



Datum van
inontvangstneming

:

02/12/2014

Zaak C-483/14**Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

31 oktober 2014

Verwijzende rechter:

Oberster Gerichtshof (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

28 augustus 2014

Verweerster en verzoekster tot „Revision“:

KA Finanz AG

Verzoekster en verweerster tot „Revision“:

Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group

[Or. 2] Het Oberste Gerichtshof heeft als rechter in „Revision“ in de zaak tussen verzoekster Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group, [OMISSIS] Wenen, [OMISSIS] en verweerster KA Finanz AG, [OMISSIS] Wenen, [OMISSIS] betreffende een vordering van 1,57 miljoen EUR, vermeerderd met rente en kosten [OMISSIS], op het beroep tot „Revision“ van verweerster tegen het arrest in hoger beroep van het Oberlandesgericht Wien van 26 april 2013, [OMISSIS] waarbij het tussenvonnis van het Handelsgericht Wien van 26 juni 2012 [OMISSIS] werd bevestigd, het volgende besloten:

A. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Dient artikel 1, lid 2, sub e, van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 1980 (EVO) aldus te worden uitgelegd, dat de uitzondering „recht inzake vennootschappen“ zich uitstrekt tot
 - a. herstructureringsen zoals fusies en splitsingen, alsmede tot
 - b. de bescherming van schuldeisers in artikel 15 van de Derde richtlijn (78/855/EEG) van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van

artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen [**Or. 3**]?

2. Geldt die uitzondering ook wanneer artikel 15 van richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen wordt toegepast?

3. Indien de eerste en de tweede vraag bevestigend worden beantwoord, moet aan de uitzondering als bedoeld in artikel 1, lid 2, sub d, van de Rome I-verordening dan dezelfde uitlegging worden gegeven als aan artikel 1, lid 2, sub e, EVO, waarvoor eerstgenoemde bepaling in de plaats is gekomen, of moet zij anders worden uitgelegd? Zo ja, in welke zin?

4. Kunnen aan het Europese primaire recht zoals de vrijheid van vestiging als bedoeld in artikel 49 VWEU, het vrij verrichten van diensten als bedoeld in 56 VWEU of het vrij verkeer van kapitaal en betalingen als bedoeld in artikel 63 VWEU, aanwijzingen voor de conflictenrechtelijke behandeling van fusies worden ontleend, in het bijzonder voor het antwoord op de vraag of het nationale recht van de staat van de overnemende vennootschap dan wel het nationale recht van de over te nemen vennootschap dient te worden toegepast?

5. Indien vraag 4 ontkennend wordt beantwoord, kunnen dan aan het Europese afgeleide recht zoals richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen of de Zesde richtlijn (82/891/EEG) van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen, beginselen voor de conflictenrechtelijke behandeling worden ontleend, in het bijzonder voor de vraag of het nationale recht van de staat van de [**Or. 4**] overnemende vennootschap dan wel het nationale recht van de over te nemen vennootschap dient te worden toegepast, of wordt het aan het nationale conflictenrecht overgelaten te kiezen bij welk nationaal materieel recht wordt aangeknoopt?

6. Dient artikel 15 van de Derde richtlijn (78/855/EEG) van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen aldus te worden uitgelegd, dat de emittent jegens de houder van effecten waaraan bijzondere rechten verbonden zijn maar die geen aandelen zijn, met name bij achtergestelde obligaties bevoegd is om in geval van een grensoverschrijdende fusie de rechtsverhouding te beëindigen en de rechthebbenden uit te sluiten?

7. Dient artikel 15 van richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen op dezelfde manier te worden uitgelegd?

B. De procedure inzake verweersters beroep tot „Revision” wordt geschorst in afwachting van de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie [OMISSIS].

