkse, de Franse en de Duitse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie. De VKI, de Franse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie waren ter terechtzitting vertegenwoordigd.

Toepassing van het Executieverdrag ratione materiae

18. Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk valt een vordering als door de VKI in het hoofdgeding is ingesteld, niet binnen de werkingssfeer van het Executieverdrag. Een consumentenvereniging die de bevoegdheden van § 29 GSchK uitoefent, is een overheidsinstantie en het recht om een verbod op het gebruik van onwettige of met de goede zeden strijdige bedingen te vorderen als voorzien in § 28 GSchK, een overheidsbevoegdheid. Op grond van de

rechtspraak van het Hof betreffende artikel 1 Executieverdrag [10] is de regering van het Verenigd Koninkrijk van mening dat de door de VKI krachtens de §§ 28 en 29 GSchK en krachtens artikel 7, lid 2, van richtlijn 93/13/EEG ingestelde vordering geen „burgerlijke of handelszaak" is als bedoeld in artikel 1 Executieverdrag.

19. De Duitse regering daarentegen acht het Executieverdrag wel van toepassing, omdat het door de VKI uitgeoefende toezicht op algemene contractsvoorwaarden de privaatrechtelijke consumentenbescherming betreft. De VKI en de Commissie stellen dat de VKI een privaatrechtelijk lichaam naar Oostenrijks recht is, dat krachtens artikel 7, lid 2, van richtlijn 93/13/EEG de lidstaten bevoegd zijn een vorderingsrecht toe te kennen aan andere organisaties dan overheidsinstanties, mits zij een legitiem belang hebben bij de bescherming van consumenten, en dat de door de VKI krachtens de §§ 28 en 29 GSchK ingestelde vorderingen „burgerlijke en handelszaken" betreffen in de zin van artikel 1 Executieverdrag.

20. Het Executieverdrag is mijns inziens duidelijk van toepassing op de onderhavige zaak.

21. Het Hof heeft geoordeeld dat, zoals het Verenigd Koninkrijk stelt, „bepaalde categorieën van rechterlijke beslissingen geacht moeten worden buiten het toepassingsgebied van het Verdrag te vallen wegens elementen die kenmerkend zijn voor de aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen of van het voorwerp van het geschil", en dat „weliswaar het Verdrag van toepassing kan zijn op bepaalde beslissingen in geschillen tussen een overheidsinstantie en een particulier, doch dit anders is wanneer de overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid handelt". [11] Ofschoon dit beginsel werd ontwikkeld in verband met geschillen betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen overeenkomstig titel III van het Executieverdrag, ben ik het eens met de regering van het Verenigd Koninkrijk dat het betrekking heeft op de werkingssfeer van artikel 1 en tevens van toepassing is op geschillen betreffende de rechterlijke bevoegdheid als geregeld in titel II van het Executieverdrag.

22. Het onderscheid tussen burgerlijke en handelszaken enerzijds en publiekrechtelijke aangelegenheden anderzijds is welbekend in de rechtsstelsels van de continentale lidstaten, ook al is de scheidslijn tussen privaatrechtelijk en publiekrechtelijk optreden van de staat en zijn zelfstandige

10 — Arresten van 14 oktober 1976, Eurocontrol (29/76, Jurispr. blz. 1541), en 16 december 1980, Rüffer (814/79, Jurispr. blz. 3807).

11 — Arrest Eurocontrol, aangehaald in voetnoot 10, punt 4.

organen niet altijd makkelijk te trekken. [12] De VKI is evenwel duidelijk geen orgaan van de staat, maar een particuliere organisatie zonder winstoogmerk, opgericht overeenkomstig het Oostenrijks Vereinsgesetz van 1951.

23. De status van de VKI verschilt van die van de lichamen die betrokken waren bij de twee door de regering van het Verenigd Koninkrijk in haar opmerkingen op dit punt aangehaalde arresten van het Hof. Het arrest Eurocontrol [13] betrof een beroep van de Europese Organisatie voor de Veiligheid van de Luchtvaart, een bij een multilateraal verdrag opgerichte internationale organisatie van staten, terwijl het arrest Rüffer [14] een regresactie van de Nederlandse staat betrof.

