Datum van inontvangstneming	:	05/08/2013

Zaak C-375/13

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

3 juli 2013

Verwijzende rechter:

Handelsgericht Wien (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 juni 2013

Verzoekende partij:

Harald Kolassa

Verwerende partij:

Barclays Bank plc

Het Handelsgericht Wien geeft [omissis] in de zaak tussen de verzoekende partij **Dr. Harald Kolassa**, gepensioneerde, [omissis] Wenen, [omissis] Oostenrijk, [omissis] en de verwerende partij **Barclays Bank PLC**, [omissis] Londen [omissis], Verenigd Koninkrijk, met filiaal Frankfurt Branch, [omissis] Frankfurt am Main, [omissis] Duitsland, [omissis] **betreffende het bedrag van 73 705,07 EUR, te vermeerderen met rente en kosten**, de volgende

BESCHIKKING

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

A. [Artikel 15, lid 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 (Brussel I-verordening)]

1. Moeten de bewoordingen „voor overeenkomsten gesloten door een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd” in artikel 15, lid 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 aldus worden uitgelegd dat

1.1 een verzoeker, die als consument op de secundaire markt obligaties aan toonder heeft verworven en thans vorderingen instelt tegen de uitgevende instelling uit hoofde van prospectusaansprakelijkheid, wegens niet-nakoming van informatie- en toezichtverplichtingen en op grond van de voorwaarden van de obligatielening, zich kan beroepen op deze bevoegdheidsgrond wanneer hij, door de effecten van een derde te kopen, indirect is toegetreden tot de overeenkomst tussen de uitgevende instelling en de oorspronkelijke inschrijver op de obligatielening?

1.2 (indien vraag 1.1 bevestigend wordt beantwoord) de verzoeker zich ook kan beroepen op de bevoegdheidsgrond van het bovenvermelde artikel 15 wanneer de derde van wie hij de obligaties aan toonder heeft gekocht, deze obligaties tevoren heeft verworven voor een gebruik dat als bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd, dit wil zeggen dat de verzoeker de obligatieovereenkomst overneemt van een persoon die geen consument is?

1.3. (indien de vragen 1.1 en 1.2 bevestigend worden beantwoord) de verzoeker zich ook **[Or. 2]** kan beroepen op de in het bovenvermelde artikel 15 bedoelde bevoegdheidsgrond voor consumentenovereenkomstenwanneer niet hij zelf de obligatiehouder is maar de derde, die door hem is belast met de verwerving van de effecten en zelf geen consument is, die deze effecten zoals overeengekomen in eigen naam als trustee voor de verzoeker in bewaring neemt en jegens wie de verzoeker enkel een verbintenisrechtelijke aanspraak op levering heeft?

2. (indien vraag 1.1 bevestigend wordt beantwoord) Verleent artikel 15, lid 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 het gerecht waarbij een op de verwerving van obligaties gegronde contractuele vordering is ingesteld, ook een accessoire bevoegdheid voor vorderingen uit onrechtmatige daad die op diezelfde verwerving van obligaties zijn gebaseerd?

B. [Artikel 5, punt 1, sub a, van verordening (EG) nr. 44/2001 (Brussel I-VO)]

1. Moeten de bewoordingen „ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst” in artikel 5, punt 1, sub a, van verordening (EG) nr. 44/2001 aldus worden uitgelegd dat

1.1 een verzoeker, die op de secundaire markt obligaties aan toonder heeft verworven en thans vorderingen instelt tegen de uitgevende instelling uit hoofde van prospectusaansprakelijkheid, wegens niet-nakoming van informatie- en toezichtverplichtingen en op grond van de voorwaarden van de obligatielening, zich kan beroepen op deze bevoegdheidsgrond wanneer hij, door de effecten van een derde te kopen, indirect is toegetreden tot de overeenkomst tussen de uitgevende instelling en de oorspronkelijke inschrijver op de obligatielening?

1.2 (indien vraag 1.1 bevestigend wordt beantwoord) de verzoeker zich ook kan beroepen op de in het bovenvermelde artikel 5, punt 1, sub a, bedoelde bevoegdheidsgrond wanneer niet hij zelf de obligatiehouder is maar de derde, die door hem is belast met de aankoop van de effecten, die deze effecten zoals overeengekomen in eigen naam als trustee voor de verzoeker in bewaring neemt en jegens wie de verzoeker enkel een verbintenisrechtelijke aanspraak op levering heeft?

