hem te verplichten, zijn vordering aanhangig te maken voor de gerechten van de staat op het grondgebied waarvan zijn wederpartij woonplaats heeft. Deze bepalingen hebben slechts betrekking op de niet bedrijfs- of beroepsmatig handelende particuliere eindverbruiker die één van de in artikel 13 genoemde overeenkomsten heeft gesloten en die overeenkomstig artikel 14 partij is in een rechtsgeding. Mitsdien moet artikel 13 van het Executieverdrag aldus worden uitgelegd, dat de bijzondere bevoegdheidsregels van het Verdrag inzake door consumenten gesloten overeenkomsten niet van toepassing zijn op een eiser die in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep handelt en die derhalve niet zelf als consument partij is bij een van de in artikel 13, eerste alinea, opgesomde overeenkomsten.

RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak C-89/91 *

I — De feiten en de schriftelijke procedure

1. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH (hierna: „TVB"), een vennootschap naar Duits recht, gevestigd te München (Bondsrepubliek Duitsland), heeft in Duitsland tegen de Amerikaanse makelaarsfirma E. F. Hutton & Company Inc. (hierna: „Hutton"), gevestigd te New York (Verenigde Staten van Amerika), een rechtsvordering tot terugbetaling van een geldbedrag en tot schadevergoeding ingesteld. Laatstgenoemde vennootschap werd intussen door de Amerikaanse vennootschap Shearson Lehman Hutton Inc., gevestigd te New York (hierna ook: „Hutton"), overgenomen.

2. TVB spreekt Hutton aan krachtens een gecedeerd recht. De cedent, een Duitse rechter, had Hutton belast met de totstandbrenging op commissie van deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties. Daartoe had hij in 1986 en 1987 aanzienlijke stortingen gedaan, die, op een klein restbedrag na, door speculatie volledig verloren gingen.

3. Hutton had haar diensten in dagbladadvertenties in de Bondsrepubliek Duitsland aangeboden. De contractuele betrekking met de cedent kwam tot stand via de in de Bondsrepubliek gevestigde E. F. Hutton & Company GmbH (hierna: „Hutton GmbH"), die van Hutton afhankelijk is en aan de klanten van deze adviezen geeft. Hutton GmbH was ten minste als bemiddelaar bij alle door de cedent geplaatste koop- en

* Procestaal: Duits.

verkooporders betrokken. Haar aandelen behoren toe aan een volledige dochtermaatschappij van Hutton, gevestigd te New York. Daarenboven bekleden verscheidene personen leidende functies bij zowel Hutton als Hutton GmbH.

4. TVB vordert van Hutton de verloren stortingen van de cedent terug. Zij baseert haar vorderingen op ongerechtvaardigde verrijking en op een schadevergoedingsplicht wegens niet-nakoming van contractuele en precontractuele verplichtingen, alsook op onrechtmatige daad, omdat Hutton de cedent niet voldoende zou hebben ingelicht omtrent de risico's van de termijntransacties.

5. Het Landgericht München, waarbij het geding aanhangig werd gemaakt, achtte zich onbevoegd en verklaarde de vordering niet-ontvankelijk. In hoger beroep vernietigde het Oberlandesgericht München deze uitspraak en verklaarde het het Landgericht bevoegd.

Tegen dit arrest stelde Hutton beroep tot „Revision" in bij het Bundesgerichtshof.

6. Het Bundesgerichtshof was van oordeel dat zijn beslissing afhing van de uitlegging van artikel 13 van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968, zoals gewijzigd bij het Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland van 9 oktober 1978 (PB 1978, L 304, blz. 1; hierna: „Executieverdrag"), daar de internationale bevoegdheid van de Duitse gerechten enkel uit deze bepaling kan voortvloeien.

7. Het Bundesgerichtshof gaat ervan uit, dat de deelnemer aan deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties consument in de zin van artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag is, wanneer hij deze transacties — zoals in casu de cedent — niet bedrijfs- of beroepsmatig verricht. Opheldering behoeft echter in de eerste plaats, of het tussen de cedent en Hutton gesloten contract een overeenkomst in de zin van artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag is die betrekking heeft op de verstrekking van diensten.

8. Met betrekking tot de in artikel 13, eerste alinea, sub 3, a, Executieverdrag gestelde voorwaarde, dat de sluiting van de overeenkomst in de staat waar de consument woonplaats heeft, moet zijn voorafgegaan door reclame, rijst de vraag of aan dit vereiste reeds is voldaan, doordat Hutton in de periode voor de sluiting van de overeenkomst herhaaldelijk dagbladadvertenties heeft geplaatst, waarin zij reclame maakte voor haar diensten, dan wel of vereist is, dat de cedent feitelijk kennis heeft genomen van de advertenties of dat er zelfs een oorzakelijk verband moet bestaan tussen de advertenties en de sluiting van de overeenkomst.

9. Voorts rijst de vraag, of de wederpartij van de consument, die geen woonplaats heeft op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag, in een verdragsluitende staat een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging heeft, wanneer zij zich, zoals in casu, van een vennootschap bedient via welke de zakelijke betrekkingen zijn aangeknoopt tussen de consument en zijn wederpartij, die mogelijk enkel als bode is opgetreden en waarbij het niet zeker is dat zij zelf transacties met gevolgen voor de wederpartij van de consument heeft verricht. Voorts is het de vraag, of geschillen die uit aldus tot stand gekomen betrekkingen tussen de consument en zijn wederpartij voortvloeien, geschillen betreffende de exploitatie van een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag zijn.

10. Ten slotte moet worden gevraagd, of de zinsnede „ter zake van overeenkomsten" in artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag, vorderingen wegens niet-nakoming van precontractuele verbintenissen en uit ongerechtvaardigde verrijking omvat. Ook is het twijfelachtig of in de gevallen waarin de bevoegdheid op de artikelen 13 en 14 Executieverdrag berust, de internationale bevoegdheid op grond van de feitelijke samenhang voor alle in aanmerking komende vorderingsgrondslagen moet worden aangenomen. De nauwe betrekkingen die een overeenkomst tot stand brengt, zouden ervoor kunnen pleiten, alle geschillen tussen de contractspartijen te brengen voor het gerecht dat over de contractuele vorderingen heeft te beslissen. Ook het met artikel 13 Executieverdrag nagestreefde doel van consumentenbescherming pleit ervoor, wegens de feitelijke samenhang op grond van die bepaling een bijkomende bevoegdheid aan te nemen.

11. Naar het oordeel van het Bundesgerichtshof rijzen in deze zaak problemen inzake de uitlegging van het Executieverdrag. Bij beschikking van 29 januari 1991 heeft het krachtens het Protocol betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het Executieverdrag de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de navolgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Strekt artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag zich uit tot commissieovereenkomsten die erop gericht zijn, deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties tot stand te brengen?

2) Is artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag reeds dan van toepassing, wanneer de wederpartij van de consument vóór de sluiting van de overeenkomst in de staat waar de consument woonplaats heeft, reclame heeft gemaakt door middel van dagbladadvertenties, of verlangt die bepaling een verband tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst?

3) Heeft de wederpartij van de consument een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag, wanneer zij zich voor de sluiting en de uitvoering van de overeenkomst bedient van een in de staat van de woonplaats van de consument gevestigde vennootschap die haar economisch toebehoort en personeel met haar verbonden is, maar die

geen volmacht heeft om overeenkomsten te sluiten en slechts als bode optreedt en de consument adviseert, en zijn geschillen die in de aldus tot stand gebrachte betrekkingen tussen de consument en zijn wederpartij ontstaan, geschillen betreffende de exploitatie van het filiaal, het agentschap of de andere vestiging?

4) a) Omvatten vorderingen ‚ter zake van overeenkomsten' in de zin van artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag naast vorderingen tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van contractuele verplichtingen ook vorderingen wegens niet-nakoming van precontractuele verplichtingen (culpa in contrahendo) en uit ongerechtvaardigde verrijking in verband met de ongedaanmaking van contractuele prestaties?

b) Wanneer een vordering tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van contractuele en precontractuele verplichtingen, wegens ongerechtvaardigde verrijking en op grond van onrechtmatige daad is aangebracht, schept artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag dan ook voor de niet-contractuele onderdelen van de vordering een accessoire bevoegdheid op grond van connexiteit?"