24. Ook het feit dat de VKI een organisatie is als bedoeld in artikel 7, lid 2, van richtlijn 93/13/EEG, betekent niet dat zij een overheidsinstantie is. Blijkens de formulering van die bepaling [15] mogen de lidstaten, zoals de VKI en de Commissie stellen, zelf de aard van de organisatie bepalen waaraan zij de benodigde bevoegdheden verlenen om uit hoofde van deze bepaling op te treden, en is inderdaad in de eerste plaats gedacht aan particuliere organisaties.

25. Derhalve ben ik van mening dat een vordering als de VKI krachtens de §§ 28 en 29 GSchK en overeenkomstig artikel 7, lid 2, van richtlijn 93/13 heeft ingesteld, behoort tot de „burgerlijke en handelszaken" in de zin van artikel 1 Executieverdrag.

Toepassing van artikel 5, punt 3, Executieverdrag

26. In wezen wordt het Hof verzocht de vraag te beantwoorden of de Oostenrijkse gerechten krachtens artikel 5, punt 3, Executieverdrag bevoegd zijn kennis te nemen van een vordering van een consumentenvereniging, strekkende tot verkrijging van een verbod op het gebruik in Oostenrijk van onwettige of met de goede zeden strijdige algemene voorwaarden, wanneer de gedaagde woonplaats heeft op het grondgebied van een andere lidstaat en het vorderingsrecht voortvloeit uit de wet.

27. Henkel en de Franse regering stellen dat een dergelijke vordering niet valt bin-

12 — Rapport van professor Schlosser over het Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie (PB 1979, C 59, blz. 71, punten 23 en 25).

13 — Aangehaald in voetnoot 10.

14 — Aangehaald in voetnoot 10.

15 — Zie ook de voorlaatste overweging van de considerans van richtlijn 93/13.

nen de werkingssfeer van artikel 5, punt 3, Executieverdrag, en wel om twee redenen. Ten eerste volgt uit de formulering van deze bepaling, zoals deze is uitgelegd door het Hof [16], dat zij niet van toepassing kan zijn wanneer de eiser geen schade heeft gesteld, en zeker niet wanneer nog geen schade is ingetreden. Ten tweede heeft het Hof beslist dat artikel 5, punt 3, Executieverdrag alle vorderingen omvat die beogen de aansprakelijkheid van een gedaagde vast te stellen en geen verband houden met een „verbintenis uit overeenkomst" als bedoeld in artikel 5, punt 1, Executieverdrag. [17] De vordering van de VKI spruit evenwel voort uit een contractuele verhouding.

28. De VKI, de Oostenrijkse en de Duitse regering en de Commissie zijn van oordeel dat een dergelijke vordering binnen de werkingssfeer van artikel 5, punt 3, Executieverdrag valt. Dit is ook het subsidiaire standpunt van het Verenigd Koninkrijk, namelijk voor het geval dat het Hof zijn stelling niet aanvaardt, dat de vordering volledig buiten de werkingssfeer van het Executieverdrag valt.

29. Mijns inziens is dit standpunt juist.

30. In dit verband zou het dienstig kunnen zijn de twee hoofdargumenten die voor het tegenovergestelde standpunt naar voren zijn gebracht, afzonderlijk te bekijken. Een vordering als de VKI heeft ingesteld, zou (i) geen „verbintenis uit onrechtmatige daad" betreffen, en (ii) hoe dan ook niet binnen de sfeer van artikel 5, punt 3, Executieverdrag vallen, aangezien zij tot doel heeft toekomstige handelingen te voorkomen veeleer dan de gevolgen te herstellen van handelingen uit het verleden.

De betekenis van „verbintenis uit onrechtmatige daad"

31. Advocaat-generaal Warner moge gelijk hebben dat „niemand er ooit is in geslaagd om zelfs maar in het kader van een nationaal rechtsstelsel een nauwkeurige definitie van onrechtmatige daad te formuleren, die niet op een of meer punten nieuwe vragen opriep. Evenals de spreekwoordelijke olifant is een onrechtmatige daad gemakkelijker te herkennen dan te definiëren." [18] Het Hof heeft evenwel voor enige verduidelijking gezorgd.

