



Datum van
inontvangstneming

:

04/06/2018

Zaak C-272/18**Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

20 april 2018

Verwijzende rechter:

Oberster Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

28 maart 2018

Verzoeker:

Verein für Konsumenteninformation (vereniging voor consumenteninformatie)

Verweerster:

TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG

REPUBLIEK OOSTENRIJK

OBERSTER GERICHTSHOF

[OMISSIS]

Het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk) heeft in de zaak van Verein für Konsumenteninformation (vereniging voor consumenteninformatie), verzoeker, [OMISSIS] tegen TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG, verweerster, [OMISSIS] betreffende een vordering tot het staken van inbreuken (geldelijk belang van 30 500 EUR) en tot openbaarmaking van een vonnis (geldelijk belang van 5 500 EUR), naar aanleiding van het hogere beroep dat beide partijen hebben ingesteld tegen het vonnis van het Oberlandesgericht Wien (federale kartelrechter in eerste aanleg Wenen), als appelrechter, van 13 september 2016 [OMISSIS], waarbij het vonnis van het Handelsgericht Wien (handelsrechter Wenen) van 3 september 2015 [OMISSIS] werd nietig verklaard, de volgende

beschikking

gegeven:

A. De volgende prejudiciële vragen worden aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voorgelegd: [**Or. 2**]

1 Is de uitzondering op de werkingssfeer, zoals neergelegd in artikel 1, lid 2, onder e), van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna: „EVO“) en in artikel 1, lid 2, onder f), van verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna: „Rome I-verordening“), ook van toepassing op overeenkomsten tussen de oprichter van een trust en een trustee die voor eerstgenoemde een deelneming in een commanditaire vennootschap aanhoudt, in het bijzonder wanneer sprake is van een vervlechting van vennootschaps- en trustovereenkomsten?

2 Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

Moet artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: „richtlijn oneerlijke bedingen“) aldus worden uitgelegd dat een beding dat is opgenomen in een trustovereenkomst tussen een verkoper en een consument over het beheer van een commanditaire deelneming, waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dat bepaalt dat het recht van toepassing is van het land waarin de commanditaire vennootschap is gevestigd, oneerlijk is wanneer de trustovereenkomst alleen het beheer van de commanditaire deelneming tot doel heeft en de oprichter van de trust de rechten en verplichtingen van een directe aandeelhouder bezit?

3 Indien de eerste of de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord:

Luidt dit antwoord anders, wanneer de verkoper zich voor het verstrekken van de verschuldigde diensten niet naar het land van de consument moet begeven maar wel verplicht is om winstuitkeringen alsook andere financiële voordelen uit de deelneming en [**Or. 3**] informatie over het rendement van de deelneming aan de consument moet toekennen respectievelijk bezorgen? Maakt het daarbij verschil of de Rome I-verordening of het EVO van toepassing is?

4 Indien de derde vraag bevestigend wordt beantwoord:

Blijft dit antwoord hetzelfde, wanneer daarbij komt dat de inschrijvingsaanvraag van de consument in het land van diens verblijfplaats werd ondertekend, de verkoper informatie over de deelneming ook via internet ter beschikking stelt en een bankrekening in het land van de consument werd geopend waarnaar de consument het bedrag van de deelneming moet overmaken, ook al heeft de verkoper geen beschikkingsbevoegdheid over deze bankrekening? Maakt het daarbij verschil of de Rome I-verordening of het EVO van toepassing is?

B. De behandeling van de zaak over het hogere beroep van beide partijen wordt geschorst in afwachting van de prejudiciële beslissing van het Hof. [OMISSIS]

Motivering:

I. Feiten en hoofdgeding

Verzoeker is een consumentenorganisatie zonder winsttoegmerk en heeft in die hoedanigheid het recht om verbodsacties ter bescherming van consumentenbelangen in te stellen.

Verweerster is een vennootschap naar Duits recht met hoofdzetel in Hamburg die onder nummer HRB 57558 bij het Amtsgericht Hamburg (rechtbank van eerste aanleg Hamburg, Duitsland) is geregistreerd. Verweerster heeft geen zetel of vestiging in Oostenrijk. Zij is een dochteronderneming van MPC Münchmeyer Capital AG Ham (hierna: „MPC”) die gesloten fondsen structureert [Or. 4] en verhandelt. Het gaat daarbij om commanditaire vennootschappen die aan Duits recht zijn onderworpen en waarin private en institutionele beleggers een deelneming kunnen verwerven als commanditaire vennoot. Tussen verweerster en de moedermaatschappij bestond tot en met 19 december 2014 een zeggenschaps- en winstafdrachtovereenkomst; het management van verweerster werd bijgevolg gevoerd door MPC.