12. De verwijzingsbeschikking is op 11 maart 1991 in het register van het Hof van Justitie ingeschreven.

13. Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend, op 20 juni 1991 door de Duitse regering, vertegenwoordigd door C. Böhmer, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Justitie, als gemachtigde, op 21 juni 1991 door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door P. van Nuffel, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door A. Böhlke, advocaat te Frankfurt, en op 27 juni 1991 door TVB, vertegenwoordigd door J. Kummer, advocaat te Karlsruhe, alsmede door Shearson Lehman Hutton Inc., vertegenwoordigd door G. Limberger, advocaat te Frankfurt.

14. Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

Het heeft partijen in het hoofdgeding, de Verdragsluitende Staten en de Commissie echter verzocht, schriftelijk op een aantal vragen te antwoorden; Hutton, TVB, de Duitse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie hebben binnen de gestelde termijn aan dit verzoek voldaan.

II — Bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

1. *Hutton,* verweerster in het hoofdgeding en eiseres tot Revision, betoogt dat het Bundesgerichtshof er in zijn verwijzingsbeschikking stilzwijgend van is uitgegaan, dat het

Executieverdrag van toepassing is op rechtsgedingen waarin, zoals in het hoofdgeding, de verwerende partij een rechtspersoon is waarvan de zetel niet is gelegen op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat.

Nu bepaalt het Executieverdrag, waarvan het doel volgens zijn preambule is, „binnen de Gemeenschap de rechtsbescherming van degenen die er gevestigd zijn te vergroten", in artikel 4, eerste alinea, dat wanneer de verweerder buiten de Verdragsluitende Staten woont of gevestigd is, de bevoegdheid — behoudens het in de onderhavige zaak niet toepasselijke artikel 16 — wordt geregeld volgens de autonome wetgeving van het forum.

Artikel 4, eerste alinea, Executieverdrag, zondert derhalve het aan de verwijzingsbeschikking ten grondslag liggende geding van de werkingssfeer van dit Verdrag uit, daar de zetel van verweerster in New York is gelegen en deze vennootschap in de Bondsrepubliek Duitsland niet beschikt over een vestiging in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag. Voorts bevestigt de zinsnede „onverminderd het bepaalde in artikel 4" in artikel 13, eerste alinea, dat een voorwaarde voor de toepasselijkheid van het Executieverdrag op door consumenten gesloten overeenkomsten is, dat de verweerder zijn woonplaats of zetel op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat heeft.

Ten slotte voorziet artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag, voor tot het sluiten van overeenkomsten bevoegde vestigingen van verweerster, die hun hoofdzetel buiten het grondgebied van de Verdragsluitende Staten hebben, in een bijzondere bevoegdheid inzake door consumenten gesloten overeenkomsten; aan de voorwaarden van deze bepaling voldoet verweerster in de onderhavige zaak echter niet.

a) Met betrekking tot de *eerste vraag* merkt Hutton op, dat het Executieverdrag in zijn oorspronkelijke versie slechts op het gebied van koop en verkoop op afbetaling bevoegdheidsregels ten gunste van de consument bevatte. De wijzigingen naar aanleiding van het Toetredingsverdrag van 1978 beoogden onder meer een verruiming van de consumentenbescherming, waartoe in afdeling 4 van titel II van het Executieverdrag bijzondere bepalingen inzake de „bevoegdheid inzake door consumenten gesloten overeenkomsten" werden ingevoerd.

Het begrip „consument" heeft slechts betrekking op de particuliere eindverbruiker, met uitsluiting van handelaren. Het in het Verdrag gebruikte begrip „door consumenten gesloten overeenkomsten" heeft, overeenkomstig artikel 5, lid 1, van het Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (PB 1980, L 266, blz. 1; hierna ook: „Verdrag van Rome"), betrekking op overeenkomsten „gesloten door een persoon voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd, hierna te noemen de consument".

Het begrip consument moet in deze twee verdragen, gelet op de functie van de betrokken bepalingen, te weten de bescherming van

de zwakste contractpartij, autonoom en uniform worden uitgelegd. In het naar aanleiding van de opstelling van het Verdrag van Rome uitgebrachte deskundigenrapport (PB 1980, C 282, blz. 1; hierna: „rapport Giuliano/Lagarde") wordt gesteld, dat de regeling inzake de bescherming van de consument zowel koop op afbetaling als koop tegen contante betaling bestrijkt, doch niet de aankoop van effecten.

Omdat de behoefte aan bescherming ontbreekt, moet dit ook gelden voor op commissie afgewikkelde goederentermijn- en effectentransacties. Dergelijke transacties zijn namelijk aleatoir en speculatief van aard en behoeven niet de sociale bescherming die in de bepalingen inzake de bescherming van de consument tot uitdrukking komt.

Onder deze omstandigheden kan een sociaal beschermde particulier, zoals de cedent in de onderhavige zaak, een rechter in overheidsdienst, die jarenlang riskante speculatieve transacties met hoge winstkansen en verliesrisico's op bijna professionele wijze heeft verricht, niet als consument in de zin van het Executieverdrag worden aangemerkt.

b) Met betrekking tot de *tweede vraag* betoogt Hutton, dat uit de bewoordingen van artikel 13, eerste alinea, sub 3, a, Executieverdrag, alsmede uit het naar aanleiding van de opstelling van het Executieverdrag uitgebrachte deskundigenrapport (PB 1979, C 59, blz. 71; hierna: „rapport Schlosser") duidelijk blijkt, dat er althans een feitelijk en concreet verband tussen de gemaakte reclame en het sluiten van de overeenkomst moet bestaan. Het rapport Giuliano/Lagarde lijkt zelfs een oorzakelijk verband tussen de reclame en het sluiten van de overeenkomst te eisen.

Dienovereenkomstig moet dus in ieder geval worden aangetoond, dat de consument concreet in aanraking is gekomen met de reclame en dat hij deze ook feitelijk in aanmerking heeft kunnen nemen bij zijn beslissing om een overeenkomst te sluiten.

Bestaat er geen toereikend verband tussen de reclame en het sluiten van een overeenkomst, dan is, zoals in casu, niet voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 13 Executieverdrag.

c) Met betrekking tot de *derde vraag* betoogt Hutton, dat Hutton GmbH uitsluitend tot taak had, als bode de correspondentie en het betalingsverkeer tussen Hutton en haar cliënten in Duitsland te verzorgen; zij heeft met hen echter geen transacties gesloten die bindend waren voor Hutton.

Derhalve is niet voldaan aan de twee voorwaarden van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag, dat „een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging" verlangt alsmede „geschillen betreffende de exploitatie daarvan".

Wat eerstgenoemde voorwaarde betreft, blijkt uit 's Hofs rechtspraak (arresten van 22 november 1978, zaak 33/78, Somafer, Jurispr. 1978, blz. 2183, en 9 december 1987, zaak 218/86, Schotte, Jurispr. 1987, blz. 4905) inzake hetzelfde probleem ten aanzien van artikel 5, sub 5, Executieverdrag, dat het begrip „filiaal (...) agentschap of enige andere vestiging" een centrum van werkzaamheid impliceert, dat zich naar buiten duurzaam manifesteert als het verlengstuk van een moederbedrijf, en dat de nodige bevoegdheden heeft om zaken te doen voor rekening van dat moederbedrijf.

Het beslissende criterium is dus het gedrag in het zakenleven van het moederbedrijf en de vennootschap waardoor het in het buitenland wordt vertegenwoordigd, alsmede de wijze waarop zij zich tegenover derden in hun handelsbetrekkingen voordoen. In casu hebben echter noch Hutton noch Hutton GmbH de schijn van een verlengstuk gewekt. Zo er is met name door mededelingen op het briefpapier van Hutton GmbH naar buiten toe op gewezen, dat zij louter als bode van Hutton werkzaam was.

Bij de uitlegging van het begrip „filiaal (...) agentschap of enige andere vestiging" in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag, dient ook in aanmerking te worden genomen, dat door dit artikel een uitzondering wordt gemaakt op het in artikel 13, eerste alinea, juncto artikel 4, eerste alinea, Executieverdrag verankerde beginsel dat het Verdrag ratione personae slechts van toepassing is op verweerders wier woonplaats of zetel zich op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat bevindt. Een uitzondering op dit beginsel moet echter eng worden uitgelegd. Een vestiging in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag kan daarom in het geval van een verweerder wiens zetel buiten het grondgebied van de contractsluitende staten is gelegen, slechts leiden tot de in het Verdrag voorziene bevoegdheid inzake door consumenten gesloten overeenkomsten, wanneer deze vestiging ook tot het afsluiten van transacties in naam en voor rekening van het buitenlandse moederbedrijf is gemachtigd en derhalve als verlengstuk daarvan optreedt.