32. In het bijzonder heeft het Hof beklemtoond dat het begrip „verbintenis uit onrechtmatige daad" moet worden beschouwd als een autonoom begrip, bij de uitlegging waarvan in de eerste plaats aansluiting moet worden gezocht bij het stelsel en de doelstellingen van het Executieverdrag teneinde de volle werking ervan te verzekeren. [19]

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

17 — Arrest Kalfelis, aangehaald in voetnoot 9, punt 17.

18 — Arrest Rüffer, aangehaald in voetnoot 10, blz. 3834-5.

19 — Arrest Kalfelis, aangehaald in voetnoot 9, punt 16, en arrest van 26 maart 1992, Reichert en Kockler (C-261/90, Jurispr. blz. I-2149, punt 15).

33. De Franse regering stelt dat de bijzondere bevoegdheidsregels van artikel 5 Executieverdrag restrictief moeten worden uitgelegd, aangezien zij afwijken van de algemene regel dat de gerechten van de woonplaats van de gedaagde bevoegd zijn. Ik ga niet akkoord met dit argument. Restrictieve uitlegging van een afwijking is soms gerechtvaardigd; een afwijking van een grondrecht bijvoorbeeld moet als zodanig restrictief worden uitgelegd. Deze benadering mag mijns inziens evenwel niet worden uitgebreid tot alle uitzonderingen. Aan een wettelijke uitzondering behoort, zoals aan elke andere wettelijke bepaling, haar eigen betekenis te worden gegeven, die moet worden bepaald in het licht van haar doelstelling en formulering alsmede van het stelsel en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt. Ik geef de voorkeur aan de alternatieve formulering die het Hof gebruikt in het kader van het Executieverdrag: „De bevoegdheidsregels die van dit algemene beginsel afwijken, mogen derhalve niet aldus worden uitgelegd, dat ze buiten de door het Executieverdrag voorziene gevallen gelden." [20] Het Hof heeft bovendien erkend dat de door artikel 5, punt 3, Executieverdrag bestreken gevallen zeer gevarieerd zijn, waar het opmerkte dat „de ruime formule van artikel 5, sub 3, Executieverdrag een grote verscheidenheid van aansprakelijkheidssoorten omvat". [21]

34. Deze benadering wordt weerspiegeld in het arrest Kalfelis. [22] Het Hof heeft hierin beslist dat onder dit begrip „elke rechtsvordering valt die beoogt de aansprakelijkheid van een gedaagde in het geding te brengen en die geen verband houdt met een ‚verbintenis uit overeenkomst' in de zin van artikel 5, sub 1, Executieverdrag".

35. Deze ruime formulering kan duidelijk een vordering omvatten als door de VKI in het hoofdgeding is ingesteld. In het bijzonder dekt het begrip „aansprakelijkheid" — en het Engelse equivalent „liability" — moeiteloos andere soorten van wettelijke aansprakelijkheid dan de verplichting tot financiële vergoeding, bijvoorbeeld de in casu omstreden verplichting tot nalaten van bepaalde soorten van ongeoorloofd gedrag. [23]

36. In de zaak Bier [24] — de eerste zaak betreffende artikel 5, punt 3, Executieverdrag — verklaarde het Hof dat de keuzemogelijkheid van deze bepaling aan de eiser is gegeven „ter wille van een nuttige procesinrichting in welbepaalde gevallen waarin een bijzonder nauw verband bestaat tussen een vordering en de rechter die kan worden geroepen daarvan kennis te nemen". [25] De twee genoemde aanknopingspunten (plaats van het schadebrengende feit en de plaats waar de schade is ingetreden) „kunnen een bijzonder nuttig

20 — Arrest van 17 juni 1992, Handte (C-26/91, Jurispr. I-3967, punt 14).

21 — Arrest Bier, aangehaald in voetnoot 16, punt 18.

22 — Aangehaald in voetnoot 9, punt 17.