Onder de (talrijke) commanditaire vennootschappen die MPC heeft gestructureerd, bevinden zich onder meer het Dreiundvierzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG (hierna: „43^{ste} fonds”), het Einundfünfzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG (hierna: „51^{ste} fonds”) en het Zweiundsiebzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG (hierna: „72^{ste} fonds”). Deze fondsen waren van meet af aan zodanig opgezet dat verweerster als trustee en commanditaire vennoot ertoe gemachtigd was om nieuwe commanditaire vennoten aan te trekken van wie de toetreding echter niet via verweerster zelf verliep maar via CPM Anlagen Vertriebs GmbH i.L. [(in liquidatie)](voordien MPC Münchmeyer Petersen Capital Austria AG). Ook deze vennootschap is voor 100 % in handen van MPC. Tussen deze vennootschappen bestonden ook meerdere personele verflechtingen: zo waren dr. [REDACTED] en [REDACTED] ten minste tussen 2001 en 2010 gelijktijdig bestuurders van MPC, commissarissen van MPC Münchmeyer Petersen Capital Austria AG en procuratiehouders van verweerster.

Verweerster bezit als trustee en stichtende commanditaire vennoot onder meer een deelneming in het 43^{ste} fonds, dat in 2003 werd opgericht. Hoewel dit fonds niet alleen in Oostenrijk werd verhandeld, werd toch een trustrekening bij een Oostenrijkse bank geopend waarnaar betalingen in verband met deelnemingen dienden te worden overgemaakt. Een aantal [Or. 5] van de overige fondsen van verweerster, zoals het 51^{ste} fonds (opgericht in 2004), het Siebenundsechzigste Sachwert Rendite-Fonds Holland GmbH & Co KG (opgericht in 2006) en het 72^{ste} fonds (opgericht in 2011), werd uitsluitend in Oostenrijk verhandeld. Voor het

51^{ste} fonds en het 72^{ste} fonds werd door verweerster telkens een trustrekening bij een Oostenrijkse bank geopend.

Overeenkomstig § 3, lid 3, van de statuten van het 43^{ste} fonds is verweerster ertoe gemachtigd om nieuwe commanditaire vennoten aan te trekken. In de praktijk kwam dit erop neer dat beleggers als oprichter van de trust indirect, dat wil zeggen via verweerster in haar hoedanigheid van trustee en commanditaire vennoot, tot de vennootschap toetraden. Hun deelnemingen werden op basis van een trustovereenkomst door verweerster beheerd. Deze praktijk werd ook bij de overige fondsen gehanteerd.

Aandelen in het 43^{ste} fonds werden ook in Oostenrijk, en aandelen in het 51^{ste} en 72^{ste} fonds werden uitsluitend in Oostenrijk – met medeweten en instemming van verweerster – via CPM Anlagen Vertriebs GmbH i.L. aan consumenten aangeboden. Verweerster had daarbij geen direct contact met de beleggers en verrichtte zelf geen adviesdiensten.

Verweerster heeft zich met haar diensten op de Oostenrijkse markt gericht. Een aantal fondsen werd uitsluitend in Oostenrijk verhandeld en verweerster beheert voor Oostenrijkse beleggers de website www.tvp-treuhand.at. Sinds 2006 bevat deze website een rubriek waar beleggers zich ook daadwerkelijk kunnen aanmelden; sinds 2011 kunnen beleggers hier op uitdrukkelijk verzoek hun stem online in plaats van op papier uitbrengen. Voorts kunnen ze er een kopie raadplegen van de documenten die hen zijn toegezonden. De website is zodanig ontworpen dat bezoekers naar **[Or. 6]** een Duitse website (www.tvp-treuhand.de) worden doorgeleid. De eigenaar van de domeinnaam is MPC Ferrostaatl IT Service GmbH, een onderneming van de MPC groep die instaat voor haar centrale ICT-beheer. Ook de Duitse homepage wordt door deze onderneming beheerd.

