

Waar zijn de effecten? Lokaliseren van vermogensschade na Kolassa

AV&S 2015/26

Het lokaliseren van vermogensschade kan bijzonder lastig zijn, maar is noodzakelijk om bevoegde rechter en toepasselijk recht te kunnen bepalen. Het HvJ EU heeft in zijn recente arrest *Kolassa/Barclays Bank* het lokaliseren van vermogensschade bij prospectusaansprakelijkheid nader ingekleurd. Deze bijdrage beschrijft de rechtsontwikkeling op dit gebied en analyseert deze uitspraak kritisch. Geconcludeerd wordt dat *Kolassa/Barclays Bank* op gespannen voet staat met artikel 7 lid 2 Brussel I en niet spoort met de praktijk van effectenuitgifte en -bewaring. In gevallen van schade geleden in een bank- of effectenrekening wordt voorgesteld aan te knopen bij de woonplaats van de gelaedeerde.

1. Inleiding

Brandstichting, een auto-ongeluk en het lozen van chemisch afval in een rivier; allemaal gebeurtenissen waarbij het gemakkelijk is voor te stellen waar de schade plaatsvindt. Gecomplieerder wordt het als de plaats waar de handeling wordt verricht die de schade veroorzaakt (in het IPR *Handlungsort* genoemd) en de plaats waar de schade uitwerkt (in het IPR *Erfolgort* genoemd) niet samenvallen. Als *Handlungsort* en *Erfolgort* zich zelfs in verschillende jurisdicties bevinden is dat een klassiek IPR-probleem. Nog lastiger wordt het als de schade geen zaak- of letselschade betreft en moderne technieken in het spel zijn: waar moet bijvoorbeeld reputatieschade worden gelokaliseerd die wordt veroorzaakt door een publicatie op internet? Waar doet zich de vermogensschade van beleggers voor die zich hebben laten leiden door een onjuiste kredietbeoordeling (die ook op internet wordt gepubliceerd)? Waar materialiseert schade zich die is ontstaan door een beroepsfout van een advocaat? En waar moet de schade worden gelokaliseerd van beleggers die zich over de hele wereld bevinden en zijn misleid door een internationaal verspreid prospectus?

Als in de zojuist besproken gevallen een geschil rijst, blijkt de vraag waar de schade moet worden gelokaliseerd niet alleen een geschikte hersenkraker voor de betere IPR-tentamens, maar ook een uit het leven gegrepen kwestie die zowel van belang is om te kunnen bepalen welke rechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen, als het toepasselijk recht te kunnen vaststellen. In geval van onrechtmatige daadzaken dienen Europese rechtbanken rechtsmacht en toepasselijk recht te bepalen aan de hand van, respectie-

velijk, de Brussel I² en Rome II³ verordeningen. Het nationale recht is (ook) in dit soort zaken slechts van ondergeschikt belang.⁴

De tekst van Brussel I (oud) bleek voor het vaststellen van de plaats van vermogensschade weinig houvast te bieden. De herschikking van deze verordening in 2012 bracht daarin vooralsnog geen verbetering. Over de vraag waar vermogensschade moet worden gelokaliseerd heeft het HvJ EU recentelijk prejudiciële vragen van het *Handelsgericht Wien* (Oostenrijk) beantwoord in de zaak *Kolassa/Barclays Bank*.⁵ In het hiernavolgende besteden wij aandacht aan de implicaties van *Kolassa/Barclays Bank* en de wenselijkheid van de benadering die het HvJ EU heeft gekozen. Het zal blijken dat wij deze uitspraak kritisch benaderen. Wij sluiten af door kort aandacht te besteden aan de uitspraak van de Hoge Raad van 9 januari 2015 inzake *Universal Music International Holding BV/X*,⁶ waarbij de Hoge Raad prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EU over hetzelfde onderwerp, te weten: het lokaliseren van vermogensschade onder Brussel I.

2. Kronhofer/Maier

Brussel I geeft als hoofdregel dat verweerders woonachtig in een lidstaat voor een gerecht van die lidstaat opgeroepen moeten worden (artikel 4 lid 1 Brussel I, in IPR-terminologie: het *forum rei*). Slechts in een beperkt aantal gevallen kan, naast het *forum rei*, ook een gerecht van een andere lidstaat rechtsmacht aanvaarden. Het moet dan gaan om zaken waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt rechtvaardigt.⁷ Een dergelijke alternatieve bevoegdheidsgrond moet (kunnen) worden gebaseerd op een 'nauwe band tussen het gerecht en de vordering of de noodzaak een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken'. Aldus zou rechtszekerheid worden gewaarborgd en worden voorkomen dat de verweerder wordt

1 M. Haentjens is als hoogleraar verbonden aan het Hazelhoff Centre for Financial Law van de Universiteit Leiden en D.J. Verheij is studente aan University of Oxford. Citeerwijze: M. Haentjens & D.J. Verheij, 'Waar zijn de effecten? Lokaliseren van vermogensschade na Kolassa', *AV&S* 2015/26, afl. 5.