23 — Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 31 januari 2002 in de zaak C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi, jurispr. blz. I-7357, blz. I-7359. In punt 76 drukt de advocaat-generaal het standpunt uit dat niet-naleving van gedragsnormen die uit de wet voortvloeien, een onrechtmatige daad is in de zin van artikel 5, punt 3, Executieverdrag.

24 — Aangehaald in voetnoot 16.

25 — Punt 11 van het arrest.

uitgangspunt vormen voor de bewijslevering en de procesvoering".[26] De grondslag van de bijzondere bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, Executieverdrag blijkt derhalve te zijn dat de gerechten van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, om redenen van een goede rechtsbedeling en een nuttige procesinrichting[27] het best in staat zijn om kennis te nemen van de daaruit voortvloeiende vorderingen. Mijns inziens wordt dit doel duidelijk beter gediend indien het gerecht van de plaats van het vermeende schadebrengende feit bevoegd is om kennis te nemen van vorderingen tot staking van onrechtmatig gedrag.[28] Dit wordt bereikt indien vorderingen als de onderhavige worden beschouwd als betrekking hebbend op „verbintenissen uit onrechtmatige daad" in de zin van artikel 5, punt 3, Executieverdrag.

37. Er is evenwel gesteld dat de door de VKI ingestelde vordering „verbintenissen uit overeenkomst" betreft, aangezien zij gericht is tegen contractsvoorwaarden die ongeoorloofd zouden zijn. Zo gezien kan de vordering niet binnen de werkingssfeer van artikel 5, punt 3, Executieverdrag vallen zoals dit is uitgelegd door het Hof.

38. Dit argument overtuigt mij niet. Uit het arrest Kalfelis — en vooral de Franse versie ervan — blijkt duidelijk dat wat bedoeld is, dat het begrip onrechtmatige daad elke rechtsvordering omvat die beoogt de aansprakelijkheid van een gedaagde in het geding te brengen en die geen verband houdt met een „verbintenis uit overeenkomst" in de zin van artikel, 5, punt 1, Executieverdrag. Wat laatstgenoemde bepaling betreft, blijkt uit het arrest Handte[29] dat het begrip „verbintenissen uit overeenkomst" niet aldus mag worden uitgelegd dat het ziet op een situatie waarin er geen sprake is van een verbintenis die een partij vrijwillig is aangegaan jegens een andere. De vordering van de VKI in deze zaak betreft geen „verbintenis uit overeenkomst" in deze zin. De VKI — zoals de Oostenrijkse en de Duitse regering en de Commissie stellen — oefent veeleer een haar specifiek door de wet toegekend recht uit om vorderingen in te stellen tot staking van ongeoorloofd handelen. De regering van het Verenigd Koninkrijk stelt bovendien vast dat volgens de verwijzende rechter de VKI de bevoegdheid heeft „om schade voor consumenten te voorkomen", wat naar zijn oordeel het meest natuurlijk is te omschrijven als een onrechtmatige daad. Ik ben het met deze zienswijze eens.

39. Op grond van het arrest Reichert en Kockler[30] stelt de Franse regering dat vorderingen die niet strekken tot verkrijging van financiële vergoeding, niet binnen de werkingssfeer van artikel 5, punt 3, Executieverdrag kunnen vallen.

40. Dit kan mijns inziens evenwel niet worden afgeleid uit dit arrest, dat betrekking had op de status van de actio Pauliana naar Frans recht in het Executieverdrag. Met deze rechtsvordering kan een schuld-

26 — Punt 17 van het arrest.

27 — Arrest van 11 januari 1990, Dumez France en Tracoba (C-220/88, Jurispr. blz. I-49, punt 17).

28 — De vraag of een vordering ter voorkoming van een dergelijke handeling in de toekomst binnen de werkingssfeer van artikel 5, punt 3, Executieverdrag valt, zal ik hierna bespreken.

29 — Aangehaald in voetnoot 20, punt 15.

