



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

Y. BOT

van 23 april 2015¹

Zaak C-366/13

**Profit Investment SIM SpA, in liquidatie,
tegen
Stefano Ossi,
Andrea Mirone,
Commerzbank AG**

[verzoek van de Corte Suprema di cassazione (Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht — Verordening (EG) nr. 44/2001 — Artikel 23 —
Door partijen aangewezen bevoegd gerecht — Beding in een prospectus voor de uitgifte van
credit-linked notes — Werking van deze effecten tegen derde verkrijger”

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 5, punt 1, onder a), 6, punt 1, en 23, lid 1, onder a), van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken².
2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen Profit Investment SIM SpA³, in liquidatie, enerzijds, en Commerzbank AG⁴, Profit Holding SpA⁵, in liquidatie, E3 SA⁶, Redi & Partners Ltd⁷ alsook S. Ossi, E. Magli, F. Redi, A. Mirone en E. Fiore, anderzijds, naar aanleiding van de uitgifte van financiële instrumenten door Commerzbank waarop Profit en Profit Holding via Redi hebben ingeschreven.
3. Het Hof is reeds in de gelegenheid geweest om zich uit te spreken over de uitlegging van het begrip „verbintenissen uit overeenkomst” in de zin van artikel 5, punt 1, onder a), van verordening nr. 44/2001 en van het begrip „samenhang” op grond waarvan een in het buitenland wonende medeverweerder krachtens artikel 6, punt 1, van deze verordening kan worden opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van een verweerder, alsook over de voorwaarden voor geldigheid en werking jegens derden van de in artikel 23 van deze verordening opgenomen bepalingen betreffende het door de partijen aangewezen bevoegd gerecht. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing biedt het Hof de gelegenheid om de opvattingen die het normaliter in dezen huldigt, te bevestigen en tegelijkertijd aanvullende toelichting te verstrekken.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB 2001, L 12, blz. 1.

3 — Hierna: „Profit”.

4 — Hierna: „Commerzbank”.

5 — Hierna: „Profit Holding”.

6 — Hierna: „E3”.

7 — Hierna: „Redi”.

4. In deze conclusie bepleit ik dat de opname van een forumkeuzebeding in de prospectus voor de uitgifte van effecten, zoals de credit-linked notes die in het hoofdgeding aan de orde is, slechts voldoet aan het in artikel 23, lid 1, onder a), van verordening nr. 44/2001 gestelde vereiste van een geschrift indien in de door de partijen ondertekende overeenkomst wordt vermeld dat dit beding is aanvaard, of uitdrukkelijk naar deze prospectus wordt verwezen, en dat een dergelijk beding slechts kan worden tegengeworpen aan een derde die de effecten van een financiële tussenpersoon heeft verkregen, indien is vastgesteld dat deze derde daadwerkelijk heeft ingestemd met dit beding onder de door dit artikel gestelde voorwaarden. Ik zal evenwel betogen dat dit beding kan worden geacht geldig te zijn en werking te hebben indien de opname ervan in de prospectus kan worden gezien als een vorm die is toegestaan op grond van een gewoonte in de internationale handel in de zin van artikel 23, lid 1, onder c), van verordening nr. 44/2001, waardoor verondersteld kan worden dat degene tegen wie het beding wordt tegengeworpen ermee heeft ingestemd.

5. Ik zal daarnaast uiteenzetten om welke redenen een vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst en tot terugbetaling van op grond van de nietige rechtshandeling betaalde bedragen moet worden geacht betrekking te hebben op verbintenissen uit overeenkomst in de zin van artikel 5, punt 1, onder a), van verordening nr. 44/2001.

6. Tot slot zal ik aangeven dat het niet voldoende is dat een eventuele erkenning van de gegrondheid van de ene vordering een mogelijke weerslag heeft op de omvang van het recht ter bescherming waarvan de andere vordering is ingesteld, om te kunnen spreken van samenhang tussen twee vorderingen tegen meerdere verweerders in de zin van artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001.

I – Toepasselijke bepalingen

7. Artikel 2, lid 1, van verordening nr. 44/2001, dat deel uitmaakt van hoofdstuk II van deze verordening, afdeling 1, met het opschrift „Algemene bepalingen”, bepaalt dat „[o]nverminderd deze verordening [...] zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, [worden] opgeroepen voor de rechten van die lidstaat”.

8. Artikel 5 van de verordening, dat is opgenomen in hoofdstuk II, afdeling 2, „Bijzondere bevoegdheid”, bepaalt het volgende:

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

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

[...]”

9. Artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001, dat eveneens is opgenomen in hoofdstuk II van deze verordening, luidt als volgt:

„Deze persoon kan ook worden opgeroepen:

- 1) indien er meer dan één verweerder is: voor het gerecht van de woonplaats van een hunner, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven”.

10. Artikel 23, leden 1 en 2, van verordening nr. 44/2001, ondergebracht in hoofdstuk II, afdeling 7, met het opschrift „Door partijen aangewezen bevoegd gerecht”, bepaalt als volgt:

„1. Wanneer de partijen van wie er ten minste één woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, een gerecht of de gerechten van een lidstaat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die lidstaat bevoegd. Deze bevoegdheid is exclusief, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Deze overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht wordt gesloten:

- a) hetzij bij een schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst
- b) hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden;
- c) hetzij, in de internationale handel, in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen.

2. Als ‚schriftelijk’ wordt tevens elke elektronische mededeling aangemerkt, waardoor de overeenkomst duurzaam geregistreerd wordt.”

II – Hoofdgeding en prejudiciële vragen

11. In mei 2004 heeft de in Duitsland gevestigde Dresdner Bank AG, later Commerzbank, een programma gestart voor de uitgifte van effecten die gekoppeld zijn aan een kredietrisico, „credit-linked notes” (CLN) genaamd⁸. De algemene voorwaarden van het programma en de uitgiftevoorwaarden waren neergelegd in een basisprospectus van 5 mei 2004, getiteld „Informatiememorandum” („Information memorandum”)⁹, dat volgens Commerzbank was goedgekeurd door de Irish Stock Exchange (de effectenbeurs van Dublin, Ierland).

12. Dit document bevatte in punt 16, onder b), van de „Algemene voorwaarden van de notes” („Terms and conditions of the Notes”) een bepaling, „Toepasselijk recht en bevoegde rechtbanken” („Law and jurisdiction”), volgens welke de Engelse rechter exclusief bevoegd is voor de behandeling van geschillen voortkomend uit of in verband met de effecten.

13. In het kader van het uitgifteprogramma heeft Commerzbank op 22 oktober 2004 voor een totaalbedrag van 2 300 000 EUR CLN verkocht die gekoppeld waren aan de in Luxemburg gevestigde referentie-entiteit E3, op de in een „prijsopgave” („pricing supplement”) aangegeven wijze.

8 — Hierna: „CLN”. CLN zijn ontwikkeld door de financiële markten. Het gaat om derivaten waarmee een emittent, „koper van bescherming” genoemd, een kredietrisico overdraagt aan een belegger, „verkoper van bescherming” genoemd, in ruil voor het recht op een vergoeding die potentieel hoger is dan de risicovrije rente. De belegger heeft slechts recht op uitkering van het kapitaal na de looptijd indien zich geen kredietrisico’s voordoen met betrekking tot een onderliggende entiteit, de zogeheten „referentie-entiteit”. De schuldpapieren kunnen worden uitgegeven met gegarandeerd of niet-gegarandeerd kapitaal. In het laatste geval kan de inschrijver, wanneer zich een kredietgebeurtenis voordoet ten aanzien van de referentie-entiteit, een vergoeding krijgen volgens een recuperatiepercentage („contante betaling”) of in schuldpapier van de in gebreke blijvende entiteit („fysieke afwikkeling”). Zie voor informatie over deze instrumenten Henderson, S. K., „Credit Derivatives”, *Credit Derivatives – Law, Regulation and Accounting Issues*, Sweet & Maxwell, 1999, blz. 1, met name blz. 4, punt 1.005; Bonneau, T., en Drummond, F., *Droit des marchés financiers*, 3e editie, Economica, Parijs, 2010, punt 145, blz. 218, alsook Gauvin, A., *Droit des dérivés de crédit*, Revue banque, Parijs, 2003, blz. 103 en volgende.