2 Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PbEU* 2001, L 12/1) ('Brussel I (oud)'), thans vervangen door Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 December 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PbEU* 2012, L 351/1) ('Brussel I').

3 Verordening (EG) 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 Juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (*PbEU* 2007, L 199/40) ('Rome II').

4 Het nationale IPR zal slechts kunnen worden toegepast als de voorliggende zaak buiten de reikwijdte van de genoemde verordeningen valt. Naar Nederlands IPR moet de rechter ook in een dergelijke geval echter deze verordeningen analoog toepassen. Zie art. 1-14 Rv (voor jurisdictie) en art. 10:159 BW (voor het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen).

5 HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, *JOR* 2015/109, m.nt. T.M.C. Arons (*Kolassa/Barclays Bank*).

6 HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:36, *JIN* 2015/39, m.nt. V.F. Dogan (*Universal Music International Holding BV/X*).

7 Considerans 15 Brussel I.

opgeroepen voor een gerecht van een lidstaat dat 'door hem niet redelijkerwijs niet voorzienbaar was'.⁸

Een alternatieve bevoegdheidsgrond is opgenomen in artikel 7 lid 2 Brussel I: ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad kunnen verweerders tevens worden opgeroepen 'voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen'. Onder het 'schadebrengende feit' moet sinds het Franse *Kalimijnen*-arrest zowel worden begrepen de plaats waar de schade is ingetreden (*Erfolgsort*) als de plaats van de veroorzakende gebeurtenis (*Handlungsort*).⁹ Als de plaats van het schadebrengende feit samenvalt met de woonplaats van de verzoeker brengt deze alternatieve bevoegdheidsgrond mee dat een verweerder ook kan worden opgeroepen voor een gerecht in de staat waar de verzoeker woonachtig is (*forum actoris*). Het HvJ EU is echter terughoudend in het aanvaarden van een *forum actoris*.¹⁰

De plaats waar de handeling is verricht die bepaalde vermogensschade zou hebben veroorzaakt is niet altijd evident,¹¹ maar vooral het bepalen van de plaats waar de schade is ingetreden blijkt problematisch. Het HvJ EU heeft in de zaak *Kronhofer/Maier* een belangrijke richtinggevende uitspraak gedaan.¹² In deze zaak had Rudolf Kronhofer (woonachtig in Oostenrijk) een vordering tot schadevergoeding ingesteld tegen Marianne Maier en anderen (allen woonachtig in Duitsland), omdat, kort gezegd, Maier e.a. Kronhofer ertoe zou hebben aangezet een call-optietransactie voor aandelen te sluiten zonder hem te waarschuwen voor de risico's van dergelijke transacties. Kronhofer maakte \$ 82.500 over naar een 'beleggingsrekening' bij Protectas Vermögensverwaltungs GmbH te Duitsland (in de originele procestaal: 'Anlegerkonto bei der Protectas in Deutschland'),¹³ waarvan Maier e.a. bedrijfsleiders waren. Dit bedrag werd belegd in zeer speculatieve call-opties op de beurs van Londen. Uiteindelijk ging een deel van het overgemaakte bedrag verloren en zag Kronhofer zijn overgemaakte vermogen slechts gedeeltelijk terug. Hij stelt Maier e.a. aansprakelijk voor de door hem geleden schade.

Kronhofer legde zijn vordering voor aan het Oostenrijkse Landesgericht Feldkirch, in de overtuiging dat deze rechtbank bevoegd was van het geschil kennis te nemen omdat Oostenrijk de plaats zou zijn waar de schade was ingetreden. Kronhofer was immers in dat land woonachtig en daar lag het centrum van het vermogen waarin hij schade had geleden. Na beroep bij het Oberlandesgericht Innsbruck verklaarde die rechtbank zich onbevoegd, nu zij van oordeel was dat de schade niet was ingetreden in Oostenrijk (maar in Duitsland).¹⁴ Uiteindelijk stelde het Oberste Gerichtshof

een prejudiciële vraag aan het HvJ EU. Het HvJ EU overwoog en besliste op die vraag dat de 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 het in een andere verdragsluitende staat ingetreden en door hem geleden verlies van onderdelen van zijn vermogen'.¹⁵ De plaats waar zich het centrum van het vermogen bevindt zou volgens het Hof immers 'afhangen van onzekere omstandigheden' en die regel zou bovendien er 'in de meeste gevallen toe kunnen leiden dat de gerechten van de woonplaats van de verzoeker bevoegd zijn'. De gerechten van Oostenrijk konden aldus geen rechtsmacht aanvaarden.