30 — Aangehaald in voetnoot 19.

eiser een door een schuldenaar verrichte beschikkingshandeling met betrekking tot een zakelijk recht op een onroerend goed te zijnen behoeve vernietigen wegens bedrieglijke benadeling van zijn rechten. Deze vordering kan worden ingesteld zowel tegen onder bezwarende titel verrichte beschikkingshandelingen van de schuldenaar, indien de begunstigde te kwader trouw is, als tegen om niet verrichte handelingen van de schuldenaar, ook al is de begunstigde te goeder trouw. Uit het arrest blijkt dat dit laatste punt beslissend is: een vordering die kan worden ingesteld tegen een derde die niet onrechtmatig heeft gehandeld, kan niet worden beschouwd als een vordering „die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen". [31] Deze redenering kan duidelijk niet worden toegepast op de onderhavige zaak, waarin Henkel immers een inbreuk wordt verweten op wettelijke bepalingen die het gebruik van bepaalde contractuele bedingen verbiedt.

41. Mijns inziens betreft derhalve een vordering als de VKI in het hoofdgeding heeft ingesteld, een „verbintenis uit onrechtmatige daad" als bedoeld in artikel 5, punt 3, Executieverdrag.

De toepassing van artikel 5, punt 3, Executieverdrag op louter preventieve vorderingen

42. Het tweede hoofdbezwaar tegen de toepassing van artikel 5, punt 3, Executieverdrag op de door de VKI in deze zaak ingestelde vordering is dat deze strekt tot voorkoming van een toekomstig mogelijk schadebrengend feit, terwijl artikel 5, punt 3, Executieverdrag blijkens zijn formulering is beperkt tot vorderingen met betrekking tot een schadebrengend feit dat reeds is ingetreden.

43. Inderdaad zou kunnen worden gedacht dat artikel 5, punt 3, volgens hetwelk bij „geschillen betreffende verbintenissen uit onrechtmatige daad" bevoegd zijn „de gerechten van de plaats waar het schadebrengende feit is ingetreden", enkel van toepassing is in gevallen waarin het schadebrengende feit dat aan de vordering ten grondslag ligt, reeds is ingetreden.

44. Ook indien deze uitlegging juist zou zijn, zie ik niet in dat artikel 5, punt 3, daarom in de onderhavige zaak niet van toepassing zou kunnen zijn. Blijkens de verwijzingsbeschikking hangt de door de VKI ingestelde vordering samen met het herhaaldelijk gebruik door Henkel van vermeend onwettige contractsvoorwaarden. Zowel de VKI als de Oostenrijkse regering wijst hierop. Bovendien is het ook voorzienbaar dat dergelijke vorderingen normaliter worden uitgelokt door het daadwerkelijk gebruik van vermeend onwettige bedingen.

45. In ieder geval is het mijns inziens niet in overeenstemming met het systeem en de doelstellingen van het Executieverdrag om

31 — Zie punten 18 tot 20 van het arrest.

artikel 5, punt 3, zo uit te leggen dat het verbodsvorderingen ter voorkoming van louter toekomstige schade uitsluit. Dit is ook de opvatting van de VKI, de Oostenrijkse en de Duitse regering, en de Commissie.

46. Professor Schlosser heeft in zijn rapport opgemerkt [32]:

„Veel spreekt er voor om vorderingen, die in gewone procedures ten principale mogelijk zijn om een dreigende onrechtmatige daad te voorkomen, ook onder de bevoegdheid van artikel 5, punt 3, te doen vallen."

47. Zoals hierboven reeds gezegd [33], heeft het Hof in het arrest Bier [34] overwogen dat de keuzemogelijkheid van deze bepaling aan de eiser is gegeven „ter wille van een nuttige procesinrichting in welbepaalde gevallen waarin een bijzonder nauw verband bestaat tussen een vordering en de rechter die kan worden geroepen daarvan kennis te nemen", met name wat betreft de bewijslevering en de procesvoering. [35] De grondslag van de bijzondere bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 3, is derhalve hierin gelegen, dat de gerechten van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, om redenen van een goede rechtsbedeling en een nuttige procesinrichting [36] het best in staat zijn kennis te nemen van de daaruit voortvloeiende vorderingen. Deze ratio is ook van toepassing op vorderingen ter voorkoming van schadebrengende feiten.

