Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 23. april 2015[1]

Sag C-366/13

Profit Investment SIM SpA, under likvidation,
mod
Stefano Ossi,
Andrea Mirone,
Commerzbank AG

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Corte suprema di cassazione (Italien))

»Område med frihed, sikkerhed og retfærdighed — forordning (EF) nr. 44/2001 — artikel 23 — værnetingsaftale — aftale indsat i et emissionsprospekt for værdipapirer indekseret til en kreditrisiko — spørgsmålet, om værnetingsaftalen kan gøres gældende over for tredjemand, som har erhvervet disse værdipapirer«

1. Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 5, nr. 1), litra a), artikel 6, nr. 1), og artikel 23, stk. 1, litra a), i Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område[2].

2. Denne anmodning er blevet fremsat inden for rammerne af en tvist mellem Profit Investment SIM SpA[3], under likvidation, og Commerzbank AG[4], Profit Holding SpA[5], under likvidation, E3 SA[6], Redi & Partners Ltd[7], samt Stefano Ossi, Eugenio Magli, Francesco Redi, Andrea Mirone og Enrico Fiore som følge af Commerzbanks udstedelse af finansielle instrumenter tegnet af Profit og Profit Holding gennem Redi.

3. Domstolen har tidligere haft lejlighed til at udtale sig om fortolkningen af begrebet »sager om kontraktforhold« som omhandlet i artikel 5, nr. 1), litra a), i forordning nr. 44/2001, om begrebet »indbyrdes forbundet«, som i henhold til denne forordnings artikel 6, nr. 1), giver mulighed for ved retten i den retskreds, hvor en sagsøgt har bopæl, at sagsøge en medsagsøgt, der har bopæl i udlandet, samt om betingelserne for, hvornår de i denne forordnings artikel 23 omhandlede aftaler om værneting er gyldige og kan gøres gældende over for tredjemand. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse giver den lejlighed til at bekræfte hovedtrækkene i sin tilgang til spørgsmålet og samtidig præcisere og uddybe den.

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EFT 2001, L 12, s. 1.
3 — Herefter »Profit«.
4 — Herefter »Commerzbank«.
5 — Herefter »Profit Holding«.
6 — Herefter »E3«.
7 — Herefter »Redi«.

4. Jeg vil i dette forslag til afgørelse argumentere for, at en værnetingsaftale indsat i emissionsprospektet for værdipapirer, såsom de i hovedsagen omhandlede værdipapirer indekseret til en kreditrisiko, kun opfylder kravet i artikel 23, stk. 1, litra a), i forordning nr. 44/2001, om, at aftalen om værneting skal være indgået skriftligt, hvis den kontrakt, der er undtegnet af parterne, nævner samtykke til denne aftale eller indeholder en udtrykkelig henvisning til dette prospekt, og at en sådan aftale kun kan gøres gældende over for tredjemand, der har erhvervet værdipapirerne gennem en finansiel formidler, hvis det er godtgjort, at denne tredjemand faktisk har givet samtykke til denne aftale på de betingelser, der er anført i artikel 23. En sådan aftale kan dog anses for at være gyldig og have virkning, når dens indsættelse i et prospektkan anses for en form, der er anerkendt som en sædvane inden for international handel, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 23, stk. 1, litra c), i forordning nr. 44/2001, hvorved det kan antages, at den part, som den gøres gældende over for, har givet sit samtykke.

5. Jeg vil endvidere gøre rede for grundene til, at et søgsmål, der er anlagt med påstand om annullation af en kontrakt og tilbagebetaling af de beløb, der er betalt på grundlag af den ugyldige kontrakt, bør anses for at vedrøre »sager om kontraktforhold« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 5, nr. 1), litra a), i forordning nr. 44/2001.

6. Endelig vil jeg vise, at det ikke er tilstrækkeligt til, at der foreligger to indbyrdes sammenhængende krav fremsat over for flere sagsøgte i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001, at en eventuel afsigelse af dom efter sagsøgerens påstand i en af disse sager vil kunne have faktisk indvirkning på omfanget af den interesse, som det andet krav er fremsat med henblik på at beskytte.

I – **Relevante retsforskrifter**

7. Artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 44/2001, der indgår i kapitel II, afdeling 1, med overskriften »Almindelige bestemmelser«, har følgende ordlyd: »Med forbehold af bestemmelserne i denne forordning skal personer, der har bopæl på en medlemsstats område, uanset deres nationalitet, sagsøges ved retterne i denne medlemsstat«.

8. Denne forordnings artikel 5, der er indeholdt i det samme kapitel II, afdeling 2, med overskriften »Specielle kompetenceregler«, bestemmer:

»En person, der har bopæl på en medlemsstats område, kan sagsøges i en anden medlemsstat:

1) a) i sager om kontraktforhold, ved retten på det sted, hvor den pågældende forpligtelse er opfyldt eller skal opfyldes

[…]«

9. Artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001, der ligeledes er indeholdt i samme kapitel II i denne forordning, bestemmer:

»En person, der har bopæl på en konventionsstats område, kan endvidere sagsøges:

1) såfremt der er flere sagsøgte, ved retten i den retskreds, hvor en af de sagsøgte har bopæl, forudsat at kravene er så snævert forbundne, at det er ønskeligt at behandle og påkende dem samtidig for at undgå uforenelige afgørelser i tilfælde af, at kravene blev påkendt hver for sig.«

10. Artikel 23, stk. 1 og 2, i forordning nr. 44/2001, som indgår i kapitel II, afdeling 7, med overskriften »Aftaler om værneting«, bestemmer:

»1. «Såfremt parterne i tilfælde, hvor mindst en af dem har bopæl på en medlemsstats område, har aftalt, at en ret eller retterne i en medlemsstat skal være kompetente til at påkende allerede opståede tvister eller fremtidige tvister i anledning af et bestemt retsforhold, er denne ret eller retterne i den pågældende medlemsstat kompetente. Medmindre parterne har aftalt andet, er denne ret eller disse retter enekompetente. En sådan aftale om retternes kompetence skal være indgået:

a) skriftligt eller mundtligt med skriftlig bekræftelse, eller

b) i en form, der er i overensstemmelse med den skik og brug, som parterne følger i deres indbyrdes forhold, eller

c) inden for international handel, i den form, der er i overensstemmelse med en sædvane, som parterne har eller burde have kendskab til, og som inden for sådan handel er almindeligt kendt og regelmæssigt fulgt af parter i kontrakter af samme type inden for den pågældende handelsbranche.

2. Med »skriftligt« sidestilles enhver elektronisk meddelelse, som varigt dokumenterer aftalen om værneting.«

II – **Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

11. I maj 2004 iværksatte Dresdner Bank AG, nu Commerzbank, der har hjemsted i Tyskland, et program for udstedelse af værdipapirer indekseret til en kreditrisiko, såkaldte »credit linked notes« [8]. De overordnede regler for programmet var sammen med emissionsvilkårene beskrevet i et basisprospekt af 5. maj 2004, et såkaldt »informationsmemorandum« (»Information memorandum«) [9], som ifølge Commerzbank var godkendt af Irish Stock Exchange i Dublin [Irland].

12. Punkt 16 i dette dokument om »nærmere vilkår for værdipapirerne« (»Terms and conditions of the Notes«) indeholdt i nr. b) med overskriften »Ret og retsområde« (»Law and jurisdiction«) en klausul, hvorefter engelske retter har enekompetence i enhver tvist, der opstår som følge af eller i tilknytning til værdipapirerne.

13. Inden for dette emissionsprogram solgte Commerzbank den 22. oktober 2004 CLN til en samlet værdi af 2 300 000 EUR. Disse CLN var ifølge de nærmere vilkår, som var angivet i de »nærmere bestemmelser« (»pricing supplement«), knyttet til referenceenhed E3 med hjemsted i Luxembourg.

14. Via Redi, der har hjemsted i Det Forenede Kongerige, og som af Financial Services Authority (Det Forenede Kongeriges finanstilsyn) er bemyndiget til at udøve finansiel formidlingsvirksomhed, købte Profit, der har hjemsted i Italien, den 27. oktober 2004 disse værdipapirer for 1 100 000 EUR, og Profit Holding, moderselskab for Profit, ligeledes med hjemsted i Italien, købte for 1 200 000 EUR.