In *Kronhofer/Maier* heeft het HvJ EU niet overwogen of beslist welk gerecht in deze omstandigheden wel bevoegd zou zijn geweest en aan de hand van welke aanknopingspunten zou kunnen worden vastgesteld waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Het Hof legde aan zijn beslissing ten grondslag dat het centrum van het vermogen van de gelaedeerde als aanknopingspunt vaak tot de bevoegdheid van het gerecht van de woonplaats van de gelaedeerde zou leiden, hetgeen in strijd zou zijn met het uitgangspunt van Brussel I, te weten: artikel 7 lid 2 mag alleen in uitzonderlijke gevallen tot rechtsmacht leiden.¹⁶ Het ligt daarom voor de hand dat het Hof de locatie van Kronhofers beleggingsrekening bij Protectas in Duitsland op het oog heeft gehad als aanknopingsfactor, wat zou betekenen dat de Duitse rechter bevoegd zou zijn geweest.¹⁷ Door alleen te overwegen wat *niet* als aanknopingspunt moet worden gebruikt, werd niet alleen de bestaande onzekerheid ten aanzien van het lokaliseren van het *Erfolgsort* bij vermogensschade niet weggenomen, maar ook de (wellicht) geïmpliceerde aanknopingsfactor (te weten: de plaats van de relevante rekening) is niet onproblematisch, zoals hierna uiteengezet zal worden.

3. Wat brengt Kolassa/Barclays Bank?

Begin 2015 kreeg het HvJ EU opnieuw de gelegenheid om de bestaande onzekerheden ten aanzien van het lokaliseren van vermogensschade weg te nemen, althans artikel 7 lid 2 Brussel I nader uit te leggen. In de zaak *Kolassa/Barclays Bank*¹⁸ waren de feiten, voor zover hier van belang en voor zover wij uit de uitspraak kunnen afleiden, als volgt. Harald Kolassa (woonachtig in Oostenrijk) had € 68.180,63 geïnvesteerd in X1 Global EUR Index-certificaten. Deze effecten waren uitgegeven door Barclays Bank plc (ingeschreven in het handelsregister van het Verenigd Koninkrijk, met een vestiging in Frankfurt am Main, Duitsland). De certificaten konden enkel door institutionele beleggers worden gekocht,

8 Considerans 16 Brussel I.

9 HvJ EG 30 november 1976, C-21/76 (*Handelskwekerij G. J. Bier BV/Mines de potasse d'Alsace SA*), punt 24.

10 Zie, bijv., *Kronhofer/Maier* punt 14 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

11 Zie over het *Handlungsort* bij prospectusaansprakelijkheid bijvoorbeeld nader hieronder, paragraaf 4.2.

12 HvJ EU 10 juni 2004, C-168/02, *NJ* 2006/335, m.nt. P. Vlas (*Kronhofer/Maier*).

13 *Kronhofer/Maier*, punt 2. Het HvJ EU werkt het begrip 'beleggingsrekening' niet nader uit, maar Kronhofer lijkt het geld lijkt naar een gewone geldrekening bij Protectas te hebben overgemaakt. Zie over het begrip 'beleggingsrekening' verder hieronder, paragraaf 4.3.

14 *Kronhofer/Maier*, punt 17.

15 *Kronhofer/Maier*, punt 21.

16 *Kronhofer/Maier*, punt 14. Vergelijk ook *Kolassa/Barclays Bank*, punt 14 en 20.

17 Zo ook bijv. T.M.C. Arons, 'All roads lead to Rome: Beware of the consequences! The law applicable to prospectus liability claims under the Rome II Regulation', *NIPR* 2008-4, p. 481-487 en *Kronhofer/Maier*, punt 4.

18 HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, *JOR* 2015/109, m.nt. T.M.C. Arons (*Kolassa/Barclays Bank*).

die op hun beurt de certificaten wel aan particulieren konden doorverkopen.¹⁹

Kolassa investeerde in de certificaten via de (internet)bank *direktanlage.at* (gevestigd in Oostenrijk). *Direktanlage.at* bestelde de certificaten bij haar moedervennootschap DAB Bank AG (gevestigd te Duitsland) die de certificaten bij Barclays Bank kocht. Dit resulteerde erin dat de door Kolassa gekochte certificaten werden gecrediteerd op een effectenrekening die *direktanlage.at* bij DAB Bank aanhield. *Direktanlage.at* crediteerde op haar beurt de effectenrekening die Kolassa bij *direktanlage.at* aanhield.²⁰

De betrokken *trading manager* sluisde het met de certificaten opgehaalde bedrag door naar een 'groots opgezette fraudesysteem van piramidebeleggingen'²¹ en de certificaten zijn waardeloos geworden. Kolassa vordert van Barclays Bank de aldus door hem geleden schade met als grondslagen contractuele en precontractuele aansprakelijkheid, alsmede aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Kolassa stelt daarbij zijn vermogen op andere wijze te hebben belegd als Barclays Bank hem in het prospectus en de algemene voorwaarden de juiste informatie zou hebben verschaft.²²