M o t i v e r i n g

I. Feiten

Verzoekster tekende in 2005 in op de door Kommunalkredit International Bank Ltd op Cyprus (hierna: „uitgevende instelling”) uitgegeven achtergestelde obligatieleningen Kommunalkredit International Bank Ltd Subordinated Notes (2005, 2025), ISIN-nummer XS0232312479, nominaal bedrag 10 miljoen EUR, looptijd tot 2025, en Kommunalkredit [Or. 5] International Bank Ltd Subordinated Notes of 2005-2025, ISIN-nummer XS0234526423, nominaal bedrag 10 miljoen EUR, looptijd tot 2025. De „Conditions of Issue” (uitgiftevoorwaarden) waarop de achtergestelde obligatielening met ISIN-nummer XS0232312479 gebaseerd is, bepalen in §3 (1) over de obligatierente onder andere het volgende:

„Rentevoet en rentebetalingdata. Op de obligaties wordt vanaf (inclusief) 14 november 2005 tot (exclusief) de vervaldatum (als bedoeld in §5 [1]) jaarlijks een rente betaald van 3,84 procent (de ‚rentevoet’) van het nominale bedrag. De rente vervalt jaarlijks achteraf op 14 november (de ‚rentebetalingdatum’) van elk jaar (de ‚renteperiode’). De eerste rentebetaling vindt plaats op 14 november 2006 overeenkomstig de verdeling in coupures.”

De uitgiftevoorwaarden waarop de achtergestelde obligatielening met ISIN-nummer XS0234526423 gebaseerd is, bepalen in §3 (1) over de obligatierente het volgende:

„Rentevoet en rentebetalingdata. Op de obligaties wordt vanaf (inclusief) 28 november 2005 tot (exclusief) de vervaldatum (als bedoeld in §5 [1]) jaarlijks een rente betaald van 4,01 procent (de ‚rentevoet’) van het nominale bedrag. De rente vervalt jaarlijks achteraf op 28 november (de ‚rentebetalingdatum’) van elk jaar (de ‚renteperiode’). De eerste rentebetaling vindt plaats op 28 november 2006 overeenkomstig de verdeling in coupures.”

Voorts behelzen de uitgiftevoorwaarden van beide achtergestelde obligatieleningen in gelijkkluidende bewoordingen onder meer de volgende bepalingen:

„§2 Status. De obligatieverplichtingen vormen ongedekte en achtergestelde verplichtingen van de uitgevende instelling, die onderling en ten opzichte van alle andere achtergestelde verplichtingen dezelfde rang hebben. Bij de ontbinding, de vereffening of het faillissement van de uitgevende instelling kan aan de obligatieverplichtingen pas worden voldaan nadat aan alle niet-achtergestelde

schuldvorderingen is voldaan, zodat met betrekking tot de obligaties in elk geval geen bedragen worden uitgekeerd zolang niet volledig is voldaan aan de vorderingen van alle niet-achtergestelde schuldeisers van de [Or. 6] uitgevende instelling of hiervoor geen uitgebreide reserves zijn aangelegd. Geen enkele obligatiehouder mag zijn obligatievorderingen verrekenen met vorderingen van de uitgevende instelling. De uitgevende instelling noch een andere persoon kan of zal in de toekomst op enig tijdstip bij overeenkomst enige zekerheid stellen voor de rechten van de obligatiehouders in het kader van de obligaties. Geen enkele latere afspraak kan de achterstelling als bedoeld in deze paragraaf beperken of de vervaldatum van de obligaties vervroegen dan wel de toepasselijke opzeggingstermijn verkorten.

[...]

§4 (1) [...]

(b) Rentebetaling. De over de obligaties verschuldigde rente dient overeenkomstig het tweede lid [...] te worden betaald. Aflossingen van het nominale bedrag of rentebetalingen mogen slechts worden verricht wanneer de betaling er niet toe leidt dat het in aanmerking te nemen eigen vermogen van de uitgevende instelling minder bedraagt dan de minimumeisen die worden gesteld in de toepasselijke richtlijn van de Centrale Bank van Cyprus over de berekening van het kapitaal van banken.

[...]