Wat de tweede voorwaarde betreft, vloeit het onderhavige geschil niet voort uit de exploitatie van de vestiging in een Verdragsluitende Staat in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag. Een en ander moet worden uitgelegd in het licht van de reeds aangehaalde arresten van 22 november 1978 (Somafer) en 9 december 1987 (Schotte), volgens welke de betreffende bepaling geen betrekking heeft op het geval waarin de vennootschap die de moedermaatschappij vertegenwoordigt, slechts als bode wordt ingeschakeld, zonder als verlengstuk van het moederbedrijf transacties met de klanten af te sluiten.

d) Wat de *vierde vraag* betreft, wijst Hutton er om te beginnen op dat het woord „overeenkomsten" volgens 's Hofs rechtspraak inzake artikel 5, sub 1, Executieverdrag (arresten van 22 maart 1983, zaak 34/82, Peters, Jurispr. 1983, blz. 987, en 8 maart 1988, zaak 9/87, Arcado, Jurispr. 1988, blz. 1539) als autonoom begrip moet worden

aangemerkt, bij de uitlegging waarvan in de eerste plaats aansluiting moet worden gezocht bij het stelsel en de doelstellingen van het Verdrag en dat in beginsel alle vorderingen tot schadevergoeding wegens wanprestatie omvat.

Verzoekster heeft haar vordering niet gebaseerd op wanprestatie, maar op ongerechtvaardigde verrijking, onrechtmatige daad en schending van precontractuele verplichtingen (culpa in contrahendo), daar onvoldoende opheldering is verschaft omtrent de risico's van de speculatieve transacties.

Een dergelijke vordering uit ongerechtvaardigde verrijking strekt juist tot terugbetaling van prestaties die zonder contractuele grondslag zijn verricht.

Een vordering wegens culpa in contrahendo heeft evenmin een contractuele grondslag. Tijdens de onderhandelingen over de sluiting van een overeenkomst bestaan er immers nog geen contractuele verbintenissen, maar enkel wederzijdse verplichtingen om in het belang van de zekerheid van het handelsverkeer zorgvuldig te handelen. In vaste rechtspraak baseert het Bundesgerichtshof derhalve de culpa in contrahendo op het gewoonterecht. Ook het feit dat de aansprakelijkheid ontstaat, ongeacht of er een overeenkomst wordt gesloten, pleit voor de indeling van de culpa in contrahendo bij de buitencontractuele aansprakelijkheid.

Ten slotte kunnen de door TVB ingediende vorderingen uit onrechtmatige daad evenmin krachtens de artikelen 13 en 14 Executieverdrag leiden tot een bevoegde rechter wegens samenhang. Dienaangaande heeft het Hof in zijn arrest van 27 september 1988 (zaak 189/87, Kalfelis, Jurispr. 1988, blz. 5565) de opvatting van de advocaat-generaal in die zaak niet gevolgd, volgens welke de nauwe banden die een overeenkomst tot stand brengt er voor pleiten, alle geschillen tussen de contractpartijen te brengen voor het gerecht dat moet beslissen over de contractuele aanspraken; het besliste daarentegen, dat in geval van samenlopende aanspraken een gerecht dat bevoegd is om kennis te nemen van het onderdeel van een vordering dat op onrechtmatige daad is gebaseerd, niet bevoegd is om kennis te nemen van de overige onderdelen van de vordering, die een andere grondslag hebben dan onrechtmatige daad. Het Hof heeft die beslissing gebaseerd op de overweging dat de bijzondere bevoegdheden van artikel 5 Executieverdrag een uitzondering vormen op het beginsel van de bevoegdheid van de gerechten van de staat waar verweerder zijn woonplaats heeft, en derhalve restrictief moet worden uitgelegd; dit moet ook voor artikel 13 Executieverdrag gelden.

Uit een en ander volgt dat het Executieverdrag niet van toepassing is op gevallen waarin de verweerder op het grondgebied van de Verdragsluitende Staten geen zetel of woonplaats heeft en geen vestiging of agentschap die tot het sluiten van overeenkomsten gemachtigd is.

Hutton geeft in overweging, de prejudiciële vragen van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

„1) Commissie-overeenkomsten die erop gericht zijn, deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties tot stand te brengen, vallen niet binnen het toepas-

singsgebied van artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag, daar dergelijke transacties, gelet op het doel dat die bepaling beoogt te beschermen, niet als diensten aan een consument kunnen worden aangemerkt.

2) Artikel 13, eerste alinea, sub 3, a, Executieverdrag, verlangt een concreet verband tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst. Bestaat er geen of geen toereikend verband tussen de reclame en de concrete sluiting van een overeenkomst, dan ontbreekt het door artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag verlangde verband tussen de in het buitenland te verrichten dienst en de in het binnenland verrichte handelingen ter voorbereiding van de overeenkomst.

3) Er is slechts sprake van een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag, wanneer deze vestiging ook transacties in naam en voor rekening van de verweerder afsluit, dat wil zeggen volmacht heeft om overeenkomsten te sluiten en als een gevolmachtigd verlengstuk van haar buitenlandse moederbedrijf optreedt. Daartegenover kan een loutere vertegenwoordiging, die als bode tegenover de klanten optreedt en het handelsverkeer tussen klanten en moederbedrijf uitsluitend als bode verzorgt, in het bijzonder de correspondentie doorgeeft, maar die geen volmacht bezit om voor het moederbedrijf in diens naam en voor diens rekening overeenkomsten te sluiten, niet als vestiging in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag worden aangemerkt. Is een dergelijke vertegenwoordiging louter als bode ingeschakeld, dan vloeien de geschillen tussen een consument en zijn in het buitenland gevestigde wederpartij niet voort uit de exploitatie van de vertegenwoordiging.

4) Onder het begrip vorderingen uit ‚overeenkomsten' in de zin van artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag, vallen niet tevens vorderingen wegens schending van precontractuele verplichtingen (culpa in contrahendo) en uit ongerechtvaardigde verrijking in samenhang met de teruggave van contractuele prestaties. De culpa in contrahendo is namelijk niet gebaseerd op een contractuele zorgvuldigheidsplicht, maar op een precontractuele verplichting in het belang van de zekerheid van het handelsverkeer, die met onrechtmatige daad verwant is. Aanspraken uit ongerechtvaardigde verrijking zijn geen aanspraken uit overeenkomst, maar wettelijke aanspraken uit een condictieverhouding, die pas ontstaat wanneer een prestatie zonder een (contractuele) rechtsgrond plaatsvindt.

Artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag, verleent geen accessoire bevoegdheid wegens connexiteit voor niet-contractuele vorderingen tot schadevergoeding wegens schending van contractuele en precontractuele verplichtingen, vorderingen uit ongerechtvaardigde verrijking en vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. Het is een

eiser derhalve niet toegestaan, alle samenlopende, niet-contractuele vorderingen tegelijk met de contractuele krachtens artikel 13 Executieverdrag geldend te maken bij de rechter die een bijzondere bevoegdheid bezit inzake door consumenten gesloten overeenkomsten."

2. *TVB,* verzoekster in het hoofdgeding en verweerster in Revision, betoogt dat de ratio conventionis ten gunste van de consument een zo ruim mogelijk toepassingsgebied van artikel 13 Executieverdrag verlangt.

a) Met betrekking tot de *eerste vraag* betoogt zij, dat het begrip „overeenkomst die betrekking heeft op de verstrekking van diensten" in artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag in het kader van het Verdrag moet worden uitgelegd en niet mag worden beperkt tot het begrip overeenkomst tot het verrichten van diensten, „Dienstverträge" in de zin van het Duitse recht. Derhalve strekt deze bepaling zich uit tot overeenkomsten tot aanneming van werk en zaakwaarneming („Werk- und Geschäftsbesorgungsverträge") van elke soort, voor zover het Verdrag niet zelf in uitzonderingen voorziet, zoals bij voorbeeld voor vervoerovereenkomsten. Voorts is in tal van nationale rechtsstelsels het in het Duitse recht gemaakte onderscheid tussen overeenkomsten tot het verrichten van diensten en overeenkomsten tot aanneming van werk onbekend.