Kolassa maakte de procedure aanhangig bij het *Handelsgericht Wien*. Dit gerecht stelde prejudiciële vragen aan het HvJ EU over onder meer de uitleg van (thans) artikel 7 lid 1 en lid 2, alsmede van artikel 17 lid 1 Brussel I (rechtsbevoegdheid bij consumentenovereenkomsten). Het *Handelsgericht Wien* wenste meer in het bijzonder te vernemen of artikel 17 Brussel I zo moet worden uitgelegd dat deze bepaling, kort gezegd, jurisdictie creëert voor een *forum actoris* als de verzoeker een consument is die een obligatie aan toonder heeft verworven, op de grond dat deze obligatie een overeenkomst meebrengt tussen de uitgevende instelling en deze consument. Daarmee verband houdend wenste het *Handelsgericht* te vernemen of artikel 7 lid 1 Brussel I zo moet worden uitgelegd dat deze bepaling, kort gezegd, jurisdictie creëert voor een *forum actoris* als de verzoeker een obligatie aan toonder heeft verworven, op de grond dat deze obligatie 'verbintenissen uit overeenkomst' meebrengt tussen de uitgevende instelling en deze belegger. Ten derde stelde het *Handelsgericht* de vraag of artikel 7 lid 2 Brussel I zo moet worden uitgelegd dat 'in geval van aankoop van een waardepapier op grond van opzettelijk onjuiste informatie, ervan moet worden uitgegaan dat de plaats waar de schade zich heeft voorgedaan, de woonplaats van de gelaedeerde is, als het centrum van zijn vermogen?'. Ten slotte vroeg het *Handelsgericht* of een gerecht in het kader van de toetsing van zijn bevoegdheid betwiste feiten die van belang zijn ten aanzien van de bevoegdheid dient te onderwerpen aan een 'een uitgebreide bewijsprocedure' of ervan moet uitgaan 'dat de stellingen van de verzoekende partij juist zijn'.²³

Ter beantwoording van de eerste vraag herhaalt het Hof dat de bevoegdheidsregel van artikel 18 lid 1 Brussel I (dat (onder andere) zegt dat een rechtsvordering die door een consument wordt ingesteld tegen de wederpartij bij de overeenkomst, kan worden gebracht voor het gerecht van de plaats waar de consument woonplaats heeft) een afwijking vormt zowel van de hoofdregel van artikel 4 lid 1 Brussel I (te weten: *forum rei*), als van de alternatieve bevoegdheidsregel van artikel 7 lid 1 onder (a) Brussel I (te weten: bevoegdheid komt toe aan het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd). Dat brengt volgens het Hof mee dat artikel 17 lid 1 Brussel I eng moet worden uitgelegd. Ook de voorzienbaarheid – voor de verweerder – van welk gerecht bevoegd is, leidt volgens het Hof tot die conclusie.²⁴ Dat brengt mee dat niet gezegd kan worden dat sprake is van een overeenkomst – en dus van bevoegdheid op de grond van artikel 17, aldus nog steeds het Hof – in de situatie dat een verzoeker een consument is die obligaties heeft verworven 'zonder dat tussen die consument en de emittent van die obligatie een overeenkomst wordt gesloten'.²⁵

Ter beantwoording van de tweede vraag overweegt het Hof dat sprake moet zijn van 'een vrijwillig aangegane verbintenis' tussen verzoeker en verweerder. Ook hiervan vindt het Hof dat geen sprake is, ook al heeft 'Barclays Bank op grond van het toepasselijke nationale recht bepaalde verplichtingen tegenover Kolassa'.²⁶

Ter beantwoording van de derde vraag herhaalt het HvJ EU eerst zijn standpunten uit *Coty Germany*²⁷ en *Kronhofer/Maier*, die kort gezegd hierop neerkomen dat rechtsmacht gebaseerd op grond van de alternatieve bevoegdheidsgrond uit artikel 7 lid 2 Brussel I (alleen) wordt gerechtvaardigd door het bestaan van een bijzonder nauw verband tussen de vordering en het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. In dat kader moeten de goede rechtsbedeling en nuttige procesinrichting vergen dat dit laatste gerecht bevoegd is.²⁸ Het HvJ EU refereert uitdrukkelijk aan zijn standpunt in *Kronhofer/Maier* dat de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan niet de plaats is waar de verzoeker zijn centrum van vermogen heeft op de enkele grond dat hij daar financiële schade heeft geleden terwijl die voortvloeit uit het in een andere verdragsluitende staat ingetreden verlies van onderdelen van zijn vermogen.²⁹

Vervolgens overweegt het HvJ EU dat het gerecht van de woonplaats van de gelaedeerde wel bevoegd is als die woonplaats tevens de plaats van de schadebrengende gebeurtenis of het intreden van de schade is.³⁰ Deze opmerking is in zoverre een open deur dat het bepalende element van artikel 7 lid 2 Brussel I al de plaats is waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan en dus de plaats van de schadebren-

19 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 15.