2. (indien vraag 1.1 bevestigend wordt beantwoord) Verleent artikel 5, punt 1, sub a, van verordening (EG) nr. 44/2001 het gerecht waarbij een op de verwerving van obligaties gegronde contractuele vordering is ingesteld, ook een accessoire bevoegdheid voor vorderingen uit onrechtmatige daad die op diezelfde verwerving van obligaties zijn gebaseerd?

C. [Artikel 5, punt 3, van verordening (EG) nr. 44/2001 (Brussel I-verordening)]

1. Zijn kapitaalmarktrechtelijke, op prospectusaansprakelijkheid gegronde vorderingen en vorderingen wegens niet-nakoming van beschermings- en informatieverplichtingen in verband met de uitgifte van obligaties aan toonder vorderingen uit hoofde van verbintenissen uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, punt 3, van verordening (EG) nr. 44/2001?

1.1 (indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord) Geldt dat ook wanneer deze vorderingen worden ingesteld tegen de uitgevende instelling door een persoon die niet de obligatiehouder is, maar enkel een verbintenisrechtelijke aanspraak tot teruggave heeft jegens de obligatiehouder die de effecten als trustee voor hem in bewaring neemt **[Or. 3]**?

2. Moet de uitdrukking „plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen" in artikel 5, punt 3, van verordening (EG) nr. 44/2001 aldus worden uitgelegd dat bij aankoop van effecten op grond van opzettelijk onjuiste informatie

2.1 ervan moet worden uitgegaan dat de plaats waar de schade zich heeft voorgedaan, de woonplaats van de gelaedeerde als het centrum van zijn vermogen is?

2.2 (indien vraag 2.1 bevestigend wordt beantwoord) Geldt dat ook wanneer het kooporder en de overschrijving van het geld kunnen worden herroepen totdat de transactie is afgewikkeld en de afwikkeling enige tijd na de debitering van de bankrekening van de gelaedeerde plaatsvond in een andere lidstaat?

D. Toetsing van de bevoegdheid en feiten die in tweeërlei opzicht relevant zijn

1. Is het gerecht in het kader van de toetsing van de bevoegdheid overeenkomstig de artikelen 25 e.v. van verordening (EG) nr. 44/2001 verplicht om betwiste feiten die zowel voor de bevoegdheidsvraag als voor het bestaan van de ingestelde vordering relevant zijn („in tweeërlei opzicht relevante feiten"), te onderwerpen aan een uitgebreide bewijsprocedure of moet het bij zijn uitspraak over de bevoegdheidsvraag ervan uitgaan dat de feiten zoals die door de verzoekende partij zijn aangevoerd, juist zijn?

II. [omissis] [opschorting van de behandeling]

Motivering

Feiten

Verzoeker, die in Oostenrijk woont, heeft als consument op de secundaire markt 68 180,36 EUR via de bank direktanlage.at AG geïnvesteerd in het X1 Global EUR Index-certificaat (hierna: „certificaat"). Verweerster, een in het handelsregister van het Verenigd Koninkrijk geregistreerde bank met zetel te Londen en met een filiaal te Frankfurt, Duitsland, is de uitgevende instelling van dit certificaat. Tijdens de uitgifteperiode verkocht verweerster de certificaten aan institutionele beleggers. Die verkochten de certificaten op hun beurt op de secundaire markt aan onder andere consumenten in Oostenrijk. Volgens verzoeker had verweerster daarbij ingecalculeerd dat de inschrijvers hun obligaties later op de secundaire markt zouden verkopen aan Oostenrijkse consumenten, maar verweerster spreekt dit tegen.

Het beleggingsproces:

De bank direktanlage.at AG bestelde de door verzoeker gewenste certificaten bij haar Duitse moedermaatschappij DAB bank AG waarvan het hoofdkantoor te München is gevestigd. Deze bestelde de certificaten op haar beurt bij verweerster. Deze bestellingen werden telkens in eigen naam geplaatst en **[Or. 4]** uitgevoerd. Vervolgens heeft de bank direktanlage.at het door verzoeker geplaatste order overeenkomstig haar algemene bankvoorwaarden „via de effectenrekening" uitgevoerd, dit wil zeggen dat direktanlage.at AG alle certificaten van haar cliënten als onderpand in eigen naam te München in bewaring neemt op de individuele rekeningen van haar cliënten. Verzoeker verkreeg enkel een aanspraak op levering van certificaten naar verhouding van zijn aandeel in de in onderpand gegeven activa; de certificaten zelf werden niet aan hem overgedragen.