Om tot de vennootschap toe te treden, ondertekenden consumenten een toetredingsverklaring waarmee ze verweerster een voorstel deden voor het sluiten van een trustovereenkomst. In alle gevallen waarvan verzoeker weet heeft, werd het inschrijvingsverzoek door Oostenrijkse consumenten in Oostenrijk ondertekend. Verweerster opende ook een bankrekening in Oostenrijk. Voor het 43^{ste} fonds moest het bedrag van de deelneming worden gestort op de trustrekening die verweerster op eigen naam bij de Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG had geopend. Voor het 51^{ste} en 72^{ste} fonds waren er trustrekeningen bij een andere Oostenrijkse bank geopend. In geen geval moesten de bedragen van de deelnemingen naar een Duitse trustrekening worden overgemaakt.

Verweerster staat als aanbieder van trustdiensten ter beschikking van beleggers. Zij bewaart de commanditaire deelneming voor rekening van de belegger en beheert haar als trustee, oefent in eigen naam maar voor rekening van de belegger de rechten uit die aan diens commanditaire deelneming zijn verbonden en keert winsten en andere financiële voordelen uit de deelneming aan de belegger uit. Verweerster verschaft de beleggers regelmatig informatie over het rendement van

hun deelneming die zij van de fondsen ontvangt. Voor deze dienstverlening ontvangt verweerster een vaste vergoeding, die jaarlijks op 0,3 % van de inbreng van de belegger is bepaald. [Or. 7]

Het 43^{ste}, 51^{ste} en 72^{ste} fonds werden voor onbepaalde tijd opgericht. Verweerster neemt ook heden nog hun beheer waar op basis van trustovereenkomsten.

In het handelsverkeer met consumenten maakte en maakt verweerster gebruik van voorgedrukte modelovereenkomsten. Het sluiten van trustovereenkomsten werd voorafgegaan door promoties en reclamecampagnes die specifiek op Oostenrijkse consumenten waren gericht. De trustdiensten van verweerster werden tevens door Oostenrijkse zakenbanken of professionele vermogensadviseurs aan Oostenrijkse consumenten aangeboden. De noodzakelijke rechtshandelingen (ondertekening van de toetredingsverklaring) werden door de consumenten in Oostenrijk verricht en aanvaard door medecontractanten van verweerster, respectievelijk haar medecontractanten in Oostenrijk.

Verweerster verricht haar beheertaken op basis van de trustovereenkomst waardoor de litigieuze bedingen ook nu nog van toepassing zijn. De trustovereenkomsten stipuleren onder meer: „De trustovereenkomst is opgesteld volgens het recht van de Bondsrepubliek Duitsland. De plaats van uitvoering en de rechtsmacht voor alle geschillen uit deze overeenkomst alsook over de totstandkoming van deze overeenkomst, is de plaats van vestiging van de trustee, voor zover dit wettelijk toelaatbaar kan worden overeengekomen”. Dit beding, waarover niet afzonderlijk werd onderhandeld, is opgenomen in de voorgedrukte modelovereenkomsten. Ook bevatten de voorgedrukte modelovereenkomsten geen uitdrukkelijke verwijzing naar dit beding.

II. Conclusies en argumenten van partijen

Verzoeker wil met zijn vordering, die sinds 6 september 2013 aanhangig is, verweerster verbieden om [Or. 8] in het handelsverkeer met consumenten zes bedingen (waaronder het rechtskeuzebeding) en (in het bijzonder acht uitdrukkelijk genoemde) inhoudelijk gelijklopende bedingen op te nemen in haar algemene verkoopvoorwaarden die ten grondslag liggen aan door haar gesloten overeenkomsten en/of in de daartoe gebruikte modelovereenkomsten, alsook om zich op dergelijke bedingen te beroepen; voorts wordt verzocht om een machtiging tot openbaarmaking van het vonnis. Volgens verzoeker zijn de bedingen in strijd met § 6, lid 3, alsook lid 1, punt 9, van het Konsumentenschutzgesetz (Oostenrijkse wet inzake consumentenbescherming; hierna: „KSchG”) en § 864a van het Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Oostenrijks burgerlijk wetboek; hierna: „ABGB”); bovendien zijn ze ernstig benadelend in de zin van § 879, lid 3, ABGB. Het in de algemene verkoopvoorwaarden opgenomen rechtskeuzebeding ten gunste van het Duitse recht druist bovendien in tegen het Unierecht; zowel krachtens artikelen 4 en 6, van de Rome [I]-verordening als volgens § 48 van het Internationale