20 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 15.

21 Conclusie van advocaat-generaal M. Szpunar van 3 september 2014, C-375/13 (Conclusie A-G *Kolassa/Barclays Bank*), punt 19.

22 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 16.

23 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 19.4.

24 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 28-29.

25 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 35.

26 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 39-41.

27 HvJ EU 5 juni 2014, C-360/12 (*Coty Germany*).

28 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 46.

29 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 48.

30 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 50.

gende gebeurtenis is.³¹ Als die plaats tevens de woonplaats van de gelaedeerde blijkt te zijn, dan is dus uiteraard het gerecht van de woonplaats bevoegd. Van groter belang lijkt de overweging van het HvJ EU ten aanzien van de aanknopingspunten voor de plaats waar de schade is ingetreden:

“De rechten van de woonplaats van de verzoeker zijn – uit hoofde van het intreden van de schade – bevoegd om van een dergelijke vordering kennis te nemen onder meer wanneer die schade zich rechtstreeks voordoet op een bankrekening van die verzoeker bij een in het rechtsgebied van die gerechten gevestigde bank.”³²

Ter beantwoording van de laatste vraag overweegt en beslist het Hof, kort gezegd, dat geen uitgebreide bewijsprocedure hoeft te worden gevoerd, maar dat het desbetreffende gerecht wel zijn bevoegdheid kan toetsen ‘aan alle te zijner beschikking staande gegevens, daaronder begrepen, in voorkomend geval, de betwistingen van verweerder’.³³

4. Analyse

4.1 *Verhouding belegger – uitgevende instelling*

Het Hof lijkt in zijn beslissing ten aanzien van de eerste twee vragen sterk te hebben laten meespelen dat Kolassa ‘niet de houder’ was van de certificaten en dat hij weliswaar ‘aanspraak [kon] maken op levering van de certificaten voor het aandeel in het dekkingsfonds’, maar dat dezelfde certificaten niet ‘aan hem konden worden overgedragen’.³⁴ Hiermee houdt waarschijnlijk verband de vaststelling dat: ‘[direktanlage.at] als dekkingsfonds de certificaten in eigen naam voor rekening van haar cliënten te München in bewaring [heeft] gehouden.’ Het Engelse [origineel] spreekt van ‘(...) direktanlage.at holds the certificates as covering assets in its own name at Munich, on behalf of its clients’.³⁵

Wij begrijpen niet goed wat het Hof hier op het oog kan hebben. Het Hof zou kunnen hebben bedoeld te beschrijven de gebruikelijke praktijk waarin een bank de effecten die zij voor haar cliënten administreert op een gezamenlijke rekening – op eigen naam, maar voor rekening van haar gezamenlijke cliënten – bij een andere bank of centrale bewaarinstelling aanhoudt. Een dergelijke rekening wordt ‘omnibus account’ genoemd, nu deze rekening de gezamenlijke aanspraken van de cliënten van de bank uitdrukt.³⁶ In een dergelijke situatie zou Kolassa een aanspraak jegens direktanlage.at hebben die naar Nederlands (materieel) recht zou moeten worden gekwalificeerd als een mede-eigendomsrecht. In die situatie zou Kolassa derhalve zelfs meer zijn dan een ‘houder’ en in ieder geval niet alleen aanspraak kunnen maken op ‘levering’ van de certificaten, maar ook

dezelfde certificaten aan hem kunnen doen overdragen (welke overdracht over het algemeen zou neerkomen op een overboeking naar een andere effectenrekening).³⁷

Welk recht de aanspraak van Kolassa op levering van de certificaten jegens direktanlage.at en de mogelijkheden tot overdracht van die certificaten beheerst, wordt uiteindelijk bepaald door het IPR van het aangezochte forum, maar de wereldwijd meest gangbare verwijzingsregel voor dit soort goederenrechtelijke kwesties verwijst naar het recht van het land waar de effectenrekening wordt aanhouden. Deze regel is in het Nederlandse recht in artikel 10:141 BW gecodificeerd, maar kan ook – zij het met beperkter reikwijdte – worden gevonden in artikel 9 lid 1 van de zogeheten Financiële zekerhedenrichtlijn.³⁸ Ervan uitgaande dat de effectenrekening van Kolassa bij direktanlage.at in Oostenrijk werd aangehouden, is derhalve niet onwaarschijnlijk dat de aanspraak van Kolassa jegens direktanlage.at wordt beheerst door Oostenrijks recht. Ook het Oostenrijks recht geeft de effectenrekeninghouder, kort gezegd, een mede-eigendomsrecht.³⁹