8 — Herefter »CLN«. CLN, som er skabt inden for den finansielle praksis, er afledte finansielle instrumenter, som giver en udsteder, »afdækningskøberen«, mulighed for at overføre en kreditrisiko til en investor, »afdækningssælgeren«, til gengæld for retten til en potentielt højere betaling end en risikofri rente. Retten til tilbagebetaling af kapitalen ved forfald er betinget af, at der ikke er opstået en af kreditrisiciene, som påvirker en underliggende enhed, »referenceenheden«. Værdipapirerne kan være udstedt for kapital, der er stillet sikkerhed for, eller kapital, som der ikke er stillet sikkerhed for. I sidstnævnte tilfælde kan tegneren, såfremt der opstår en kreditbegivenhed, der påvirker referenceenheden, tilbagebetales enten efter en tilbagebetalingssats (»kontant afregning«) eller i den nødlidende enheds værdipapirer (»fysisk overdragelse«). Jf., vedrørende disse instrumenter, S.K. Henderson, »Credit Derivatives», *Credit Derivatives – Law, Regulation and Accounting Issues*, Sweet & Maxwell, 1999, s. 1, navnlig s. 4, punkt 1 005; T. Bonneau og F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, 3. udg, Economica, Paris, 2010, punkt 145, s. 218, samt A. Gauvin, *Droit des dérivés de crédit*, Revue banque, Paris, 2003, s. 103 f.

9 — Herefter »memorandummet«.

15. Da E3 i foråret 2006 ikke havde opfyldt sine forpligtelser, meddelte Commerzbank denne begivenhed og annullerede den 5. juli 2006 de pågældende CLN ved at levere det antal, der svarede til E3's værdipapirer, til Profit, idet E3 var blevet insolvent.

16. Efter at være blevet underlagt en tvungen administrativ likvidation indledte Profit et søgsmål ved Tribunale de Milano (retten i Milano, Italien) mod Commerzbank, Profit Holding, Redi og E3 samt Stefano Ossi og Eugenio Magli, henholdsvis medlem af bestyrelsen i og generaldirektør for Profit, og Enrico Fiore, medejer af E3, alle tre med bopæl i Italien.

17. Profit har nedlagt to påstande. For det første er der nedlagt påstand om, at de aftaler, som medførte, at Profit erhvervede CLN, erklæres ugyldige på grund af en ulige aftale og manglende eller ikke-beskyttelsesværdigt formål, og at det betalte beløb tilbagebetales. For det andet er der nedlagt påstand om, at Profit Holding, Redi og Stefano Ossi, Eugenio Magli og Enrico Fiore holdes ansvarlige i medfør af artikel 2497 i Codice civile [10], og at disse parter pålægges at betale skadeserstatning.

18. Commerzbank har krævet medejer af Redi, Francesco Redi, og Andrea Mirone, som havde bidraget til at planlægge og gennemføre transaktionen for Redis regning, med bopæl i Det Forenede Kongerige, inddraget i sagen med påstand om, at de pålægges at erstatte de forvoldte skader, såfremt Profits principale påstand tages til følge.

19. Da Commerzbank, Stefan Ossi og Andrea Mirone har anfægtet den italienske domstols kompetence, har Profit anmodet Corte suprema di cassazione om først at tage stilling til kompetencespørgsmålet.

20. Da Corte suprema di cassazione er i tvivl med hensyn til fortolkningen af artikel 5, nr. 1), artikel 6, nr. 1), og artikel 23, stk. 1, litra a), i forordning nr. 44/2001, har denne ret besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan forskellige sager anses for at være indbyrdes forbundne som omhandlet i artikel 6, nr. 1), i forordning [nr.] 44/2001, når genstanden for de påstande, som er nedlagt med disse to søgsmål, og retsgrundlaget for påstandene er forskellige, og der ikke logisk og retligt betragtet foreligger et underordnelsesforhold eller uforenelighed mellem dem, men hvor en eventuel afsigelse af dom efter sagsøgerens påstand i en af disse sager vil kunne have faktisk indvirkning på omfanget af den interesse, som det andet krav er fremsat med henblik på at beskytte?

2) Kan kravet om skriftlighed af værnetingsaftalen i henhold til artikel 23, stk. 1, litra a), i forordning [nr.] 44/2001 anses for at være opfyldt, når en sådan aftale er indsat i et [memorandum], som er affattet ensidigt af en udsteder af obligationer, og indebærer, at værnetingsaftalen finder anvendelse på tvister med en hvilken som helst efterfølgende erhverver af obligationerne vedrørende disses gyldighed, eller kan – i benægtende fald – indsættelsen af værnetingsaftalen i et dokument, der har til formål at regulere en udstedelse af obligationer, der er tiltænkt at være genstand for grænseoverskridende handel, anses for at udgøre en form, der er i overensstemmelse med en sædvane inden for international handel, som omhandlet i artikel 23, stk. 1, litra c), i samme forordning?

3) Skal udtrykket »sager om kontraktforhold«, som er anvendt i artikel 5, nr. 1), i forordning nr. 44/2001, forstås således, at det udelukkende henviser til tvister, hvor det tilsigtes at gøre retsforholdet i henhold til kontrakten gældende for domstolene, eller til tvister, som er strengt knyttet til dette retsforhold, eller omfatter det også tvister, hvor sagsøgeren ikke påberåber sig

10 — Denne artikel vedrører moderselskabets ansvar i tilfælde af overtrædelse af principperne for forsvarlig forvaltning.

kontrakten, men benægter, at der foreligger et retsgyldigt kontraktforhold, og tilsigter at opnå tilbagebetaling af et beløb, der er betalt på grundlag af et dokument, som efter sagsøgerens opfattelse ikke har nogen som helst retsvirkning?«

III – **Min bedømmelse**

A – *Indledende betragtninger*

1. Metoden til fortolkning af bestemmelserne i forordning nr. 44/2001

21. Jeg skal indledningsvis gøre opmærksom på tre regler, der gælder for fortolkningen af bestemmelserne i forordning nr. 44/2001.

22. For det første, for så vidt som forordning nr. 44/2001 erstatter konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager [11], som ændret ved efterfølgende konventioner om nye medlemsstaters tiltrædelse af denne konvention [12], i forholdet mellem medlemsstaterne, gælder den af Domstolen anlagte fortolkning af denne konvention desuden også for bestemmelserne i forordning nr. 44/2001, når disse kan sidestilles med hinanden [13]. Dette er tilfældet hvad angår den nævnte forordnings artikel 5, nr. 1), litra a), og artikel 23, stk. 1, i forhold til henholdsvis artikel 5, nr. 1), og artikel 17, stk. 1, i Bruxelleskonventionen [14]. Hvad angår artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 kan denne bestemmelse ganske vist ikke sidestilles med en bestemmelse i Bruxelleskonventionen, men den fastsætter blot et princip, som Domstolen har udledt af denne konventions artikel 6, nr. 1) [15], hvorved Domstolens tidligere fortolkning fortsat er relevant.

23. For det andet har Domstolen bl.a. af hensyn til kravet om at sikre en ensartet anvendelse af forordning nr. 44/2001 fastslået, at denne forordnings bestemmelser skal fortolkes selvstændigt, ud fra dens mål og opbygning [16].

24. For det tredje har Domstolen fastslået, at de specielle kompetenceregler, som er indeholdt i kapitel II, afdeling 2, i forordning nr. 44/2001, skal fortolkes strengt, idet de ikke kan føre til en fortolkning, der rækker ud over de tilfælde, som nævnte forordning udtrykkeligt har for øje [17]. Den har desuden fastslået, at de betingelser, der stilles for værnetingsklausulers gyldighed, skal fortolkes strengt, for så vidt som disse klausuler er undtagelser fra hovedreglerne for fastlæggelse af kompetencen [18].