§9 (1) Wanprestatie. Iedere obligatiehouder heeft het recht zijn obligaties opeisbaar te verklaren en de onmiddellijke terugbetaling ervan te vorderen ten belope van het bedrag van de vervroegde aflossing (overeenkomstig §5), vermeerderd met de (eventueel) tot de aflossingsdatum aangegroeide rente, indien de uitgevende instelling wordt geliquideerd en vereffend of ontbonden (behalve indien dit, op een ogenblik dat zij nog solvabel is, geschiedt met het oog op of in het kader van een fusie, herstructurering of sanering waarbij de opvolgende onderneming in wezen alle activa en verplichtingen van de uitgevende instelling overneemt).

[...]

§12 (1) Toepasselijk recht. De vorm en de inhoud van de obligaties, alsmede alle rechten en plichten van de obligatiehouders, worden beheerst door het Duitse recht.”

De uitgevende instelling voldeed sinds het vierde kwartaal van [Or. 7] 2008 niet meer aan de in de richtlijnen van de Centrale Bank van Cyprus aan het kapitaal van banken gestelde minimumeisen, en heeft daarom sindsdien de in de uitgiftevoorwaarden overeengekomen rente niet meer betaald.

Op 18 september 2010 werd [OMISSIS] de fusie van verweerster als overnemende vennootschap met de uitgevende instelling als overdragende vennootschap overeenkomstig het EU-Verschmelzungsgesetz (hierna: de „EU-fusiewet”) geschreven in het Firmenbuch (handelsregister).

II. Conclusies en argumenten van partijen

Verzoekster vordert van verweerster als rechtsopvolgster onder algemene titel van de uitgevende instelling de betaling van 1,57 miljoen EUR aan rente over beide achtergestelde obligaties voor de jaren 2009 en 2010. Subsidiar vordert verzoekster een verklaring voor recht dat verweerster verplicht is gelijkwaardige rechten toe te kennen in de zin van §226, lid 3, van het Aktiengesetz (hierna: „wet betreffende de naamloze vennootschappen”) en dat zij aansprakelijk is voor alle schade die wordt veroorzaakt doordat zulke rechten niet worden toegekend. De uitgiftevoorwaarden bepaalden niets over de vraag wat dient te gelden bij een rechtsopvolging onder algemene titel door een vennootschap die, zoals verweerster, niet is onderworpen aan het toezicht door de Cypriotische nationale bank. Daarom is de hypothetische wil van de partijen bepalend, op grond waarvan de minimumkapitaaleisen van de staat van vestiging van de rechtsopvolgster onder algemene titel doorslaggevend moeten zijn. Aan deze eisen, die in §22, lid 1, punten 1-5, van het Bankwesengesetz (wet betreffende het bankwezen) zijn geregeld, wordt door verweerster voldaan.

Verweerster brengt daartegen in dat de met de achtergestelde obligaties verbonden rechten niet op haar zijn overgegaan, maar integendeel als gevolg van de fusie rechtsgeldig zijn tenietgegaan. De uitgevende instelling heeft als dochteronderneming van verweersters rechtsvoorgangster, Kommunalkredit Austria AG, in [Or. 8] Cyprus het bankbedrijf uitgeoefend. In de herfst van 2008 kregen beide vennootschappen te kampen met financiële moeilijkheden die een bedreiging vormden voor hun voortbestaan, waarna Kommunalkredit Austria AG genationaliseerd werd. Onmiddellijk daarop heeft verweerster in overleg en coördinatie met de Republiek Oostenrijk als meerderheidsaandeelhouder een (door de Europese Commissie goedgekeurd) herstructureringsplan opgesteld, dat als essentiële vennootschapsrechtelijke maatregel inhield dat de kernactiviteit van Kommunalkredit Austria AG werd afgesplitst en werd ondergebracht in Kommunalkredit Depot Bank AG. De niet-strategische activa, met inbegrip van de deelneming in de uitgevende instelling, zijn in de afgesplitste verweerster gebleven. Een verdere maatregel hield in dat de uitgevende instelling door fusie grensoverschrijdend opging in verweerster.