Privatrechtsgesetz (Oostenrijkse wet inzake internationaal privaatrecht; hierna: „IPRG”) moet de onrechtmatigheid van de litigieuze bedingen worden beoordeeld op grond van de *lex loci delicti* en niet op grond van het recht dat de overeenkomst beheerst, en dus naar Oostenrijks recht. Verweerster heeft haar activiteit bewust toegespitst op de Oostenrijkse markt en de op haar terug te voeren diensten zijn in Oostenrijk verricht; voorts heeft zij in Oostenrijk trustrekeningen geopend en betalingsverkeer ingericht, en via de terbeschikkingstelling van een wachtwoordbeveiligde internettoegang diensten aan beleggers in Oostenrijk aangeboden. Ook volgens het EVO en de Rome I-verordening is het Oostenrijkse materiële recht van toepassing.

Verweerster vordert verwerping van het beroep. Volgens verweerster moet de strijdigheid van haar trustvoorwaarden met wetten of gewoonten niet naar Oostenrijks maar naar Duits recht worden beoordeeld, en dus op grond van het recht dat de overeenkomst beheerst (artikel 10, lid 1, van de Rome I-verordening, [Or. 9] artikel 8, lid 1, van het EVO). Voorts zijn de trustovereenkomsten en de commanditaire vennootschapsovereenkomsten zo nauw met elkaar vervlochten dat ook de trustovereenkomst onderworpen is aan het Duitse recht dat op de vennootschapsovereenkomst van toepassing is. Verweerster heeft alle contractueel overeengekomen diensten in Duitsland verstrekt en heeft in Oostenrijk geen vestiging, bijkantoor of medewerkers.

III. Procesverloop

De **rechter in eerste aanleg** paste het Oostenrijkse recht toe.

De **appelrechter** vernietigde deze beslissing en verwees de zaak terug naar de rechter in eerste aanleg voor een nieuwe uitspraak na een aanvullende procedure. Hij refereerde daarbij aan het arrest van het Hof van 28 juli 2016, VKI/Amazon EU Sàrl (C-191/15, EU:C:2016:612). In die zaak oordeelde het Hof dat de toetsing van de geldigheid van het rechtskeuzebeding weliswaar naar Duits recht diende te gebeuren, maar dat een beding in de algemene verkoopvoorwaarden ook naar dit recht oneerlijk is voor zover het de consument misleidt door bij hem de indruk te wekken dat alleen het Duitse recht op de overeenkomst van toepassing is, zonder hem in te lichten over het feit dat hij eveneens volgens de Rome I-verordening en het EVO recht heeft op de bescherming op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat van toepassing zou zijn bij gebreke van dit beding. Zelfs in het geval van geldigheid van het rechtskeuzebeding naar Duits recht, zouden in beginsel ook de overige bedingen op hun geldigheid naar Duits recht moeten worden getoetst en zou ook moeten worden nagegaan of dwingende bepalingen van Oostenrijks recht ter bescherming van de consument in de weg staan aan de toepassing van het Duitse recht bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de litigieuze bedingen. [Or. 10]

Het staat aan de **hoogste federale rechter in civiele en strafzaken** om over het hoger beroep van beide partijen te beslissen. Met betrekking tot het toepasselijke

recht voert verweerster enerzijds aan dat uit artikel 1, lid 2, onder e), van het EVO en artikel 1, lid 2, onder f), van de Rome I-verordening blijkt dat deze regelgevende handelingen niet van toepassing zijn op kwesties behorende tot het recht inzake vennootschappen. Aangezien de vennootschaps- en trustovereenkomsten nauw met elkaar zijn vervlochten, nemen oprichters van trusts in hun hoedanigheid van aandeelhouder rechtstreeks deel aan de vennootschapsverhouding; verweerster is als trustee alleen ingeschakeld met het oog op de minder strenge bepalingen inzake het beheer van het aandeelhoudersregister. Bijgevolg is het vennootschapsrecht in aanmerking te nemen dat zowel naar Oostenrijks als ook naar Duits recht de plaats van vestiging van het fonds respectievelijk verweerster als bepalend criterium hanteert.