Ook in de literatuur wordt een ruime uitlegging verdedigd; zo worden ook termijntransacties aan buitenlandse beurzen geacht te vallen onder artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag.

b) Met betrekking tot de *tweede vraag* betoogt verzoekster, dat ook het vereiste van artikel 13, eerste alinea, sub 3, a, Executieverdrag, dat de sluiting van de overeenkomst in de staat waar de consument woonplaats heeft, moet zijn voorafgegaan door reclame, ruim moet worden uitgelegd. Een oorzakelijk verband tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst is niet vereist.

In casu is derhalve beslissend, dat Hutton in Duitsland aan het handelsverkeer heeft deelgenomen, zodat zij ook moet accepteren, voor de gerechten van die Verdragsluitende Staat te worden opgeroepen.

c) Met betrekking tot de *derde vraag,* inzake het begrip „vestiging" in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag, betoogt TVB dat hierbij dezelfde overwegingen in aanmerking moeten worden genomen, die het Hof ertoe hebben gebracht om artikel 5, sub 5, Executieverdrag, ruim uit te leggen.

Beslissend is derhalve de deelneming van Hutton aan het handelsverkeer in de Bondsrepubliek Duitsland en er mag niet — zoals in het daar geldende procesrecht — worden verlangd, dat Hutton GmbH alle zakelijke beslissingen zelfstandig neemt en dus niet alleen als bode van Hutton fungeert.

d) Ten slotte moet het begrip „overeenkomsten" in artikel 13, eerste alinea, Executiever-

drag, dat voorwerp is van de *vierde vraag* van het Bundesgerichtshof, in het belang van een doeltreffende consumentenbescherming zo ruim worden uitgelegd, dat hieronder ook vorderingen uit verplichtingen bij het sluiten van de overeenkomst, uit ongerechtvaardigde verrijking en uit onrechtmatige daad vallen. Hier geldt namelijk hetzelfde als voor artikel 5, sub 1, Executieverdrag, zoals door het Hof uitgelegd in zijn arrest van 8 maart 1988 (Arcado, reeds aangehaald).

Derhalve lijdt het geen twijfel, dat vorderingen uit een precontractuele verplichting vorderingen uit overeenkomst zijn; reeds om zuiver praktische redenen gaat het niet aan, op het vlak van de internationale bevoegdheid vorderingen wegens het achterwege laten van informatie tijdens de contractuele onderhandelingen anders te behandelen dan vorderingen uit hoofde van de hoofdprestatie krachtens de overeenkomst.

Ook de samenhang pleit ervoor, vorderingen uit ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatige daad onder de bevoegdheid ingevolge artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag te laten vallen.

Op grond van een en ander geeft TVB in overweging, de vragen van het Bundesgerichtshof bevestigend te beantwoorden.

3. a) De *Duitse regering* stelt, wat betreft de *eerste vraag*, om te beginnen vast, dat de artikelen 13 tot en met 15 Executieverdrag in hun oorspronkelijke versie slechts bijzondere bepalingen inzake de bevoegdheid bij koop en verkoop op afbetaling bevatten; het Toetredingsverdrag van 1978 heeft deze bepalingen echter uitgebreid tot andere door consumenten gesloten overeenkomsten en heeft het Verdrag zo geharmoniseerd met het Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

Ook al wordt het begrip „overeenkomst die betrekking heeft op de verstrekking van diensten" noch in het Verdrag noch in de daarbij behorende rapporten nader gedefinieerd, het doel om de eindverbruiker te beschermen pleit echter voor een ruime uitlegging van het begrip „diensten". Bovendien is een eenvormige definitie van dit begrip, dat zowel in het Executieverdrag als in het Verdrag inzake verbintenissen uit overeenkomst wordt gebruikt, wenselijk.

Derhalve moeten commissieovereenkomsten die erop gericht zijn, deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties tot stand te brengen, overeenkomstig de heersende mening in de literatuur en rechtspraak worden gebracht onder overeenkomsten tot verstrekking van diensten in de zin van artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag. Voor deze uitlegging pleit ook, dat overeenkomsten met advocaten onder door consumenten gesloten overeenkomsten vallen.

b) Wat de *tweede vraag* betreft, betoogt de Duitse regering dat volgens artikel 13, eerste alinea, sub 3, a en b, overeenkomsten tot verstrekking van diensten slechts onder de bevoegdheidsregeling van afdeling 4 van titel

II van het Executieverdrag vallen, wanneer zij voldoende verband met de woonplaats van de consument hebben.

Wanneer aan de sluiting van de overeenkomst in de staat waar de consument woonplaats heeft reclame is voorafgegaan, moet deze dus in een temporeel verband staan met de sluiting van de overeenkomst en mag zij niet te ver liggen voor het tijdstip waarop de overeenkomst is gesloten.

Verdere voorwaarden, zoals bij voorbeeld het vereiste van een oorzakelijk verband tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst of het bewijs dat de verbruiker kennis heeft genomen van de reclame, zijn echter niet gerechtvaardigd, daar het Executieverdrag een vergaande bescherming van de consument moet waarborgen en beperkingen uit de tekst van de betrokken bepalingen van het Verdrag moeten blijken. Zo verlangt ook het rapport Giuliano/Lagarde, waarnaar het rapport Schlosser verwijst, enkel een gerichte reclame in het land waar de consument zijn verblijfplaats heeft.

Derhalve is artikel 13, eerste alinea, sub 3, a, Executieverdrag reeds toepasselijk, wanneer de wederpartij van de consument in een redelijke periode voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst in de staat waar de consument woonplaats heeft in dagbladadvertenties reclame heeft gemaakt.

c) Wat de *derde vraag* betreft, heeft het Hof in zijn arrest van 6 oktober 1976 (zaak 14/76, De Bloos, Jurispr. 1976, blz. 1497) naar aanleiding van artikel 5, sub 5, Executieverdrag overwogen, dat voor het begrip „vestiging" naar de geest van het Verdrag dezelfde wezenlijke kenmerken gelden als voor een filiaal of agentschap. Uit het arrest van 22 november 1978 (Somafer, reeds aangehaald), waarin het Hof zich heeft uitgesproken voor een autonome uitlegging van de in artikel 5, sub 5, Executieverdrag gestelde bevoegdheidsvereisten, blijkt dat een vestiging slechts onder deze bepaling valt, wanneer zij in naam van het moederbedrijf kan handelen en dit rechtstreeks kan binden.

Het zou niet in overeenstemming zijn met het rechtszekerheidsbeginsel om aan het begrip „vestiging" in het kader van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag een andere uitlegging te geven, enkel omdat deze bepaling dient ter bescherming van de consument.

Het begrip „exploitatie van een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging" impliceert niet alleen, dat de vestiging een verplichting is aangegaan in naam van het buitenlandse moederbedrijf. Uit het arrest van 22 november 1978 (Somafer, reeds aangehaald) blijkt namelijk, dat die verplichting voorts moet worden uitgevoerd in de staat waarin de vertegenwoordiging van het moederbedrijf is gevestigd.

In de onderhavige zaak dient dus te worden bepaald, waar de voor de overeenkomst kenmerkende verbintenis feitelijk wordt uitgevoerd. Daar de door de Amerikaanse makelaarsfirma uit te voeren termijntransacties in de Verenigde Staten en niet in de plaats van

vestiging van de vertegenwoordiging van deze firma in Duitsland moesten worden uitgevoerd, heeft het geschil in eerste instantie betrekking op de exploitatie van de hoofdvestiging van de wederpartij van de consument, dat wil zeggen Hutton. Daarin komt geen wijziging doordat TVB geen vorderingen uit overeenkomst instelt. Derhalve moet elk verband van de bij het Bundesgerichtshof aanhangige vordering tot betaling met de exploitatie van Hutton GmbH worden ontkend.

d) Wat de *vierde vraag* betreft, betoogt de Duitse regering dat het noch met het doel van de regeling van de artikelen 14 en 15 Executieverdrag, de consumentenbescherming, noch met de systematiek van het Executieverdrag in overeenstemming is, wanneer men op grond van het gebruik van het begrip „overeenkomsten" in artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag in de artikelen 14 en 15 enkel een regeling van internationale bevoegdheid voor vorderingen uit overeenkomst zou willen zien. De artikelen 13 tot en met 15 bevatten namelijk een zelfstandige en uitputtende regeling voor de bevoegdheid inzake overeenkomsten van consumenten, die voorrang heeft boven de algemene bevoegdheidsbepalingen en derhalve ook buiten-contractuele vorderingen moet omvatten.