Hoe het ook zij, niet goed te begrijpen valt hoe het Hof heeft kunnen overwegen dat Kolassa wel aanspraak zou hebben kunnen maken op ‘levering’ van de certificaten, maar diezelfde certificaten niet aan hem hebben kunnen doen overdragen. Overdracht van girale effecten zoals de certificaten geschiedt immers door levering, dat wil zeggen overboeking, naar een andere rekening. ‘Uitlevering’ van fysieke stukken in fysieke vorm is vaak niet (meer) mogelijk, op praktische en juridische gronden. De meeste effecten aan toonder worden immers slechts nog in een verzamelbewijs uitgegeven en kunnen niet meer individueel worden uitgeleverd. Bovendien is ingevolge verschillende rechtsstelsels fysieke uitlevering van effecten niet toegestaan. Nederlands recht bijvoorbeeld verbiedt uitlevering behalve in uitzonderlijke gevallen.⁴⁰

In de zojuist gegeven analyse is niet betrokken de – wat ons betreft – enigmatische overweging van het Hof dat direktanlage.at ‘als dekkingsfonds’ of als ‘covering assets’ de certificaten voor Kolassa zou houden. Misschien doelt het Hof hier op de praktijk dat effecten, gecrediteerd op de rekening van een cliënt, dienen tot zekerheid van al hetgeen de bank op enig moment van diezelfde cliënt te vorderen heeft. Deze interpretatie is echter niet meer dan een vermoeden, want de uitspraak zelf, noch de Conclusie A-G geeft nadere uitleg. Hoe het ook zij, deze interpretatie neemt niets weg van de onbegrijpelijkheid als zojuist besproken.

31 HvJ EG 30 november 1976, C-21/76 (*Handelskwekerij G. J. Bier BV/Mines de potasse d’Alsace SA*).

32 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 55.

33 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 64.

34 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 12-16.

35 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 15.

36 Zie, bijv., M. Haentjens, T&C Ondernemingsrecht (2014) Inl. aant. 2 op de Wet giraal effectenverkeer (‘Wge’).

37 M. Haentjens, T&C Ondernemingsrecht (2014) aant. 2 op art. 16 Wge.

38 Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten (*PbEU* 2002, L 168/43). Vergelijk ook art. 9 lid 2 Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (*PbEU* 1998, L166/45) (Finaliteitsrichtlijn). Deze verwijzingsregel is vergelijkbaar, maar niet identiek aan de hierboven geparafraseerde verwijzingsregel van de Financiële zekerhedenrichtlijn. Voor een bespreking van de precieze verschillen, zie M. Haentjens, *The Law Applicable to Indirectly Held Securities: The Plumbing of International Securities Transactions*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 30-38.

39 Art. 5(1) Bundesgesetz vom 22 Oktober 1969 über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (Depotgesetz).

40 Art. 26 Wge.

Belangrijker nog, wij begrijpen niet goed hoe het Hof op basis van deze – op zichzelf reeds slecht te begrijpen – min of meer feitelijke uitgangspunten heeft kunnen komen tot de vaststelling dat geen sprake is van een overeenkomst of ‘vrijwillig aangegane verplichting’ tussen Kolassa en Barclays Bank. Van de relatie tussen effectenrekeninghouder en zijn bank moet immers worden onderscheiden de relatie tussen effectenrekeninghouder/belegger en de uitgevende instelling. De relatie tussen effectenrekeninghouder en zijn bank heeft betrekking op de (al dan niet: goederenrechtelijke) aanspraak van de effectenrekeninghouder tot overboeking op een andere rekening, etc. De relatie tussen effectenrekeninghouder/belegger en de uitgevende instelling daarentegen heeft betrekking op de aanspraak van de belegger tot uitbetaling van dividend/rente, deelname aan vergaderingen van aandeelhouders/obligatiehouders etc. Onbegrijpelijk is dan ook hoe het Hof enerzijds heeft kunnen overwegen dat Barclays Bank weliswaar ‘bepaalde verplichtingen’ had tegenover Kolassa, maar dat geen sprake zou zijn van een overeenkomst of ‘vrijwillig aangegane verplichting’ tussen Kolassa en Barclays Bank. Tussen uitgevende instelling en belegger is – in geval van een obligatie – immers altijd sprake van een vordering (van de belegger op de uitgevende instelling) en een overeenkomst.⁴¹ Het lijkt dan ook erop dat het Hof het recht en de praktijk van effectenbewaring hier onvoldoende heeft doorgrond.⁴²

4.2 Handlungsort

Ten aanzien van het *Handlungsort*, dat wil in dit geval zeggen: de plaats van de beweerde niet-nakoming door Barclays Bank van haar wettelijke verplichtingen op het gebied van het prospectus en informatie van de beleggers acht het Hof van belang de plaatsen: 1) van de besluitvorming voor de door de bank voorgestelde investeringsmodaliteiten; 2) besluitvorming voor de inhoud van het desbetreffende prospectus; en 3) waar het prospectus oorspronkelijk is opgesteld en uitgegeven.⁴³