Anderzijds verwijst verweerster naar artikel 5, lid 2, onder b), van het EVO en artikel 6, lid 4, onder a), van de Rome I-verordening; als trustee moet zij instaan voor de belangenbehartiging van commanditaire vennoten van in Duitsland gevestigde vennootschappen die aan het Duitse recht zijn onderworpen, en verstrekt zij bijgevolg diensten.

IV. Prejudiciële vragen

Eerste en tweede vraag:

1. Het Hof heeft al geoordeeld dat een rechtskeuzebeding in consumententransacties waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dat de consument niet inlicht over het feit dat hij op grond van artikel 6, lid 2, van de Rome I-verordening recht blijft hebben op de bescherming die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van zijn nationale recht, oneerlijk is in de zin van artikel 3, lid 1, richtlijn oneerlijke bedingen (arrest van 28 juli 2016, VKI/Amazon EU Srl, C-191/15, EU:C:2016:612, punt 71). Of deze rechtspraak ook op het rechtskeuzebeding in casu **[Or. 11]** van toepassing is, kan worden betwijfeld tegen de achtergrond van artikel 1, lid 2, onder f), de Rome I-verordening en het inhoudelijk gelijklopende artikel 1, lid 2, onder e), van het EVO die „kwesties behorende tot het recht inzake vennootschappen” van de werkingssfeer van de Rome I-verordening en het EVO uitsluiten.

In casu rijst dan ook de vraag of in deze concrete omstandigheden „kwesties behorende tot het recht inzake vennootschappen” te beoordelen zijn. Elders is al de opvatting geformuleerd dat „verbintenisrechtelijke participaties” in een vennootschap en ook in louter interne vennootschappen – bijvoorbeeld stille vennootschappen – niet onder de uitzonderingsbepaling voor vennootschapsrecht vallen en volgens het recht inzake verbintenissen uit overeenkomst te beoordelen zijn (zie in dit verband Bundesgerichtshof [federaal hooggerechtshof, Duitsland; hierna: „BGH”] II ZR 276/02) [OMISSIS]). Het vennootschapsrecht moet echter toepassing vinden op trustovereenkomsten wanneer de oprichter van de trust via de toekenning van rechtstreeks uitoefenbare deelnemingsrechten nauw bij de vennootschapsverhouding is betrokken [zie in dit verband BGH II ZR 242/09

[OMISSIS], volgens hetwelk de oprichter van een trust bij een nauwe „vervlechting” van vennootschaps- en trustovereenkomst als een directe aandeelhouder moet worden beschouwd; dit geldt in het bijzonder wanneer oprichters van een trust – zoals in het onderhavige geval – dezelfde rechten en verplichtingen als directe aandeelhouders hebben, hun inbreng onmiddellijk verschuldigd zijn en de (bijvoorbeeld, fiscale) voordelen van aandeelhouder rechtstreeks genieten]. In deze omstandigheden zou sprake kunnen zijn van één enkele rechtsverhouding, waarvan een conflictenrechtelijke ontvlechting niet aangewezen is.

Wanneer derhalve ook in het onderhavige geval het **[Or. 12]** recht van de plaats van vestiging van de vennootschap (dus het Duitse recht) op de nauwe „vervlochten” trustovereenkomst wordt toegepast, zou het hier aangevochten rechtskeuzebeding louter declaratoire werking hebben. Dit kan de opvatting wettigen dat het beding niet moet worden afgemeten aan de vaststellingen in het arrest van het Hof in zaak VKI/Amazon EU SárI. Daartegen kan worden ingebracht dat het rechtskeuzebeding te algemeen is, aangezien de uitzondering zoals bedoeld in artikel 1, lid 2, onder e), EVO en artikel 1, lid 2, onder f), van de Rome I-verordening alleen betrekking heeft op kwesties die „specifieke problemen van vennootschapsrecht als voorwerp hebben en redelijkerwijs onder een eenvormig vennootschapsrecht zouden moeten vallen”. [OMISSIS]. Zo wordt in het arrest van het Hof van 7 april 2016, KA Finanz AG/Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group (C-483/14, EU:C:2016:205, punten 50 e.v.) onderscheid gemaakt tussen vennootschapsrecht en het recht inzake verbintenissen uit overeenkomst (met betrekking tot het internationaal burgerlijk procesrecht, zie arrest van het Hof van 10 september 2015, ██████████ Exploitatie e.a./██████████ C-47/14, EU:C:2015:574, punten 50 e.v.).