Zoals reeds in de Duitse versie van het opschrift boven afdeling 4 van titel II van het Executieverdrag („Zuständigkeit für Verbrauchersachen") wordt aangegeven, hebben de artikelen 14 en 15 een ruim toepassingsgebied en omvatten zij alle geschillen — inclusief vorderingen uit niet-contractuele verbintenissen — die samenhangen met door consumenten gesloten overeenkomsten. Artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag is derhalve ook toepasselijk op vorderingen tot schadevergoeding wegens schending van precontractuele verplichtingen en op vorderingen uit ongerechtvaardigde verrijking die in verband met ongedaanmaking van de contractuele prestaties worden ingesteld.

De Duitse regering voegt hieraan toe dat niet behoeft te worden ingegaan op vraag 4b, daar artikel 13 Executieverdrag ook alle buitencontractuele vorderingen omvat.

De Duitse regering geeft derhalve in overweging, de vragen van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag strekt zich uit tot commissieovereenkomsten die erop gericht zijn, deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties tot stand te brengen.

2) Artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag is reeds van toepassing, wanneer de wederpartij van de consument een redelijke tijd vóór de sluiting van de overeenkomst in de staat waarin de consument woonplaats heeft, reclame heeft gemaakt door middel van dagbladadvertenties.

3) De wederpartij van de consument heeft geen filiaal, agentschap of enige andere vestiging in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag, wanneer zij zich voor de sluiting en de uitvoering van de overeenkomst bedient van een in de staat van de consument gevestigde vennootschap die haar economisch

toebehoort en personeel met haar verbonden is, maar die geen volmacht heeft om overeenkomsten te sluiten en slechts als bode optreedt en de consument adviseert.

Geschillen die in de aldus tot stand gebrachte betrekkingen tussen de consument en zijn wederpartij ontstaan, zijn geen geschillen betreffende de exploitatie van het filiaal, het agentschap of enige andere vestiging in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag.

4) Het begrip vorderingen uit ‚overeenkomsten' in artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag omvat naast vorderingen tot schadevergoeding wegens nietnakoming van contractuele verplichtingen ook vorderingen wegens nietnakoming van precontractuele verplichtingen (culpa in contrahendo) en uit ongerechtvaardigde verrijking in verband met de ongedaanmaking van contractuele prestaties."

4. In een *opmerking vooraf* wijst de *Commissie* erop, dat afdeling 4 van titel II van het Executieverdrag, die oorspronkelijk alleen de koop en verkoop op afbetaling betrof, bij de inwerkingtreding van het Toetredingsverdrag van 1978 in zoverre is verruimd, dat zij zich uitstrekt tot door consumenten gesloten overeenkomsten en artikel 13 in een bijzondere bevoegdheid voorziet voor het geval dat de wederpartij van de consument, die geen woonplaats heeft op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat, daar wel een filiaal, een agentschap of een andere vestiging heeft.

a) Aangaande de *eerste vraag* van het Bundesgerichtshof merkt de Commissie op, dat de verwijzende rechter de hoedanigheid van consument van de cedent in de onderhavige zaak niet betwijfelt, maar wenst te vernemen of de onderhavige commissie-overeenkomst een overeenkomst is die ingevolge artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag „betrekking heeft op de verstrekking van diensten".

Volgens de bewoordingen van deze bepaling („elke andere overeenkomst") komen alle soorten dienstverleningen in aanmerking, met uitzondering van vervoerovereenkomsten krachtens artikel 13, derde alinea.

Anders dan koop en verkoop op afbetaling en andere overeenkomsten ter financiering van de aankoop van roerende lichamelijke zaken, worden verstrekkingen van diensten slechts als door consumenten gesloten overeenkomsten aangemerkt indien is voldaan aan de in artikel 13, eerste alinea, sub 3, a en b, gestelde bijkomende voorwaarden. Uit het rapport Schlosser kan worden afgeleid, dat wanneer cumulatief aan deze voorwaarden wordt voldaan, er voldoende verband bestaat met de woonplaats van de consument. Het rapport biedt echter geen aanknopingspunt om het begrip „overeenkomst die betrekking heeft op de verstrekking van diensten" verder in te perken.

De definitie van door consumenten gesloten overeenkomsten in artikel 5 van het Verdrag van Rome inzake verbintenissen uit overeenkomst, komt weliswaar overeen met die van artikel 13 Executieverdrag, maar tussen de

twee verdragen bestaat een wezenlijk verschil, voor zover artikel 5, lid 4, van het Verdrag inzake verbintenissen uit overeenkomst „de overeenkomst tot verstrekking van diensten, wanneer de diensten aan de consument uitsluitend moeten worden verstrekt in een ander land dan dat waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft" niet als een door consumenten gesloten overeenkomst aanmerkt.

Derhalve is het noch op grond van de bewoordingen noch op grond van de ontstaansgeschiedenis van artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag aannemelijk, dat het onderhavige commissiecontract buiten het toepassingsgebied van die bepaling valt.

Dit wordt bevestigd door het doel van de bepaling, namelijk aan particuliere eindverbruikers ook in verband met grensoverschrijdende transacties op passende wijze een bevoegde rechter te garanderen. Ook de particuliere beursspeculant verdient bescherming en volgens de Duitse literatuur valt ook de in het Duitse beurzenrecht voorziene bescherming van de belegger onder de consumentenbescherming.

Weliswaar is volgens het rapport Giuliano/Lagarde de aankoop van effecten niet een door consumenten gesloten overeenkomst in de zin van artikel 5 van het Verdrag inzake verbintenissen uit overeenkomst, maar deze uitsluiting volgt uit het feit dat dit Verdrag volgens artikel 1, lid 2, sub c, in het algemeen niet van toepassing is op „verbintenissen uit wissels, cheques, orderbriefjes, alsmede andere verhandelbare waardepapieren, voor zover de verbintenissen uit deze andere papieren het gevolg zijn van hun verhandelbaarheid". Bovendien gaat het in casu niet om een geschil tussen partijen bij de koop van waardepapieren, maar om een overeenkomst tussen een speculant en een makelaar, en betreft het hier niet de levering van waardepapieren.

Artikel 13, lid 1, sub 3, Executieverdrag omvat dus ook commissiecontracten die erop gericht zijn, deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties tot stand te brengen.

b) Wat de *tweede vraag* betreft, merkt de Commissie op dat het vereiste dat de sluiting van de overeenkomst in de staat waar de consument woonplaats heeft, moet zijn voorafgegaan door reclame, aldus moet worden opgevat, dat het moet gaan om een doelgerichte handeling van de dienstverstrekker. Er bestaat echter een louter temporeel verband tussen de reclame en de sluiting van de overeenkomst, in die zin dat het initiatief moet zijn voorafgegaan aan de sluiting van de overeenkomst. Een oorzakelijk verband tussen beide is niet vereist, aangezien de bepaling anders haar praktisch nut zou verliezen, daar de moeilijkheid om een dergelijk verband te bewijzen in vele gevallen de consument zou beletten, zich te beroepen op een bevoegdheidsregel die juist voor zijn bescherming is vastgesteld.

Artikel 13, eerste alinea, sub 3, a, is derhalve reeds van toepassing, wanneer de wederpartij van de consument in de staat waar de consument woonplaats heeft, in dagbladadvertenties reclame heeft gemaakt.

c) Wat de *derde vraag* betreft, wijst de Commissie erop dat de artikelen 5, sub 5, 8, tweede alinea, en 13, tweede alinea, Executieverdrag het begrip geschillen betreffende de exploitatie van een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging gemeen hebben.

Het doel van de laatste bepaling is, te verhinderen dat artikel 4 Executieverdrag van toepassing wordt wanneer de wederpartij van de consument haar woonplaats op het grondgebied van een derde staat heeft. Deze doelstelling onderscheidt artikel 13, tweede alinea, van artikel 5, sub 5, dat in het belang van een betere procesvoering een bijzondere bevoegdheid schept, die afwijkt van het algemene bevoegdheidsbeginsel van artikel 2 Executieverdrag. Uit het deskundigenrapport, opgesteld naar aanleiding van de redactie van de oorspronkelijke versie van het Executieverdrag (PB 1979, C 59, blz. 1; hierna: „rapport Jenard"), blijkt overigens, dat afdeling 4 van titel II van het Executieverdrag een zelfstandige en uitputtende regeling is die niet is onderworpen aan de artikelen 2 en volgende van dit Verdrag.