Met betrekking tot het certificaat:

Het certificaat is gebaseerd op een bedrijfsobligatie in de vorm van een obligatie aan toonder. De terugbetalingsprijs – en dus de waarde van het certificaat – wordt bepaald aan de hand van een index die uit een portefeuille van verschillende onderliggende fondsen bestaat, zodat de waarde van het certificaat rechtstreeks met deze portefeuille verbonden is. X1 Fund Allocation GmbH moest deze portefeuille samenstellen en beheren. Het certificaat werd uitgegeven op grond van een basisprospectus van 22 september 2005 en een prijslijst van 20 december 2005 en bijbehorende addenda. Op verzoek van verweerster werd ook in Oostenrijk kennis gegeven van het basisprospectus. Het publieke aanbod tot inschrijving op de obligatielening liep van 20 december 2005 tot en met 24 februari 2006 en de uitgifte van het certificaat vond plaats op 31 maart 2006. De obligatie moet worden terugbetaald op de vervaldatum in 2016. Voorts voorzien de voorwaarden van de obligatielening in een opzegmogelijkheid, waarop verzoeker zich ook beroept. Volgens verweerster was Clearstream Banking AG, met zetel te Frankfurt am Main, Duitsland, de clearinginstelling die de afwikkeling van deze aankooptransactie heeft verzorgd. Bij deze instelling werd ook de New Global Note (het verzamelstuk) van het certificaat gedeponeerd. Tevens vermeldt de prijslijst bij de obligatielening twee andere mogelijke clearinginstellingen waarvan de zetel niet in Oostenrijk is gevestigd (de ene met zetel te Brussel en de andere met zetel te Luxemburg).

Helmut Kiener, die bij X1 Fund Allocation GmbH in dienst was als trading manager en fondsenadviseur, speelde een toonaangevende rol in dit bedrijf. Hij profiteerde daarvan om via beleggingsbeslissingen nieuw kapitaal te laten stromen naar zijn groots opgezet fraudesysteem van piramidebeleggingen. In 2011 werd Kiener door het Landgericht Würzburg [omissis] veroordeeld tot een gevangenisstraf van tien jaar en acht maanden wegens oplichterij, valsheid in geschrifte en belastingontduiking. Volgens de vaststellingen in deze strafrechtelijke uitspraak liet verweerster de belegging van de door de obligatie gegenereerde winst over aan X1 Fund Allocation GmbH die als beleggingsbeheerder optrad. De winst is grotendeels verloren gegaan en volgens de strafrechtelijke uitspraak bedroeg de door verweerster geleden schade ruim 100 miljoen EUR. De gepubliceerde waarde van het certificaat bedraagt op dit ogenblik 0 EUR, wat volgens verzoeker onterecht is.

Vorderingen en argumenten van partijen

Met zijn beroep vordert verzoeker als gedupeerde belegger de betaling van 73 705,07 [omissis] EUR **[Or. 5]**.

Verzoeker baseert zijn aanspraak op vergoeding van de schade die hij heeft geleden op de contractuele en precontractuele aansprakelijkheid alsook op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Hij stelt dat hij de investering niet was aangegaan, indien verweerster rechtmatig had gehandeld, maar het vermogen had belegd in een breed gespreide en marktneutraal gestructureerde