Daarmee is duidelijk dat vraagstukken over de rechtsverhouding tussen vennootschap en directe aandeelhouder genuanceerd moeten worden benaderd. Is daarbovenop een trustee ingeschakeld, dan wordt de verhouding „aandeelhouder-vennootschap” uitgebreid met een verhouding „aandeelhouder-trustee”, die eveneens genuanceerd moet worden beoordeeld wanneer kwesties zich aandienen die geen „kwesties zijn die tot het recht inzake vennootschappen behoren”. Er is immers een grote verscheidenheid aan aanspraken denkbaar, vooreerst pure vennootschapsrechtelijke kwesties (bijvoorbeeld de directe externe aansprakelijkheid van de oprichter van de trust [zie in dit verband BGH II ZR 242/09 [OMISSIS]], maar ook kwesties van overwegend vennootschapsrechtelijke aard (bijvoorbeeld de **[Or. 13]** indirecte aansprakelijkheid van de oprichter van de trust wegens zijn vrijstellingsverplichting uit hoofde van de trustovereenkomst) of ook andere kwesties (bijvoorbeeld het recht op vergoeding van de trustee of het contractueel bedongen recht op schadevergoeding van de oprichter van de trust). Precies voor die laatstgenoemde aanspraken lijkt het twijfelachtig of het doel van het vennootschapsrecht, met name het verhinderen van een conflictenrechtelijke ontvlechting, de bescherming van schuldeisers en beleggers in vertrouwen op de beschermingsregels van het land van vestiging en een gelijke behandeling van alle aandeelhouders, ook relevant is voor de autonoom aangegane trustverhouding

tussen particulieren. Tenslotte zijn ook gevallen van „vervlechting” denkbaar waarbij – anders dan in het onderhavige geval – oprichters van een trust en trustees in hetzelfde land verblijven en de vennootschap in een ander land is gevestigd.

Bijgevolg moet worden uitgemaakt of individuele aanspraken uit de trustovereenkomst – ondanks haar nauwe vervlechting met de vennootschapsovereenkomst – moeten worden beoordeeld volgens het consumentenrecht. In dat geval zouden, overeenkomstig artikel 6, lid 2, van de Rome I-verordening respectievelijk artikel 5, lid 2, EVO, voor individuele kwesties aangaande de trustovereenkomst de bepalingen van het nationale recht van de consument blijven gelden. Aangezien het rechtskeuzebeding in dat geval meer dan een louter declaratoire werking zou hebben, kan de vraag worden gesteld of het beding oneerlijk is wanneer het de consument niet inlicht over de blijvende geldigheid van dwingende bepalingen van diens nationale recht.

Derde en vierde vraag:

2. Is de onder **1.** aangehaalde uitzondering in het onderhavige geval niet van toepassing of wordt een algemeen rechtskeuzebeding als oneerlijk aangemerkt omdat individuele kwesties uit de trustovereenkomst **[Or. 14]** onder het consumentenrecht vallen, dan is de uitkomst onvermijdelijk anders wanneer het consumentenrecht niet van toepassing is. Dit is krachtens artikel 6, lid 4, onder a), van de Rome I-verordening respectievelijk artikel 5, lid 4, onder b), van het EVO het geval wanneer de diensten van de verkoper „uitsluitend moeten worden verstrekt in een ander land dan dat waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft”. Bijgevolg rijst de vraag of een dienst ook dan in het land van de consument moet worden „verstrekt” wanneer de dienstverrichter zich voor de uitvoering van de overeenkomst niet naar het land van de consument moet begeven, terwijl de plaats van levering er wel is gelegen.

In het onderhavige geval is de verkoper verplicht om de consument over de gang van zaken in te lichten en hem winstuitkeringen en andere financiële voordelen toe te kennen. Aangezien het bij deze uitkeringen en voordelen om geldschulden gaat, moeten deze naar Oostenrijks recht krachtens § 907a, ABGB op de woonplaats van de schuldeiser worden voldaan. De litigieuze trustovereenkomsten bepalen weliswaar dat de plaats van uitvoering samenvalt met de plaats van vestiging van de trustee, „voor zover dit wettelijk toelaatbaar kan worden overeengekomen”. De formulering „voor zover wettelijk toelaatbaar” is volgens rechtspraak van het verwijzende hof echter niet transparant en dus is het beding ongeldig. Bijgevolg blijft de woonplaats van de consument plaats van voldoening van de geldschuld. Ook naar Duits recht zijn zogenaamde „salvatorische clausules” of „deelbaarheidsbedingen” volgens welke een overeenkomst geldig is „voor zover wettelijk toelaatbaar”, onwettig krachtens § 305 van het Bürgerliches Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”) (BGH VIII ZR 295/79 [OMISSIS]; BGH XI ZR 214/14); ook wanneer de geldigheid van het beding naar Duits recht wordt beoordeeld, is krachtens § 270, BGB bij geldschulden de