Zien wij het goed, dan verwijt Kolassa Barclays Bank – onder andere – dat zij tekort is geschoten in de informatievoorziening ten aanzien van de certificaten.⁴⁴ De (plaats van de) besluitvorming van de bank ten aanzien van ‘de investeringsmodaliteiten’ lijkt ons in dat verband van weinig belang. Of Barclays Bank in het prospectus voldoende informatie had gegeven voor Kolassa om zijn investeringsbeslissing te nemen heeft naar ons idee weinig te maken met de manieren waarop het met de certificaten opgehaalde geld is besteed, maar veel meer met ‘besluitvorming voor de inhoud van het desbetreffende prospectus’. Dat lijkt ons echter niet een heel werkbaar criterium. Waar zou dergelijke besluitvorming moeten worden gelokaliseerd als het een internationale onderneming (zoals Barclays) betreft met bestuursleden en ope-

raties verspreid over een groot aantal jurisdicties? Even weinig praktisch lijkt het aanknopingspunt van ‘de plaats waar het prospectus oorspronkelijk is opgesteld en uitgegeven’. Een prospectus wordt veelal – zeker als het om een internationale uitgifte gaat zoals in geval van de onderhavige certificaten – namelijk in elektronische vorm ‘uitgegeven’, dat wil zeggen: beschikbaar gemaakt op de websites van de uitgevende instelling, van de financiële intermediairs die de effecten plaatsen of verkopen, of van de gereguleerde markt waarvoor de toelating tot de handel werd aangevraagd, om het aldus te verspreiden in jurisdicties over de hele wereld.⁴⁵ Op grond van de Prospectusrichtlijn en -verordening moet een prospectus – in de gevallen dat een prospectus is vereist binnen de Europese Economische Ruimte – worden goedgekeurd door de toezichthouder van de plaats waar de uitgevende instelling haar zetel heeft, en aangemeld bij de toezichthouder van de (overige) landen waar de uitgevende instelling de effecten wenst aan te bieden.⁴⁶ In de praktijk zal bij veel grensoverschrijdende uitgiftes (waarbij een IPR probleem zich kan voordoen) een prospectus zijn vereist. Wij denken dan ook dat een werkbaarder, en voor de uitgevende instelling voorzienbaarder criterium zou zijn de plaats van de toezichthouder waar het prospectus is goedgekeurd. Aldus wordt aangeknoopt bij de plaats waar de informatievoorziening wordt geaccordeerd (informatievoorziening is immers het belangrijkste doel van het prospectus) en daarmee bij de plaats waar de schade brengende handeling wordt gefixeerd.

4.3 Erfolgsort

In *Kolassa/Barclays Bank* heeft het Hof een *forum actoris* aangenomen op de grond dat de ‘schade zich rechtstreeks voordoet op een bankrekening van de verzoeker als die bankrekening kan worden gelokaliseerd in het rechtsgebied van het forum waar de desbetreffende bank is gevestigd’.⁴⁷ Een dergelijke regel zou volgens het Hof meebrengen dat ‘verzoeker gemakkelijk [kan] bepalen welk gerecht hij kan aanzoeken en de verweerder [...] redelijkerwijs [kan] voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen’.⁴⁸ Zelfs voor zover de desbetreffende uitgevende instelling het prospectus in andere lidstaten heeft ‘laten notificeren’⁴⁹ vinden wij deze redenering slecht te begrijpen.

Ten eerste is ons niet geheel duidelijk waarom het Hof hier spreekt van ‘bankrekening’. Gaat het om de bankrekening van Kolassa of om de effectenrekening van Kolassa bij *directanlage.at* waarop de certificaten waren gecrediteerd? Met

41 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 40 en 41. In geval van een obligatie-uitgifte waarvoor een prospectus is uitgegeven zal in de praktijk altijd een rechtskeuze zijn gemaakt voor het recht dat de verhouding tussen obligatiehouder en belegger beheerst.

42 In tegenstelling tot de Nederlandse regering, die het blijkens het in Conclusie A-G, punt 30 weergegeven standpunt hier wel bij het juiste eind had.

43 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 53.

44 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 19.

45 Zie art. 14 lid 2 onder c en d Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG (*PbEU* 2003, L 345/64) (Prospectusrichtlijn) en art. 29 Verordening (EG) 809/2004 van de Commissie van 29 april 2004 tot uitvoering van Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de in het prospectus te verstrekken informatie, de vormgeving van het prospectus, de opneming van informatie door middel van verwijzing, de publicatie van het prospectus en de verspreiding van advertenties betreft (*PbEU* 2004, L 149/1) (Prospectusverordening).

46 Zie art. 13, 17 en 18 Prospectusrichtlijn.

47 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 55.

48 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 56.