In zijn arresten van 6 oktober 1976 (De Bloos, reeds aangehaald), 22 november 1978 (Somafer, reeds aangehaald), 18 maart 1981 (zaak 139/80, Blanckaert, Jurispr. 1981, blz. 819) en 9 december 1987 (Schotte, reeds aangehaald) heeft het Hof artikel 5, sub 5, Executieverdrag reeds uitgelegd. Thans dient te worden vastgesteld, in hoeverre die rechtspraak ook relevant is voor de uitlegging van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag. Ook al lopen de begrippen in deze twee bepalingen ondanks hun verschillende context parallel, toch is het ook denkbaar dat artikel 13, tweede alinea, een verdergaande betekenis heeft, daar het niet is onderworpen aan de artikelen 2 en volgende Executieverdrag.

In een geval als het onderhavige, waarin Hutton GmbH, die economisch tot Hutton behoort, als tussenpersoon in de door de cedent geplaatste orders is opgetreden en hem van advies heeft gediend, zonder dat echter is bewezen dat zij juridisch bindende transacties voor Hutton heeft afgesloten, zal uit de arresten van 22 november 1978 (Somafer, reeds aangehaald) 18 maart 1981 (Blanckaert, reeds aangehaald) en 9 december 1987 (Schotte, reeds aangehaald), het vereiste kunnen worden afgeleid, dat de vertegenwoordiging van het buitenlandse moederbedrijf volmacht moet hebben om overeenkomsten te sluiten en voor het moederbedrijf verbintenissen tegenover derden aan te gaan. Tot dezelfde conclusie komt ook het rapport Jenard met betrekking tot artikel 8, tweede alinea, Executieverdrag.

Daarentegen heeft de advocaat-generaal in zijn conclusie in de zaak Schotte (reeds aangehaald) een minder beperkte uitlegging bepleit en zich voor toepassing van artikel 5, sub 3, uitgesproken wanneer de onderhandelingen volledig zijn gevoerd door een vennootschap die het buitenlandse moederbedrijf vertegenwoordigt, zelfs wanneer de definitieve overeenkomst door het moederbedrijf is gesloten.

Ten minste in het kader van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag moet aan laatstgenoemde uitlegging de voorkeur worden gegeven, daar de doelstelling van consumentenbescherming verbiedt te verlangen, dat aan strengere voorwaarden wordt voldaan. Derhalve moet vooral rekening worden gehouden met het feit, dat de plaatselijke

vertegenwoordiger van de wederpartij van de consument deze advies heeft gegeven, en is het niet van belang, of de vertegenwoordiger juridisch over een volmacht beschikte om contracten voor rekening van het moederbedrijf af te sluiten.

d) Met betrekking tot de *vierde vraag* merkt de Commissie op, dat het Hof in zijn arrest van 27 september 1988 (Kalfelis, reeds aangehaald) heeft beslist, dat het begrip verbintenissen uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, sub 3, Executieverdrag moet worden beschouwd als een autonoom begrip, waaronder elke rechtsvordering valt 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, sub 1, Executieverdrag. Daarmee heeft het Hof een accessoire bevoegdheid in het kader van artikel 5, sub 3, Executieverdrag geweigerd.

In zijn arrest van 22 maart 1983 (Peters, reeds aangehaald) heeft het Hof ook het begrip „verbintenis uit overeenkomst" in de zin van artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag autonoom uitgelegd, maar het acht de accessoire bevoegdheid wegens samenhang in het kader van deze bepaling impliciet aanwezig voor vorderingen die nauw verwant zijn met de verbintenis uit overeenkomst. Bovendien heeft de advocaat-generaal in zijn conclusie in de zaak Kalfelis (reeds aangehaald) de voordelen beklemtoond van een accessoire bevoegdheid wegens samenhang: het voor de overeenkomst bevoegde gerecht is immers het beste in staat, de context van de overeenkomst en alle daaromtrent gerezen geschilpunten te onderzoeken.

Laatstgenoemde overweging geldt nog veel sterker in het kader van artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag, daar een beperktere uitlegging de beroepsmogelijkheden van de consument zou beperken. In de literatuur wordt dezelfde opvatting verdedigd.

Op grond van een en ander geeft de Commissie in overweging, de prejudiciële vragen van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag strekt zich uit tot commissieovereenkomsten die erop gericht zijn, deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties tot stand te brengen.

2) Artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag is reeds van toepassing, wanneer de wederpartij van de consument vóór de sluiting van de overeenkomst in de staat waar de consument woonplaats heeft, reclame heeft gemaakt door middel van dagbladadvertenties.

3) De wederpartij van de consument heeft een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging in de zin van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag, wanneer zij zich voor de sluiting en de uitvoering van de overeenkomst bedient van een in de staat van de consument gevestigde vennootschap die haar economisch toebehoort en personeel met haar verbonden is, maar die geen volmacht heeft om overeenkomsten te sluiten en slechts als bode optreedt en de consument adviseert; geschillen die in de aldus tot stand

gebrachte betrekkingen tussen de consument en zijn wederpartij ontstaan, zijn geschillen betreffende de exploitatie van het filiaal, het agentschap of de andere vestiging.

4) Vorderingen wegens niet-nakoming van precontractuele verplichtingen, uit ongerechtvaardigde verrijking en uit onrechtmatige daad, die verband houden met een ‚overeenkomst', zijn vorderingen uit overeenkomst in de zin van artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag."

III — Antwoorden op de vragen van het Hof

a) *Eerste vraag*

„Kan de vennootschap naar Duits recht TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH zich, evenals de particulier die haar zijn rechten heeft overgedragen, beroepen op de hoedanigheid van consument, een voorwaarde voor toepassing van artikel 13 Executieverdrag?"

1. Volgens *Hutton* moet deze vraag ontkennend worden beantwoord.

Om te beginnen betoogt zij, dat in het kader van het Executieverdrag een consument een persoon is die overeenkomsten heeft gesloten voor een gebruik dat niet als bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd.

Aan artikel 13 Executieverdrag ligt de gedachte ten grondslag, dat degene die zich beroept op de kwaliteit van consument, tevens degene is die ook de oorspronkelijke wederpartij van de verweerder is geweest.

De bij het verwijzende gerecht aanhangige zaak vertoont in zoverre echter een atypische casuspositie, dat TVB zich beroept op de haar door een consument, de oorspronkelijke wederpartij van Hutton, gecedeerde rechten. Allereerst rijst daarom de vraag, of voor de toepassing van artikel 13 Executieverdrag de cedent zelf consument in de zin van deze bepaling moet zijn dan wel of deze eigenschap van cedent door de cessie mee overgaat.

Het voorwerp van de cessie van een schuldvordering is de materiële overgang van een vorderingsrecht, terwijl eventuele persoonlijke eigenschappen van de cedent niet worden geraakt door de overgang van de vordering. Wat artikel 13 Executieverdrag betreft, bevoordeelt de hoedanigheid van consument een eiser die bescherming verdient enkel ten aanzien van de bevoegde rechter; zij raakt de inhoud van het ingeroepen recht niet. Om zich met vrucht op deze bepaling te kunnen beroepen, moet de cessionaris die op grond van het gecedeerde recht een vordering instelt, derhalve zelf de eigenschap van consument bezitten.

Met betrekking tot de vraag, of in casu de cessionaris TVB als rechtspersoon naar Duits recht de eigenschap van consument kan bezitten, merkt Hutton op dat wanneer artikel 13 Executieverdrag alleen naar de letter ervan wordt uitgelegd, het de hoedanigheid van consument weliswaar niet beperkt tot

natuurlijke personen, maar dat een teleologische uitlegging zich hiertegen verzet. Het aan artikel 13 ten grondslag liggende doel van bescherming van de zwakste contractspartij impliceert namelijk, dat enkel een particuliere eindverbruiker zich op deze bepaling kan beroepen en dat kooplieden, industriëlen en uitoefenaren van een vrij beroep die bedrijfs- of beroepsmatig overeenkomsten sluiten, hiervan zijn uitgesloten, daar deze overeenkomsten binnen de bedrijfs- of beroepssfeer vallen.