fondsenportefeuille, waardoor hij het bedrag van de hoofdsom van zijn vordering, vermeerderd met rente, zou hebben verkregen. Verweerster wordt in wezen verweten dat zij de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de voorwaarden van de obligatielening, in het bijzonder haar verplichting om voor een liquide markt te zorgen. Nog volgens verzoeker heeft verweerster door middel van de gekozen constructie geprobeerd om kapitaalmarktrechtelijke beschermingsvoorschriften te omzeilen, doordat zij, uit economisch oogpunt, een investering in een fonds als een obligatielening heeft voorgesteld. Verzoeker betoogt dat de beleggers onvoldoende informatie hebben gekregen over de belegging en de structuur ervan. Volgens verzoeker was het uitgifteprospectus onvolledig en misleidend, maar verweerster is haar informatieverplichtingen jegens de beleggers ook anderszins niet nagekomen. Verweerster heeft namelijk ook nagelaten om de beleggingsbeheerder voldoende te controleren, waardoor de misstanden bij het beheer van het certificaat en de verliezen zich net hebben kunnen voordoen. Volgens verzoeker was verweerster daartoe verplicht jegens de obligatiehouders. Verzoeker voert aan dat verweerster zich bewust was van het effectief verhoogde risico waarmee haar constructie gepaard ging, maar zij heeft dat risico echter ten koste van de beleggers aanvaard. Volgens verzoeker is er in het onderhavige geval enerzijds sprake van contractuele vorderingen op grond van de obligatieovereenkomst als zodanig en de verwerving van de obligaties, alsmede op grond van de niet-nakoming van precontractuele beschermings- en informatieverplichtingen, maar anderzijds ook van vorderingen uit onrechtmatige daad op grond van het feit dat het prospectus onvolledig was en het door verweerster uitgeoefende toezicht op de beleggingsbeheerder ontoereikend was, in het bijzonder wegens schending van het Oostenrijkse Kapitalmarktgesetz (wet op de kapitaalmarkt; afgekort: „KMG”) en Investmentfondsgesetz (wet op de beleggingsfondsen; afgekort: „InvFG”). Verzoeker beroept zich voor de bevoegdheid van het aangezochte gerecht primair op artikel 15, lid 1, sub c, van verordening (EG) nr. 44/2001 en subsidiair op artikel 5, punt 3, en punt 1, sub a, van deze verordening.

Verweerster betwist zowel verzoekers aantijgingen als de bevoegdheid van het aangezochte gerecht. Volgens haar heeft deze procedure betrekking op een handelszaak.

Procesverloop en overwegingen in verband met de prejudiciële verwijzing

De verwijzende rechter heeft de afzonderlijke procedure inzake de vraag naar zijn bevoegdheid als aangezocht gerecht ingeleid; hij heeft onderzoekshandelingen verricht om na te gaan of er mogelijkerwijs een rechtstreekse contractuele verhouding bestaat in die zin dat verzoeker de obligaties rechtstreeks van verweerder heeft gekocht , maar dat kan niet worden vastgesteld. Gelet op het betoog van partijen en de verschillende parallel lopende processen, oordeelt de verwijzende rechter dat om de hierna uiteengezette **[Or. 6]** redenen een prejudiciële procedure moet worden ingeleid en dat deze procedure reeds in dit stadium van het rechtsgeding zinvol is. In het bijzonder kunnen de op

de obligatielening gegronde vorderingen van verzoeker zonder prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof") niet worden ingedeeld in de autonoom uit te leggen categorieën „verbintenissen uit overeenkomst" en „verbintenissen uit onrechtmatige daad" waarin verordening (EG) nr. 44/2001 voorziet.

Met betrekking tot A. [Artikel 15, lid 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 (Brussel I-verordening)]

Om de bevoegdheidsvraag te beantwoorden moet eerst door uitlegging worden achterhaald of de rechtsverhouding tussen de uitgevende instelling van obligaties en een verkrijger van obligaties als een verbintenis uit overeenkomst in de zin van artikel 15, lid 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 moet worden aangemerkt (vraag A.1.1). De verwijzende rechter plaatst hier een vraagteken bij omdat verzoeker de overeenkomst niet rechtstreeks met verweerster heeft gesloten, maar door de obligaties op de secundaire markt te kopen indirect in de rechten van de verkoper van de obligaties werd gesubrogeerd. Voorts is, bij de uitgifte van de obligatielening, daarop niet ingeschreven door een consument, zodat de vraag rijst of een consument die een overeenkomst overneemt van een persoon die geen consument is, zich jegens de andere partij bij de overeenkomst kan beroepen op de bevoegdheidsgrond voor consumentenovereenkomsten waarop de oorspronkelijke partij bij de overeenkomst zich niet kon beroepen, en dus of een overeenkomst door wijziging van de contractpartijen een consumentenovereenkomst kan worden (vraag A.1.2).

Indien deze vragen bevestigend worden beantwoord, moet een ander aspect in de overwegingen worden betrokken: aangezien verzoeker niet de obligatiehouder is en hij ten gevolge van de bijzondere wijze waarop zijn order „via effectenrekening" wordt uitgevoerd, enkel een verbintenisrechtelijke aanspraak tot afgifte van de obligaties (tegen de verkoper en niet tegen verweerster) heeft, is hij naar algemeen Oostenrijks burgerlijk recht niet toegetreden tot de overeenkomst met de uitgevende instelling. Deze wijze van afwikkeling van aankopen van effecten is nochtans gebruikelijk in de dagelijkse bancaire praktijk en is in vele algemene bankvoorwaarden vastgelegd. Bijgevolg rijst de vraag of bij de beoordeling of de bevoegdheidsregel voor consumentenovereenkomsten van toepassing is, de voorkeur moet worden gegeven aan een juridische of een economische benadering (vraag A.1.3).

Tot staving van zijn vorderingen beroept verzoeker zich zowel op contractuele gronden als op gronden uit onrechtmatige daad. Voor zover bekend heeft het Hof zich nog niet expliciet uitgesproken over de vraag of een gerecht dat volgens artikel 15, lid 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 bevoegd is om te beslissen op contractuele vorderingen, ook bevoegd is voor vorderingen uit onrechtmatige daad die tegelijkertijd, bij hetzelfde verzoekschrift, aanhangig zijn gemaakt (vraag A.2).

De antwoorden op deze vragen (alsook op de volgende vragen) kunnen grote gevolgen hebben voor de rechterlijke bevoegdheden met betrekking tot beleggingen op de kapitaalmarkt, zodat het reeds **[Or. 7]** om deze reden zinvol is deze vragen voor te leggen aan het Hof, dat exclusief bevoegd is voor de uitlegging ervan.

Met betrekking tot B. [Artikel 5, punt 1, sub a, van verordening (EG) nr. 44/2001 (Brussel I-verordening)]

De reeds sub A. besproken vraag hoe de verhouding tussen uitgevende instelling en obligatiehouder die de obligaties op de secundaire markt verwerft, moet worden gekwalificeerd, rijst ook met betrekking tot artikel 5, punt 1, sub a, van verordening (EG) nr. 44/2001. Bijgevolg wordt verwezen naar de bovenstaande bespreking.

Opgemerkt zij dat beide partijen ervan uitgaan dat de obligatieovereenkomst een overeenkomst in de zin van artikel 5, punt 1, sub a, van verordening (EG) nr. 44/2001 is. Verweerster betwist dat de obligatieovereenkomst een overeenkomst in de zin van het bovenvermelde artikel 15, lid 1, vormt, in het bijzonder met het betoog dat deze bepaling verlangt dat de overeenkomst rechtstreeks tussen de gedingvoerende partijen tot stand komt.

Met betrekking tot C. [Artikel 5, punt 3, van verordening (EG) nr. 44/2001 (Brussel I-verordening)]

Verzoeker baseert zijn vorderingen primair op een overeenkomst, maar formuleert op grond van zijn aantijgingen subsidiair ook vorderingen uit onrechtmatige daad. Of het aangezochte gerecht wel degelijk bevoegd is voor de door verzoeker ingestelde vorderingen en, zo ja, voor welke daarvan, hangt voornamelijk af van het antwoord op de vraag of de niet-nakoming van kapitaalmarktrechtelijke informatieverplichtingen volgens een autonome uitlegging door het Hof een grondslag biedt voor contractuele vorderingen dan wel voor vorderingen uit onrechtmatige daad. Dit betreft met name de op prospectusaansprakelijkheid gegronde vorderingen (vraag C.1). In Oostenrijk worden deze als (pre)contractuele vorderingen aangemerkt, maar deze puur nationale indeling kan niet in aanmerking worden genomen bij de toetsing van de Europese en internationale bevoegdheid.

Indien het Hof oordeelt dat er bij niet-nakoming van kapitaalmarktrechtelijke informatieverplichtingen sprake is van vorderingen uit onrechtmatige daad in de zin van het bovenvermelde artikel 5, punt 3, ontstaan er problemen bij de uitlegging van de vraag op welke plaats de schade geacht moet worden zich te hebben voorgedaan wanneer een belegger op grond van gebrekkige informatie een investering aangaat die hij niet zou zijn aangegaan indien hij correct was geïnformeerd. Volgens vaste Oostenrijkse rechtspraak

wordt de schade in een dergelijk geval veroorzaakt door het feit dat de belegger effecten verwerft die niet aan zijn verwachtingen beantwoorden. In de zaak van de gedupeerde belegger Kronhofer (C-168/02) stelde het Hof vast dat de uitdrukking „plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan" niet ook de plaats omvat waar de verzoeker woont of waar zich „het centrum van zijn vermogen" bevindt op de enkele grond dat hij aldaar financiële schade heeft geleden die voortvloeit uit een door hem geleden verlies van onderdelen van zijn vermogen, dat zich heeft voorgedaan in een andere verdragsluitende staat. Het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof, dat op dat punt het Duitse Bundesgerichtshof volgt, vat het onderscheid niettemin genuanceerder op en oordeelt dat in geval van opzettelijk en in strijd met de goede zeden berokkende schade (beleggersbedrog) moet worden aangenomen dat de plaats waar het vermogen schade is berokkend **[Or. 8]** de woonplaats van de gelaedeerde is als het centrum van zijn vermogen op het tijdstip waarop de schade is berokkend. Volgens het Oberste Gerichtshof kan in een tijd waarin giraal geld wordt gebruikt namelijk niet worden vastgesteld waar een rekening zich daadwerkelijk „bevindt" [omissis]. De verwijzende rechter vraagt zich af of het Hof deze opvatting deelt (vraag C.2.1).

Voor het geval dat het Hof deze uitlegging onderschrijft, betoogt verweerster voorts dat het kooporder van verzoeker en de overschrijving van het aankoopbedrag konden worden herroepen totdat de transactie succesvol was afgewikkeld. Verweerster maakt daarbij een onderscheid tussen het geval waarin het vermogen bij de overschrijving onmiddellijk verloren gaat en het onderhavige geval waarin het aankoopbedrag wordt overgemaakt aan een clearinginstelling zoals aan een trustee, zodat de belegger het geld kan terugvorderen totdat de koopovereenkomst is gesloten. Volgens verweerster is de schade in het onderhavige geval niet ontstaan door de in Oostenrijk verrichte overschrijving maar bij de afwikkeling die buiten Oostenrijk heeft plaatsgevonden. Volgens de verwijzende rechter is dit betoog sluitend maar niet doorslaggevend en hij verzoekt het Hof om een autonome uitlegging (vraag C.2.2).

Met betrekking tot D. In tweeërlei opzicht relevante feiten

De verwijzende rechter vraagt zich af hoe hij bij de toetsing van zijn bevoegdheid overeenkomstig de artikelen 25 e.v. van verordening (EG) nr. 44/2001 moet omgaan met feiten die in tweeërlei opzicht relevant zijn, met andere woorden omstandigheden die zowel voor de bevoegdheid als voor het bestaan van de ingestelde vorderingen relevant zijn. Verordening (EG) nr. 44/2001 bepaalt niet uitdrukkelijk hoe te werk moet worden gegaan wanneer in tweeërlei opzicht relevante feiten aan de orde zijn. Van doorslaggevend belang zijn volgens de verwijzende rechter daarom de voor de geadieerde rechter geldende nationale regels, waarbij te rade moet worden gegaan, mits de toepassing daarvan geen afbreuk doet aan het nuttig effect van het Executieverdrag (arrest Hof van 7 maart 1995 in zaak C-68/93, Fiona Shevill e.a. / Press Alliance SA).

Naar Oostenrijks recht [§ 41 Jurisdiktionsnorm (afgekort: „JN")] moet het aangezochte gerecht bij de ambtshalve te verrichten toetsing van zijn bevoegdheid uitgaan van de informatie in het verzoekschrift, voor zover niet reeds vaststaat dat deze informatie onjuist is. Volgens Oostenrijkse vaste rechtspraak geldt dit ook wanneer de verwerende partij tegenbeweringen heeft geformuleerd, die het aangezochte gerecht bij de toetsing van zijn bevoegdheid niet in aanmerking hoeft te nemen. Het gerecht hoeft alleen na te gaan of het beroep louter op grond van de conclusies van de verzoeker kan worden toegewezen en moet bij zijn uitspraak over de bevoegdheidsvraag ervan uitgaan dat de beweringen van de verzoeker juist zijn. Een vooronderzoek dient achterwege te blijven, teneinde te vermijden dat de toetsing van de bevoegdheid zwaarder wordt gemaakt door onderzoek dat (ook) betrekking heeft op het bestaan van de vordering. Indien de beweringen onjuist blijken te zijn, wijst de rechter het beroep niet af wegens onbevoegdheid maar **[Or. 9]** doet hij met de verwerping van het beroep uitspraak ten gronde. In Oostenrijk wordt deze rechtspraak eveneens toegepast in het kader van de toetsing van de Europese en internationale bevoegdheid, maar de rechtsleer is niet eensgezind op dit punt. De leer inzake de in tweeërlei opzicht relevante feiten [ook „Schlüssigkeitstheorie" genoemd – volgens deze theorie dient de vraag of sprake is van een in het kader van de betreffende regeling beschermd belang, aan de orde te komen bij de beoordeling van de ontvankelijkheid en dus niet pas bij de beoordeling ten gronde: in het kader van de ontvankelijkheid moet worden vastgesteld of de appellant daadwerkelijk in zijn rechten (in de zin van een door het recht beschermd belang) wordt getroffen, in het geval het bestreden besluit bij de beoordeling ten gronde onrechtmatig blijkt te zijn. In het kader van de ontvankelijkheid moet dus ten volle worden vastgesteld dat het belang in de gestelde vorm bestaat aan de zijde van de appellant, dat dit belang is geschonden en dat het een door de beweerdelijk geschonden rechtsnorm beschermd belang betreft. Of de betreffende norm van objectief publiekrecht ook daadwerkelijk is geschonden komt pas bij de beoordeling ten gronde aan de orde – wordt niet alleen erkend in de Oostenrijkse rechtspraak, maar ook in het nationale recht van verschillende andere verdragsstaten; ook daar wordt deze leer regelmatig toegepast op vragen met betrekking tot de Europese en internationale bevoegdheid. Benevens naar het reeds aangehaalde arrest Shevill wordt daarbij ook verwezen naar het arrest Effer om aan te tonen dat de „Schlüssigkeitstheorie" door het Hof wordt erkend (Jurispr. 38/81, Effer/Kantner). Het Hof kwam in laatstgenoemd arrest tot de conclusie dat de verzoekende partij zich ook tot het gerecht van de plaats van uitvoering van de overeenkomst kan wenden, wanneer de totstandkoming van de overeenkomst waarop de vordering is gebaseerd, tussen partijen in geschil is. [omissis] Het Italiaanse Corte di Cassazione [omissis] oordeelt in dezelfde zin.

Voor zover de verwijzende rechter kan nagaan, is het Hof tot nu toe evenwel niet expliciet ingegaan op de vraag hoe moet worden omgegaan met feiten die in tweeërlei opzicht relevant zijn. Het argument dat tijdrovende en dure onderzoeken niet mogen drukken op de toetsing van de bevoegdheid – in het bijzonder wanneer het gerecht waarbij de zaak eerst is aangebracht zich onbevoegd verklaart en er

voor een ander gerecht opnieuw hoge kosten kunnen ontstaan – kan weliswaar worden verdedigd, maar het standpunt dat het aangezochte gerecht zich enkel moet baseren op de informatie in het verzoekschrift, houdt het gevaar van misbruik in. De verwijzende rechter is van oordeel dat deze vraag, gelet op de gevolgen ervan, moet worden beantwoord door het Hof, dat daartoe exclusief bevoegd is.

Aangezien de bewijsvoering in de onderhavige procedure nog niet volledig is afgerond en de toetsing van de bevoegdheid nog niet is beëindigd, is de vraag in hoeverre het aangezochte gerecht bij de toetsing van zijn bevoegdheid onderzoekshandelingen moet verrichten en verweersters argumenten in aanmerking moet nemen, – welke vraag niet alleen relevant is voor de beslissing op de bevoegdheidsvraag maar ook voor een eventueel later te voeren hoofdgeding – van wezenlijk belang voor de beslechting van het geding.

Toepasselijke bepalingen van Oostenrijks recht

Prospectusaansprakelijkheid

§ 11 Kapitalmarktgesetz (KMG) luidt als volgt (in uittreksel):

(1) Zijn jegens de belegger aansprakelijk voor de schade die hij heeft geleden als gevolg van het feit dat hij zijn vertrouwen heeft gesteld in de informatie in het prospectus of in de andere overeenkomstig dit Bundesgesetz (federale wet) vereiste informatie (§ 6) die voor de beoordeling van de effecten of beleggingen belangrijk is:

1. de uitgevende instelling, voor de onjuiste of onvolledige informatie die door haar schuld of door de schuld van haar aangestelden of **[Or. 10]** andere personen op wie een beroep werd gedaan voor de opmaak van het prospectus, is verstrekt,

2. de controleur van het prospectus, voor de onjuiste of onvolledige controles die door zijn schuld of door de schuld van zijn aangestelden of andere personen op wie een beroep werd gedaan voor de controle van het prospectus, werden verricht,

2a. de controleur van het beleggingsprospectus, maar enkel voor de onjuiste of onvolledige controles die als gevolg van zijn grove fout of de grove fout van zijn aangestelden of andere personen op wie een beroep werd gedaan om het prospectus te controleren, werden verricht,

[...]

(2) Inzake effecten of beleggingen van buitenlandse uitgevende instellingen rust de in lid 1, punt 1, bedoelde aansprakelijkheid ook op degene die het prospectusplichtige aanbod in Oostenrijk heeft gerealiseerd.

(3) [omissis] [Hoofdelijke aansprakelijkheid]

(4) [omissis] [Geen voorafgaande uitsluiting van aansprakelijkheid]

(5) Vorderingen tot schadevergoeding [omissis] [bij niet-verkrijging]

(6) Omvang van de aansprakelijkheid [omissis]

(7) [omissis] [Verjaring]

(8) Vorderingen tot schadevergoeding op grond van schending van andere wettelijke bepalingen of niet-nakoming van overeenkomsten gelden onverminderd.

§ 26 van het Oostenrijkse Investmentfondsgesetz (InvFG) luidt als volgt:

(1) De verkrijger van een aandeel in een buitenlands beleggingsfonds heeft het recht om voorafgaand aan de sluiting van de overeenkomst kosteloos in het bezit te worden gesteld van het fondsreglement en/of de statuten van de beleggingsvennootschap, een prospectus van de buitenlandse beleggingsvennootschap en een kopie van de aanvraag om een overeenkomst te sluiten. Het aanvraagformulier moet informatie bevatten over de instapkosten en de jaarlijks aan de beleggingsvennootschap te betalen vergoeding.

[Or. 11]

(2) Het prospectus dient alle informatie te bevatten die op het tijdstip van de indiening van de aanvraag van wezenlijk belang zijn voor de beoordeling van de aandelen in het buitenlandse beleggingsfonds. [omissis] Voorts moet het prospectus met name informatie bevatten:

1. over de naam of handelsnaam, de rechtsvorm, de zetel en het eigen vermogen (begin- of stamkapitaal verminderd met het geplaatst maar niet gestort kapitaal en vermeerderd met de reserves) van de buitenlandse beleggingsvennootschap, van het bedrijf dat bepaalt hoe de ingelegde gelden worden belegd (beheermaatschappij), van het bedrijf dat de verkoop van aandelen in het beleggingsfonds heeft overgenomen (verkoopmaatschappij), en van de depothoudende bank;

2. over de handelsnaam, de zetel en het adres van de vertegenwoordiger en over de betaalkantoren;

3. voorts, over welke activa ten behoeve van het vermogen mogen worden verworven, volgens welke principes zij worden gekozen, of alleen effecten worden aangekocht die op de beurs verhandelbaar zijn en, in voorkomend geval, op welke beurzen , hoe de opbrengst van het vermogen zal worden besteed

en of, en in voorkomend geval, binnen welke grenzen een deel van het vermogen wordt bewaard in banktegoeden;

4. over de voorwaarden waaronder de houder van een aandeel kan verzoeken om betaling van het met het aandeel overeenstemmende deel van het vermogen en over de hiervoor bevoegde kantoren.

> [omissis] De vertegenwoordiger dient als controleur van het prospectus te controleren of het prospectus en de wijzigingen ervan juist en volledig zijn. De bepalingen van het KMG inzake de opmaak, de wijziging en de controle van het prospectus alsook inzake de verantwoordelijkheid voor de inhoud van het prospectus zijn overeenkomstig van toepassing op zowel de uitgevende instelling als de controleur van het prospectus. [omissis]

<u>In tweeërlei opzicht relevante feiten</u>

§ 41 van de Oostenrijkse Jurisdiktionsnorm (afgekort: „JN”) luidt als volgt:

(1) Zodra een geding dat onder de eigenlijke of oneigenlijke rechtspraak valt, aanhangig wordt gemaakt bij een **[Or. 12]** gerecht, moet dit gerecht zijn bevoegdheid ambtshalve toetsen.

(2) In burgerlijke gedingen verricht het aangezochte gerecht deze toetsing op grond van de door de verzoeker verstrekte informatie, voor zover dat gerecht nog niet heeft geoordeeld dat deze informatie onjuist is.

(3) In burgerlijke gedingen die onder de oneigenlijke rechtspraak vallen, in tenuitvoerleggingsprocedures, bij het toestaan van voorlopige maatregelen en bij de opening van een insolventieprocedure dient het gerecht de voor de bevoegdheid beslissende verhoudingen ambtshalve te onderzoeken, zonder dat het is gebonden aan de door partijen verstrekte informatie. Het gerecht kan de betrokken partijen verzoeken om alle informatie die noodzakelijk is om dit onderzoek te verrichten.

[omissis]