Doordat de rentebetalingen en aflossingen afhankelijk zijn van het eigen vermogen van de uitgevende instelling, moeten de achtergestelde obligaties worden beschouwd als eigen vermogen met het daaraan verbonden risico op een volledig verlies. Het zijn derhalve winstaandelen in de zin van §226, lid 3, van de wet betreffende de naamloze vennootschappen. Ten gevolge van de verliezen

werd het voortbestaan van de uitgevende instelling bedreigd en had zij op 31 december 2008 een negatief eigen vermogen van bijna 1 miljard EUR, zodat de obligaties compleet waardeloos waren geworden. De uitgevende instelling kon op eigen kracht niet voortbestaan. Veeleer zou de ontoereikende omvang van het eigen vermogen en het dreigende gebrek aan liquide middelen tot haar insolventie hebben geleid. In dat geval zouden de houders van de effecten rentebetalingen noch aflossingen hebben ontvangen. Het enige alternatief voor de liquidatie of insolventie van de uitgevende instelling was de fusie op korte termijn met **[Or. 9]** haar moederonderneming, namelijk verweerster. Mede om een schending van de Europese regels over staatssteun te voorkomen, werden de achtergestelde obligaties, waaraan door een onafhankelijk expert de waarde nihil was toegekend, formeel geannuleerd toen de fusie rechtsgeldig werd. Gelet op de waardeloosheid van de achtergestelde obligaties werden geen gelijkwaardige rechten toegekend en werd door verweerster evenmin compensatie betaald. Het gemeenschappelijke fusievoorstel werd ingediend bij het Oostenrijkse Firmenbuchgericht (de voor het handelsregister bevoegde rechterlijke instantie). Op 7 mei 2010 vond de bekendmaking in het Publicatieblad **[OMISSIS]** plaats, waarbij onder meer werd verwezen naar de rechten van de houders van bijzondere rechten. Daarenboven heeft verweerster verzoekster gedetailleerd geïnformeerd over de ophanden zijnde fusie.

Zelfs al zou de annulering niet rechtsgeldig zijn geworden, moeten de achtergestelde obligaties slechts worden behouden onder economisch gelijkblijvende omstandigheden. Aangezien zij ten gevolge van het volledige tenietgaan van het eigen vermogen geen enkele waarde vertegenwoordigen, leidt een aanvullende uitlegging van de overeenkomst tot de conclusie dat verzoekster geen vorderingen toekwamen. Iedere andere conclusie zou niet alleen onbillijk zijn, maar tevens het verwateringsverbod uit het aandelenrecht en het Europeesrechtelijke verbod op steunmaatregelen schenden, omdat dan aan met eigen vermogen vergelijkbare vorderingen van verzoekster zou worden voldaan door gebruik te maken van steun die door de Republiek Oostenrijk aan verweerster is toegekend.

Ter terechtzitting van 22 juni 2011 vorderde verweerster voor recht te verklaren dat beide achtergestelde obligaties rechtsgeldig zijn geannuleerd naar aanleiding van de fusie van de uitgevende instelling met verweerster, subsidiair dat de verplichtingen van de uitgevende instelling niet op verweerster **[Or. 10]** zijn overgegaan **[OMISSIS]**.

[OMISSIS] Verzoekster vorderde **[OMISSIS]** deze incidentele vordering tot verklaring voor recht af te wijzen.

III. Procesverloop

De **rechter in eerste aanleg** wees zowel de incidentele vordering tot verklaring voor recht als de subsidiaire vordering af. Hij liet de vraag onbeantwoord of Duits recht dient te worden toegepast als zijnde het toepasselijke verbintenissenrecht dan wel Oostenrijks recht als zijnde het toepasselijke vennootschapsrecht, omdat noch §23 van het Duitse Umwandlungsgesetz (wet betreffende de omzetting van rechtspersonen) noch §226, lid 3, van de Oostenrijkse wet betreffende de naamloze vennootschappen toepassing kan vinden. De achtergestelde obligaties zijn immers noch winstaandelen noch andere met aandelen vergelijkbare rechten, aangezien zij geen eigen vermogen vormen en evenmin afhankelijk zijn van de winst van de onderneming. Verweerster had bijgevolg niet het recht de achtergestelde obligaties naar aanleiding van de fusie te annuleren. Veeleer zijn de obligatieverplichtingen door rechtsopvolging onder algemene titel overgegaan op verweerster.