25. Jeg vil anvende disse fortolkningsregler i min besvarelse af de præjudicielle spørgsmål.

11 — EFT 1978, L 304, s. 17.

12 — Herefter »Bruxelleskonventionen«.

13 — Jf. domme Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis) og Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).

14 — Jf., vedrørende artikel 5, nr. 1), litra a), i forordning nr. 44/2001, dom Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, præmis 19), og, vedrørende denne forordnings artikel 23, stk. 1, dom Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62, præmis 19).

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

16 — Jf. dom A (C-112/13, EU:C:2014:2195, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

17 — Jf. dom Kainz (C-45/13, EU:C:2014:7, præmis 21 og 22 og den deri nævnte retspraksis). Jf. desuden dom OTP Bank (C-519/12, EU:C:2013:674, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

18 — Jf. i denne retning dom Berghoefer (221/84, EU:C:1985:337, præmis 13 og den deri nævnte retspraksis).

2. Rækkefølgen af undersøgelsen af spørgsmålene

26. Den forelæggende ret er ikke i tvivl om, at det erstatningssøgsmål, der er anlagt mod Profit Holding, Redi og Stefano Ossi, Eugenio Magli og Enrico Fiore, skal afgøres af en italiensk domstol, for så vidt som flere af de sagsøgte i dette søgsmål er hjemmehørende i Italien. Den er derimod mere i tvivl om, hvorvidt søgsmålet med påstand om, at de aftaler, der førte til erhvervelsen af CLN, erklæres ugyldige, og at det betalte beløb tilbagebetales, kan høre under de italienske domstoles kompetence, da dette søgsmål i betragtning af dets genstand bør anses for udelukkende at være rettet mod Commerzbank og Redi, som begge er etableret uden for Italien.

27. Ifølge denne ret afhænger svaret på dette spørgsmål for det første af, hvorvidt de to krav er indbyrdes forbundne som omhandlet i artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001, hvilket ville indebære, at de italienske domstole, der har kompetence til at påkende erstatningskravet for tab, ligeledes har kompetence til at afgøre kravet om tilbagebetaling af det betalte beløb som følge af transaktionernes påståede ugyldighed.

28. Kun hvis Domstolens svar indebærer, at de to søgsmål ikke er indbyrdes forbundne og således ville kunne påkendes under ét, skal det, for det andet, efterprøves, hvorvidt påstanden om tilbagebetaling af salgsprisen på de pågældende CLN ikke i sig selv kan anses for at være omfattet af de italienske domstoles kompetence. Corte suprema di cassazione foreslår, at denne efterprøvelse udføres i to trin, hvor det først undersøges, hvilken gyldighed der skal tillægges den værnetingsaftale, som er indeholdt i memorandummet, for derefter, såfremt denne aftale er ugyldig, at bestemme, hvorvidt den tvist, hvori sagsøgeren har anfægtet eksistensen af et gyldigt kontraktforhold og har krævet tilbagebetaling af det beløb, der er betalt på grundlag af et dokument, som angiveligt er helt uden juridisk gyldighed, hører under »sager om kontraktforhold« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 5, nr. 1), i forordning nr. 44/2001.

29. Før jeg besvarer den forelæggende rets første og tredje spørgsmål, der drejer sig om valgfrie kompetencer, bør det andet spørgsmål efter min mening først undersøges, da det vedrører en enekompetence. I denne henseende fremgår det af fast retspraksis, at det værneting, som følger af reglen, indebærer, at både værnetinget ifølge det almindelige princip i artikel 2 i forordning nr. 44/2001, og de specielle værneting, som nævnes i denne forordnings artikel 5 og 6, udelukkes [19]. Det følger heraf, at hvis den forelæggende ret på grundlag af svaret på det andet spørgsmål skulle fastslå, at værnetingsaftalen i memorandummet med føje kan gøres gældende over for Profit, ville den således skulle erklære, at den ikke har kompetence til at afgøre søgsmålet om kontraktens ugyldighed og tilbagebetaling af salgsprisen, som skulle indbringes for de engelske domstole, selv om dette søgsmål måtte høre under sager om kontraktforhold eller være nært knyttet til erstatningssøgsmålet.

30. Den omstændighed, at der med søgsmålet bl.a. er nedlagt påstand om, at det fastslås, at de transaktioner, som førte til Profits køb af CLN, er ugyldige, ændrer ikke ved ovenstående betragtninger, for så vidt som retten i en kontraherende stat, der er udpeget ifølge konventionen, ligeledes har enekompetence, når der i søgsmålet er nedlagt påstand om, at den kontrakt, som den pågældende regel er indeholdt i, er ugyldig [20].

31. I øvrigt mener jeg i modsætning til Europa-Kommissionen ikke, at det er nødvendigt at undersøge, hvorvidt søgsmålet med påstand om tilbagebetaling er omfattet af »sager om kontraktforhold«som omhandlet i artikel 5, nr. 1), i forordning nr. 44/2001, før værnetingsaftalens gyldighed og virkning analyseres.

19 — Jf. i denne retning dom MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis).

20 — Jf. i denne retning dom Benincasa (C-269/95, EU:C:1997:337, præmis 32).

32. Det er korrekt, at Domstolen med henblik på at afgøre, om den, som værnetingsklausulen gøres gældende over for, som omhandlet i artikel 23 i forordning nr. 44/2001, har givet sit samtykke hertil, følger den almindelige, teoretiske definition af sager om kontraktforhold, som er udviklet i forbindelse med fortolkningen af denne forordnings artikel 5, nr. 1), idet den undersøger, om der findes en juridisk forpligtelse, som en person over for en anden frivilligt har givet sit samtykke til [21].

33. Jeg mener imidlertid ikke, at den omstændighed, at der er en vis overlapning som følge af et fælles krav om et kontraktforhold, på forhånd kan bestemme svaret på det tredje spørgsmål, da det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at formålet med dette spørgsmål er at afklare Corte suprema di cassaziones tvivl, ikke med hensyn til om der foreligger et retsforhold som følge af en kontrakt, hvilket forudsættes [22], selv om denne antagelse bør diskuteres, men udelukkende med hensyn til, hvorvidt den omstændighed, at sagsøgeren ikke påberåber sig kontraktens udførelse, men har nedlagt påstand om, at den erklæres ugyldig, og at det betalte beløb tilbagebetales, indebærer, at søgsmålet falder uden for det kontraktlige område.

34. Jeg vil således først behandle det andet spørgsmål om virkningen af den værnetingsaftale, som er indsat i memorandummet.

35. Da den forelæggende ret går ud fra, at Redi har optrådt som »investeringsformidler[, som] solgte« de pågældende CLN, der var udstedt af Commerzbank, til Profit, mener jeg, at der bør sondres mellem de forhold, som er etableret mellem Redi og Profit, og Profits forhold til Commerzbank.

B – *Det andet spørgsmål*

36. Med sit andet spørgsmål, som er opdelt i to dele, men bør opdeles i tre, spørger den forelæggende ret nærmere bestemt for det første, om kravet om skriftlighed i artikel 23, stk. 1, litra a), i forordning nr. 44/2001 er opfyldt, når en værnetingsaftale er indsat i emissionsprospektet for værdipapirer såsom de i hovedagen omhandlede CLN, som er affattet ensidigt af udstederen af disse værdipapirer, og for det andet om denne aftale kan gøres gældende over for en hvilken som helst tegner af disse værdipapirer, og endelig, såfremt de to første spørgsmål besvares benægtende, om indsættelsen af en værnetingsaftale i et sådant dokument kan anses for at udgøre en sædvane inden for international handel som omhandlet i artikel 23, stk. 1, litra c), i forordning nr. 44/2001.

37. Denne opdeling af spørgsmålet i tre dele er nødvendig, for så vidt som den første del efter min mening udelukkende vedrører værnetingsaftalens gyldighed i forholdet mellem parterne i den kontrakt, som den indgår i, mens den anden del vedrører spørgsmålet om, hvorvidt denne værnetingsaftale kan overføres til de efterfølgende købere af værdipapirer. Hvad angår spørgsmålets tredje led indeholder det begge disse aspekter og vedrører, mere generelt, værnetingsaftalens gyldighed over for alle købere eller senere købere af værdipapirer.