9 — Hierna: „memorandum”.

14. Via Redi, die is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk en door de Financial Services Authority (de Britse markttoezichthouder) bevoegd is verklaard voor de uitoefening van financiële-bemiddelingsactiviteiten, zijn deze effecten op 27 oktober 2004 voor een bedrag van 1 100 000 EUR aangekocht door Profit, die in Italië is gevestigd, en voor een bedrag van 1 200 000 EUR door Profit Holding, de eveneens in Italië gevestigde moedermaatschappij van Profit.

15. Toen E3 in het voorjaar van 2006 in gebreke bleef, gaf Commerzbank kennis van deze gebeurtenis en ging zij op 5 juli 2006 over tot vereffening van de CLN door aan Profit het overeenkomstige aantal effecten van de insolvent geworden entiteit E3 te leveren.

16. Nadat Profit in staat van gedwongen administratieve liquidatie was gesteld, maakte deze onderneming voor het Tribunale di Milano (Italië) een zaak aanhangig tegen Commerzbank, Profit Holding, Redi en E3, alsook tegen Ossi en Magli, lid van de raad van bestuur respectievelijk algemeen directeur van Profit, en tegen Fiore, vennoot van E3, alle drie woonachtig in Italië.

17. Profit heeft twee vorderingen geformuleerd. De eerste strekt tot nietigverklaring van de overeenkomsten die hebben geleid tot het aankopen van de CLN, wegens onevenwichtigheid van de overeenkomst, het ontbreken van een oorzaak of de ontoereikendheid van de oorzaak, alsook tot terugbetaling van de betaalde bedragen. De tweede vordering strekt ertoe Profit Holding, Redi, Ossi, Magli en Fiore aansprakelijk te doen stellen op grond van artikel 2497 van het Italiaanse burgerlijk wetboek¹⁰ en schadevergoeding van hen te verkrijgen.

18. Commerzbank heeft F. Redi, vennoot van Redi, en Mirone, die had bijgedragen tot het opzetten en uitvoeren van de transactie voor rekening van Redi en in het Verenigd Koninkrijk woont, in het geding geroepen, opdat zij veroordeeld zouden worden tot het vergoeden van de schade indien de hoofdvordering van Profit zou worden toegewezen.

19. Commerzbank, Ossi en Mirone hebben de bevoegdheid van de Italiaanse rechter aangevochten. Daarop heeft Profit de Corte suprema di cassazione (het Italiaanse hof van cassatie) verzocht om een voorlopige uitspraak te doen met betrekking tot de bevoegdheidskwestie.

20. Aangezien de Corte suprema di cassazione twijfels koestert over de uitlegging van artikel 5, punt 1, artikel 6, punt 1 en artikel 23, lid 1, onder a), van verordening nr. 44/2001, heeft zij de zaak geschorst en aan het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „1) Is er sprake van de in artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001 bedoelde band tussen verschillende zaken, wanneer het onderwerp van de met twee beroepen ingestelde vorderingen alsook de grond waarop deze zijn ingesteld, verschilt, en er tussen die vorderingen uit logisch-juridisch oogpunt geen verhouding van ondergeschiktheid of geen onverenigbaarheid bestaat, maar de eventuele toewijzing van één van die vorderingen feitelijk van invloed kan zijn op de omvang van het belang ter bescherming waarvan de andere vordering is ingesteld?
- 2) Is voldaan aan de voorwaarde van artikel 23, lid 1, onder a), van verordening nr. 44/2001 dat het beding tot aanwijzing van het bevoegde gerecht een schriftelijk beding is, wanneer een dergelijk beding is opgenomen in het [memorandum] dat eenzijdig is opgesteld door de emittent van een obligatielening, zodat het aangewezen gerecht ook bevoegd is voor geschillen over de geldigheid van die obligaties waarbij toekomstige kopers betrokken zijn? Zo neen, strookt het met de gewoonten van de internationale handel in de zin van artikel 23, lid 1, onder c), van die verordening, om een dergelijk beding op te nemen in de voorwaarden van een obligatielening die grensoverschrijdend zal worden verhandeld?

10 — Dit artikel heeft betrekking op de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij in geval van schending van de beginselen van goed bestuur.

- 3) Moet het begrip „verbintenissen uit overeenkomst” in artikel 5, punt 1, van die verordening aldus worden opgevat dat het enkel betrekking heeft op geschillen waarin een partij zich in rechte beroept op de rechtsbetrekking die op grond van de overeenkomst is ontstaan en op geschillen die nauw verband houden met deze betrekking, of ziet het ook op geschillen waarin de verzoekende partij zich niet op de overeenkomst beroept, maar integendeel het bestaan van een rechtsgeldige contractuele band betwist en terugbetaling beoogt te verkrijgen van de bedragen die zijn voldaan op grond van een document dat volgens haar geen rechtskracht heeft?”

III – Beoordeling

A – Inleidende opmerkingen

1. Uitlegging van de bepalingen van verordening nr. 44/2001

21. Eerst dienen drie regels in herinnering te worden gebracht die het uitgangspunt vormen bij de uitlegging van de bepalingen van verordening nr. 44/2001.

22. Ten eerste, voor zover verordening nr. 44/2001 in de betrekkingen tussen de lidstaten in de plaats is getreden van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken¹¹, zoals gewijzigd bij de achtereenvolgende verdragen betreffende de toetreding van de nieuwe lidstaten tot dat verdrag¹², geldt de door het Hof gegeven uitlegging met betrekking tot de in dit verdrag neergelegde bepalingen ook voor die van verordening nr. 44/2001, wanneer de bepalingen van deze instrumenten als gelijkwaardig kunnen worden aangemerkt.¹³ Dit is het geval voor de artikelen 5, punt 1, onder a) en 23, lid 1, van deze verordening, die respectievelijk overeenstemmen met de artikelen 5, punt 1, en 17, eerste volzin, van het Executieverdrag.¹⁴ Artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001 heeft geen equivalent in het Executieverdrag, maar legt louter een beginsel vast dat het Hof heeft afgeleid uit artikel 6, punt 1, van dat verdrag¹⁵, zodat de eerdere uitlegging van het Hof volledig relevant blijft.

23. Ten tweede heeft het Hof, met name om een uniforme toepassing van verordening nr. 44/2001 te waarborgen, geoordeeld dat de bepalingen van deze verordening autonoom moeten worden uitgelegd, aan de hand van de systematiek en de doelstellingen ervan.¹⁶

24. Ten derde heeft het Hof geoordeeld dat aan de bijzondere bevoegdheden die zijn vervat in hoofdstuk II, afdeling 2, van verordening nr. 44/2001 een strikte uitlegging moet worden gegeven, die niet verder mag gaan dan de in deze verordening uitdrukkelijk bedoelde gevallen.¹⁷ Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat de voorwaarden voor de geldigheid van bedingen tot aanwijzing van een bevoegde rechter strikt moeten worden uitgelegd, voor zover deze bedingen afwijken van de algemene bevoegdheidsregels.¹⁸

11 — PB 1972, L 299, blz. 32.

12 — Hierna: „Executieverdrag”.

13 — Zie de arresten Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62, punt 18 en aangehaalde rechtspraak) en Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, punt 19 en aangehaalde rechtspraak).

14 — Zie voor artikel 5, punt 1, onder a), van verordening nr. 44/2001 arrest Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, punt 19), en voor artikel 23, lid 1, van die verordening arrest Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62, punt 19).

15 — Zie arrest Kalfelis (189/87, EU:C:1988:459).

16 — Zie arrest A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 — Zie arrest Kainz (C-45/13, EU:C:2014:7, punten 21 en 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie eveneens arrest OTP Bank (C-519/12, EU:C:2013:674, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 — Zie in die zin arrest Berghoefer (221/84, EU:C:1985:337, punt 13 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25. Bij de beantwoording van de door de verwijzende rechter gestelde vragen zal ik uitgaan van deze uitleggingsregels.

2. Volgorde waarin de vragen worden onderzocht

26. De verwijzende rechter twijfelt er niet aan dat de Italiaanse rechter bevoegd is voor de behandeling van de aansprakelijkheidsvordering tegen Profit Holding, Redi, Ossi, Magli en Fiore, aangezien meerdere van de verweerders in deze zaak in Italië wonen. De verwijzende rechter is er evenwel minder zeker van dat de Italiaanse rechter bevoegd is voor de behandeling van de vordering tot nietigverklaring van de rechtshandelingen die hebben geleid tot de aankoop van de CLN en tot terugbetaling van de betaalde prijs, voor zover deze vordering, gezien het onderwerp ervan, beschouwd moet worden als zijnde uitsluitend gericht tegen Commerzbank en Redi, die beide hun zetel buiten Italië hebben.

27. Volgens de verwijzende rechter hangt het antwoord op deze vraag er in de eerste plaats van af of er tussen beide vorderingen een nauwe band bestaat in de zin van artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001, welke band, indien aanwezig, zou inhouden dat de Italiaanse rechter, die bevoegd is tot kennisneming van de vordering tot schadevergoeding, eveneens bevoegd is om zich uit te spreken over de vordering tot terugbetaling van de prijs voortvloeiende uit de vermeende nietigheid van de transacties.

28. Slechts indien het antwoord van het Hof zou inhouden dat er geen sprake is van een dergelijke band die het gezamenlijk behandelen van de twee vorderingen rechtvaardigt, zou subsidiair onderzocht moeten worden of de vordering tot terugbetaling van het aankoopbedrag van de CLN op zich kan worden geacht onder de bevoegdheid van de Italiaanse rechter te vallen. De Corte suprema di cassazione stelt voor om dit onderzoek in twee stappen te verrichten. Eerst zou onderzocht moeten worden welke waarde moet worden toegekend aan het forumkeuzebeding in het memorandum. Indien zou worden vastgesteld dat dit beding geen rechtskracht heeft, zou vervolgens onderzocht moeten worden of een geschil waarin de eiser het bestaan van een geldige overeenkomst betwist en terugbetaling eist van het geld dat is betaald op grond van de rechtshandeling die volgens hem geen rechtskracht bezit, betrekking heeft op een „verbintenis uit overeenkomst” in de zin van artikel 5, punt 1, van verordening nr. 44/2001.

29. Naar mijn mening moet eerst de tweede vraag worden onderzocht, voor zover deze betrekking heeft op een exclusieve bevoegdheid, voordat kan worden ingegaan op de eerste en de derde vraag van de verwijzende rechter, die betrekking hebben op een facultatieve bevoegdheid. In dit verband blijkt uit de rechtspraak dat het forumkeuzebeding tot gevolg heeft dat zowel de uit het algemene beginsel van artikel 2 van verordening nr. 44/2001 voortvloeiende bevoegdheid als de bijzondere bevoegdheden van de artikelen 5 en 6 van deze verordening worden uitgesloten.¹⁹ Als de verwijzende rechter op grond van het antwoord op de tweede vraag tot de conclusie komt dat het forumkeuzebeding in het memorandum aan Profit kan worden tegengeworpen, zou hij zich dus noodzakelijkerwijs onbevoegd moeten verklaren om uitspraak te doen over de vordering tot nietigverklaring en terugbetaling van het aankoopbedrag, die aanhangig gemaakt zou moeten worden bij de Engelse rechter, zelfs al had deze vordering betrekking op een verbintenis uit overeenkomst of bestond er een nauwe band met de aansprakelijkheidsvordering.

19 — Zie in die zin arrest MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30. De omstandigheid dat de vordering met name strekt tot nietigverklaring van de transacties waarbij Profit de CLN heeft gekocht, doet geen afbreuk aan de voorgaande overwegingen, aangezien het gerecht van een verdragsluitende staat dat bij overeenkomst bevoegd is verklaard, op grond van het beginsel van de autonome werking van dat beding ook bij uitsluiting bevoegd is wanneer de rechtsvordering ertoe strekt, de nietigheid te doen vaststellen van de overeenkomst waarin dat beding is opgenomen.²⁰

31. In tegenstelling tot de Europese Commissie denk ik bovendien niet dat het nodig is om te onderzoeken of de vordering tot terugbetaling betrekking heeft op een „verbintenis uit overeenkomst” in de zin van artikel 5, punt 1, van verordening nr. 44/2001, alvorens de geldigheid en de werking van het forumkeuzebeding te analyseren.

32. Het is wel juist dat het Hof, om te bepalen of degene aan wie men een forumkeuzebeding zoals bedoeld in artikel 23 van verordening nr. 44/2001 tegenwerpt, met dat beding heeft ingestemd, uitgaat van de algemene en abstracte definitie van verbintenissen uit overeenkomst zoals deze is uitgewerkt in het kader van de uitlegging van artikel 5, punt 1, van deze verordening, voor zover het onderzoekt of er sprake is van een door een persoon tegenover een andere persoon vrijwillig aangegane verbintenis.²¹

33. Het bestaan van een zekere overlapping die voortkomt uit een gemeenschappelijk vereiste dat er een contractuele verhouding bestaat, houdt mijns inziens echter niet in dat de derde vraag vooraf moet worden beantwoord. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt namelijk dat deze vraag niet bedoeld is om twijfel van de Corte suprema di cassazione weg te nemen over het bestaan van een uit een overeenkomst voortvloeiende rechtsverhouding, waarvan wordt uitgegaan²², ook al is dit uitgangspunt vatbaar voor discussie, maar uitsluitend over de vraag of de vordering in kwestie buiten de contractuele sfeer valt doordat de eiser niet de uitvoering, maar de nietigverklaring van de overeenkomst vordert, alsook terugbetaling van de betaalde prijs.

34. Ik begin dus met het onderzoek van de tweede vraag, met betrekking tot de werking van het forumkeuzebeding in het memorandum.

35. Daar de verwijzende rechter uitgaat van de premisse dat Redi is opgetreden als „distributeur” die de door Commerzbank uitgegeven CLN aan Profit „heeft verkocht”, moet naar mijn mening onderscheid worden gemaakt tussen de verhouding tussen Redi en Profit enerzijds en die tussen Profit en Commerzbank anderzijds.

B – Tweede vraag

36. Met de tweede vraag, die tweeledig is, maar in drie delen moet worden opgesplitst, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, ten eerste, of is voldaan aan het vereiste van een geschrift zoals vervat in artikel 23, lid 1, onder a), van verordening nr. 44/2001, indien een prospectus voor de uitgifte van effecten zoals de CLN die in hoofdgeding aan de orde zijn, een forumkeuzebeding bevat dat eenzijdig door de emittent van deze effecten is opgesteld, ten tweede, of dit beding kan worden tegengeworpen aan iedere inschrijver op deze effecten, en tot slot, indien het antwoord op de eerste twee vragen ontkennend is, of het opnemen van een forumkeuzebeding in een dergelijk document overeenkomt met een gewoonte in de internationale handel in de zin van artikel 23, lid 1, onder c), van verordening nr. 44/2001.

20 — Zie in die zin arrest Benincasa (C-269/95, EU:C:1997:337, punt 32).

21 — Zie in die zin arrest Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62).

22 — Dit blijkt uit de vraagstelling, aangezien hierin wordt uitgegaan van het bestaan van een overeenkomst waarvan de rechtskracht wordt betwist.

37. Deze driedeling van de vraag is nodig, aangezien het eerste deel in mijn ogen uitsluitend betrekking heeft op de geldigheid van het forumkeuzebeding in de verhoudingen tussen de partijen bij de overeenkomst waarin het beding is opgenomen, terwijl het tweede deel betrekking heeft op de mate waarin dit beding ook kan gelden voor opeenvolgende kopers van de effecten. Het derde deel van de vraag omvat beide aspecten en richt zich meer in het algemeen op de werking van het beding ten opzichte van kopers of latere verkrijgers van de effecten.

1. Eerste deel van de tweede vraag

38. De rechtspraak heeft de vormvereisten van artikel 17, eerste alinea, onder a), van het Executieverdrag, en vervolgens van artikel 23, lid 1, onder a), van verordening nr. 44/2001, die de geldigheid van het forumkeuzebeding laten afhangen van het bestaan van „een schriftelijke overeenkomst of [...] een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst”, steeds strikt uitgelegd.

39. Het Hof heeft geoordeeld dat, wanneer een clausule tot aanwijzing van de bevoegde rechter is vervat in de op de achterzijde van een contract afgedrukte algemene verkoopvoorwaarden van een der partijen, slechts is voldaan aan het vereiste van een geschrift, indien het door beide partijen ondertekende contract uitdrukkelijk naar deze algemene voorwaarden verwijst.²³

40. In het geval van een mondeling gesloten overeenkomst heeft het Hof geoordeeld dat, uitgezonderd gevallen waarin er tussen partijen sprake is van lopende handelsbetrekkingen, de clausule tot aanwijzing van de bevoegde rechter slechts rechtskracht heeft indien de schriftelijke bevestiging van de verkoper waarbij diens algemene verkoopvoorwaarden zijn gevoegd, door de koper schriftelijk is aanvaard.²⁴

41. Het Hof heeft, uitsluitend vanuit het oogpunt dat er wilsovereenstemming over de forumkeuze moet bestaan, met betrekking tot artikel 17, eerste lid, Executieverdrag geoordeeld dat deze bepaling, voor zover zij de geldigheid van een forumkeuzebeding afhankelijk stelt van het bestaan van een „overeenkomst” tussen partijen, de geadieerde rechter verplicht te onderzoeken of de clausule daadwerkelijk het voorwerp is geweest van een wilsovereenstemming tussen partijen, die duidelijk en nauwkeurig tot uiting moet komen.²⁵ Overeenkomstig zijn teleologische uitleggingsmethode heeft het Hof geoordeeld dat „[a]rtikel 23, lid 1, van [...] verordening [nr. 44/2001] derhalve aldus [dient] te worden uitgelegd dat, zoals reeds het geval was met de doelstelling van artikel 17, eerste alinea, van het Executieverdrag, de daadwerkelijke instemming van de belanghebbenden een van de doelstellingen van die bepaling is”.²⁶

42. Uit deze rechtspraak blijkt dus duidelijk dat instemming met het forumkeuzebeding niet louter stilzwijgend kan zijn of uit de omstandigheden kan worden afgeleid. Integendeel, behoudens de in artikel 23, lid 1, onder b) en c), van verordening nr. 44/2001 bedoelde gevallen is de geldigheid van een dergelijk beding afhankelijk van een expliciete instemming die tot uitdrukking komt door het gebruik van een van de formele uitdrukkingswijzen bepaald in artikel 23, lid 1, onder a) en lid 2, van deze verordening.

43. Deze vormvereisten kunnen strikt lijken, maar zijn in mijn ogen gerechtvaardigd aangezien de zwakste partij bij de overeenkomst hiermee beschermd kan worden tegen het risico van de opname van een forumkeuzebeding waar zijn aandacht onvoldoende duidelijk op is gevestigd.²⁷

23 — Arrest *Estasis Saloti di Colzani* (24/76, EU:C:1976:177, punt 10).

24 — Arrest *Galleries Segoura* (25/76, EU:C:1976:178, punt 12).

25 — Zie arresten *Coreck* (C-387/98, EU:C:2000:606, punt 13 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en *Refcomp* (C-543/10, EU:C:2013:62, punt 27).

26 — Arrest *Refcomp* (C-543/10, EU:C:2013:62, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 — Zie in die zin arrest *MSG* (C-106/95, EU:C:1997:70, punt 17).

44. Gezien de genoemde vereisten, zoals uitgelegd door vaste rechtspraak, kan het antwoord op de vraag van de verwijzende rechter slechts ontkennend zijn. Het vereiste van een geschrift kan niet vervuld worden geacht als het forumkeuzebeding slechts is opgenomen in een eenzijdig door de emittent van de CLN opgesteld memorandum.

45. Zoals ook de Commissie opmerkt, had de conclusie echter anders kunnen luiden indien was vastgesteld dat over het bewuste beding overeenstemming bestond op het moment van de sluiting van de overeenkomst tussen Profit en Redi. Naar mijn mening zou de uitdrukkelijke aanvaarding van het beding door Profit kunnen blijken uit de opname ervan in de overeenkomst of door een uitdrukkelijke verwijzing naar het memorandum. Blijkens de verwijzingsbeslissing zijn de voorwaarden van het memorandum echter blijkbaar niet uitdrukkelijk opgenomen in de door de kopers van de CLN ondertekende contractuele documenten.

46. Ik geef het Hof zodoende in overweging om op het eerste deel van de tweede vraag te antwoorden dat bij opname van een forumkeuzebeding in de prospectus voor de uitgifte van effecten zoals de CLN die in het hoofdgeding aan de orde zijn, slechts voldaan is aan het in artikel 23, lid 1, onder a), van verordening nr. 44/2001 geformuleerde formele vereiste van een geschrift indien de door de partijen ondertekende overeenkomst vermeldt dat dit beding is aanvaard of uitdrukkelijk naar deze prospectus verwijst.

2. Tweede deel van de tweede vraag

47. Op de vraag of, in het kader van een aansprakelijkheidsvordering van de latere verkrijger van een goed tegen de fabrikant ervan, het forumkeuzebeding in de tussen de fabrikant en de koper gesloten overeenkomst aan de latere verkrijger kan worden tegengeworpen, heeft het Hof in het arrest *Refcomp*²⁸ een zeer helder antwoord gegeven, in die zin dat een dergelijk beding geen rechtsgevolgen heeft voor de latere verkrijger indien deze er niet mee heeft ingestemd. Op grond van de vaststelling dat er geen contractuele band bestond tussen de latere verkrijger en de fabrikant, heeft het Hof erop gewezen dat „zij niet [konden] worden geacht in de oorspronkelijke overeenkomst tussen de fabrikant en de eerste verkrijger een bevoegd gerecht te hebben ‚aangewezen’ in de zin van artikel 23, lid 1, van [verordening nr. 44/2001]”.²⁹

48. In het arrest *Powell Duffryn*³⁰ heeft het Hof echter vastgesteld dat een in de statuten van een naamloze vennootschap opgenomen clause tegengeworpen kan worden aan toekomstige aandeelhouders, aangezien de aanvaarding door de aandeelhouder van de statuten van de vennootschap zowel tussen aandeelhouder en vennootschap als tussen de aandeelhouders onderling een betrekking tot stand brengt die als contractueel beschouwd moet worden.³¹ In het arrest *Russ*³² heeft het Hof inzake zeevervoer eveneens vastgesteld dat een beding in een cognossement kan worden tegengeworpen aan een derde-houder, aangezien deze volgens het toepasselijke nationale recht de inlader in diens rechten en verplichtingen opvolgt.³³

49. Moet gezien deze rechtspraak worden aangenomen dat het forumkeuzebeding in het memorandum overeenkomstig het model van de vennootschapsstatuten of het maritieme cognossement ook geldt voor opeenvolgende verkrijgers van de CLN, of moet dit daarentegen worden uitgesloten indien er geen contractuele band bestaat tussen de emittent van de effecten en de latere verkrijger ervan?

28 — C-543/10, EU:C:2013:62.

29 — Punt 33.

30 — C-214/89, EU:C:1992:115.

31 — Punten 15-17.

32 — 71/83, EU:C:1984:217.

33 — Punten 24-26. Deze rechtspraak is bevestigd in het arrest *Coreck* (C-387/98, EU:C:2000:606, punten 23-27).

50. Mijns inziens is het tweede antwoord juist.

51. Het in vaste rechtspraak bevestigde beginsel dat voor de werking van een forumkeuzebeding instemming van de belanghebbenden noodzakelijk is, leidt volgens mij onontkoombaar tot deze oplossing. Aangezien er geen contractuele band bestaat tussen Profit en Commerzbank omdat zij geen wederzijdse contractuele verplichtingen zijn aangegaan, moet worden geconcludeerd dat zij geen bevoegd gerecht zijn overeengekomen in de zin van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 44/2001.³⁴

52. Het argument van de regering van het Verenigd Koninkrijk dat Commerzbank heeft aanvaard gebonden te zijn door de uitgiftevoorwaarden in het memorandum lijkt mij naast de kwestie. De vraag is namelijk niet of Profit het beding aan Commerzbank kan tegenwerpen, maar of die bank het beding aan Profit kan tegenwerpen. Ook het argument van diezelfde regering dat Profit geacht moet worden te hebben ingestemd met het forumkeuzebeding door de effecten te kopen, lijkt mij niet juist. De instemming moet namelijk uitdrukkelijk worden gegeven en kan niet worden afgeleid uit de aankoop van effecten.

53. Bovendien denk ik, in tegenstelling tot Commerzbank, niet dat de werking van het beding tegen derde verkrijgers kan worden afgeleid uit de regel dat een belegger met de aankoop van schuldpapier op zowel de primaire als de secundaire markt per definitie uitdrukking geeft aan zijn wens om alle uitgiftevoorwaarden volledig en onvoorwaardelijk te aanvaarden. Deze analyse gaat immers voorbij aan het specifieke karakter van het forumkeuzebeding, waarop bijzondere regels van toepassing zijn die inhouden dat degene tegen wie het wordt tegengeworpen ermee moeten hebben ingestemd.

54. Ik ben me ervan bewust dat het Hof zich minder streng heeft opgesteld in het bijzondere geval van het maritieme cognossement en de vennootschapsovereenkomst. Het Hof heeft in het arrest Refcomp³⁵ de reikwijdte van zijn rechtspraak echter ingeperkt, door aan te geven dat deze beoordeeld moet worden tegen de achtergrond van de bijzondere kenmerken van het cognossement, dat een instrument in de internationale handel is dat bedoeld is voor het regelen van een betrekking tussen ten minste drie personen, alsook een verhandelbare titel waarmee de eigenaar de goederen tijdens het vervoer kan overdragen aan een koper, die in alle rechten en verplichtingen van de inlander ten opzichte van de vervoerder treedt.³⁶

55. Deze rechtspraak is gebaseerd op een analyse van de vervoersovereenkomst als tripartiete overeenkomst, die mijns inziens niet kan worden toegepast op de uitgifte van effecten zoals de CLN die in het hoofdging aan de orde zijn, die behoren tot de categorie schuldpapier. De oplossing waarvoor is gekozen in het geval van de aandeelhouder van een vennootschap kan evenmin worden toegepast op de houder van schuldpapier die, in tegenstelling tot een aandeelhouder, die houder is van een recht op het kapitaal van de vennootschap, niet beschikt over een schuldvordering. De uitzondering inzake vennootschappen wordt hierdoor verklaard dat de personen die zich aansluiten bij de rechtspersoon door aandelen te kopen, partij worden bij de overeenkomst tot oprichting van die rechtspersoon. Deze rechtvaardiging ontbreekt bij de aankoop van effecten zoals de CLN die in het hoofdging aan de orde zijn.

56. Om deze redenen luidt mijn antwoord op het tweede deel van de tweede vraag dat artikel 23 van verordening nr. 44/2001 in die zin moet worden uitgelegd dat een forumkeuzebeding in een informatief document dat eenzijdig is opgesteld door de emittent van financiële instrumenten, slechts kan worden tegengeworpen aan een derde die deze instrumenten heeft verworven van een financiële tussenpersoon, indien is vastgesteld dat deze derde daadwerkelijk met dit beding heeft ingestemd onder de in dat artikel gestelde voorwaarden.

34 — Zie in die zin arrest Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37), gewezen in de specifieke context van de aankoop van certificaten aan toonder.

35 — C-543/10, EU:C:2013:62.

36 — Punt 35.

3. Derde deel van de tweede vraag

57. Het derde deel van de tweede vraag brengt mijns inziens geen bijzondere moeilijkheden met zich mee, aangezien het antwoord reeds grotendeels in de rechtspraak van het Hof te vinden is.

58. Wat betreft de draagwijdte van de vaststelling van het bestaan van een door de partijen gekende gewoonte in de internationale handel heeft het Hof geoordeeld dat de partijen bij de overeenkomst worden vermoed met het forumkeuzebeding in te stemmen wanneer hun handelwijze overeenkomt met een gewoonte die geldt in de branche van internationale handel waarin zij werkzaam zijn, en zij dat gebruik kennen of geacht worden te kennen.³⁷ Het bestaan van een gewoonte die de partijen geacht worden te kennen geldt dus als vermoeden van instemming met het forumkeuzebeding. Het Hof heeft met betrekking tot de vaststelling van het bestaan van een gewoonte eveneens geoordeeld dat het aan de nationale rechter is om te beoordelen of de betrokken overeenkomst in het kader van de internationale handel is gesloten, en om te verifiëren of er een gewoonte bestaat in de branche van de internationale handel waarin de betrokken partijen werkzaam zijn.³⁸

59. Het Hof heeft de nationale rechter echter algemene richtlijnen gegeven over de wijze waarop dient te worden vastgesteld of een gewoonte bestaat en of de partijen daarvan kennis hebben.

60. Om te beginnen staat het bestaan van een gewoonte, dat dient te worden vastgesteld in de handelsbranche waarin de partijen bij de overeenkomst werkzaam zijn, vast wanneer de marktdeelnemers in deze branche bij het sluiten van een bepaald soort overeenkomsten doorgaans en regelmatig een bepaalde handelwijze volgen.³⁹

61. Voorts kan met name worden vastgesteld dat de partijen bij de overeenkomst daadwerkelijk of „vermoedelijk” kennis hadden van een gewoonte wanneer wordt aangetoond dat de partijen tevoren reeds onderling of met andere in de betrokken sector werkzame partijen handelsbetrekkingen hadden aangeknoopt, dan wel dat in deze sector een bepaalde handelwijze voldoende bekend is om als een vaste praktijk te kunnen worden beschouwd, doordat zij doorgaans en regelmatig wordt gevolgd bij het sluiten van een bepaald soort overeenkomsten.⁴⁰ In tegenstelling tot wat de Commissie ter terechtzitting te verstaan heeft gegeven, blijkt dus duidelijk uit deze rechtspraak dat de bekendheid met de gewoonte niet bewezen hoeft te worden, aangezien deze kan worden vermoed indien is aangetoond dat de partij aan wie de gewoonte wordt tegengeworpen, „geacht” wordt deze te kennen.

62. Uit de toepassing van deze regels volgt dat het antwoord op het derde deel van de tweede vraag luidt dat het opnemen van een forumkeuzebeding in het document dat is bedoeld om de uitgiftevoorwaarden voor effecten zoals de CLN die in het hoofdgeding aan de orde zijn, beschouwd kan worden als een vorm die is toegestaan door een gewoonte van de internationale handel in de zin van artikel 23, lid 1, onder c), van verordening nr. 44/2001. Hierdoor kan het vermoeden gelden dat degene tegen wie het beding wordt tegengeworpen ermee heeft ingestemd. Voorwaarde hiervoor is echter dat met name is vastgesteld dat de marktdeelnemers in de betrokken branche doorgaans en regelmatig een dergelijke handelwijze volgen bij het sluiten van het bewuste type overeenkomsten en dat de partijen voorheen duurzame handelsbetrekkingen onderhielden met elkaar of met andere marktdeelnemers in de betrokken branche, dan wel dat de handelwijze in kwestie voldoende bekend is om als een vaste praktijk te kunnen worden beschouwd. Het staat aan de nationale rechter om dit na te gaan.

37 — Zie arresten MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, punt 19) en Castelletti (C-159/97, EU:C:1999:142, punt 21).

38 — Ibidem (respectievelijk punten 21 en 23).

39 — Ibidem (respectievelijk punten 23 en 26).

40 — Zie het arrest MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, punt 24).

C – Derde vraag

63. De derde vraag van de verwijzende rechter gaat er in hoofdzaak om of een vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst en tot terugbetaling van op grond van de nietige rechtshandeling betaalde bedragen geacht moet worden betrekking te hebben op verbintenissen uit overeenkomst in de zin van artikel 5, punt 1, onder a), van verordening nr. 44/2001.

64. De mogelijkheid dat de vordering van Profit tegen Commerzbank van contractuele aard is sluit ik direct uit, aangezien de vordering die eerstgenoemde tegen laatstgenoemde heeft ingesteld bij ontbreken van enige contractuele band tussen beide niet kan worden geacht van „contractuele” aard te zijn, ongeacht het doel van die vordering. De vraag rijst dus in mijn ogen uitsluitend in de verhouding tussen Profit en Redi.

65. Voor de analyse van deze vraag moet een overzicht van de relevante rechtspraak worden gegeven.

66. In het arrest Sanders⁴¹, dat betrekking heeft op de bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat waar een onroerend goed zich bevindt, inzake de huur van dit goed, heeft het Hof geoordeeld dat de gerechten van die lidstaat ook bij uitsluiting bevoegd zijn indien het bestaan van de in geding zijnde overeenkomst wordt betwist.⁴²

67. Bovendien heeft het Hof er in het arrest Effer⁴³, naar aanleiding van een verzoek om een prejudiciële beslissing die in hoofdzaak betrekking had op de vraag of de bijzondere bevoegdheid inzake verbintenissen uit overeenkomst ook van toepassing is indien de verweerder een exceptie van onbevoegdheid opwerpt tegen een vordering tot nakoming van een contractuele verplichting, op gewezen dat „de bevoegdheid van de nationale rechter om uitspraak te doen over vragen betreffende een overeenkomst ook de bevoegdheid omvat, het bestaan van de aan de overeenkomst zelf ten grondslag liggende elementen te beoordelen, daar zulks onontbeerlijk is om de geadieerde nationale rechter in staat te stellen zijn bevoegdheid [...] te toetsen”.⁴⁴ Het Hof leidt hieruit af dat „eiser zich [...] ook tot het gerecht van de plaats van uitvoering van de overeenkomst kan wenden, wanneer de totstandkoming van de overeenkomst waarop de vordering is gebaseerd, tussen partijen in geschil is”.⁴⁵

68. De eerste vraag is of deze oplossing, waarvoor wordt gekozen in het geval dat het bestaan van de overeenkomst wordt bestreden in het kader van het verweer tegen een vordering tot nakoming ervan, toegepast kan worden wanneer er sprake is van een primaire vordering tot nietigverklaring van de overeenkomst.

69. Als de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, luidt de tweede vraag of de rechter die onderzoekt of de overeenkomst nietig is, eveneens bevoegd is om uitspraak te doen over de gevolgen van deze nietigheid, en met name over de terugbetaling naar aanleiding van deze uitspraak.

70. Ik stel voor om de eerste vraag bevestigend te beantwoorden. Daarvoor kunnen vijf argumenten worden aangedragen.

41 — 73/77, EU:C:1977:208.

42 — Punt 22, waarbij wel moet worden opgemerkt dat het antwoord in dat punt wordt afgeleid uit de uitdrukkelijke bewoordingen van artikel 16 van het Executieverdrag.

43 — 38/81, EU:C:1982:79.

44 — Punt 7.

45 — Punt 8.

71. Een theoretisch argument is ten eerste dat de nietigheid een sanctie is voor het overtreden van de regels voor de totstandkoming van een overeenkomst.⁴⁶ Een vordering tot nietigverklaring, die berust op een overtreding van deze regels, die betrekking hebben op verbintenissen uit overeenkomst, staat wel degelijk in verband met een overeenkomst, ook al strekt zij tot nietigverklaring en niet tot uitvoering ervan. Volgens de bewoordingen van een rechtsgeleerde is „een geding over de geldigheid van een overeenkomst altijd een geding „ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst””.⁴⁷

72. Ten tweede kan een ander theoretisch argument worden gevonden in het beginsel dat iedere geadieerde rechter bevoegd is om uitspraak te doen over zijn eigen bevoegdheid. Het komt vaak voor dat de bevoegdheid slechts kan worden vastgesteld aan de hand van een voorafgaande analyse van inhoudelijke vraagstukken, waaronder die over het bestaan of de geldigheid van een overeenkomst. Indien de rechter waarvoor een bevoegdheidskwestie is opgeworpen de mogelijkheid wordt onthouden om zich over die kwestie uit te spreken, wordt hij in feite verhinderd om uitspraak te doen over zijn bevoegdheid. Dit is overigens ook het argument waarnaar het Hof verwijst met zijn opmerking in het arrest Effer⁴⁸ dat de beoordeling van „het bestaan van de aan de overeenkomst zelf ten grondslag liggende elementen”⁴⁹ „onontbeerlijk is om de geadieerde nationale rechter in staat te stellen zijn bevoegdheid [...] te toetsen”.⁵⁰ In dit opzicht is het onbelangrijk of de nietigheid in de eis of in het verweer wordt aangevoerd.

73. Ten derde kan er mutatis mutandis een argument worden afgeleid uit artikel 10, lid 1, van verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I)⁵¹. Volgens deze bepaling, die het toepassingsgebied van het op de overeenkomst toepasselijke recht aangeeft, worden het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst of van een bepaling daarvan beheerst door het recht dat ingevolge deze verordening toepasselijk zou zijn indien de overeenkomst of de bepaling geldig zou zijn. Als de geldigheidsvoorwaarden van de overeenkomst dus niet volgens een bijzondere aanknoping worden bepaald maar volgens het op de overeenkomst toepasselijke recht, is het logisch om naar analogie daarvan te oordelen dat een vordering tot nietigverklaring, die erop gericht is de niet-inachtneming van deze voorwaarden te doen bestraffen, verband houdt met een verbintenis uit overeenkomst.

74. Ten vierde kan er mijns inziens eveneens mutatis mutandis een argument worden ontleend aan de rechtspraak van het Hof betreffende de bevoegdheid inzake negatief declaratoire vorderingen die ertoe strekken te doen vaststellen dat er geen sprake is van delictuele aansprakelijkheid. In het arrest Folien Fischer en Fofitec⁵² heeft het Hof vastgesteld dat een dergelijke vordering verband houdt met „verbintenissen uit onrechtmatige daad” in de zin van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001. In dat verband heeft het geoordeeld dat geen rekening diende te worden gehouden met het feit dat de in het kader van verbintenissen uit onrechtmatige daad gebruikelijke rollen werden omgekeerd.⁵³ Indien de positieve aansprakelijkheidsvordering en de actio negatoria twee aspecten van dezelfde materie (onrechtmatige daad) vormen, is het dan niet logisch om ook een vordering tot uitvoering en een vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst te beschouwen als twee kanten van dezelfde materie (verbintenissen uit overeenkomst)?

46 — Zie Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, 9e ed., PUF, Parijs, 2011, waarin nietigheid wordt gedefinieerd als de „sanctie tegen een rechtshandeling [...] die door een vormfout [...] of een inhoudelijke onregelmatigheid wordt aangetast [...], die bestaat in het ongedaan maken van de handeling”.

47 — Zie noot van Huet, A., *Revue critique de droit international privé*, Dalloz, Parijs, deel nr. 2, 1982, blz. 383, in het bijzonder blz. 398.

48 — 38/81, EU:C:1982:79.

49 — Punt 7.

50 — Idem.

51 — PB L 177, blz. 6, met rectificatie in PB 2009, L 309, blz. 87.

52 — C-133/11, EU:C:2012:664.

53 — Punten 43 en 44. Zie in die zin eveneens het arrest Tatry (C-406/92, EU:C:1994:400), waarin het Hof oordeelt dat een vordering die ertoe strekt te doen verklaren dat de verweerder aansprakelijk is voor een bepaalde schade, en hem tot betaling van schadevergoeding te doen veroordelen, op dezelfde oorzaak berust en hetzelfde onderwerp betreft als een eerdere vordering van deze verweerder, die ertoe strekte te doen verklaren dat hij niet aansprakelijk is voor deze schade (punt 45).

75. Deze analyse wordt ten vijfde ondersteund door een opportuniteitsargument. Ik zie namelijk geen enkele bijzondere reden om de verzoeker de mogelijkheid te ontnemen om gebruik te maken van de hem verleende mogelijkheid om de bevoegde rechter te kiezen, onder het voorwendsel dat hij niet de uitvoering maar de nietigverklaring van een overeenkomst vordert.

76. Om bovenstaande redenen ben ik van mening dat de eiser die de nietigverklaring van de overeenkomst vordert, gebruik kan maken van de facultatieve bevoegdheidsregel van artikel 5, punt 1, van verordening nr. 44/2001.

77. Ook de tweede vraag, of de rechter uitspraak kan doen over de gevolgen van de nietigverklaring van een overeenkomst, beantwoord ik bevestigend.

78. De eerste reden is theoretisch van aard. Als, zoals ik voorstel, wordt vastgesteld dat het vaststellen van de nietigheid van een overeenkomst verband houdt met verbintenissen uit overeenkomst, moet a fortiori hetzelfde gelden wanneer het gaat om de gevolgen van deze nietigheid. Het recht van een partij op terugbetaling van een prestatie veronderstelt immers dat die partij vooraf de prestatie waarvoor zij terugbetaling wil verkrijgen, op grond van de overeenkomst heeft verricht, zodat het zeker gaat om verbintenissen uit overeenkomst in de autonome betekenis van dit begrip in het kader van verordening nr. 44/2001.

79. Commerzbank is echter van mening dat de vordering tot terugbetaling, die gescheiden en onafhankelijk is van de vordering tot nietigverklaring, niet gebaseerd is op een vrijwillig aangegane contractuele verplichting, omdat zij gegrond is op het ontbreken van een reden voor de inbreng van vermogen en aldus rechtstreeks op de wet is gebaseerd.

80. Ik vind dit argument niet overtuigend. Hier dient namelijk in herinnering te worden gebracht dat het begrip „verbintenis uit overeenkomst” in de zin van artikel 5, punt 1, van verordening nr. 44/2001 autonoom wordt uitgelegd, ongeacht de rechtsgrond van de vordering die door het toepasselijke nationale recht wordt bepaald. Het is zodoende irrelevant of de vordering tot terugbetaling in dat recht een wettelijke grondslag kan hebben. Indien er geen sprake was geweest van een vrij aangegane contractuele band tussen de partijen, was de verplichting niet nagekomen en bestond er geen recht op terugbetaling. Dit oorzakelijke verband tussen het recht op terugbetaling en de contractuele band is voldoende om de vordering tot terugbetaling onder de contractuele sfeer te doen vallen.

81. De tweede reden is van praktische aard. Indien de krachtens artikel 5, punt 1, van verordening nr. 44/2001 geadieerde rechter zich in geval van nietigheid van de overeenkomst ertoe zou moeten beperken zich onbevoegd te verklaren om uitspraak te doen over de grond van de zaak, zou de eiser zich tot een andere rechter moeten wenden om uit die vaststelling de praktische gevolgen te doen trekken. Het splitsen van het geschil tussen twee rechters, waarvan de een de nietigheid vaststelt en de ander de gevolgen daarvan bepaalt, is niet in het belang van een goede rechtsbedeling en ook niet in dat van de rechtzoekende.

82. De derde reden is van analogische aard. Deze reden is ontleend aan artikel 12, lid 1, onder e), van verordening nr. 593/2008, waarin is bepaald dat het krachtens die verordening op de overeenkomst van toepassing zijnde recht met name de gevolgen van de nietigheid van de overeenkomst beheerst. In de lijn van het voorstel van de Britse regering lijkt het ons relevant om een redenering te volgen die overeenstemt met die waarop deze bepaling – die uitgaat van de wens van de Uniewetgever om alle geschillen met betrekking tot een overeenkomst aan één enkel recht te onderwerpen – berust, door te erkennen dat een vordering tot terugbetaling behandeld moet worden door de rechter die zich ook uitsprekt over de overeenkomst, wanneer de eiser ervoor kiest om zijn recht op forumkeuze uit te oefenen.

83. Alvorens het Hof in overweging te geven om de derde vraag van de verwijzende rechter bevestigend te beantwoorden, zal ik echter een praktisch probleem onderzoeken dat in de weg zou kunnen staan aan de toepassing van artikel 5, punt 1, van verordening nr. 44/2001 op de vordering tot nietigverklaring.

84. Dit probleem bestaat hierin dat de rechterlijke bevoegdheid krachtens artikel 5, punt 1, onder a), van verordening nr. 44/2001 wordt bepaald aan de hand van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Bij toepassing van deze bepaling op een vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst ontstaat echter het technische probleem van de vaststelling van de verbintenis die aan deze vordering ten grondslag ligt.

85. Deze vordering kan niet een bepaalde verbintenis als grondslag hebben, aangezien zij ertoe strekt de contractuele band in zijn geheel, met alle bijbehorende verbintenissen, ongedaan te maken. Elk gerecht in het rechtsgebied waarvan een van de verbintenissen uit overeenkomst is uitgevoerd of had moeten worden uitgevoerd, kan dus bevoegd zijn. Daarbij komt dat, indien er bij een koopovereenkomst zoals die van het hoofdgeding een bepaalde verbintenis moet worden aangewezen, getwijfeld kan worden tussen de verplichting tot levering van de verkochte goederen, hetgeen de kenmerkende verbintenis van de overeenkomst is, en de verplichting tot het betalen van de prijs, die de grondslag voor de vordering tot terugbetaling vormt. Zonder aan deze moeilijkheid voorbij te gaan, denk ik dat we kunnen stellen dat in het bijzondere geval van een vordering tot nietigverklaring de aan de vordering ten grondslag liggende verbintenis de kenmerkende verbintenis is.

86. Mijns inziens merkt de verwijzende rechter dan ook terecht op dat, indien wordt vastgesteld dat artikel 5, punt 1, van verordening nr. 44/2001 van toepassing is, ter bepaling van het bevoegde gerecht moet worden vastgesteld waar de door Profit gekochte CLN zijn geleverd of hadden moeten worden geleverd.

87. Om deze uiteenlopende redenen ben ik van mening dat een vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst en tot terugbetaling van op grond van de nietige rechtshandeling betaalde bedragen moet worden geacht betrekking te hebben op verbintenissen uit overeenkomst in de zin van artikel 5, punt 1, onder a), van verordening nr. 44/2001.

D – Eerste vraag

88. De eerste vraag van de verwijzende rechter gaat er in hoofdzaak om of artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001 aldus uitgelegd moet worden dat het voor het bestaan van samenhang tussen twee vorderingen tegen meerdere verweerders voldoende is dat de eventuele gegrondverklaring van de ene vordering een mogelijke weerslag heeft op de omvang van het recht ter bescherming waarvan de andere vordering is ingesteld, zelfs indien de twee vorderingen een verschillend onderwerp en een verschillende rechtsgrond hebben en er tussen deze vorderingen geen verband van ondergeschiktheid of geen onverenigbaarheid bestaat.

89. In concreto bestaat de moeilijkheid voor de Corte suprema di cassazione erin om vast te stellen of er samenhang bestaat tussen de vordering tot nietigverklaring en tot terugbetaling van de prijs, die volgens de Corte uitsluitend is gericht tegen Commerzbank en Redi, die in andere lidstaten dan Italië zijn gevestigd, enerzijds, en de vordering tot schadevergoeding op grond van wanbeheer tegen Profit Holding, anderzijds. Zij onderstreept weliswaar dat de grief tegen deze laatste gegrond kan zijn ongeacht of de koopovereenkomst van de CLN geldig dan wel nietig is, maar zij merkt tegelijkertijd op dat de eventuele gegrondverklaring van de vordering tot terugbetaling van de prijs gevolgen kan hebben voor de beoordeling van de concrete door Profit geleden schade. Zodoende vraagt zij zich af

of de mogelijkheid voor de rechter om zijn bevoegdheid uit te breiden indien er meerdere verweerders zijn afhangt van een zuiver opportuniteitscriterium, namelijk het belang dat één enkel gerechtelijk onderzoek wordt gevoerd en één enkele uitspraak wordt gewezen, dan wel van een strikter criterium, namelijk het risico van logisch en juridisch gezien onverenigbare uitspraken.

90. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Hof al meermalen een standpunt heeft ingenomen over de draagwijdte van de bijzondere bevoegdheidsregel van artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001, die afwijkt van het beginsel van artikel 2 van die verordening dat het gerecht van de woonplaats van de verweerder bevoegd is, door te bepalen dat indien er meer dan één verweerder is, verweerders kunnen worden opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van een hunner, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven.

91. Wat de inhoudelijke beoordeling van de samenhang betreft, dat wil zeggen van het gevaar van onverenigbare beslissingen in geval van afzonderlijke berechting, heeft het Hof geoordeeld dat het aan de nationale rechter is om te beoordelen of dit gevaar bestaat en om daarbij rekening te houden met alle noodzakelijke elementen van het dossier.⁵⁴ Mijns inziens heeft het Hof terecht deze regel geformuleerd, aangezien deze beoordeling afhangt van de bijzondere feitelijke en juridische omstandigheden van elk van de bij de nationale rechter ingestelde vorderingen.

92. Het Hof heeft echter een aantal criteria opgesteld aan de hand waarvan de nationale rechter een beslissing kan nemen.

93. In het arrest *Roche Nederland e.a.*⁵⁵ heeft het Hof geoordeeld dat „beslissingen niet reeds tegenstrijdig [kunnen] worden geacht op grond dat er sprake is van een divergentie in de beslechting van het geschil. Voor tegenstrijdigheid is bovendien vereist dat deze divergentie zich voordoet *in het kader van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens*”.⁵⁶ In het arrest *Freeport*⁵⁷ heeft het Hof het criterium dat de situatie rechtens hetzelfde moet zijn, verfijnd door te verduidelijken dat het voor de toepassing van artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001 geen voorwaarde is dat de tegen de verschillende verweerders ingestelde vorderingen dezelfde rechtsgrondslag hebben.⁵⁸

94. Deze algemene richtlijnen verstrekken geen al te duidelijke aanwijzingen over de draagwijdte van de voorwaarde betreffende de onverenigbaarheid van beslissingen. De beoordeling van de samenhang is inderdaad grotendeels afhankelijk van de feitelijke omstandigheden van iedere zaak. Hierdoor is het moeilijk om een helder criterium te bepalen op basis waarvan een grens kan worden getrokken tussen samenhang die een afwijking van de gebruikelijke bevoegdheid rechtvaardigt en gevallen waarin dit is uitgesloten.

95. Allereerst sluit ik uit dat de nationale rechter zijn bevoegdheid ten aanzien van medeverweerders die in het buitenland woonplaats hebben kan uitbreiden op grond van uitsluitend opportuniteitsoverwegingen, hoe legitiem ook, die zijn ingegeven door de noodzaak van een goede rechtsbedeling. Indien de uitbreiding van de bevoegdheid van het geadieerde gerecht enkel afhankelijk werd gesteld van de voorwaarde dat zij gerechtvaardigd is door het belang van een goede rechtsbedeling, zou het door de rechtspraak ontwikkelde en in artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001 neergelegde beginsel dat de bevoegdheid slechts kan worden uitgebreid indien een risico van onverenigbare beslissingen bestaat, immers volkomen worden uitgehold. Bovendien komt in deze

54 — Zie arrest *Solvay* (C-616/10, EU:C:2012:445, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

55 — C-539/03, EU:C:2006:458.

56 — Punt 26. Cursivering van mij.

57 — C-98/06, EU:C:2007:595.

58 — Punten 38 en 47.

bepaling de wens van de Uniewetgever tot uitdrukking om een evenwicht tot stand te brengen tussen de vereisten van een goede rechtsbedeling en de noodzakelijke eerbiediging van het in artikel 2, lid 1, van verordening nr. 44/2001 neergelegde algemene beginsel dat de gerechten van de lidstaat waar de verweerder zijn woonplaats heeft, bevoegd zijn.

96. Daarnaast ben ik van mening dat de omstandigheid dat de beslissing op een vordering die tegen één verweerder is ingesteld, de beslissing op de vordering tegen een andere verweerder kan beïnvloeden, onvoldoende is om beide vorderingen als samenhangend te beschouwen. Gelet op het vereiste dat er in het kader van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens, sprake moet zijn van divergentie, moet worden onderzocht of de beslissingen van twee verschillende gerechten incoherent en tegenstrijdig kunnen zijn, zonder dat vastgesteld hoeft te worden dat deze beslissingen volkomen onverenigbare rechtsgevolgen hebben.

97. In dit opzicht deel ik het standpunt van de verwijzende rechter dat de omstandigheid dat de tegen Commerzbank en Redi ingestelde vordering tot nietigverklaring en tot terugbetaling, die berust op de onevenwichtigheid van de overeenkomst, het ontbreken van een oorzaak of de ontoereikendheid van de oorzaak, enerzijds, en de met name tegen Profit Holding ingestelde aansprakelijkheidsvordering, die berust op het wanbeheer van die onderneming, anderzijds, afzonderlijk worden onderzocht en dat hierover afzonderlijk wordt beslist, niet het risico inhoudt dat onverenigbare beslissingen zullen worden gewezen.

98. Ik betwijfel reeds of er sprake is van een en dezelfde feitelijke situatie, ook al hebben beide vorderingen globaal betrekking op de gevolgen van het feit dat Profit op de CLN heeft ingeschreven. De aansprakelijkheidsvordering berust volgens de verwijzende rechter namelijk op een feitelijke omstandigheid die losstaat van deze inschrijving op zich, namelijk het feit dat de moederonderneming in haar eigen belang of dat van derden en tegen de belangen van haar dochteronderneming een transactie heeft opgezet en doorgevoerd.

99. Ik ben vooral van mening dat er geen sprake is van eenzelfde juridische situatie, aangezien zowel de grondslagen als de onderwerpen van beide vorderingen verschillend zijn. Zoals ook de verwijzende rechter opmerkt, hangt het succes van de aansprakelijkheidsvordering dus niet af van het succes of het falen van de vordering tot nietigverklaring.

100. Het feit alleen dat de eventuele terugbetaling van de betaalde prijs als gevolg van de gegrondverklaring van de vordering tot nietigverklaring van invloed kan zijn op de hoogte van de door Profit geleden schade, indien wordt erkend dat zij recht heeft op schadeloosstelling door Profit Holding, vormt mijns inziens geen risico van onverenigbare beslissingen.

101. Ik geef daarom in overweging om op de eerste vraag te antwoorden dat artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat het voor het bestaan van samenhang tussen twee vorderingen tegen meerdere verweerders niet voldoende is dat de eventuele gegrondverklaring van de ene vordering een mogelijke weerslag heeft op de omvang van het recht ter bescherming waarvan de andere vordering is ingesteld.

IV – Conclusie

102. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Corte suprema di cassazione te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 23 van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken moet aldus worden uitgelegd dat:

- bij opname van een forumkeuzebeding in de prospectus voor de uitgifte van effecten zoals de „credit-linked notes” die in het hoofdgeding aan de orde zijn, slechts is voldaan aan het in artikel 23, lid 1, onder a), van verordening nr. 44/2001 geformuleerde formele vereiste van een geschrift indien de door de partijen ondertekende overeenkomst vermeldt dat dit beding is aanvaard of uitdrukkelijk naar deze prospectus verwijst, en
- een forumkeuzebeding in de prospectus voor de uitgifte van effecten zoals de „credit-linked notes” die in het hoofdgeding aan de orde zijn, die eenzijdig is opgesteld door de emittent van deze effecten, slechts kan worden tegengeworpen aan een derde die deze heeft verworven van een financiële tussenpersoon, indien is vastgesteld dat de betrokken derde daadwerkelijk met dit beding heeft ingestemd onder de in dat artikel gestelde voorwaarden.

Het opnemen van een forumkeuzebeding in de prospectus voor de uitgifte van effecten zoals de „credit-linked notes” die in het hoofdgeding aan de orde zijn, kan evenwel worden beschouwd als een vorm die is toegestaan door een gewoonte van de internationale handel in de zin van artikel 23, lid 1, onder c), van verordening nr. 44/2001. Hierdoor kan het vermoeden gelden dat degene tegen wie het beding wordt tegengeworpen, ermee heeft ingestemd. Voorwaarde hiervoor is echter dat met name is vastgesteld dat de marktdeelnemers in de betrokken branche doorgaans en regelmatig een dergelijke handelwijze volgen bij het sluiten van het bewuste type overeenkomsten en dat de partijen voorheen duurzame handelsbetrekkingen onderhielden met elkaar of met andere marktdeelnemers in de betrokken branche, dan wel dat de handelwijze in kwestie voldoende bekend is om als een vaste praktijk te kunnen worden beschouwd. Het staat aan de nationale rechter om dit na te gaan.

- 2) Een vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst en tot terugbetaling van op grond van de nietige rechtshandeling betaalde bedragen moet worden geacht betrekking te hebben op verbintenissen uit overeenkomst in de zin van artikel 5, punt 1, onder a), van verordening nr. 44/2001.
- 3) Artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001 moet aldus worden uitgelegd dat het voor het bestaan van samenhang tussen twee vorderingen tegen meerdere verweerders niet voldoende is dat de eventuele gegrondverklaring van de ene vordering een mogelijke weerslag heeft op de omvang van het recht ter bescherming waarvan de andere vordering is ingesteld.”