woonplaats van de **[Or. 15]** schuldeiser de plaats van voldoening. Daarentegen bepaalt § 270, lid 4, juncto § 269, BGB dat de woonplaats van de schuldenaar plaats van uitvoering is. Ook volgens § 907a, lid 2, ABGB mag een betaling plaatsvinden via een bancaire overschrijving.

Bijgevolg rijst de vraag of een dienst ook dan in de zin van artikel 6, lid 4, onder a), Rome I respectievelijk artikel 5, lid 4, onder b), EVO in het land van de consument moet worden „verstrekkt” wanneer hij „van op afstand” moet worden verstrekt, dus wanneer de plaats van uitvoering en de plaats van levering niet samenvallen. De formulering is in dit opzicht zeer strikt („uitsluitend”), met als gevolg dat de uitzonderingsbepaling van artikel 6, lid 4, onder a), van de Rome I-verordening respectievelijk artikel 5, lid 4, onder b), van het EVO in beginsel niet van toepassing is wanneer diensten vanuit het buitenland in het binnenland of via internet worden verstrekt. Alleen al de verplichting tot geldovermaking naar het land van de consument zou kunnen volstaan.

3. Indien deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, rijst de vraag of deze uitkomst opnieuw wijzigt wanneer er daadwerkelijk aanvullende diensten in het land van de consument werden verstrekt, hoewel daartoe geen verplichting bestond. Het is immers niet duidelijk of ook de daadwerkelijke plaats van dienstverstrekking van belang is voor de toepasbaarheid van de uitzonderingsbepaling, of alleen de verplichting tot dienstverstrekking. In het onderhavige geval gaat het bijvoorbeeld om het openen van bankrekeningen en het in ontvangst nemen van inschrijvingsverklaringen in het land van de consument.

In dit verband rijst ook de vraag of precontractuele dienstverstrekkingen in het land van de consument – zoals het in ontvangst nemen van inschrijvingsverklaringen – eveneens in de weg staan aan de toepassing van de uitzonderingsbepaling van artikel 6, lid 4, onder a), van de Rome I-verordening respectievelijk artikel 5, lid 4, onder b), van het EVO. **[Or. 16]**

Tegen het in aanmerking nemen van precontractuele dienstverstrekkingen kan worden aangevoerd dat de uitzonderingsbepaling van artikel 5, lid 4, onder b), EVO respectievelijk artikel 6, lid 4, onder a), van de Rome I-verordening alleen dan van toepassing is, wanneer de verkoper zijn activiteiten met om het even welke middelen „richt” op het land waar de consument zijn woonplaats heeft (artikel 6, lid 1, onder b), van de Rome I-verordening respectievelijk artikel 5, lid 2, van het EVO). Volgens artikel 5, lid 2, van het EVO volstaat het daartoe expliciet dat de consument in het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft, „de voor de sluiting van die overeenkomst noodzakelijke handelingen heeft verricht” of dat de verkoper of zijn vertegenwoordiger „de bestelling van de consument in dat land heeft ontvangen”. Tevens kan worden aangevoerd dat het begrip „verstrekking van diensten” in artikel 6, van de Rome I-verordening respectievelijk artikel 5, van het EVO alleen betrekking heeft op de contractuele hoofdverbintenis van de verkoper en niet op precontractuele verplichtingen.

VI. Procesrechtelijk

Als rechterlijke instantie in laatste aanleg is het Oberste Gerichtshof gehouden zich tot het Hof te wenden wanneer de juiste toepassing van het Unierecht niet zo evident is, dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan. In casu blijven dergelijke twijfels – zoals hiervoor uiteengezet – bestaan. De behandeling van de zaak over het hogere beroep van verweerster wordt geschorst in afwachting van de prejudiciële beslissing van het Hof.

Oberster Gerichtshof,

Wenen, 28 maart 2018

[OMISSIS]