De **appelrechter** bevestigde deze beslissing. [OMISSIS] **[Or. 11]** [OMISSIS]. [Uiteenzetting over nationale procedurevoorschriften]

Onder verwijzing naar de §§10 en 12 van het Bundesgesetz über das internationale Privatrecht van 15 juni 1978 (IPR-wet) was de appelrechter om te beginnen van mening dat de rechtsgevolgen van een fusie worden beheerst door het toepasselijke rechtspersonenrecht en dat de rechtsopvolging in het kader van de fusie bijgevolg moet worden getoetst aan het op verweerster toepasselijke vennootschapsrecht, dus aan Oostenrijks recht. Dit geldt ook voor de bescherming van de schuldeisers op grond van §226, lid 3, van de wet betreffende de naamloze vennootschappen, ook al werd het Duitse overeenkomstenrecht op de obligaties van toepassing verklaard. §226, lid 3, van de wet betreffende de naamloze vennootschappen, waarop verweerster zich baseert om te stellen dat de in geding zijnde obligaties naar aanleiding van de fusie rechtsgeldig werden geannuleerd, is evenwel niet van toepassing op deze obligaties. De bepaling strekt zich immers enkel uit tot houders van obligaties die lidmaatschap veronderstellen of kenmerken hebben van eigen vermogen en tot winstaandelen, die met name activa van een aandeelhouder zouden kunnen zijn. Daarbij kan vooral worden gedacht aan een deling in de winst en/of in het saldo bij vereffening. Hoewel de in geding zijnde effecten ongedekte obligaties met een vaste rentevoet zijn, waarvan de specificiteit bestaat in de achterstelling, en daarenboven slechts aflossingen en rentebetalingen mogen worden verricht wanneer de betaling er niet toe leidt dat het in aanmerking te nemen eigen vermogen van de overdragende vennootschap minder bedraagt dan de minimumeisen die door de Centrale Bank van Cyprus aan de omvang van het kapitaal van banken worden gesteld, voorzien de uitgiftevoorwaarden van de effecten niet in een winstgerelateerd of winstafhankelijk rendement, waarbij de vaste rentevoet slechts wordt gewaarborgd onder voorbehoud van een bepaald resultaat **[Or. 12]**. De aflossingen en rentebetalingen hangen niet af van het saldo van de resultatenrekening. Indien niet is voldaan aan de in de regels van het

banktoezicht vervatte minimumeisen, mogen zij evenmin definitief vervallen, maar slechts worden opgeschort, zolang niet aan deze eisen is voldaan.

Het **Oberste Gerichtshof** moet op verweersters beroep tot „Revision” beslissen. Het onderwerp van het geding in „Revision” is [OMISSIS] de vraag of §226, lid 3, van de Oostenrijkse wet betreffende de naamloze vennootschappen van toepassing is op de achtergestelde obligatieleningen met ISIN-nummers XS0232312479 en XS0234526423, waarop verzoekster heeft ingetekend. [OMISSIS] [Uiteenzetting over nationale procedurevoorschriften]

IV. Prejudiciële vragen

1. Toen verzoekster op de obligaties intekende, verklaarden zij en de uitgevende instelling Duits recht van toepassing. De uitgevende instelling was gevestigd op Cyprus, terwijl verweester haar zetel in Oostenrijk heeft. Het Oberste Gerichtshof moet dus eerst vaststellen of de rechtsvragen waarover het in casu dient te oordelen, in het bijzonder de vraag welke bepalingen ter bescherming van schuldeisers van toepassing zijn, moeten worden beantwoord naar Duits, Cypriotisch of Oostenrijks recht.