1. Det andet spørgsmåls første led

38. Retspraksis har anlagt en konsekvent streng fortolkning af formkravene i Bruxelleskonventionens artikel 17, stk. 1, litra a), og senere af artikel 23, stk. 1, litra a), i forordning nr. 44/2001, hvor en værnetingsaftales gyldighed er betinget af en aftale indgået »skriftligt eller mundtligt med skriftlig bekræftelse«.

21 — Jf. i denne retning dom Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62).

22 — Dette fremgår af spørgsmålets formulering, idet det forudsætter, at der foreligger en kontrakt, hvis retlige gyldighed anfægtes.

39. Domstolen har fastslået, at en værnetingsaftale, der var indeholdt i en af kontrahenternes almindelige forretningsbetingelser, som var trykt på bagsiden af et aftaledokument, kun opfyldte kravet om skriftlighed, såfremt den af begge kontrahenter underskrevne kontrakt udtrykkeligt henviste til disse almindelige forretningsbetingelser [23].

40. Vedrørende en mundtligt indgået aftale har Domstolen fastslået, at værnetingsaftalen, medmindre den indgår i de løbende forretningsbetingelser, kun kan have virkning, hvis sælgers skriftlige bekræftelse med meddelelse af hans almindelige forretningsbetingelser skriftligt er accepteret af køber [24].

41. Udelukkende med udgangspunkt i, at der forelå et samtykke til værnetingsaftalen, har Domstolen vedrørende Bruxelleskonventionens artikel 17, stk. 1, fastslået, at bestemmelsen, idet den som grundlag for gyldigheden af en aftale om værneting krævede en »aftale« mellem parterne, pålagde den ret, for hvilken sagen var forelagt, først og fremmest at prøve, om den aftale, som tillagde retten kompetence, faktisk havde været genstand for parternes overensstemmende vilje, som skulle være udtrykt klart og præcist [25]. Domstolen fastslog på grundlag af en teleologiske fortolkning, at »[f]orordningens artikel 23, stk. 1, [skulle] fortolkes således, at et af bestemmelsens formål – i lighed med formålet med Bruxelleskonventionens artikel 17, stk. 1 – er at sikre, at der reelt er opnået enighed mellem de berørte [26]«.

42. Det fremgår således tydeligt af denne praksis, at samtykket til værnetingaftalen ikke blot kan være stiltiende og heller ikke udledes af omstændighederne. Når undtages de tilfælde, der er omhandlet i artikel 23, stk. 1, litra b) og c), i forordning nr. 44/2001, er en sådan aftales virkning derimod betinget af et udtrykkeligt og egentligt samtykke ved brug af formelle udtryksformer, som er fastsat i denne forordnings artikel 23, stk. 1, litra a), og artikel 23, stk. 2.

43. Selv om disse formkrav kan forekomme at være strenge, er de efter min mening begrundede, for så vidt som de giver mulighed for at beskytte den svageste part i kontraktforholdet mod risikoen for, at der indsættes en værnetingsaftale, som denne part ikke er gjort tilstrækkelig klart opmærksom på [27].

44. Som disse krav er fortolket i fast praksis, kan den forelæggende rets spørgsmål kun besvares benægtende, da betingelsen om skriftlighed ikke kan anses for opfyldt alene ved indsættelsen af værnetingsaftalen i memorandummet, som er affattet ensidigt af udstederen af de pågældende CLN.

45. Som Kommissionen har bemærket, kunne det dog forholde sig anderledes, hvis det var godtgjort, at værnetingsaftalen var indført efter aftale på det tidspunkt, hvor kontrakten mellem Profit og Redi blev indgået. Jeg mener, at Profits udtrykkelige tilslutning til værnetingsaftalen ville kunne fremgå, hvis den enten var gentaget i kontrakten, eller hvis kontrakten indeholdt en udtrykkelig henvisning til memorandummet. Jeg skal dog bemærke, at det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at betingelserne i memorandummet tilsyneladende ikke er udtrykkeligt gentaget i de aftaledokumenter, som er undertegnet af køberne af de pågældende CLN.

46. Jeg foreslår derfor Domstolen, at den besvarer det andet spørgsmåls første led således, at kravet om skriftlighed i artikel 23, stk. 1, litra a), i forordning nr. 44/2001 kun er opfyldt med indsættelsen af en værnetingsaftale i emissionsprospektet for værdipapirer såsom de i hovedsagen omhandlede CLN, hvis den kontrakt, som er undertegnet af parterne, omfatter en accept af denne værnetingsaftale eller indeholder en udtrykkelig henvisning til dette prospekt.

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

24 — Dom Galeries Segoura (25/76, EU:C:1976:178, præmis 12).

25 — Jf. domme Coreck (C-387/98, EU:C:2000:606, præmis 13 og den deri nævnte praksis) og Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62, præmis 27).

26 — Dom Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

27 — Jf. i denne retning dom MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, præmis 17).

2. Det andet spørgsmåls andet led

47. Vedrørende spørgsmålet, hvorvidt en værnetingsaftale, som er indeholdt i en kontrakt indgået mellem en producent af en vare og varens køber, i forbindelse med en erstatningssag, der er anlagt af den senere køber af en vare mod denne vares producent, kan gøres gældende over for den senere køber, gav Domstolen i Refcomp-dommen [28] et meget klart svar, idet den fastslog, at værnetingsaftalen ikke kunne have virkning over for den senere køber, som ikke havde givet sit samtykke hertil. Da der ikke fandtes et kontraktforhold mellem den senere køber og producenten, fastslog den, at »de ikke [kunne] anses for at have »aftalt«, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordningens artikel 23, stk. 1, hvilken ret der skal være kompetent med hensyn til den kontrakt, der oprindeligt er blevet indgået mellem producenten og den første køber« [29].

48. I Powell Duffryn-dommen anerkendte Domstolen dog [30], at en værnetingsklausul, som var optaget i et aktieselskabs vedtægter, kunne gøres gældende over for fremtidige aktionærer, da der ved aktionærens tilslutning til selskabets vedtægter opstår et forhold såvel mellem aktionæren og selskabet som mellem aktionærerne indbyrdes, som bør anses for et kontraktforhold [31]. I Russ-dommen [32] medgav Domstolen ligeledes, vedrørende søtransport, at en værnetingsaftale i et konnossement kan gøres gældende over for tredjemand, der er indehaver af konnossementet, når denne, i medfør af gældende national ret, er indtrådt i afladerens rettigheder og forpligtelser [33].

49. Bør det på denne retspraksis' nuværende udviklingstrin, efter konnossementsmodellen for et selskabs statut, anerkendes, at værnetingsaftalen i memorandummet kan overføres til de senere købere af CLN, eller bør man derimod afvise, at den kan overføres, da der ikke foreligger noget kontraktforhold mellem udstederen af papirerne og den senere køber?

50. Jeg er af den opfattelse, at den anden valgmulighed skal anvendes til besvarelsen af dette spørgsmål.

51. Denne løsning er efter min mening uundgåelig som følge af det princip, der er blevet bekræftet i retspraksis gentagne gange, hvorefter de pågældendes samtykke er nødvendigt for, at værnetingsaftalen kan gælde. Da der ikke foreligger et kontraktforhold mellem Profit og Commerzbank, idet de to parter ikke har indgået nogen kontraktlig forpligtelse over for hinanden, bør det heraf udledes, at de ikke kan anses for at have »aftalt«, hvilken ret der er kompetent, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 44/2001 [34].

52. Jeg mener ikke, at Det Forenede Kongeriges regering kan gives medhold i argumentet om, at Commerzbank har accepteret at være bundet af de emissionsvilkår, som var angivet i memorandummet, da spørgsmålet ikke er, hvorvidt Profit kan gøre værnetingsaftalen gældende over for Commerzbank, men derimod om denne bank kan gøre aftalen gældende over for Profit. Jeg mener heller ikke, at den samme regerings argument om, at Profit formodes at have givet sit samtykke til værnetingsaftalen ved at have erhvervet værdipapirerne, er korrekt, da dette samtykke skal være udtrykkeligt og ikke kan udledes af erhvervelsen af værdipapirerne.

28 — C-543/10, EU:C:2013:62.

29 — Præmis 33.

30 — C-214/89, EU:C:1992:115.

31 — Præmis 15-17.

32 — 71/83, EU:C:1984:217.

33 — Præmis 24-26. Denne praksis blev bekræftet i dom Coreck (C-387/98, EU:C:2000:606, præmis 23-27).

34 — Jf. i denne retning dom Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37), som blev afsagt i en sag vedrørende erhvervelsen af ihændehavercertifikater.

53. I modsætning til, hvad Commerzbank har hævdet, mener jeg i øvrigt ikke, at det kan følge af reglen om, at en investor, som erhverver obligationer, enten på det primære eller på det sekundære marked, tilkendegiver, at han fuldt og helt og betingelsesløst accepterer samtlige bestemmelser i emissionsreglerne, at værnetingsaftalen kan gøres gældende over for den senere køber. Denne analyse ser nemlig bort fra værnetingsaftalens særegenhed, idet den følger specifikke regler, som indebærer, at den, som den gøres gældende over for, skal have tilsluttet sig den.

54. Jeg forbigår ikke den omstændighed, at Domstolen har anlagt en mindre streng praksis i det særlige tilfælde vedrørende konnossement og selskabsvedtægter. I Refcomp-dommen [35] begrænsede den imidlertid rækkevidden af sin praksis ved at anføre, at den skulle vurderes under hensyntagen til et konnossements ganske særlige karakter, idet det er et instrument inden for international handel, som tager sigte på at regulere et forhold mellem mindst tre personer, og et omsætteligt dokument, som giver ihændehaveren mulighed for under transporten at overdrage varerne til en køber, som herved bliver indehaver af alle afladerens rettigheder og forpligtelser i forhold til bortfragteren [36].

55. Denne praksis hviler på en analyse af transportaftalen som en trepartsaftale, som efter min mening ikke kan overføres til den situation, hvor der er tale om udstedelse af værdipapirer såsom de i hovedsagen omhandlede CLN, der er omfattet af kategorien gældsinstrumenter. Den løsning, som er valgt vedrørende aktionæren i et selskab, kan heller ikke overføres til indehaveren af et gældsinstrument, som kun råder over retten til en fordring til forskel fra aktionæren, der er indehaver af en ret til en andel i selskabskapitalen. Undtagelsen hvad angår aktieselskabet forklares således, at de personer, som har tilsluttet sig den juridiske person ved at erhverve aktier, er blevet parter i den sidstnævntes stiftelsesdokumenter. Denne begrundelse findes ikke i forbindelse med erhvervelsen af værdipapirer såsom de i hovedsagen omhandlede CLN.

56. Af disse grunde vil jeg besvare det andet spørgsmåls andet led således, at artikel 23 i forordning nr. 44/2001 skal fortolkes således, at en værnetingsaftale, der er indeholdt i et informationsdokument, som er affattet ensidigt af udstederen af finansielle instrumenter, kun kan gøres gældende over for tredjemand, som har erhvervet disse instrumenter gennem en finansiel formidler, hvis det er godtgjort, at denne tredjemand har givet sit faktiske samtykke til denne værnetingsaftale på de betingelser, der er fastsat i denne artikel.

3. Det andet spørgsmåls tredje led

57. Jeg mener ikke, at det andet spørgsmåls tredje led indebærer særlige vanskeligheder, for så vidt som svaret stort set allerede kan findes i Domstolens praksis.

58. I denne henseende har Domstolen vedrørende rækkevidden af en konstatering af, at der forelå en sædvane inden for international handel, som var kendt af parterne, fastslået, at de kontraherende parter formodes at have tiltrådt værnetingsklausulen, når deres handlemåde er i overensstemmelse med en sædvane, der gælder inden for det område af den internationale handel, hvor de driver virksomhed, og hvis parterne har kendskab til eller burde have kendskab til sædvanen [37]. Når der består en sædvane, som parterne burde have kendskab til, må det således formodes, at de har tiltrådt værnetingsaftalen. Domstolen har ligeledes, vedrørende konstateringen af, at der består en sædvane, fastslået, at det påhviler den nationale ret at afgøre, om den pågældende kontrakt er indgået inden for den internationale handel, og at efterprøve, om der består en sædvane i den branche inden for den internationale handel, som parterne driver virksomhed i [38].

35 — C-543/10, EU:C:2013:62.

36 — Præmis 35.

37 — Jf. bl.a. domme MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, præmis 19), og Castelletti (C-159/97, EU:C:1999:142, præmis 21).

38 — Ibidem (henholdsvis præmis 21 og 23).

59. Domstolen har dog givet de nationale domstole generelle retningslinjer om, hvordan de kan konstatere, at der består en sædvane, og at parterne har kendskab til den.

60. For det første er det godtgjort, at der består en sædvane – hvilket skal være konstateret i den handelsbranche, hvor de kontraherende parter driver virksomhed – når en bestemt handlemåde almindeligt og regelmæssigt følges af de erhvervsdrivende i branchen ved indgåelse af kontrakter af en bestemt type [39].

61. For det andet må parterne antages faktisk at have haft kendskab til sædvanen eller »formodes« at have haft kendskab til den, bl.a. når det godtgøres, at de tidligere har haft forretningsforbindelse indbyrdes eller med andre parter i den pågældende sektor, eller når en bestemt handlemåde er tilstrækkelig kendt inden for sektoren – fordi den almindeligt og regelmæssigt følges ved indgåelse af en bestemt type kontrakter – til at kunne betragtes som en fast brug [40]. I modsætning til, hvad Kommissionen tilkendegav på retsmødet, fremgår det således klart af denne retspraksis, at det ikke skal bevises, at parterne havde kendskab til sædvanen, da kendskab hertil kan formodes, når det er påvist, at den part, som den påberåbes over for, »burde« have kendskab til den.

62. Anvendelsen af disse regler medfører, at det andets spørgsmåls tredje led bør besvares således, at indsættelsen af en værnetingsaftale i det dokument, der har til formål at fastsætte vilkårene for udstedelsen af værdipapirer såsom de i hovedsagen omhandlede CLN, kan anses for en form, der er anerkendt som en sædvane inden for international handel i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 23, stk. 1, litra c), i forordning nr. 44/2001, hvorved det kan antages, at den part, som den gøres gældende over for, har givet sit samtykke, for så vidt som det bl.a. er godtgjort – hvilket det tilkommer den nationale ret at efterprøve – for det første at en sådan handlemåde almindeligt og regelmæssigt følges af de erhvervsdrivende i den pågældende branche ved indgåelse af kontrakter af denne type, og for det andet at parterne enten tidligere har haft forretningsforbindelse indbyrdes eller med andre parter i den samme sektor, eller at den pågældende handlemåde er tilstrækkelig kendt inden for sektoren til at kunne betragtes som en fast brug.

C – *Det tredje spørgsmål*

63. Med sit tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret i alt væsentligt svar på, hvorvidt søgsmål, der er anlagt med påstand om annullation af en kontrakt og tilbagebetaling af de beløb, der er betalt på grundlag af en ugyldig kontrakt, bør anses for at vedrøre »sager om kontraktforhold« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 5, nr. 1), litra a), i forordning nr. 44/2001.

64. Jeg vil først afvise, at søgsmålet anlagt af Profit mod Commerzbank kan være en sag om kontraktforhold, da der ikke foreligger et kontraktforhold mellem de to parter, og den førstes søgsmål mod den anden derfor ikke kan klassificeres som en »sag om kontraktforhold«, uanset hvilken påstand der er nedlagt. Spørgsmålet er således efter min mening alene relevant i forholdet mellem Profit og Redi.

65. Undersøgelsen af dette spørgsmål kræver en henvisning til gældende retspraksis.

66. I Sanders-dommen [41], der, vedrørende forpagtning af fast ejendom, drejede sig om, hvilken kompetence retterne i den medlemsstat, på hvis område ejendommen er beliggende, har, fastslog Domstolen, at den eksklusive kompetence består, også selv om der er en tvist om, hvorvidt den til grund for retssagen liggende aftale er kommet til eksistens [42].

39 — Ibidem (henholdsvis præmis 23 og 26).

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

41 — 73/77, EU:C:1977:208.

42 — Præmis 22, som ganske vist udleder svaret af den udtrykkelige ordlyd af Bruxelleskonventionens artikel 16.

67. I øvrigt fastslog Domstolen i Effer-dommen [43] vedrørende en præjudiciel forelæggelse, der nærmere bestemt drejede sig som, hvorvidt den særlige kompetence i sager om kontraktforhold bør finde anvendelse, når den sagsøgte i et søgsmål vedrørende opfyldelsen af en kontraktmæssig forpligtelse rejser en indsigelse om manglende kompetence og anfægter selve kontraktens eksistens, at »den nationale rets kompetence til at træffe afgørelse om spørgsmål vedrørende en kontrakt også [omfatter] kompetencen til at afgøre, om de momenter, der er karakteristiske for selve kontrakten, foreligger, da en sådan vurdering er nødvendig, for at den nationale ret, som sagen er indbragt for, kan afgøre, om den er kompetent« [44]. Heraf udledte den, at »en sagsøger også kan anvende [...] opfyldelsesværneting[et], når der mellem parterne er tvist om eksistensen af den aftale, som det indtalte krav støttes på« [45].

68. Det første spørgsmål, der skal besvares, er, hvorvidt denne løsning, som blev valgt i et tilfælde, hvor kontraktens eksistens blev anfægtet som forsvar i et søgsmål om opfyldelse af en kontrakt, kan overføres til det tilfælde, hvor der er nedlagt hovedpåstand om, at kontrakten erklæres ugyldig.

69. Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, skal det derefter afgøres, hvorvidt den ret, som prøver, om kontrakten er ugyldig, ligeledes har kompetence til at tage stilling til virkningerne heraf, navnlig den efterfølgende tilbagebetaling.

70. Jeg foreslår, at det første spørgsmål besvares bekræftende. Der kan fremføres fem argumenter herfor.

71. For det første er der et teoretisk argument i den omstændighed, at ugyldigheden er en sanktion for tilsidesættelsen af reglerne for kontraktens indgåelse [46]. Påstanden om ugyldighed, der hviler på tilsidesættelsen af disse regler, som hører under sager om kontraktforhold, er knyttet til en kontrakt, selv om den ikke tager sigte på opfyldelsen af kontrakten, men på at den erklæres for ugyldig. En juridisk forfatter har formuleret det således: »[e]n tvist om en kontrakts gyldighed er altid en tvist i en »sag om kontraktforhold«« [47].

72. For det andet kan der også findes et teoretisk argument i princippet om, at en ret, som en sag er blevet indbragt for, alene af den grund har kompetence til at udtale sig om sin egen kompetence. Det hænder dog ofte, at fastsættelsen af kompetence indebærer en forudgående undersøgelse af materielle spørgsmål, herunder spørgsmål vedrørende en kontrakts eksistens eller gyldighed. Hvis den ret, som en kompetencesag er blevet indbragt for, fratages muligheden for at træffe afgørelse i dette spørgsmål, forhindres den i at træffe afgørelse om sin kompetence. Dette er i øvrigt også det argument, Domstolen henviser til, når den i Effer-dommen [48] fastslår, at afgørelsen med hensyn til, »om de momenter, der er karakteristiske for selve kontrakten, foreligger« [49], er nødvendig, for at den nationale ret, som sagen er indbragt for, kan afgøre, om den er kompetent“ [50], og i denne henseende er det ligegyldigt, om ugyldigheden er påberåbt i påstanden eller som forsvar.

73. For det tredje kan der udledes et analogt argument af artikel 10, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 593/2008 af 17. juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I) [51]. Ifølge denne bestemmelse, som præciserer området for den anvendelige lov, er spørgsmål om eksistensen og gyldigheden af en aftale eller en aftalebestemmelse underlagt den lov, der ville

43 — 38/81, EU:C:1982:79.

44 — Præmis 7.

45 — Præmis 8.

46 — Jf. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9. udg., PUF, Paris, 2011, der definerer ugyldighed som den »[s]anktion, der pådrages af en retsakt [...], der er behæftet med en formmangel [...] eller en materiel uregelmæssighed [...], og som består i ophævelsen af akten«.

47 — Jf. note af A. Huet, *Revue critique de droit international privé*, Dalloz, Paris, bd. 2, 1982, s. 383, på s. 398.

48 — 38/81, EU:C:1982:79.

49 — Præmis 7.

50 — Ibidem.

51 — EUT L 177, s. 6, og berigtigelse i EUT 2009, L 309, s. 87.

finde anvendelse i henhold til denne forordning, hvis aftalen eller bestemmelsen var gyldig. Hvis betingelserne for kontraktens gyldighed således ikke er genstand for en særlig tilknytning og vurderes efter den anvendelige lov for kontrakten, er det logisk analogt at anse søgsmålet om ugyldighed, hvor der er nedlagt påstand om sanktioner for tilsidesættelse af disse vilkår, hører under sager om kontraktforhold.

74. For det fjerde mener jeg, at der kan udledes endnu et analogt argument af Domstolens praksis om kompetence i et negativt anerkendelsessøgsmål, hvor der er nedlagt påstand om, at der ikke foreligger erstatningsansvar uden for kontrakt. I dommen i sagen Folien Fischer og Fifitec [52] fastslog Domstolen, at et sådant søgsmål var omfattet af anvendelsesområdet for »sager om erstatning uden for ansvar« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 5, nr. 3), i forordning nr. 44/2001, idet den var af den opfattelse, at der ikke kunne tages hensyn til omvendingen af de roller, der almindeligvis kendes i erstatningssager [53]. Hvis det positive erstatningssøgsmål og det negative anerkendelsessøgsmål danner de to aspekter af den samme sag om erstatning uden for ansvar, er det så ikke logisk også at anse et søgsmål om opfyldelse og et søgsmål om ugyldighed af en kontrakt for at udgøre de to sider af en sag om kontraktforhold?

75. For det femte understøttes denne analyse af et hensigtsmæssighedsargument. Jeg ser nemlig ingen særlig grund til, at sagsøgeren skulle fratages den kompetencevalgmulighed, som er indrømmet denne, under påskud af, at der ikke er tale om et krav om opfyldelse af kontrakten, men et krav om, at den erklæres ugyldig.

76. Af disse grunde mener jeg, at en sagsøger, som har nedlagt påstand om, at kontrakten erklæres ugyldig, kan gøre brug af kompetencevalgmuligheden i artikel 5, nr. 1), i forordning nr. 44/2001.

77. Jeg vil også besvare det andet spørgsmål vedrørende rettens mulighed for at træffe afgørelse om virkningerne af, at kontrakten annulleres, bekræftende.

78. Den første grund er teoretisk. Hvis det – som jeg foreslår – bør medgives, at en ret, der kender kontrakten ugyldig, herved træffer afgørelse i en sag om kontraktforhold, må det samme gælde så meget desto mere, når der er tale om virkningerne af denne ugyldighed. En aftaleparts ret til at opnå tilbagebetaling af en betalt ydelse, forudsætter nemlig, at den pågældende tidligere, i henhold til kontrakten, har udført den ydelse, som kræves tilbagebetalt, hvorved der er tale om en sag om kontraktforhold i dette begrebs selvstændige betydning inden for forordning nr. 44/2001.

79. Commerzbank mener imidlertid ikke, at søgsmålet med påstand om tilbagebetaling, som er særskilt og selvstændigt i forhold til ugyldighedssøgsmålet, hviler på en kontraktlig forpligtelse, som parterne frivilligt har påtaget sig, da det er baseret på manglende grundlag for formuebidrag og derfor er støttet direkte i loven.

80. Jeg er ikke enig i dette argument. Det skal nemlig bemærkes, at »sager om kontraktforhold« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 5, nr. 1), i forordning nr. 44/2001, fortolkes selvstændigt, og denne fortolkning kan ikke afhænge af det retlige grundlag for søgsmålet ifølge den gældende nationale ret, hvorved det har mindre betydning, at tilbagebetalingssøgsmålet kan have et lovgrundlag i den nationale ret. Hvis der ikke havde været et kontraktligt forhold, som parterne frivilligt havde indgået, ville forpligtelsen ikke have været opfyldt, og der ville ikke have været en ret til tilbagebetaling. Denne årsagssammenhæng mellem retten til tilbagebetaling og det kontraktlige forhold er tilstrækkeligt til, at tilbagebetalingssøgsmålet falder inden for det kontraktlige område.

52 — C-133/11, EU:C:2012:664.

53 — Præmis 43 og 44. Jf. desuden i denne retning dom Tatry (C-406/92, EU:C:1994:400), hvori Domstolen fastslog, at et krav om, at det fastslås, at sagsøgte er ansvarlig for en skade, samt om, at han tilpligtes at betale erstatning, hviler på samme grundlag og har samme genstand som et krav, som den nu sagsøgte tidligere har fremsat om, at det fastslås, at han ikke er ansvarlig for skaden (præmis 45).

81. Den anden grund er praktisk. Hvis den ret, som har fået forelagt en sag i henhold til artikel 5, nr. 1), i forordning nr. 44/2001, var begrænset til at erklære sig inkompetent med hensyn til at træffe afgørelse om realiteten, hvis kontrakten var ugyldig, ville sagsøgeren være tvunget til at anlægge sag ved en anden ret vedrørende de praktiske virkninger af denne konstatering. Opdelingen af tvisten mellem to retter, hvoraf den ene fastslår, at kontrakten er ugyldig, og den anden fastlægger virkningerne heraf, er hverken i en forsvarlig retsplejes eller i retssubjekternes interesse.

82. Den tredje grund er analogisk. Den er udledt af artikel 12, stk. 1, litra e), i forordning nr. 593/2008, som fastsætter, at den lov, som i henhold til denne forordning skal anvendes på en aftale, navnlig finder anvendelse på spørgsmål om virkningerne af en aftales ugyldighed. Som Det Forenede Kongeriges regering har foreslået, finder jeg det relevant at anvende et analogt argument ud fra denne bestemmelse, som er resultat af EU-lovgivers ønske om at lade alle tvister om kontraktforhold være omfattet af den samme lov ud fra den betragtning, at et tilbagebetalingssøgsmål bør høre under det kontraktforhold, når sagsøgeren vælger at gøre brug af kompetencevalgmuligheden.

83. Før jeg foreslår Domstolen at besvare den forelæggende rets tredje spørgsmål bekræftende, skal jeg dog se nærmere på en praktisk vanskelighed, som eventuelt kunne stå i vejen for anvendelsen af bestemmelserne i artikel 5, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 på ugyldighedssøgsmålet.

84. Den vedrører den omstændighed, at den retslige kompetence i henhold til artikel 5, nr. 1), litra a), i forordning nr. 44/2001 fastlægges i forhold til det sted, hvor den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er opfyldt eller skal opfyldes. Anvendelsen af denne bestemmelse på en påstand om, at kontrakten erklæres ugyldig, støder dog på et teknisk problem vedrørende identifikationen af den forpligtelse, der ligger til grund for annullationssøgsmålet.

85. Grundlaget for dette søgsmål er ikke en bestemt forpligtelse, da der er nedlagt påstand om ophævelse af kontraktforholdet i dets helhed med alle de forpligtelser, det indebærer. Desuden kunne hver enkelt af retterne på de steder, hvor en af de kontraktlige forpligtelser er opfyldt eller skulle opfyldes, have kompetence. Ydermere ville det, såfremt der skulle identificeres en bestemt forpligtelse vedrørende en salgskontrakt som den i hovedsagen omhandlede, være forståeligt, hvis der var tvivl med hensyn til, om det er forpligtelsen til at levere det solgte, der er den karakteristiske forpligtelse i en kontrakt, eller forpligtelsen til at betale prisen, som er grundlaget for tilbagebetalingssøgsmålet. Uden at jeg vil forbigå dette problem, mener jeg, at det kan medgives, at det i det særlige tilfælde med et ugyldighedssøgsmål er den karakteristiske forpligtelse, der danner grundlag for påstanden.

86. Jeg kan derfor tilslutte mig den forelæggende rets bemærkning om, at det, såfremt det anerkendes, at artikel 5, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 finder anvendelse, bør medføre, at det sted, hvor de pågældende CLN, som blev erhvervet af Profit, blev leveret eller burde have været leveret, er gældende.

87. På baggrund af disse forskellige betragtninger mener jeg, at et søgsmål, der er anlagt med påstand om annullation af en kontrakt og tilbagebetaling af de beløb, der er betalt på grundlag af den ugyldige kontrakt, bør anses for at vedrøre »sager om kontraktforhold« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 5, nr. 1), litra a), i forordning nr. 44/2001.

D – *Det første spørgsmål*

88. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 skal fortolkes således, at det er tilstrækkeligt til, at der foreligger to indbyrdes sammenhængende krav fremsat over for flere sagsøgte, at en eventuel afsigelse af dom efter sagsøgerens påstand i den ene af disse sager vil kunne have faktisk indvirkning på omfanget af den interesse, som det andet krav er fremsat med henblik på at beskytte, selv om de to krav har forskellige genstande og grundlag, og der ikke foreligger et underordnelsesforhold eller uforenelighed mellem dem.

89. Det konkrete spørgsmål, som Corte suprema di cassazione ønsker besvaret, er, hvorvidt på den ene side ugyldighedspåstanden og tilbagebetalingspåstanden, som den anser for at være udelukkende rettet mod Commerzbank og Redi, der har hjemsted i andre medlemsstater end Den Italienske Republik, og erstatningspåstanden, der er baseret på den uforsvarlige forvaltning, som Profit Holding kritiseres for, er indbyrdes forbundne. Samtidig med at den understreger, at det klagepunkt, der er fremført over for den sidstnævnte part, kan være gyldigt, uanset om kontrakten om salg af CLN er gyldig eller ugyldig, har den foreliggende ret bemærket, at afsigelsen af dom efter påstanden om tilbagebetaling af prisen kan indvirke på bedømmelsen af den skade, som Profit konkret har lidt. Derfor er den i tvivl om, hvorvidt rettens mulighed for at udvide sin kompetence, hvor der er tale om flere sagsøgte, er baseret på rene hensigtsmæssighedsbetragtninger ud fra hensynet til en samlet behandling og en samlet afgørelse, eller om den er baseret på et strengere kriterium vedrørende risikoen for logisk og retligt uforenelige afgørelser.

90. Det skal i denne henseende bemærkes, at Domstolen ved flere lejligheder har udtalt sig om anvendelsesområdet for den specielle kompetenceregel i artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001, som fraviger princippet i denne forordnings artikel 2 om, at det er retterne i den stat, hvor sagsøgte har sin bopæl, der er kompetente, idet den fastsætter, at en person kan sagsøges, såfremt der er flere sagsøgere, ved retten i den retskreds, hvor en af de sagsøgte har bopæl, forudsat at kravene er så snævert forbundne, at det er ønskeligt at behandle og påkende dem samtidig for at undgå uforenelige afgørelser i tilfælde af, at kravene blev påkendt hver for sig.

91. For så vidt angår vurderingen af forbundethedens indhold, dvs. risikoen for uforenelige afgørelser i tilfælde af, at kravene blev påkendt hver for sig, har Domstolen fastslået, at det tilkommer den nationale ret, under hensyntagen til samtlige omstændigheder i sagen, at vurdere, om der er en sådan risiko [54]. Domstolen har efter min mening korrekt opstillet denne regel, fordi denne vurdering afhænger af den faktuelle form og de juridiske karakteristika af de enkelte krav, som er indbragt for den nationale ret.

92. Domstolen har dog formuleret nogle kriterier, som den nationale ret kan anvende, når den træffer afgørelse.

93. I dommen i sagen Roche Nederland m.fl. [55] fastslog den, at »[det ikke] er [...] tilstrækkeligt til, at afgørelser kan opfattes som indbyrdes modstridende, at der forekommer en divergens i løsningen af tvisten. En sådan divergens skal ydermere foreligge *i forhold til samme retlige og faktiske situation*« [56]. I Freeport-dommen [57] nuancerede Domstolen kriteriet om, at de retlige situationer skal være identiske, og præciserede, at der blandt de betingelser, der er fastsat for anvendelsen af artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001, ikke findes en betingelse om, at søgsmål, der er anlagt mod forskellige sagsøgte, skal hvile på identiske retsgrundlag [58].

54 — Jf. dom Solvay (C-616/10, EU:C:2012:445, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

55 — C-539/03, EU:C:2006:458.

56 — Præmis 26, min fremhævelse.

57 — C-98/06, EU:C:2007:595.

58 — Præmis 38 og 47.

94. Disse generelle anvisninger indeholder ikke nogen klar tilkendegivelse med hensyn til rækkevidden af betingelsen om afgørelsers uforenelighed. Det er korrekt, at vurderingen af, om sagerne er indbyrdes forbundne, i vidt omfang afhænger af de faktiske omstændigheder i hver enkelt sag, hvilket gør det vanskeligt at opstille et entydigt kriterium, som adskiller de sager, der er indbyrdes forbundne, hvorved reglen om sædvanligt værneting kan fraviges, og de sager, hvor denne regel ikke kan fraviges.

95. For det første vil jeg udelukke den mulighed, at den nationale ret kan udvide sin kompetence med hensyn til medsagsøgte, der har bopæl i udlandet, alene ud fra hensigsmæssighedsbetragtninger vedrørende en forsvarlig retspleje, uanset hvor legitime de måtte være. Hvis en udvidelse af den påkendende rets kompetence kun var betinget af, at den skulle være begrundet i en forsvarlig retspleje, ville det nemlig tømme det i retsplejen udviklede princip, som er nedfældet i artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001, hvorefter udvidelsen af kompetence er betinget af, at der foreligger en risiko for uforenelige afgørelser, for enhver retsvirkning. Endvidere er denne bestemmelse udtryk for EU-lovgivers ønske om at skabe ligevægt mellem kravene om en forsvarlig retspleje og nødvendigheden af at iagttage det overordnede princip i artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 44/2001 om, at retterne i den medlemsstat, hvor den sagsøgte har bopæl, har kompetence.

96. Endvidere mener jeg ikke, at det er tilstrækkeligt til, at to søgsmål med forskellige sagsøgte kan anses for at være indbyrdes forbundne, at afgørelsen i den ene sag kan påvirke afgørelsen i den anden. Kravet om, at der foreligger en divergens i forhold til samme retlige og faktiske situation, betyder, at det skal undersøges, hvorvidt de afgørelser, som kunne træffes af to forskellige værneting, ville kunne være inkonsekvente og modstridende, selv om det ikke er nødvendigt at godtgøre, at de ville skabe fuldstændig uforenelige retlige virkninger.

97. I denne henseende er jeg enig med den forelæggende ret i, at en separat behandling og påkendelse af på den ene side ugyldighedspåstanden og tilbagebetalingspåstanden på grund af en ulige kontrakt og manglende eller ikke-beskyttelsesværdigt formål, rettet mod Commerzbank og Redi, og på den anden side hovedpåstanden om erstatning rettet mod Profit Holding på grund af dårlig selskabsledelse, ikke risikerer at føre til uforenelige afgørelser.

98. Jeg tvivler allerede nu på, at der foreligger en situation, hvor de faktiske omstændigheder er identiske, selv hvis de to søgsmål samlet set vedrører konsekvenserne af Profits tegning af CLN. Ifølge den forelæggende ret hviler erstatningssøgsmålet nemlig på faktiske omstændigheder, der er forskellige fra selve denne tegning, idet moderselskabet har planlagt og udført en transaktion i egen eller tredjemands interesse og med overlæg har handlet til skade for sit datterselskabs interesser.

99. Jeg tror især ikke, at der foreligger retligt identiske situationer, for så vidt som de pågældende søgsmål er forskellige, ikke kun med hensyn til retsgrundlag, men også med hensyn til genstand. Som den forelæggende ret har anført, kan der således gives medhold i erstatningssøgsmålet, uanset hvad udfaldet er af ugyldighedssøgsmålet.

100. Den omstændighed alene, at en eventuel tilbagebetaling af det betalte beløb, såfremt der afsiges dom efter sagsøgerens påstand i ugyldighedssøgsmålet, eventuelt kan påvirke størrelsen af det beløb, som er tabt af Profit, såfremt dette selskabs påstand om erstatning fra Profit Holding tages til følge, indebærer efter min mening ikke en risiko for uforenelige afgørelser.

101. Jeg foreslår derfor, at det første spørgsmål besvares således, at artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 skal fortolkes således, at det ikke er tilstrækkeligt til, at der foreligger to indbyrdes sammenhængende krav fremsat over for flere sagsøgte, at en eventuel afsigelse af dom efter sagsøgerens påstand i den ene af disse sager vil kunne have faktisk indvirkning på omfanget af den interesse, som det andet krav er fremsat med henblik på at beskytte.

IV – **Forslag til afgørelse**

102. På baggrund af det anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer de spørgsmål, den har fået forelagt af Corte suprema di cassazione, således:

»1) Artikel 23 i Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område skal fortolkes således:

— I det tilfælde, hvor der er indsat en værnetingsaftale i emissionsprospektet for værdipapirer såsom de »credit linked notes«, der er genstand for hovedsagen, er kravet om skriftlighed i henhold til stk. 1, litra a), kun opfyldt, hvis den kontrakt, der er undertegnet af parterne, anfører en accept af denne aftale eller indeholder en udtrykkelig henvisning til dette prospekt.

— En værnetingsaftale indeholdt i emissionsprospektet for værdipapirer såsom de »credit linked notes«, der er genstand for hovedsagen, som er affattet ensidigt af udstederen af disse værdipapirer, kan kun gøres gældende over for tredjemand, som har erhvervet disse værdipapirer gennem en finansiel formidler, hvis det er godtgjort, at denne tredjemand har givet sit faktiske samtykke til denne aftale på de betingelser, der er fastsat i den nævnte artikel.

Indføjelsen af en værnetingsaftale i emissionsprospektet for værdipapirer såsom de »credit linked notes«, der er genstand for hovedsagen, kan dog anses for en form, der er anerkendt som en sædvane inden for international handel i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 23, stk. 1, litra c), i forordning nr. 44/2001, hvorved det kan antages, at den part, som den gøres gældende over for, har givet sit samtykke, for så vidt som det bl.a. er godtgjort – hvilket det tilkommer den nationale ret at efterprøve – for det første, at en sådan handlemåde almindeligt og regelmæssigt følges af de erhvervsdrivende i den pågældende branche ved indgåelse af kontrakter af denne type, og for det andet, at parterne enten tidligere har haft forretningsforbindelse indbyrdes eller med andre parter i den samme sektor, eller at den pågældende handlemåde er tilstrækkelig kendt inden for sektoren til at kunne betragtes som en fast brug.

2) Et søgsmål, der er anlagt med påstand om annullation af en kontrakt og tilbagebetaling af de beløb, der er betalt på grundlag af den ugyldige kontrakt, bør anses for at vedrøre »sager om kontraktforhold« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 5, nr. 1), litra a), i forordning nr. 44/2001.

3) Artikel 6, nr. 1), i forordning nr. 44/2001 skal fortolkes således, at det ikke er tilstrækkeligt til, at der foreligger to indbyrdes sammenhængende krav fremsat over for flere sagsøgte, at en eventuel afsigelse af dom efter sagsøgerens påstand i den ene af disse sager vil kunne have faktisk indvirkning på omfanget af den interesse, som det andet krav er fremsat med henblik på at beskytte.«