De cessionaris TVB is als GmbH naar Duits recht een koopman krachtens de rechtsvorm, die nooit anders dan bedrijfsmatig kan handelen, zodat de door een dergelijke rechtspersoon gesloten overeenkomsten altijd behoren tot de bedrijfsmatige werkzaamheden van de vennootschap.

Dat Hutton niet de eigenschap van consument in de zin van artikel 13 kan worden toegekend, wordt overigens ook bevestigd door de rechtsvorm en door het doel van de onderneming, namelijk het sluiten van deviezen-, effecten- en goederentermijntransacties, die het voorwerp zijn van het hoofdgeding.

2. *TVB* geeft in overweging, de eerste vraag bevestigend te beantwoorden.

De artikelen 13 en 14 Executieverdrag beogen namelijk, de consument de geldendmaking van zijn rechten te vergemakkelijken, doordat zij bevoegdheid verlenen aan de gerechten van de Verdragsluitende Staat op het grondgebied waarvan de consument zijn woonplaats heeft. De met deze bepalingen beoogde bescherming is ook dan nog onontbeerlijk wanneer de consument de hem toekomende rechten heeft gecedeerd aan een derde. Vaak zal de consument namelijk juist als gevolg van de afwikkeling van de door hem gesloten overeenkomst in financiële moeilijkheden geraken en daardoor genoodzaakt zijn zijn rechten te cederen. Derhalve zijn er goede redenen om de voordelen van deze vereenvoudigde procesvoering op grond van de artikelen 13 en 14 Executieverdrag ook toe te kennen aan de cessionaris, daar dit indirect de consument ten goede komt.

3. De *Duitse regering* betoogt, dat de artikelen 13 en volgende Executieverdrag, waarvoor overwegingen van sociale politiek doorslaggevend zijn geweest, ervan uitgaan dat de consument in het algemeen economisch zwakker en juridisch minder ervaren is dan zijn wederpartij. Daar de consument ook in rechte behoefte heeft aan bijzondere bescherming, heeft hij de keuze tussen de gerechten van verscheidene Verdragsluitende Staten.

Zou men echter elke derde aan wie de consument een vordering cedeert als consument aanmerken, dan zou de wederpartij van de consument zich op grond van een en dezelfde overeenkomst gesteld zien tegenover een groot aantal consumenten en zich onder omstandigheden naar aanleiding van één overeenkomst moeten verweren tegen tal van, in verscheidene Verdragsluitende Staten ingestelde rechtsvorderingen.

Een dergelijke uitlegging van het Executieverdrag moet worden afgewezen, daar de hierin neergelegde bevoegdheidsregels gemakkelijk moeten kunnen worden gehandhaafd. Bovendien zou een dergelijke uitleg-

ging het toepassingsgebied van de artikelen 13 en volgende onder omstandigheden uitbreiden tot personen waarvoor deze bepalingen juist niet zijn bedoeld.

Om redenen van duidelijkheid en rechtszekerheid gaat het ook niet aan, de hoedanigheid van consument slechts te doen toekomen aan individuele rechtsopvolgers van de consument, die in een gegeven situatie precies dezelfde bescherming verdienen als hun rechtsvoorgangers.

Onder deze omstandigheden moet de individuele rechtsopvolgers van de consument de eigenschap van consument in de zin van artikel 13 worden geweigerd. Deze conclusie is in overeenstemming met het rapport Schlosser, volgens hetwelk de individuele rechtsopvolger van een verzekeringsnemer niet als verzekeringsnemer in de zin van de artikelen 7 en verder Executieverdrag kan worden aangemerkt. De sociaal-politieke overwegingen die aan de afdelingen 3 en 4 van titel II van het Executieverdrag ten grondslag liggen, verlangen immers dat de daarin neergelegde bijzondere regeling voor geschillen inzake verzekeringen en voor door consumenten gesloten overeenkomsten identiek worden uitgelegd.

4. De *Commissie* merkt om te beginnen op, dat artikel 13 Executieverdrag de consument definieert als een persoon die overeenkomsten sluit voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd.

Volgens artikel 14, eerste alinea, Executieverdrag moet de eiser consument zijn.

Wanneer — zoals in het hoofdgeding — de eiser zelf niet de vereiste hoedanigheid van consument heeft, moet worden nagegaan of hij zich kan beroepen op de hoedanigheid van consument van de persoon van wie hij zijn rechten afleidt.

Beslissend hiervoor is de rechtsgrondslag van de cessie.

In het geval van overdracht van een vordering of een schenking lijkt het bij voorbeeld uitgesloten, de cessionaris persoonlijk de hoedanigheid van consument van zijn cedent te doen toekomen.

In het geval van cessie ter incasso kan daarentegen aan de eiser de hoedanigheid van consument van zijn cedent worden toegerekend en zijn rechtsvordering als rechtsvordering van een consument in de zin van het Executieverdrag worden behandeld. Bij deze vorm van cessie, waarbij het de bedoeling is dat de cessionaris de vordering voor rekening van een cedent int en hetgeen hij van de schuldenaar verkrijgt aan de cedent afdraagt, blijft de cedent namelijk in de interne betrekkingen en economisch gezien de eigenlijke eigenaar van de vordering. Gezien de beschermende functie van afdeling 4 van titel II van het Executieverdrag lijkt het daarom zinvol, een rechtsvordering die berust op een dergelijke cessie van een vordering van een consument, als rechtsvordering van een consument in de zin van het Executieverdrag te behandelen.

b) *Tweede vraag*

„Is artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag ook van toepassing, wanneer het filiaal, het agentschap of de vestiging in de zin van deze bepaling is gelegen op het grondgebied van dezelfde Verdragsluitende Staat als waarin de consument zijn woonplaats heeft, en de moedermaatschappij in een derde staat is gevestigd?"

1. *Hutton* merkt dienaangaande op dat het Executieverdrag, dat is opgesteld ter uitvoering van artikel 220 EEG-Verdrag, tot doel heeft het burgerlijk procesrecht van de Lid-Staten te harmoniseren teneinde de juridische belemmeringen voor de gemeenschappelijke markt te doen verdwijnen en om moeilijkheden in het economisch leven van de Gemeenschap als gevolg van jurisdictieconflicten te vermijden.

Het toepassingsgebied van het Executieverdrag is daarom beperkt tot het grondgebied van de Verdragsluitende Staten, zodat het niet de regeling van jurisdictieconflicten tussen die staten en derde staten betreft.

Volgens artikel 4, eerste alinea, Executieverdrag wordt, onverminderd het hier niet aan de orde zijnde artikel 16, de bevoegdheid van de gerechten van elke Verdragsluitende Staat geregeld door de respectieve autonome wetgeving, voor zover de verweerder geen woonplaats of zetel in één van de Verdragsluitende Staten heeft.

Ook artikel 13, eerste alinea, Executieverdrag, dat naar artikel 4 verwijst, verlangt dat de verweerder zijn woonplaats of zetel niet in een derde staat heeft. De artikelen 13 en 14 Executieverdrag wijzen daarom niet een extra bevoegde rechter aan naast de autonome nationale bevoegde rechter. Anders had artikel 4 een voorbehoud ten gunste van artikel 13 moeten maken, wat niet het geval is.

Derhalve wordt de bevoegdheid in het geval van een verweerder met woonplaats of zetel in een derde staat ook inzake door consumenten gesloten overeenkomsten door de wetgeving van die staat geregeld.

Hetzelfde moet gelden voor artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag, dat op systematische gronden in samenhang met artikel 13, eerste alinea, moet worden gelezen.

Daar verweerster in de onderhavige zaak haar zetel in een derde staat heeft, is artikel 13, tweede alinea, op haar niet van toepassing.

Zelfs wanneer artikel 13, tweede alinea, als afwijking van het in artikel 4, eerste alinea, Executieverdrag verankerde beginsel moet worden uitgelegd, dan zou het slechts moeten worden toegepast wanneer een internationale casuspositie in geding is. Dit vereiste volgt zowel uit de derde alinea van de preambule van het Executieverdrag, die verwijst naar de bevoegdheid van de gerechten „in internationaal verband", als uit het doel van het Executieverdrag, namelijk het rechtsverkeer tussen de afzonderlijke Lid-Staten van de Gemeenschap te vergemakkelijken, zonder daarbij invloed uit te oefenen op

rechtsgedingen die binnen hun nationale rechtssfeer vallen. Doordat artikel 14, eerste alinea, Executieverdrag bepaalt, dat de consument de keuze heeft tussen de gerechten van de staat waarin de verweerder zijn woonplaats heeft en de gerechten van de staat waarin hij zelf zijn woonplaats heeft, impliceert het steeds een grensoverschrijdende rechtsvordering van de consument.