1.2. De Rome I-verordening is op de feiten niet van toepassing, omdat de obligaties vóór 17 september 2009 werden uitgegeven. Op de in geding zijnde feiten dient derhalve het EVO te worden toegepast. De rechtsgrondslag voor de toetsingsbevoegdheid van het Hof van Justitie van de Europese Unie in het kader van de prejudiciële procedure overeenkomstig **[Or. 13]** artikel 267 VWEU wordt gevormd door het „Eerste Protocol betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, voor ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980” van 18 december 1988 en het „Tweede Protocol waarbij aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bepaalde bevoegdheden worden verleend inzake de uitlegging van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst ter ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980” van 19 december 1988 [OMISSIS]. Om in werking te treden moest het Eerste Protocol worden bekrachtigd door ten minste zeven lidstaten (artikel 6 Eerste EVO-Protocol). Daarenboven werd bepaald dat het niet eerder in werking zou treden dan het Tweede Protocol. Het tweede EVO-Protocol moest evenwel door alle ondertekenende staten worden bekrachtigd om in werking te treden (artikel 3 Tweede EVO-Protocol [OMISSIS]). Op 1 augustus 2004 werd deze voorwaarde vervuld ten gevolge van de bekrachtiging van het Eerste Protocol door België.

1.3. Het EVO is van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst in gevallen waarin uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen. Zoals uit de feiten blijkt, zijn de contracterende partijen gevestigd in verschillende staten. Daarbij moet worden nagegaan **[Or. 14]** of het in casu gaat om een rechtszaak die

onder de burgerlijke en handelszaken als bedoeld in artikel 1, lid 1, EVO valt. De ruime omschrijving van het toepassingsgebied in artikel 1, lid 1, EVO wordt ingeperkt door eveneens ruim geformuleerde uitzonderingen in artikel 1, lid 2, EVO (uitzonderingen op het toepassingsgebied). Een van deze uitzonderingen is het toepasselijke vennootschapsrecht en is vervat in artikel 1, lid 2, sub e, EVO, dat bepaalt dat de conflictregels van het EVO niet van toepassing zijn op kwesties behorende tot het recht inzake vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen, zoals de oprichting, de rechts- en handelingsbevoegdheid, het inwendige bestel en de ontbinding van vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen, alsmede de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en de organen voor de schulden van de vennootschap, de vereniging of de rechtspersoon. Een inhoudelijk overeenstemmende uitzondering op het toepassingsgebied komt voor in artikel 1, lid 2, sub f, van de Rome I-verordening. [OMISSIS].

Dat de opsomming niet exhaustief is, blijkt onder meer uit het gebruik van het woord „zoals” [OMISSIS]. Bij de uitlegging van deze uitzondering op het toepassingsgebied van het verdrag geldt als beginsel dat de begrippen autonoom dienen te worden uitgelegd. Een uitlegging in overeenstemming met een nationale rechtsorde is daarom uitgesloten [OMISSIS]. Volgens de literatuur strekt deze uitzondering zich uit tot de oprichting (de voor de oprichting vereiste **[Or. 15]** handelingen zoals de ondertekening van de akte van oprichting of de registratie) en ontbinding van de vennootschap (de in de statuten of het nationale recht vermelde ontbindingsgronden), de handelingsbevoegdheid, het inwendige bestel en de interne betrekkingen binnen de vennootschap, de aansprakelijkheid van de vennoten en de organen voor schulden van de vennootschap, en de fusie van vennootschappen [OMISSIS]. Het rapport over het EVO zegt daarover het volgende: „*Aan het voorstel, de fusie en de concernvorming ook uitdrukkelijk te vermelden, heeft de groep daarentegen geen gevolg gegeven, omdat de meeste delegaties van mening waren dat de fusie en de concernvorming reeds onder de huidige redactie vallen.*” (Mededeling van de Raad, Giuliano/Lagarde, Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, [PB 1980, C 282, blz. 1, 13]).