48. Henkel beroept zich op het arrest Reichert en Kockler [37] voor zijn stelling dat artikel 5, punt 3, enkel van toepassing is wanneer een onrechtmatige daad reeds schade heeft veroorzaakt. Om de redenen die ik reeds heb genoemd, ben ik evenwel niet van mening dat uit dit arrest algemene conclusies over de werkingssfeer van artikel 5, punt 3, Executieverdrag kunnen worden getrokken. [38]

49. De overeenkomstige bepaling van verordening (EG) nr. 44/2001 [39] (eveneens artikel 5, punt 3), die inmiddels voor de meeste lidstaten het Executieverdrag heeft vervangen, is bovendien duidelijk van toepassing op vorderingen ter voorkoming van een dreigende onrechtmatige daad. Bij gebreke van een duidelijke en dwingende

32 — Aangehaald in voetnoot 12, punt 134.2.
33 — Zie punt 36.
34 — Aangehaald in voetnoot 16.
35 — Punten 11 en 17 van het arrest.
36 — Arrest Dumez France en Tracoba, aangehaald in voetnoot 27, punt 17.
37 — Aangehaald in voetnoot 19.
38 — Zie boven, punt 40.
39 — Aangehaald in voetnoot 3. Zie boven, punt 6.

reden om de twee bepalingen verschillend uit te leggen, dienen mijns inziens beide op dezelfde wijze te worden uitgelegd. De Commissie was in ieder geval in haar ontwerp van mening dat de aangepaste formulering noodzakelijk was om onduidelijkheid bij de uitlegging van de bepaling te voorkomen, niet om de werkingssfeer ervan uit te breiden. [40]

50. Het zou bovendien volstrekt onbevredigend zijn indien — eveneens bij gebreke van een duidelijke en dwingende reden — het voor het overige identieke artikel 5, punt 3, Executieverdrag ten aanzien van Denemarken, de enige lidstaat die niet door de verordening is gebonden, een beperkter toepassingsgebied zou hebben. Hetzelfde kan worden gezegd ten aanzien van de partijen bij het Verdrag van Lugano betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. [41] Artikel 5, punt 3, van dit Verdrag is identiek aan artikel 5, punt 3, Executieverdrag en blijft van kracht tussen de lidstaten en IJsland, Noorwegen en Zwitserland.

51. Ten slotte zou ik willen vermelden dat volgens de Franse regering artikel 5, punt 3, Executieverdrag niet van toepassing kan zijn op louter preventieve rechtsvorderingen, omdat dergelijke vorderingen onder artikel 24 Executieverdrag vallen, dat luidt:

„In de wetgeving van een verdragsluitende staat voorziene voorlopige of bewarende maatregelen kunnen bij de rechterlijke autoriteiten van die staat worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere verdragsluitende staat krachtens dit verdrag bevoegd is van het bodemgeschil kennis te nemen."

52. Zoals de Commissie ter terechtzitting stelde, is die bepaling niet van toepassing op de onderhavige zaak, aangezien de VKI in het hoofdgeding niet om een voorlopige maatregel verzoekt. [42]

53. Derhalve betreft mijns inziens een vordering ter voorkoming van een onrechtmatige daad een „verbintenis uit onrechtmatige daad" in de zin van artikel 5, punt 3, Executieverdrag.

40 — Toelichting bij het voorstel voor een verordening (EG) van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1999, C 376 E, blz. 1).

41 — Verdrag van Lugano van 16 september 1988 (PB L 319, blz. 9).

42 — Arrest Reichert en Kockler, aangehaald in voetnoot 19, punt 34.

Conclusie

54. Op grond van het voorgaande geef ik in overweging, de vraag van het Oberste Gerichtshof als volgt te beantwoorden:

„Een krachtens de nationale regeling inzake consumentenbescherming door een consumentenvereniging ingestelde vordering ter verkrijging van een verbod op het gebruik van onwettige of met de goede zeden strijdige algemene contractsvoorwaarden betreft een verbintenis uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, punt 3, van het Verdrag van Brussel betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken."