



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
YVES BOT
föredraget den 23 april 2015¹

Mål C-366/13

**Profit Investment SIM SpA, i likvidation,
mot
Stefano Ossi,
Andrea Mirone,
Commerzbank AG**

(begäran om förhandsavgörande från Corte suprema di cassazione (Italien))

”Område med frihet, säkerhet och rättvisa — Förordning (EG) nr 44/2001 — Artikel 23 — Avtal om domstols behörighet — Klausul i ett informationsprospekt om emission av värdepapper som är kopplade till en kreditrisk — Huruvida klausulen kan göras gällande mot en senare köpare av dessa värdepapper”

1. Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 5.1 a, 6.1 och 23.1 a i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.²
2. Begäran har ingetts inom ramen för en tvist mellan Profit Investment SIM SpA³ i likvidation, och Commerzbank AG,⁴ Profit Holding SpA⁵ i likvidation, E3 SA,⁶ Redi & Partners Ltd⁷ samt Stefano Ossi, Eugenio Magli, Francesco Redi, Andrea Mirone och Enrico Fiore. Tvisten är en följd av Commerzbanks emission av finansiella instrument som Profit och Profit Holding tecknade genom Redi.
3. Domstolen har redan uttalat sig om tolkningen av begreppet ”om talan avser avtal” i artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001, tolkningen av det samband som i enlighet med artikel 6.1 i förordningen gör det möjligt att väcka talan vid domstol där någon av de svarande har hemvist mot en svarande med hemvist i ett annat land samt om prorogationsklausuler enligt artikel 23 i nämnda förordning och under vilka förutsättningar sådana klausuler är giltiga och kan göras gällande mot tredje part. Denna begäran om förhandsavgörande ger domstolen tillfälle att bekräfta huvuddragen i sitt synsätt och att samtidigt göra några kompletterande förtydliganden.

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT 2001, L 12, s. 1.

3 — Nedan kallat Profit.

4 — Nedan kallat Commerzbank.

5 — Nedan kallat Profit Holding.

6 — Nedan kallat E3.

7 — Nedan kallat Redi.

4. I detta förslag till avgörande kommer jag att göra gällande att om en prorogationsklausul förts in i ett prospekt avseende emission av värdepapper, såsom de värdepapper kopplade till en kreditrisk som är aktuella i det nationella målet, endast uppfyller kravet i artikel 23.1 a i förordning nr 44/2001 att avtalet ska vara skriftligt om det avtal som ingåtts mellan parterna uttryckligen nämner att vederbörande samtyckt till denna klausul, eller innehåller en uttrycklig hänvisning till detta prospekt, och att denna klausul endast kan göras gällande mot en tredje man som förvärvat detta värdepapper via en mellanhand om det visas att denne tredje man faktiskt samtyckt till denna klausul under de förutsättningar som anges i artikel 23. Införandet av prorogationsklausulen kan emellertid anses vara giltigt om det kan betraktas som en form av avtal som överensstämmer med internationellt handelsbruk i den mening som avses i artikel 23.1 c i förordning nr 44/2001 och som gör det möjligt att anta att den part mot vilken den görs gällande samtyckt till klausulen.

5. Jag kommer även att redogöra för skälen till att en talan om ogiltigförklaring av ett avtal och om återbetalning av det belopp som betalats på grundval av den ogiltiga handlingen ska anses ingå i alternativet "om talan avser avtal" i artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001.

6. Slutligen kommer jag att ange att för att det ska anses finnas ett tillräckligt nära samband mellan två käromål mot flera svarande, i den mening som avses i artikel 6.1 i förordning nr 44/2001, räcker det inte att ett eventuellt bifall för det första käromålet kan påverka omfattningen av den rättighet som är avsedd att skyddas genom det andra käromålet.

I – Tillämpliga bestämmelser

7. Artikel 2.1 i förordning nr 44/2001, som ingår i avsnitt 1 med rubriken "Allmänna bestämmelser" i kapitel II, har följande lydelse: "Om inte annat föreskrivs i denna förordning, skall talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas vid domstol i den medlemsstaten, oberoende av i vilken stat han har medborgarskap."

8. I artikel 5 i förordningen, som ingår i avsnitt 2 med rubriken "Särskilda behörighetsregler" i samma kapitel II, föreskrivs följande:

"Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat kan väckas i en annan medlemsstat

1) a) om talan avser avtal, vid domstolen i uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser;

..."

9. I artikel 6.1 i förordning nr 44/2001, som ingår i samma kapitel i förordningen, föreskrivs följande:

"Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat kan även väckas i följande fall:

1) Om han är en av flera svarande, vid domstol där någon av svarandena har hemvist, förutsatt att det finns ett tillräckligt nära samband mellan käromålen för att en gemensam handläggning och dom skall vara påkallad för att undvika att oförenliga domar meddelas som en följd av att käromålen prövas i olika rättegångar."

10. I artikel 23.1 och 23.2 i förordning nr 44/2001, som återfinns i avsnitt 7 avseende "Avtal om domstols behörighet" i kapitel II, föreskrivs följande:

"1. Om parterna har träffat avtal om att en domstol eller domstolarna i en medlemsstat skall vara behöriga att avgöra en redan uppkommen tvist eller framtida tvister i anledning av ett bestämt rättsförhållande, och minst en av parterna har hemvist i en medlemsstat, skall endast den domstolen eller domstolarna i den medlemsstaten ha behörighet. En sådan behörighet skall vara exklusiv om parterna inte har träffat avtal om annat. Ett sådant avtal om behörighet skall vara antingen

- a) skriftligt eller muntligt och skriftligen bekräftat, eller
- b) i en form som överensstämmer med praxis som parterna har utbildat mellan sig, eller
- c) i internationell handel, i en form som överensstämmer med handelsbruk eller annan sedvänja som parterna kände till eller borde ha känt till och som är allmänt känd och regelmässigt iakttagas av parter i avtal av föreliggande typ vid det ifrågavarande slaget av handel.

2. Ett elektroniskt meddelande som möjliggör en varaktig dokumentation av avtalet, skall anses vara likvärdigt med skriftligt."

II – Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

11. Dresdner Bank AG, senare Commerzbank, med säte i Tyskland, lanserade i maj 2004 på marknaden ett emissionsprogram avseende omsättningsbara skuldinstrument kopplade till en kreditrisk.⁸ De allmänna reglerna för programmet och emissionsvillkoren fastställdes i ett grundprospekt av den 5 maj 2004 som kallades informationsmemorandum ("Information memorandum"),⁹ vilket enligt Commerzbank hade godkänts av Irish Stock Exchange (Dublinbörsen (Irland)).

12. Denna handling innehöll, i punkt 16 i "Obligationsvillkor" ("Terms and conditions of the Notes"), en klausul i led b, med rubriken "Tillämplig lag och behörig domstol" ("Law and jurisdiction"), enligt vilken engelska domstolar hade exklusiv behörighet att pröva tvister till följd av eller i samband med obligationerna.

13. Inom ramen för detta emissionsprogram sålde Commerzbank den 22 oktober 2004 kreditlänkade obligationer till ett sammanlagt värde av 2 300 000 euro. Obligationerna var länkade till referensenheten E3, med säte i Luxemburg, enligt villkor som angavs i ett tillägg med prisuppgifter ("pricing supplement").

14. Via mellanhanden Redi, med säte i Förenade kungariket, som hade tillstånd av Financial Services Authority (brittisk myndighet för marknadstillsyn) att utöva verksamhet som finansiell mellanhand, köpte Profit, med säte i Italien, den 27 oktober 2004 sådana obligationer för 1 100 000 euro. Profits moderbolag Profit Holding, också med säte i Italien, köpte obligationer för 1 200 000 euro.

8 — Kreditlänkade obligationer är en form av finansiella derivat som utvecklats på finansmarknaden och som gör det möjligt för emittenten, "skyddsförvärvaren", att överföra en kreditrisk till en investerare, "skydds säljaren" i utbyte mot en rätt till återbetalning som kan bli högre än vid en riskfri räntesats. Rätten till återbetalning av kapitalet på förfallodagen gäller förutsatt att det inte inträffar några kredithändelser som påverkar den underliggande enheten, "referensenheten". Obligationerna kan emitteras med eller utan kapitalgaranti. Om det i det sistnämnda alternativet inträffar en kredithändelse som påverkar referensenheten, kan den som tecknat obligationerna erhålla återbetalning antingen till en fast återbetalningsnivå (nominell betalning) eller i form av aktier i förlustenheten (fysisk betalning). Se, beträffande dessa instrument, Henderson, S. K., "Credit Derivatives", *Credit Derivatives – Law, Regulation and Accounting Issues*, Sweet & Maxwell, 1999, s. 1, särskilt s. 4, punkt 1.005; Bonneau, T., och Drummond, F., *Droit des marchés financiers*, 3^e utgåvan., Economica, Paris, 2010, punkt 145, s. 218 och Gauvin, A., *Droit des dérivés de crédit*, Revue banque, Paris, 2003, s. 103 och följande.

9 — Nedan kallat memorandum.

15. När E3 under våren 2006 inte hade uppfyllt sina förpliktelser anmälde Commerzbank denna händelse och företog den 5 juli 2006 en avräkning av de kreditlänkade obligationerna genom att till Profit utfärda motsvarande antal aktier i E3, som var insolvent.

16. Efter att ha försatts i tvångslikvidation väckte Profit talan vid Tribunale di Milano (domstol i Milano, Italien) mot Commerzbank, Profit Holding, Redi och E3 samt mot Stefano Ossi och Eugenio Magli, styrelseledamot respektive verkställande direktör i Profit, samt mot Enrico Fiore, aktieägare i E3, alla tre med hemvist i Italien.

17. Profit framställde två yrkanden. Förstahandsyrkandet avsåg en ogiltigförklaring av de avtal som fick Profit att förvärva obligationerna på grund av obalans i avtalet, avsaknad av eller bristfälligt föremål för avtalet, samt en återbetalning av det erlagda beloppet. Det andra yrkandet syftade till att Profit Holding, Redi samt Stefano Ossi, Eugenio Magli och Enrico Fiore skulle fastställas vara ansvariga, med stöd av artikel 2497 i den italienska civillagen,¹⁰ och förpliktas att ersätta den skada som bolaget lidit.

18. Commerzbank begärde att Francesco Redi, aktieägare i Redi, och Andrea Mirone, som hade deltagit i utarbetandet och genomförandet av transaktionen för Redis räkning och hade hemvist i Förenade kungariket, skulle åläggas att inträda som parter i förfarandet, och yrkade på att de skulle förpliktas att betala skadestånd för det fallet att Profits förstahandsyrkande bifölls.

19. Såväl Commerzbank som Stefano Ossi och Andrea Mirone bestred den italienska domstolens behörighet, och därför yrkade Profit att Corte suprema di cassazione (italiensk kassationsdomstol) först skulle pröva behörighetsfrågan.

20. Corte suprema di cassazione hyste tvivel beträffande tolkningen av artiklarna 5.1, 6.1 och 23.1 a i förordning nr 44/2001 och beslutade att förklara målet vilande och ställa följande tolkningsfrågor till EG-domstolen:

- ”1) Kan det anses föreligga ett samband mellan olika yrkanden i den mening som avses i artikel 6.1 i förordning [nr] 44/2001 om både föremålet för de anspråk som görs gällande och grunden på vilken anspråken framställs skiljer sig åt mellan de båda yrkandena utan att dessa yrkanden varken är över eller underordnade varandra eller logiskt och rättsligt sett oförenliga men där ett eventuellt bifall av det ena av yrkandena de facto kan påverka omfattningen av det intresse som är avsett att skyddas genom det andra yrkandet?
- 2) Kan kravet enligt artikel 23.1 a i [förordning nr 44/2001] om att avtal om domstols behörighet ska vara skriftligt anses vara uppfyllt om ett sådant avtal införs i det memorandum som upprättas ensidigt av den som emitterar ett obligationslån, vilket resulterar i att avtalet om domstols behörighet ska tillämpas på tvister med alla kommande köpare av nämnda obligationer angående obligationernas giltighet, eller kan det i annat fall anses att införandet av avtalet i det dokument som innehåller villkoren för ett obligationslån och är avsett att vara gränsöverskridande motsvarar en form som överensstämmer med handelsbruk eller annan sedvänja i internationell handel i den mening som avses i artikel 23.1 c i förordningen?
- 3) Ska uttrycket ”talan avser avtal” i artikel 5.1 i nämnda förordning förstås så att det enbart gäller de tvister där talan väcks genom att åberopa den rättsliga förpliktelse som följer av köpeavtalet utöver de tvister som har direkt anknytning till denna förpliktelse, eller ska det utvidgas till att även omfatta tvister där den som väcker talan inte alls åberopar köpeavtalet utan förnekar att en rättsligt giltig avtalsmässig förpliktelse existerar och har som mål att få tillbaka det belopp som vederbörande har betalat på en grund som enligt vederbörandes uppfattning helt saknar rättsligt värde?”

10 — Artikeln rör moderbolagets ansvar vid åsidosättande av principerna om god förvaltning.

III – Min bedömning

A – Inledande anmärkningar

1. Tolkningsmetoden för bestämmelserna i förordning nr 44/2001

21. Det finns skäl att först erinra om tre tolkningsregler för bestämmelserna i förordning nr 44/2001.

22. Först och främst har förordning nr 44/2001 i förhållandena mellan medlemsstaterna ersatt konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område,¹¹ i dess lydelse enligt successiva konventioner om nya medlemsstaters tillträde till denna konvention.¹² Domstolens tolkning av konventionens bestämmelser gäller därför även för bestämmelserna i förordningen, när dessa kan anses motsvara varandra.¹³ Detta är fallet med artiklarna 5.1 a och 23.1 i förordningen och artiklarna 5.1 och 17 första stycket i Brysselkonventionen.¹⁴ Artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 har visserligen ingen motsvarighet i Brysselkonventionen, men den bekräftar endast en princip som domstolen härlett från artikel 6.1 i konventionen,¹⁵ vilket innebär att domstolens tidigare tolkning fortfarande är relevant.

23. Av skäl som bland annat följer av att en enhetlig tillämpning av förordning nr 44/2001 måste säkerställas, har domstolen dessutom angett att bestämmelserna i denna förordning ska tolkas självständigt och med särskild hänsyn tagen till dess systematik och syften.¹⁶

24. Slutligen har domstolen angett att de särskilda behörighetsreglerna i kapitel II, avsnitt 2, i förordning nr 44/2001 ska tolkas restriktivt och inte får ge upphov till en tolkning som går utöver de fall som uttryckligen nämns i nämnda förordning.¹⁷ Domstolen har även ansett att de villkor som gäller för att en klausul om behörig domstol ska vara giltig ska tolkas restriktivt, i den mån dessa klausuler utgör undantag från de allmänna behörighetsreglerna.¹⁸

25. Jag kommer att besvara den hänskjutande domstolens frågor i enlighet med dessa tolkningsregler.

2. Prövningsordningen

26. Den hänskjutande domstolen hyser inga tvivel om att skadeståndsyrkandet mot Profit Holding, Redi, Stefano Ossi, Eugenio Magli och Enrico Fiore ska prövas av en italiensk domstol, i den mån flera av svarandena har hemvist i Italien. Däremot ställer sig den hänskjutande domstolen tveksammare till om en italiensk domstol är behörig att pröva talan om ogiltigförklaring av de handlingar som ledde fram till förvärvet av de kreditlänkade obligationerna och om återbetalning av det erlagda priset, eftersom denna talan, med hänsyn till dess föremål, måste anses vara riktad uteslutande mot Commerzbank och Redi, som båda har sitt säte utanför Italien.

11 — EGT 1972, L 299, s. 32; svensk utgåva, EGT C 15, 1997, s. 30.

12 — Nedan kallad Brysselkonventionen.

13 — Se dom Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62, punkt 18 och där angiven rättspraxis) och dom Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

14 — Se, beträffande artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001, dom Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, punkt 19) och, beträffande artikel 23.1 i denna förordning, dom Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62, punkt 19).

15 — Se dom Kalfelis (189/87, EU:C:1988:459).

16 — Se dom A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punkt 50 och där angiven rättspraxis).

17 — Se dom Kainz (C-45/13, EU:C:2014:7, punkterna 21 och 22 och där angiven rättspraxis). Se även dom OTP Bank (C-519/12, EU:C:2013:674, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

18 — Se dom Berghoefier (221/84, EU:C:1985:337, punkt 13 och där angiven rättspraxis).

27. Den hänskjutande domstolen anser att svaret på denna fråga i första hand beror på huruvida det finns ett nära samband mellan de båda käromålen, i den mening som avses i artikel 6.1 i förordning nr 44/2001. I ett sådant fall skulle de italienska domstolarna, som är behöriga att pröva skadeståndsyrkandet, även vara behöriga att pröva talan om återbetalning av priset om transaktionerna ogiltigförklaras.

28. Det är endast för det fallet att domstolen svarar att det inte finns något sådant samband som kan motivera en samlad prövning av de båda käromålen som det i andra hand finns skäl att pröva huruvida yrkandet om återbetalning av köpesumman för de kreditlänkade obligationerna inte i sig kan anses ingå i den italienska domstolens behörighet. Corte suprema di cassazione har föreslagit att denna prövning ska företas i två etapper, först genom en bedömning av vilket värde som ska tillskrivas prorogationsklausulen i memorandumet och därefter, för det fallet att denna klausul inte ska anses ha något värde, genom att fastställa huruvida begreppet ”om talan avser avtal” i artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 ska omfatta en tvist i vilken käranden bestridit förekomsten av en giltig avtalsförbindelse och yrkat på återbetalning av det belopp som erlagts med stöd av en handling som enligt käranden saknar rättsligt värde.

29. Den hänskjutande domstolens första och tredje fråga avser frivillig behörighet, och därför anser jag att det finns skäl att inleda prövningen med den andra frågan, som rör en exklusiv behörighet. I detta hänseende följer det av rättspraxis att effekten av en prorogationsklausul innebär att undantag görs från såväl den behörighet som fastställs genom den allmänna principen i artikel 2 i förordning nr 44/2001 som de särskilda behörigheterna i artiklarna 5 och 6 i förordningen.¹⁹ Av detta följer att om den hänskjutande domstolen på grundval av svaret på den andra frågan finner att prorogationsklausulen i memorandumet kan göras gällande mot Profit, blir denna domstol nödvändigtvis skyldig att förklara sig sakna behörighet att pröva talan om ogiltigförklaring och återbetalning av köpesumman. En sådan talan ska i ett sådant fall väckas vid en engelsk domstol, även om den talan skulle avse ett avtal eller ha ett nära samband med skadeståndsyrkandet.

30. Den omständigheten att talan bland annat syftar till en ogiltigförklaring av transaktioner som innebar att Profit förvärvade de kreditlänkade obligationerna undergräver inte övervägandena ovan. I enlighet med principen om denna klausuls självständighet, har den domstol i en konventionsstat som har utsetts i en klausul om domstols behörighet exklusiv behörighet även då talan avser fastställelse av att det avtal som innehåller klausulen är ogiltigt.²⁰

31. I motsats till Europeiska kommissionen anser jag inte att det är nödvändigt att pröva huruvida talan om återbetalning är ett sådant fall då ”talan avser avtal” i den mening som avses i artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 innan giltigheten och verkan av klausulen om domstols behörighet prövas.

32. Det är riktigt att domstolen, för att fastställa huruvida den part mot vilken görs gällande den prorogationsklausul som avses i artikel 23 i förordning nr 44/2001 har samtyckt till klausulen, använder sig av den allmänna och abstrakta definitionen av vad som avser avtal, vilken utvecklats genom tolkningen av artikel 5.1 i denna förordning, och undersöker om det föreligger någon juridisk förpliktelse som en person av egen fri vilja har gett sitt medgivande till i förhållande till en annan person.²¹

19 — Se dom MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, punkt 14 och där angiven rättspraxis).

20 — Se dom Benincasa (C-269/95, EU:C:1997:337, punkt 32).

21 — Se dom Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62).

33. Jag anse emellertid inte att den överlappning som följer av det gemensamma kravet på ett avtalsförhållande utgör något skäl att inleda med den tredje frågan. Det följer av beslutet om hänskjutande att Corte suprema di cassazione inte har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida det finns ett rättsligt förhållande till följd av ett avtal, vilket förutsätts,²² även om det antagandet kan diskuteras, utan endast huruvida den omständigheten att klaganden inte agerar för att verkställa avtalet utan för att få det ogiltigförklarat och för att få tillbaka det erlagda priset innebär att talan inte längre rör ett avtal.

34. Jag kommer att inleda med den andra frågan, som rör rättsverkan av prorogationsklausulen i memorandumet.

35. Den hänskjutande domstolen har utgått ifrån att Redi har intervenierat i egenskap av ”återförsäljare [som] sålde” de av Commerzbank emitterade kreditlänkade obligationerna till Profit, och därför anser jag att det finns skäl att skilja på förhållandet mellan Redi och Profit och förhållandet mellan Profit och Commerzbank.

B – Den andra frågan

36. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan, som trots att den består av två delar bör delas upp i tre, delfrågor för att få klarhet i huruvida kravet på skriftlig form i artikel 23.1 a i förordning nr 44/2001 är uppfyllt om en prorogationsklausul ingår i ett prospekt avseende emission av värdepapper, som de kreditlänkade obligationer som är aktuella i det nationella målet, som upprättats ensidigt av emittenten av dessa värdepapper, huruvida denna klausul kan göras gällande mot alla som tecknar sig för nämnda värdepapper och, slutligen, för det fallet att de båda föregående frågorna besvaras nekande, huruvida införandet av en prorogationsklausul i en sådan handling överensstämmer med handelsbruk eller annan sedvänja i internationell handel, i den mening som avses i artikel 23.1 c i förordning nr 44/2001.

37. Frågan måste delas upp i tre delar, eftersom den första delen uteslutande tycks avses prorogationsklausulens giltighet i förbindelserna mellan parterna i det avtal i vilket klausulen ingår, medan den andra delfrågan avser huruvida denna klausul kan överföras på senare köpare i en kedja av avtal om äganderättsövergång. Den tredje delfrågan omfattar båda dessa aspekter och rör, mer allmänt, klausulens verkan med avseende på alla köpare och senare köpare av värdepapper.

1. Den andra frågans första del

38. Rättspraxis visar att domstolen konsekvent gjort en strikt tolkning av formkraven i artikel 17 första stycket a i Brysselkonventionen och senare artikel 23.1 a i förordning nr 44/2001, i vilken giltigheten av klausulen om forumval är underställd kravet att avtalet ska vara ”skriftligt eller muntligt och skriftligen bekräftat”.

39. Domstolen har angett att om en prorogationsklausul finns intagen bland den ena partens allmänna försäljningsvillkor, tryckta på baksidan av en avtalshandling, är kravet på skriftlig form uppfyllt endast om det av båda parter undertecknade avtalet innehåller en uttrycklig hänvisning till dessa allmänna villkor.²³

22 — Frågans formulering visar detta, eftersom det förutsätts att det finns ett avtal vars rättsliga värde har bestritts.

23 — Dom Estasis Saloti di Colzani (24/76, EU:C:1976:177, punkt 10).

40. För det fallet att ett avtal är muntligt, har domstolen, samtidigt som den undantog det fallet att det muntliga avtalet har ingåtts inom ramen för en löpande affärsförbindelse mellan parterna, uttalat att om ett avtal har ingåtts muntligen har det rättslig verkan endast om säljarens skriftliga bekräftelse med underrättelse om de allmänna försäljningsvillkoren skriftligen har accepterats av köparen.²⁴

41. Sett utslutande till förekomsten av ett medgivande till prorogationen har domstolen, beträffande artikel 17 första stycket i konventionen, funnit att artikeln, genom att villkora en prorogationsklausuls giltighet med att ett "avtal" mellan parterna ska föreligga, innebär att den domstol vid vilken målet är anhängigt för det första ska pröva om parterna faktiskt på ett klart och precist sätt hade samtyckt till den klausul enligt vilken den ska vara behörig domstol.²⁵ I enlighet med den teleologiska tolkningsmetoden har domstolen funnit att "[a]rtikel 23.1 i [förordning nr 44/2001] ska ... tolkas så, att ett av syftena med bestämmelsen är att säkerställa att de berörda parterna verkligen har lämnat sitt samtycke, vilket även är syftet med artikel 17 första stycket i Brysselkonventionen".²⁶

42. Det följer således klart av denna rättspraxis att medgivandet till prorogationsklausulen inte kan vara konkludent eller härledas från omständigheterna. Med undantag av de fall som anges i artikel 23.1 b och c i förordning nr 44/2001 är en sådan klausuls verkan tvärtom underställd villkoret att ett uttryckligt medgivande ska ha lämnats i någon av de former som föreskrivs i artikel 23.1 a och 23.2 i förordningen.

43. Hur stränga dessa formkrav än kan tyckas, är de enligt min mening skäliga, i den mån de gör det möjligt att skydda den svagare avtalsparten mot risken för att en forumklausul förs in utan att den svagare avtalsparten har uppmärksammats därpå på ett tillräckligt klart sätt.²⁷

44. När det gäller nämnda krav, såsom de tolkats i fast rättspraxis, kan den hänskjutande domstolens fråga inte besvaras på annat sätt än nekande. Villkoret om skriftlig form kan inte anses uppfyllt enbart genom att en prorogationsklausul var införd i det memorandum som togs fram ensidigt av emittenten av obligationerna.

45. Såsom kommissionen har påpekat kan fallet emellertid vara ett annat om det fastställs att klausulen var föremål för en överenskommelse då avtalet ingicks mellan Profit och Redi. Jag menar att Profits uttryckliga samtycke till klausulen skulle kunna följa av att antingen klausulen eller en uttrycklig hänvisning till memorandumet var införd i avtalet. Jag noterar emellertid att det följer av beslutet om hänskjutande att villkoren i memorandumet inte tycks ha varit införda i de avtalshandlingar som undertecknades av köparna av obligationerna.

46. Därmed föreslår jag att domstolen som svar på den andra frågans första del ska ange att när en prorogationsklausul förts in i ett prospekt avseende emission av värdepapper, som de kreditlänkade obligationer som är aktuella i det nationella målet, är kravet på skriftlig form i artikel 23.1 a i förordning nr 44/2001 endast uppfyllt om det i det avtal som undertecknas av parterna anges att denna klausul godtas eller om avtalet innehåller en uttrycklig hänvisning till detta prospekt.

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

25 — Se dom *Coreck* (C-387/98, EU:C:2000:606, punkt 13 och där angiven rättspraxis) och dom *Refcomp* (C-543/10, EU:C:2013:62, punkt 27).

26 — Dom *Refcomp* (C-543/10, EU:C:2013:62, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

27 — Se dom *MSG* (C-106/95, EU:C:1997:70, punkt 17).

2. Den andra frågans andra del

47. På frågan huruvida en prorogationsklausul i ett avtal mellan en tillverkare och en köpare av en vara kan göras gällande mot en senare köpare av varan, i samband med att en senare köpare väckt talan om skadestånd mot tillverkaren, gav domstolen ett mycket tydligt svar i domen Refcomp.²⁸ Domstolen ansåg att klausulen inte kunde ha rättsverkan mot en senare köpare som inte hade gett sitt medgivande till klausulen. På grundval av avsaknaden av avtalsförhållandet mellan den senare köparen och tillverkaren fann domstolen att ”de inte, i den mening som avses i artikel 23.1 i förordningen, [kunde] anses ha ’träffat avtal’ om att den domstol som angetts i det ursprungliga avtalet mellan tillverkaren och den förste köparen [skulle] vara behörig.”²⁹

48. I domen Powell Duffryn³⁰ fann domstolen emellertid att en klausul i bolagsordningen för ett aktiebolag kunde göras gällande mot framtida aktieägare, i och med att aktieägarnas anslutning till bolagsordningen skapade såväl mellan aktieägaren och bolaget som mellan aktieägarna själva ett förhållande som skulle betraktas som ett avtalsförhållande.³¹ Även i domen Russ³² medgav domstolen, beträffande sjötransporter, att en klausul i ett konossement kunde göras gällande mot en senare transportör som i enlighet med tillämplig nationell lagstiftning övertog lastarens rättigheter och skyldigheter.³³

49. Innebär denna rättspraxis att klausulen i memorandumet kan överföras till senare köpare av obligationerna, enligt den modell som gäller för bolagsordningar eller sjöfartskonossement eller, tvärtom, att en sådan överföring inte ska medges med hänsyn till att det inte finns något avtalsförhållande mellan obligationsemittenten och den senare köparen?

50. Jag anser att denna fråga ska besvaras i enlighet med det sistnämnda alternativet.

51. Den princip, som fortlöpande bekräftats genom rättspraxis, enligt vilken det är nödvändigt att berörda parter har gett sitt medgivande för att en prorogationsklausul ska ha rättsverkan leder enligt min mening ofrånkomligen till denna lösning. Eftersom det inte finns något avtalsförhållande mellan Profit och Commerzbank, i och med att de inte har ingått någon avtalsförbindelse sinsemellan, finns det nämligen skäl att dra slutsatsen att det inte kan anses att de ”har träffat avtal”, i den mening som avses i artikel 23.1 i förordning nr 44/2001, om vilken domstol som ska vara behörig.³⁴

52. Det argument som anförts av Förenade kungarikets regering, att Commerzbank gick med på att vara bunden av emissionsvillkoren i memorandumet är enligt min mening verkningslöst, eftersom frågan inte är huruvida Profit kan göra gällande klausulen mot Commerzbank, utan tvärtom huruvida denna bank kan göra gällande klausulen mot Profit. Samma regerings argument, att Profit ska anses ha gett sitt medgivande till klausulen om behörig domstol genom att förvärva obligationerna, anser jag vara oriktigt, eftersom medgivandet ska vara uttryckligt och inte kan härledas från förvärvet av obligationerna.

28 — C-543/10, EU:C:2013:62.

29 — Punkt 33.

30 — C-214/89, EU:C:1992:115.

31 — Punkterna 15–17.

32 — Mål 71/83, EU:C:1984:217.

33 — Punkterna 24–26. Denna rättspraxis bekräftas genom dom Coreck (C-387/98, EU:C:2000:606, punkterna 23–27).

34 — Se dom Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37), vilken meddelades under särskilda omständigheter beträffande förvärv av innehavarcertifikat.

53. I motsats till vad som anförts av Commerzbank, anser jag inte heller att det går att sluta sig till att klausulen kan göras gällande mot en senare köpare utifrån regeln att en investerare i och med ett förvärv av obligationer, såväl på den primära som på den sekundära marknaden, nödvändigtvis visar en vilja att fullt ut, helt och ovillkorligt godta emissionsbestämmelserna på alla punkter. Denna bedömning bortser nämligen från forumklausulens särskilda egenskaper, vilken lyder under särskilda regler som vilar på att den som klausulen görs gällande mot måste ha anslutit sig till den.

54. Jag är medveten om att domstolen har lättat något på sin strikta praxis i det särskilda fallet med sjöfartskonossement respektive bolagsordningar. I domen Refcomp³⁵ avgränsade domstolen emellertid sin praxis genom att ange att dess räckvidd måste bedömas med beaktande av konossementets mycket speciella karaktär. Ett konossement är ett instrument för internationell handel som är avsett att reglera förhållandet mellan minst tre personer och ett negotiabelt värdepapper som möjliggör för ägaren att under transporten överlåta varorna till en köpare som därigenom övertar lastarens samtliga rättigheter och skyldigheter gentemot transportören.³⁶

55. Denna rättspraxis bygger på en bedömning av transportavtalet som ett trepartsavtal, vilket enligt min mening inte kan överföras på exemplet med emission av värdepapper, som de kreditlänkade obligationer som är aktuella i det nationella målet, vilka är skuldebrev. Inte heller kan den lösning som funnits för aktieägare i ett bolag överföras på innehavaren av en fordran som, till skillnad från aktieägaren, som innehar en rätt till bolagets kapital, endast har en fordringsrätt. Undantaget för bolag förklaras genom tanken att personer som har anslutit sig till en juridisk person genom att förvärva aktier blir parter i den sistnämndas konstituerande avtal. Denna grund finns inte när det gäller förvärv av värdepapper, som de kreditlänkade obligationer som är aktuella i det nationella målet.

56. Av de skälen anser jag att svaret på den andra delen av den andra frågan är att artikel 23 i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att en klausul om behörig domstol i en informationshandling som upprättats ensidigt av emittenten av de finansiella instrumenten endast kan göras gällande mot en tredje part som förvärvat dessa instrument av en finansiell mellanhand om det är fastställt att denna tredje part verkligen har gett sitt medgivande till klausulen på de villkor som anges i denna artikel.

3. Den andra frågans tredje del

57. Den tredje delen av den andra frågan tycks inte föranleda några särskilda svårigheter, eftersom den till stor del redan har besvarats i domstolens praxis.

58. När det gäller räckvidden av ett fastställande att det förekommer ett internationellt handelsbruk som är känt av parterna har domstolen funnit att parternas samtycke till en prorogationsklausul presumeras föreligga när deras handlingssätt utgör sedvänja på det område av den internationella handeln där de är verksamma och om dessa kände till eller borde ha känt till denna sedvänja.³⁷ Att det finns en sedvänja som parterna borde ha känt till motsvarar följaktligen en presumtion om samtycke till prorogationsklausulen. Domstolen har även funnit att det åligger den nationella domstolen att dels bedöma om det ifrågasvarande avtalet är slutet inom ramen för internationell handel, dels kontrollera om det föreligger sedvänja i den sektor av internationell handel där parterna är verksamma.³⁸

59. Domstolen har emellertid lämnat allmänna direktiv till de nationella domstolarna om hur förekomsten av ett handelsbruk eller annan sedvänja och parternas kännedom om detta ska fastställas.

35 — C-543/10, EU:C:2013:62.

36 — Punkt 35.

37 — Se dom MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, punkt 19) och dom Castelletti (C-159/97, EU:C:1999:142, punkt 21).

38 — Ibidem (punkt 21 respektive punkt 23).

60. För det första ska frågan om det föreligger sedvänja bedömas i förhållande till det slag av handel som idkas av avtalsparterna. Sådan sedvänja föreligger i fråga om ett visst slag av handel när de på området verksamma näringsidkarna allmänt och regelmässigt följer ett visst handlingssätt när vissa typer av avtal ingås.³⁹

61. För det andra kan avtalsparterna anses faktiskt ha känt till, eller presumeras ha känt till, en sedvänja, bland annat om det visas att de tidigare sinsemellan eller med andra parter har knutit handelsförbindelser inom den berörda sektorn, eller att ett särskilt agerande är tillräckligt känt för att kunna anses utgöra vedertagen praxis inom denna sektor, eftersom det allmänt och regelmässigt följs när vissa typer av avtal ingås.⁴⁰ I motsats till vad kommissionen lät förstå vid förhandlingen, följer det således klart av denna rättspraxis att kännedom om sedvänjan inte har styrkts, eftersom sådan kännedom kan presumeras om det kan visas att den part mot vilken den görs gällande ”borde” ha känt till den.

62. Dessa regler innebär att den tredje delen av den andra frågan ska besvaras så, att införandet av en prorogationsklausul i den handling som är avsedd att fastställa villkoren för emissionen av värdepapper, som de kreditlänkade obligationer som är aktuella i det nationella målet, kan betraktas som en enligt internationellt handelsbruk godtagbar form, i den mening som avses i artikel 23.1 c i förordning nr 44/2001 och som gör det möjligt att presumera att den som klausulen görs gällande mot har gett sitt samtycke, i den mån det bland annat är fastställt, vilket ankommer på den nationella domstolen att pröva, dels att ett sådant uppträdande allmänt och regelbundet tillämpas av aktörer på den aktuella marknaden vid ingående av sådana avtal, dels att parterna antingen tidigare hade handelsförbindelser sinsemellan eller med andra parter på den aktuella marknaden, eller att det aktuella uppträdandet är tillräckligt känt för att kunna betraktas som vedertagen praxis.

C – Den tredje frågan

63. Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida en talan om ogiltigförklaring av ett avtal och återbetalning av belopp som betalats enligt det ogiltiga avtalet omfattas av begreppet ”om talan avser avtal” i den mening som avses i artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001.

64. Jag utesluter direkt att Profits talan mot Commerzbank kan anses avse avtal, eftersom det förstnämnda bolagets talan mot det sistnämnda, i avsaknad av avtalsförbindelse dem emellan, oavsett talans syfte, inte kan anses ”avse avtal”. Frågan är således enligt min mening relevant endast beträffande förhållandet mellan Profit och Redi.

65. För att pröva den frågan är det nödvändigt att erinra om tillämplig rättspraxis.

66. I domen Sanders,⁴¹ som beträffande nyttjanderätt till fast egendom avsåg behörigheten för domstolarna i den stat där fastigheten var belägen, fann domstolen att den exklusiva behörigheten kvarstod även vid ett bestridande av förekomsten av det avtal som var föremålet för tvisten.⁴²

67. Dessutom framhöll domstolen i domen Effer,⁴³ med anledning av en begäran om förhandsavgörande avseende frågan huruvida den särskilda behörigheten när talan avser avtal är tillämplig när svaranden, vid en talan om uppfyllelse av en avtalsförpliktelse, anfört en invändning om bristande behörighet och bestridit avtalets existens i sig, att ”den nationella domstolens behörighet att

39 — Ibidem (punkt 23 respektive punkt 26).

40 — Se dom MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, punkt 24).

41 — Mål 73/77, EU:C:1977:208.

42 — Punkt 22, i vilken lösningen visserligen härleds från den uttryckliga lydelsen i artikel 16 i Brysselkonventionen.

43 — Mål 38/81, EU:C:1982:79.

avgöra frågor avseende avtal inbegriper behörigheten att pröva om de beståndsdelar som är karakteristiska för avtalet i sig föreligger, då en sådan bedömning är oundgänglig för att den anhängiggjorda nationella domstolen ska kunna pröva om den är behörig.”⁴⁴ Domstolens slutsats blev att ”käranden kan vända sig till domstol på platsen för avtalets utförande ... även om förekomsten av det avtal som ligger till grund för kravet är tvistig mellan parterna.”⁴⁵

68. Den första fråga som infinner sig är om denna lösning, för det fallet att bestridandet av avtalets existens anförs som försvar vid en talan avseende avtalets fullgörelse, kan överföras på ett fall där huvudtalan avser ogiltigförklaring av avtalet.

69. Den andra frågan, för det fallet att den första frågan besvaras jakande, är om den domstol som prövar avtalets giltighet även är behörig att avgöra följderna av en eventuell ogiltighet, inte minst vad gäller återbetalningar till följd av dess avgörande.

70. Jag föreslår att den första frågan ska besvaras jakande. Fem argument kan anföras i detta avseende.

71. Först och främst är ett teoretiskt argument den omständigheten att en ogiltighetsförklaring är en sanktionsåtgärd som vidtas när reglerna för avtalets upprättande har åsidosatts.⁴⁶ Ett yrkande om ogiltigförklaring, som vilar på ett åsidosättande av dessa regler, vilka hänför sig till avtal, avser onekligen ett avtal, även om yrkandet inte syftar till fullgörelse av avtalet utan till ogiltighetsförklaring av avtalet. Enligt den formulering som använts i doktrinen är ”en tvist om ett avtals giltighet alltid en tvist som avser avtal”.⁴⁷

72. Ett annat teoretiskt argument härrör från principen att varje domstol, så snart en talan väcks vid den därigenom är behörig att pröva sin egen behörighet. Det förekommer ofta att en domstol måste företa en materiell prövning för att kunna fastställa sin behörighet, bland annat av frågan om det föreligger ett avtal och om detta är giltigt. Att neka den domstol vid vilken en invändning om behörighet har framställts möjligheten att pröva denna fråga skulle vara att hindra den från att pröva sin behörighet. Det är för övrigt det argument som domstolen anförde när den i domen Effer⁴⁸ angav att bedömningen av ”förekomsten av själva avtalet”⁴⁹ är ”oundgänglig för att göra det möjligt för den [nationella domstolen vid vilken talan väckts] att pröva sin behörighet,⁵⁰ oavsett om yrkandet om ogiltighetsförklaring i detta avseende anförts i ett käromål eller ett svaromål.”

73. Ett analogt argument följer av artikel 10.1 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I).⁵¹ Enligt denna bestämmelse, i vilken räckvidden för den tillämpliga lagen preciseras, ska förekomsten och giltigheten av ett avtal eller av ett avtalsvillkor i princip fastställas enligt den lag vilken det skulle underkastas, om avtalet eller villkoret var giltigt. Om giltighetsvillkoren för ett avtal således inte är föremål för någon särskild anknytning och ska bedömas enligt tillämplig lag, är det logiskt att analogt anse att en talan om ogiltigförklaring, som syftar till sanktionsåtgärder mot åsidosättandet av dessa villkor, avser avtal.

44 — Punkt 7.

45 — Punkt 8.

46 — Se Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, 9^e utgåvan, PUF, Paris, 2011, i vilken ogiltighet definieras som ”[p]åföljd för en rättsakt ... som är behäftad med ett formfel ... eller ett materiellt fel ... som innebär att rättsakten upphör att existera”.

47 — Se not av Huet, A., *Revue critique de droit international privé*, Dalloz, Paris, vol. nr 2, 1982, s. 383, särskilt s. 398.

48 — Mål 38/81, EU:C:1982:79.

49 — Punkt 7.

50 — Dito.

51 — EUT L 177, s. 6, och rättelse i EUT L 309, 2009, s. 87.

74. Ett annat analogt argument kan enligt min mening härledas från domstolens praxis beträffande behörighet vid negativ fastställsetalan i syfte att få fastställt att det inte föreligger något utomobligatoriskt ansvar. I domen *Folien Fischer och Fofitec*⁵² inkluderade domstolen en sådan talan i tillämpningsområdet för ”om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden” i den mening som avses i artikel 5.3 i förordning nr 44/2001. Domstolen ansåg att de omvända rollerna i ett mål om skadestånd utanför avtalsförhållanden inte skulle beaktas.⁵³ Om en positiv ansvarstalan och en negativ fastställsetalan utgör två aspekter av samma område som avser avtal, vore det då inte logiskt att också anse att fullgörelsetalan och talan om ogiltigförklaring av ett avtal utgör två sidor av samma område som avser avtal?

75. Ett argument som rör lämplighet styrker denna bedömning. Jag ser nämligen inga särskilda skäl till att frånta käranden den behörighetsmöjlighet som medges till kärandens förmån under förevändningen att det inte rör sig om ett avtals fullgörande utan om att få avtalet ogiltigförklarat.

76. Av dessa skäl anser jag att en kärande som vill få till stånd en ogiltigförklaring av ett avtal ska ha rätt till den behörighetsmöjlighet som föreskrivs i artikel 5.1 i förordning nr 44/2001.

77. Jag kommer även att ge ett nekande svar på den andra frågan, som avser den nationella domstolens möjlighet att pröva följderna av en ogiltigförklaring av avtalet.

78. Det första skälet är av teoretiskt slag. Om det, som jag föreslår, ska medges att en ogiltigförklaring av ett avtal är ett avgörande som avser avtal, finns det desto större skäl att samma sak ska gälla beträffande följderna av denna ogiltigförklaring. Den ena partens rätt att få tillbaka något som tillhandahållits förutsätter nämligen att denna part först, i enlighet med avtalet, har tillhandahållit det som krävs tillbaka. Följaktligen avser talan verkligen avtal, i den självständiga betydelse detta begrepp ska ges i förordning nr 44/2001.

79. Commerzbank anser emellertid att talan om återbetalning, som är skild från och självständig i förhållande till talan om ogiltigförklaring, inte grundar sig på någon avtalsförpliktelse som det frivilligt samtyckts till, eftersom den vilar på att betalningen var ogrundad, och därför har sin grund direkt i lag.

80. Detta argument är inte övertygande. Det finns nämligen skäl att erinra om att begreppet ”om talan avser avtal” i artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 ska tolkas självständigt och inte vara beroende av den rättsliga grunden för talan i tillämplig nationell lagstiftning. Det innebär att det har föga betydelse att talan om återbetalning kan ha en rättslig grund i den lagstiftningen. Om det inte hade funnits någon frivillig avtalsförbindelse mellan parterna, skulle förpliktelsen inte ha uppfyllts och då skulle det inte ha förelegat någon rätt till återbetalning. Detta orsakssamband mellan rätten till återbetalning och avtalsförbindelsen är tillräckligt för att talan om återbetalning ska anses avse avtal.

81. Det andra skälet är av praktiskt slag. Att anse att den hänskjutande domstolen, om avtalet är ogiltigt, i enlighet med artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 borde inskränka sig till att förklara sig obehörig att företa den materiella prövningen, vore att tvinga käranden att väcka talan vid en annan domstol för att de praktiska slutsatserna av ogiltigförklaringen ska kunna dras. Att anhängiggöra tvisten vid två domstolar, varav den ena skulle ogiltigförklara avtalet och den andra skulle dra konsekvenserna av denna ogiltigförklaring, vore inte förenligt med vare sig intresset av en god rättsskipning eller den enskildes intressen.

52 — C-133/11, EU:C:2012:664.

53 — Punkterna 43 och 44. Se även dom *Tatry* (C-406/92, EU:C:1994:400), i vilken domstolen angav att ett yrkande i syfte att få fastställt att svaranden är ansvarig för en skada och att denne ska förpliktas att betala skadestånd och ett yrkande från svaranden om fastställelse av att denne inte är ansvarig för skadan rör samma sak (punkt 45).

82. Det tredje skälet är analogt. I artikel 12.1 e i förordning nr 593/2008 föreskrivs att den lag som är tillämplig på avtalet enligt denna förordning särskilt ska reglera följderna av avtalets ogiltighet. Såsom Förenade kungarikets regering har anfört, tycks det lämpligt att resonera analogt med denna bestämmelse, vilken är ett uttryck för unionslagstiftarens vilja att en och samma lag ska vara tillämplig på alla tvister som rör ett avtal, och medge att en talan om återbetalning ska prövas vid samma domstol som avtalet när käranden väljer att utnyttja behörighetsalternativet.

83. Innan jag föreslår att domstolen ska besvara den hänskjutande domstolens tredje fråga jakande, finns det emellertid skäl att beröra en praktisk svårighet som kan utgöra hinder för tillämpningen av bestämmelserna i artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 på en talan om ogiltigförklaring.

84. Denna svårighet gäller den omständigheten att behörig domstol enligt artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 ska fastställas utifrån den plats där den förpliktelse som ligger till grund för yrkandet har uppfyllts eller ska uppfyllas. Om denna bestämmelse ska tillämpas på ett yrkande om ogiltigförklaring av ett avtal uppstår den tekniska frågan avseende bestämningen av den förpliktelse som ligger till grund för yrkandet om ogiltigförklaring.

85. Talan om ogiltigförklaring har inte ha en bestämd förpliktelse som grund, eftersom den syftar till att avtalsförbindelsen i sin helhet ska upphöra att existera, och därmed alla ingående förpliktelser. Behörig domstol kan vara någon av domstolarna i vars domkrets någon av avtalsförpliktelserna har uppfyllts eller ska uppfyllas. Om det, när det gäller ett sådant köpeavtal som det som är aktuellt i det nationella målet, dessutom är nödvändigt att bestämma vilken förpliktelse som avses, uppstår den rättmätiga frågan om det rör sig om förpliktelsen att leverera den försålda varan, som utgör en karakteristisk förpliktelse i avtalet, eller förpliktelsen att betala priset, vilken skulle ligga till grund för en talan om återbetalning. Utan att förneka denna svårighet, anser jag att det i det särskilda fallet när talan avser en ogiltigförklaring, kan medges att den förpliktelse som ligger till grund för yrkandet är den karakteristiska förpliktelsen.

86. Således anser jag att den hänskjutande domstolen har rätt i sitt påpekande att det, om artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 befinns vara tillämplig, är platsen där de obligationer som förvärvades av Profit lämnades ut eller skulle ha lämnats ut som är avgörande.

87. Mot bakgrund av dessa olika överväganden anser jag att en talan som syftar till att få ett avtal ogiltigförklarat och att de belopp som betalats på grundval av den ogiltiga handlingen ska betalas tillbaka ska betraktas som en talan som "avser avtal", i den meningen som avses i artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001.

D – Den första frågan

88. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att det, för att det ska anses finnas ett samband mellan två käromål mot flera svarande, trots att båda käromålen har olika föremål och grunder och inte har något samband sinsemellan genom subsidiaritet eller oförenlighet, är tillräckligt att ett eventuellt bifall för något av dem kan påverka omfattningen av den rättighet som är avsedd att skyddas genom det andra käromålet.

89. För Corte suprema di cassazione består en svårighet i huruvida det finns ett samband mellan yrkandet om ogiltigförklaring och om återbetalning av köpesumman, vilket Corte suprema di Cassazione anser vara riktat uteslutande mot Commerzbank och Redi, som båda har säte i andra medlemsstater än i Republiken Italien, och yrkandet om skadestånd, vilket vilar på ett påstående om bristfällig förvaltning från Profit Holdings sida. Samtidigt som den hänskjutande domstolen har understrukit att invändningen mot det sistnämnda bolaget kan vara giltig oavsett om köpeavtalet avseende obligationerna är giltigt, har den påpekat att ett eventuellt bifall för yrkandet om

återbetalning kan påverka bedömningen av den konkreta skada som vållats Profit. Den hänskjutande domstolen undrar följaktligen om den nationella domstolens möjlighet att utvidga sin behörighet i händelse av flera svarande vilar på ett rent lämplighetskriterium, som följer av intresset av en enda handläggning och ett enda beslut, eller på en restriktivare parameter som följer av risken för logiskt och rättsligt sett inbördes oförenliga beslut.

90. I detta avseende finns det skäl att erinra om att domstolen redan har tagit ställning till räckvidden av den särskilda behörighetsregeln i artikel 6.1 i förordning nr 44/2001, vilken utgör ett undantag från principen i artikel 2 i förordningen att domstolar i den medlemsstat där svaranden har hemvist är behöriga. Domstolen har vid flera tillfällen angett att talan mot en svarande, för det fallet att det finns flera svarande, kan väckas vid domstol där någon av svarandena har hemvist, förutsatt att det finns ett så nära samband mellan käromålen att det finns intresse av att handlägga och pröva dem samtidigt för att undvika lösningar som skulle kunna vara oförenliga om målen prövas separat.

91. När det gäller bedömningen av innebörden av sambandet, det vill säga risken för oförenliga beslut om yrkandena prövas separat, har domstolen funnit att det ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida det finns ett samband mellan de olika käromål som har väckts vid den och att i detta syfte och härvid beakta alla omständigheter i målet som är erforderliga för denna bedömning.⁵⁴ Det var, enligt min mening, omdömesgillt av domstolen att slå fast denna regel, då denna bedömning beror på de särskilda faktiska och rättsliga omständigheterna i varje käromål som anhängiggörs vid den nationella domstolen.

92. Domstolen har emellertid tagit fram kriterier som kan vägleda den nationella domstolen.

93. I domen Roche Nederland m.fl.⁵⁵ ansåg domstolen att "[f]ör att avgörandena skall strida mot varandra räcker det inte ... att det finns en mindre avvikelse i domslutet, utan det krävs därutöver att en sådan skillnad ingår i *samma rättsliga och faktiska situation*."⁵⁶ I domen Freeport⁵⁷ nyanserade domstolen kriteriet avseende samma rättsliga situation och angav att det var ett villkor för tillämpligheten av artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 att det förelåg överensstämmande rättsliga grunder i käromålen mot de olika svarandena.⁵⁸

94. Dessa allmänna direktiv ger inte någon entydig anvisning beträffande räckvidden av villkoret om oförenliga beslut. Det är riktigt att bedömningen av sambandet till stor del är beroende av de faktiska omständigheterna i varje enskilt fall, vilket gör det svårt att fastställa ett klart kriterium som gör det möjligt att dra en gräns mellan vad som ska betraktas som ett samband som motiverar ett undantag från det sedvanliga forumet och vad som är uteslutet.

95. Jag utesluter först och främst att den nationella domstolen har möjlighet att utvidga sin behörighet med avseende på svarande med hemvist i ett annat land enbart till följd av lämplighetsöverväganden avseende en god rättsskipning, hur berättigade de än må vara. Att som enda villkor för en utvidgning av en domstols behörighet ange att den ska vara motiverad av intresset av en god rättsskipning skulle nämligen innebära att den princip som utvecklats i rättspraxis och bekräftats i artikel 6.1 i förordning nr 44/2001, att en utvidgning av behörigheten är underställd villkoret att det ska finnas en risk för oförenliga beslut, förlorar all ändamålsenlig verkan. Dessutom är denna bestämmelse ett uttryck för unionslagstiftarens vilja att skapa balans mellan kraven på god rättsskipning och den nödvändiga respekten för den allmänna principen att domstolar i den medlemsstat där svaranden har hemvist är behöriga, vilken anges i artikel 2.1 i förordning nr 44/2001.

54 — Se dom Solvay (C-616/10, EU:C:2012:445, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

55 — C-539/03, EU:C:2006:458.

56 — Punkt 26. Min kursivering.

57 — C-98/06, EU:C:2007:595.

58 — Punkterna 38 och 47.

96. Jag anser vidare att det inte är tillräckligt, för att de båda käromålen mot olika svarande ska kunna anses ha ett samband, att det beslut som fattas avseende ett av käromålen kan påverka utgången av det andra. Kravet på en skillnad i en och samma faktiska och rättsliga situation gör att det bör undersökas huruvida avgöranden som fattas av två olika domstolar skulle kunna vara oförenliga och motstridiga, även om det inte är nödvändigt att fastställa att de skulle föra med sig radikalt oförenliga rättsliga följder.

97. I detta avseende delar jag den hänskjutande domstolens uppfattning, att en separat handläggning och dom avseende talan om ogiltigförklaring och återbetalning för obalans i avtalet och otillräckligt eller bristfälligt ändamål mot Commerzbank och Redi, respektive skadeståndstalan som huvudsakligen riktas mot Profit Holding med anledning av påstådd bristfällig förvaltning från det bolagets sida, inte medför någon risk för oförenliga beslut.

98. Först och främst tvivlar jag på att det föreligger en och samma faktiska situation, även om de båda käromålen i stort rör följderna av Profits tecknande av de kreditlänkade obligationerna. Skadeståndstalan vilar nämligen enligt den hänskjutande domstolen på en annan faktisk omständighet än endast själva tecknandet, nämligen att moderbolaget utformat och genomfört en transaktion i eget intresse eller i tredje parts intresse och avsiktligen vållat sitt dotterbolag skada.

99. Framför allt tror jag inte att det föreligger en och samma rättsliga situation, eftersom käromålen skiljer sig åt inte endast genom de rättsliga grunderna utan även genom sina föremål. Såsom den hänskjutande domstolen har framhållit, skulle således talan om skadestånd kunna bifallas oavsett om talan om ogiltigförklaring vinner bifall.

100. Den enda omständigheten att en eventuell återbetalning av den erlagda köpesumman, till följd av ett bifall för talan om ogiltigförklaring, skulle kunna påverka storleken på Profits skadestånd, i händelse av att Profit medges rätt till ersättning från Profit Holding, anser jag inte utgöra en risk för oförenliga beslut.

101. Jag föreslår följaktligen att svaret på den första frågan ska vara att artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att för att det ska anses föreligga ett samband mellan två käromål mot flera svarande räcker det inte att ett eventuellt bifall för ett av käromålen kan påverka omfattningen av den rättighet som ska skyddas genom det andra käromålet.

IV – Förslag till avgörande

102. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som har ställts av Corte Suprema di Cassazione på följande sätt:

- 1) Artikel 23 i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område ska tolkas så, att
 - kravet på skriftlig form i denna artikel endast är uppfyllt när en prorogationsklausul förts in i ett prospekt avseende emission av värdepapper, som de kreditlänkade obligationer som är aktuella i det nationella målet, om det i det avtal som undertecknas av parterna anges att denna klausul godtas eller om avtalet innehåller en uttrycklig hänvisning till detta prospekt, och att
 - en klausul om behörig domstol i ett emissionsprospekt avseende värdepapper, som de kreditlänkade obligationer som är aktuella i det nationella målet, som upprättats ensidigt av emittenten av dessa obligationer endast kan göras gällande mot en tredje part som förvärvat dessa instrument av en finansiell mellanhand om det är fastställt att denna tredje part verkligen har gett sitt medgivande till klausulen på de villkor som anges i nämnda artikel.

Införandet av en prorogationsklausul i prospektet avseende värdepapper, som de kreditlänkade obligationer som är aktuella i det nationella målet, kan emellertid anses vara giltigt om det kan betraktas som en form av avtal som överensstämmer med handelsbruk eller annan sedvänja i internationell handel, i den mening som avses i artikel 23.1c i förordning nr 44/2001, och som gör det möjligt att anta att den part mot vilken det görs gällande samtyckt till klausulen, förutsatt att det bland annat är fastställt, vilket det ankommer på den nationella domstolen att pröva, dels att ett sådant uppträdande allmänt och regelbundet tillämpas av aktörer på den aktuella marknaden vid ingående av sådana avtal, dels att parterna antingen tidigare hade handelsförbindelser sinsemellan eller med andra parter på den aktuella marknaden, eller att det aktuella uppträdandet är tillräckligt känt för att kunna betraktas som en etablerad sedvänja.

- 2) En talan om ogiltigförklaring av ett avtal och om återbetalning av det belopp som betalas på grundval av den ogiltiga handlingen ska betraktas som en talan som "avser avtal" i den mening som avses i artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001.
- 3) Artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att det, för att ett samband ska anses föreligga mellan två käromål mot flera svarande inte räcker att ett eventuellt bifall för ett av käromålen kan påverka omfattningen av den rätt som är avsedd att skyddas med det andra käromålet.