1.4. Hoewel fusies aldus onder de uitzonderingen van artikel 1, lid 2, lijken te kunnen worden gerangschikt en daarom niet door het **[Or. 16]** toepasselijke verbintenissenrecht, maar door het toepasselijke vennootschapsrecht zouden worden beheerst, is de juridische situatie niet helemaal duidelijk. Gehuldigd wordt immers ook de opvatting dat de vraag of §226, lid 3, van de wet betreffende de naamloze vennootschappen van toepassing is, wordt beheerst door het toepasselijke verbintenissenrecht [OMISSIS]. Om deze rechtsonzekerheid weg te nemen is een eenduidige beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie vereist, wat beoogd wordt door de prejudiciële vragen 1 tot en met 3.

1.5. Aangezien de appelrechter zich op het toepasselijke vennootschapsrecht heeft gebaseerd, heeft hij het Oostenrijkse recht en dus tevens §226, lid 3, toegepast. Daarbij is hij onmiskenbaar uitgegaan van de overweging dat verweerster als

overnemende vennootschap in Oostenrijk is gevestigd. Daarentegen stelt verzoekster zich in haar verweerschrift in „Revision” op het standpunt dat, zo het Duitse recht niet van toepassing is (toepasselijk verbintenissenrecht), het Cypriotische recht bepalend is als zijnde het op de overdragende vennootschap, d.w.z. de uitgevende instelling, toepasselijke rechtspersonenrecht. Dat standpunt wordt inderdaad ook in de literatuur ingenomen [OMISSIS]. Een andere opvatting in de literatuur houdt in dat, gelet op §3, lid 2, van de EU-fusiewet, de in §226, lid 3, van de wet betreffende de naamloze vennootschappen bedoelde rechten aan een overnemende Oostenrijkse vennootschap eveneens toekomen bij een internationale fusie volgens de EU-fusiewet. [OMISSIS] [V]olgens deze opvatting dient §226 van de wet betreffende de naamloze vennootschappen in beginsel op dezelfde wijze te worden toegepast op een fusie waarbij een buitenlandse vennootschap wordt overgenomen door een Oostenrijkse vennootschap, als op [Or. 17] een nationale fusie [OMISSIS].

De prejudiciële vragen 4 en 5 beogen duidelijkheid te verkrijgen omtrent dit punt van geschil.

2.1. Verweerster heeft beide achtergestelde obligaties naar aanleiding van de fusie geannuleerd en zich daarvoor gebaseerd op §226, lid 3, van de wet betreffende de naamloze vennootschappen. Ingevolge deze bepaling moeten bij een fusie gelijkwaardige rechten worden toegekend aan houders van obligaties en winstaandelen of moet de wijziging van de rechten dan wel het recht zelf op passende wijze worden gecompenseerd. De bepaling berust op artikel 15 van de Derde richtlijn (78/855/EEG) van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen (PB L 295, blz. 236).

2.2. Verzoekster gaat ervan uit dat §226, lid 3, van de wet betreffende de naamloze vennootschappen niet voorziet in een mogelijkheid om de rechtsverhouding zonder meer te beëindigen en de rechthebbenden uit te sluiten en dat deze bepaling, gelet op artikel 15 van richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen, ook niet in die zin mag worden uitgelegd.

Deze opvatting is in de literatuur omstreden. Volgens een deel van de literatuur heeft de overnemende vennootschap een driedelig recht om eenzijdig de bestaande rechtsverhouding te wijzigen, waarin tevens een recht tot beëindiging en uitsluiting zou besloten liggen [OMISSIS] [Or. 18] [OMISSIS]. Ook artikel 15 van de Derde richtlijn (78/855/EEG) van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen staat daaraan niet dwingend in de weg, aangezien deze bepaling zelf voorziet in een recht op inkoop van de effecten door de overnemende vennootschap [OMISSIS]. Een ander deel van de literatuur ontkent dit evenwel [OMISSIS].

De prejudiciële vragen 6 en 7 beogen duidelijkheid te verkrijgen omtrent deze kwestie.

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Uiteenzetting over procedurevoorschriften]