Daaruit volgt, dat slechts geschillen waarbij de woonplaats van de verweerder niet in dezelfde Verdragsluitende Staat ligt als die van de eiser, binnen de werkingssfeer van het Executieverdrag vallen.

Deze opvatting wordt bevestigd door het rapport Jenard, waarin wordt gesteld:

„Indien er sprake is van een proces voor de rechter van een der Verdragsluitende Staten, dat uitsluitend personen aangaat die in die staat woonplaats hebben, speelt het Verdrag in beginsel geen enkele rol; artikel 2 verwijst naar de bevoegdheidsregels die in dat land van kracht zijn."

Daar het onderhavige geschil uitsluitend betrekking heeft op personen die hun woonplaats in dezelfde Verdragsluitende Staat hebben, heeft het een zuiver nationaal karakter, zodat het Executieverdrag niet van toepassing kan zijn.

2. Volgens *TVB* moet de tweede vraag bevestigend worden beantwoord.

Beslissend is, dat de wederpartij van de consument aan het Executieverdrag is onderworpen, omdat hij in één van de Verdragsluitende Staten een vestiging heeft. Of de consument in dezelfde of in een andere Verdragsluitende Staat woont, is daarentegen zonder belang.

In de meeste gevallen waarin artikel 13, eerste alinea, sub 3, Executieverdrag wordt toegepast, bevinden de woonplaats van de consument en de vestiging van zijn wederpartij zich zelfs in dezelfde Verdragsluitende Staat, omdat de zakenman in de regel eerst overeenkomsten sluit met de consumenten in het land waarin hij zijn vestiging heeft. Bovendien bestaat er een echte behoefte aan toepassing van deze bepaling ten gunste van de in dezelfde Verdragsluitende Staat wonende consument, zolang de nationale wettelijke regels inzake procesrecht niet in beginsel voor alle geschillen inzake door consumenten gesloten overeenkomsten de bevoegdheid erkennen van de rechter van de woonplaats van de consument die eiser is.

3. De *Duitse regering* betoogt, dat door de verwijzing naar artikel 4 Executieverdrag artikel 13, eerste alinea, duidelijk maakt dat afdeling 4 van titel II van het Executieverdrag in beginsel niet van toepassing is wanneer de wederpartij van de consument geen woonplaats of zetel in een Verdragsluitende Staat heeft.

Artikel 13, tweede alinea, voorziet echter in een uitzondering op dit beginsel voor

gevallen waarin de wederpartij van de consument in een Verdragsluitende Staat een filiaal, een agentschap of enig andere vestiging heeft en het geschil de exploitatie daarvan betreft. Op deze geschillen zijn dus de artikelen 14, eerste alinea, en 15 Executieverdrag van toepassing, ongeacht waar de consument zijn woonplaats heeft. De tweede vraag van het Hof moet derhalve bevestigend worden beantwoord.

4. De *regering van het Verenigd Koninkrijk* citeert om te beginnen de volgende passage uit het rapport Schlosser:

„Transacties tussen consumenten en bedrijven die hun woonplaats buiten de Gemeenschap hebben, mogen niet buiten het toepassingsgebied van afdeling 4 vallen als die bedrijven een filiaal in de EEG hebben. Bij de toepassing van artikel 4 zal het namelijk, volgens de dan voor de bevoegdheid in aanmerking te nemen nationale wetten, dikwijls niet mogelijk zijn dat de consument de rechter inschakelt die hem gegarandeerd is in zijn verhouding tot zijn wederpartij die wel woonplaats in de EEG heeft. Om dezelfde redenen waarom verzekeringsbedrijven met filialen binnen de EEG voor de bevoegdheidsvoorschriften worden behandeld als bedrijven met woonplaats in de Gemeenschap (...) moet ook de wederpartij van consumenten geacht worden woonplaats in de EEG te hebben als hij daar een filiaal heeft."

Voorts merkt zij op, dat afdeling 4 van titel II van het Executieverdrag beoogt consumenten te beschermen die hun woonplaats binnen de Gemeenschap hebben. Wanneer de consument eiser is en de verweerder geen woonplaats in een Verdragsluitende Staat heeft, wordt ingevolge artikel 4 Executieverdrag de wetgeving van de woonplaats van de consument toegepast.

In een geval dat de exploitatie van een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging betreft, bestaat er echter — zelfs wanneer de betrokken partij geen woonplaats in een Verdragsluitende Staat heeft — een voldoende sterke aanknoping bij de Gemeenschap om de toepasselijkheid van het Executieverdrag te rechtvaardigen. Dit wordt bereikt, doordat de betrokken partij volgens artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag wordt geacht haar woonplaats te hebben op het grondgebied van de staat waarop haar vestiging enz. is gelegen.

Er bestaat geen reden waarom de bescherming die het Executieverdrag geeft voor door consumenten gesloten overeenkomsten, achterwege moet blijven op grond dat de vestiging van de wederpartij zich in dezelfde staat bevindt als die waar de consument zijn woonplaats heeft en niet in een andere Verdragsluitende Staat. Afdeling 4 van titel II wordt eenvormig toegepast, dat wil zeggen zij geldt ongeacht of de nationale wetgeving van een Verdragsluitende Staat een consument voldoende bescherming biedt tegen een partij uit een niet-Verdragsluitende Staat. Derhalve moet de fictie van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag ook op eenvormige wijze worden toegepast.

De opmerking in het rapport Jenard, dat indien er sprake is van een proces voor de rechter van één der Verdragsluitende Staten, dat uitsluitend personen aangaat die in die staat woonplaats hebben, het Verdrag in beginsel geen enkele rol speelt, is juist, maar hierop bestaan uitzonderingen. De onderhavige zaak vormt een dergelijke uitzondering, daar het Executieverdrag zelf krachtens de fictie van artikel 13, tweede alinea, tot gevolg heeft dat procedures mogelijk zijn tussen twee partijen die in dezelfde Verdragsluitende Staat woonachtig zijn.

5. De *Commissie* stelt om te beginnen vast, dat artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag geen enkele beperking inhoudt volgens welke een filiaal, een agentschap of enige andere vestiging in de zin van deze bepaling niet in dezelfde Verdragsluitende Staat mag liggen als die op het grondgebied waarvan de consument zijn woonplaats heeft.

Weliswaar is het Executieverdrag volgens artikel 13, eerste alinea, dat naar artikel 4 verwijst, slechts van toepassing wanneer de verweerder zijn woonplaats of zijn zetel in een andere Verdragsluitende Staat heeft, maar uit artikel 13, tweede alinea, blijkt duidelijk, dat dit in het belang van de consument anders moet zijn wanneer de wederpartij van de consument in een Verdragsluitende Staat niet zijn woonplaats of zetel heeft, maar wel een vestiging bezit en geschillen de exploitatie daarvan betreffen.

Het doel van deze regeling is om de consument als traditioneel zwakkere partij te beschermen. Vanuit sociaal oogpunt is het echter niet nodig, deze bescherming te differentiëren naar gelang de betrekkingen tussen de Verdragsluitende Staat waar de vestiging van de wederpartij zich bevindt en de staat waar de consument zijn woonplaats heeft. Voorts is moeilijk te verdedigen, dat in het geval waarin de vestiging van de wederpartij gelegen is in dezelfde staat als die op het grondgebied waarvan de consument zijn woonplaats heeft, de in artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag, bedoelde fictieve woonplaats aan de zaak een zuiver nationaal karakter verleent.

De uitlegging van artikel 13, tweede alinea, Executieverdrag in die zin, dat het van toepassing is wanneer de vestiging in de zin van deze bepaling op het grondgebied van dezelfde Verdragsluitende Staat ligt als die waarop de consument zijn woonplaats heeft en wanneer de moedermaatschappij haar zetel in een derde staat heeft, is in overeenstemming met het in zijn preambule neergelegde doel van het Executieverdrag, „binnen de Gemeenschap de rechtsbescherming van degenen die er gevestigd zijn te vergroten".

F. A. Schockweiler

rechter-rapporteur