49 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 56, zie ook hierboven.

een 'bankrekening' wordt over het algemeen een geldrekening bedoeld en wordt aldus onderscheiden van een 'effectenrekening', dat wil zeggen een rekening waarop effecten worden gecrediteerd. Enerzijds lijkt het Hof aansluiting te hebben gezocht met *Kronhofer/Maier*. In dat arrest sprak het Hof namelijk weliswaar van een 'beleggingsrekening', maar lijkt daar te hebben gedoeld op de geldrekening waarnaar Kronhofer zijn \$ 82.500 had overgemaakt.⁵⁰ Anderzijds zou het hanteren van het begrip 'bankrekening' voor een geldrekening slecht te begrijpen zijn. Op grond van artikel 7 lid 2 Brussel I moet immers worden aangeknoopt bij de plaats waar 'het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan', hetgeen door het Hof zelfs is uitgelegd als de plaats waar de schade zich rechtstreeks heeft voorgedaan.⁵¹

Strikt genomen heeft de schade van Kolassa zich niet zozeer voorgedaan op de bankrekening die is gebruikt om de certificaten te betalen. Op het moment van betaling was geen sprake van waardevermindering en daarmee ook niet van enige schade. De waardevermindering en dus de schade voor Kolassa deed zich het meest rechtstreeks voor ten aanzien van de certificaten.⁵² Op grond van artikel 7 lid 2 Brussel I, als uitgelegd door het Hof in *Kronhofer/Maier* denken wij dan ook dat *Kolassa/Barclays Bank* zou hebben moeten aanknopen bij de plaats van effectenrekening van Kolassa bij *direktanlage.at* waarop de certificaten in kwestie waren gecrediteerd. Een dergelijke benadering sluit bovendien aan bij de eerder gegeven uitleg van artikel 7 lid 2 Brussel I (artikel 5 lid 3 Brussel I (oud)) door het HvJ EU in *Marinari*, waarin het Hof stelt dat het Erfolgsort 'niet ziet op de plaats waar de gelaedeerde stelt vermogensschade te hebben geleden als gevolg van een door hem geleden, in een andere Verdragsluitende Staat ingetreden aanvankelijke schade'.⁵³ Aldus omvat het Erfolgsort alleen de plaats waar de directe (en niet de indirecte) vermogensschade is geleden.

Vaak zal het weinig uitmaken of wordt aangesloten bij een effectenrekening of bij de bankrekening die is gebruikt om de effecten in kwestie aan te schaffen. Meestal, zoals ook in het geval van *Kolassa*, zijn deze rekeningen gekoppeld en worden zij aangehouden bij dezelfde bank. Voorstelbaar is echter dat dit niet het geval is en voor dergelijke gevallen zou de door het Hof in *Kolassa* geformuleerde regel onzekerheid kunnen laten bestaan over de juiste aanknopingsfactor. Bovendien spoort deze regel niet met artikel 7 lid 2 Brussel I en de uitleg die het Hof daarvan heeft gegeven in *Marinari*.⁵⁴ Voor zover het Hof derhalve zowel in *Kronhofer/Maier* als in *Kolassa/Barclays Bank* heeft bedoeld aan te sluiten bij de plaats van de geldrekening die is gebruikt voor betaling van de effecten die het werkelijke onderwerp van geschil zijn, kunnen wij ons echter ook niet in een dergelijke regel vinden.

Ten tweede is ons niet duidelijk waarom het Hof verwijst naar 'het rechtsgebied van het forum waar de desbetref-

fende bank is gevestigd'. Stel dat Kolassa een effecten- en geldrekening zou hebben aangehouden bij Barclays Bank in Duitsland, en stel dat het hier (geen dochteronderneming betrof maar) een 'branch' of vestiging van Barclays Bank plc, gevestigd te Londen. Zou het Hof in dat geval werkelijk hebben bedoeld dat de Engelse rechter bevoegd zou zijn op grond van artikel 7 lid 2 Brussel I en niet de Duitse? Wij achten dat onwaarschijnlijk, omdat naar ons idee Londen niet de plaats zou zijn waar de schade zich rechtstreeks zou hebben voorgedaan en volgens het Hof moet worden aangeknoopt bij de 'plaats waar de belegger [de schade] ondervindt'.⁵⁵ Waarschijnlijker is dan ook dat Hof heeft bedoeld te verwijzen naar het rechtsgebied waar de desbetreffende bank de effectenrekening in kwestie administreert.

Overigens denken wij dat waar het Hof het begrip 'bank' hanteert niet heeft bedoeld te verwijzen naar het begrip kredietinstelling als gedefinieerd in artikel 4 lid 1 onder 1 CRD IV Verordening.⁵⁶ Strikt genomen betrof de zaak *Kolassa* immers niet de functie van *direktanlage.at* als bank/kredietinstelling, maar als beleggingsonderneming als gedefinieerd in artikel 4 lid 1 onder 1 MiFID II.⁵⁷ *Kolassa* draaide immers niet zozeer om de plaats van het, kort gezegd, aantrekken en uitzetten van opvorderbare gelden, maar om de plaats van het verrichten van beleggingsdiensten,⁵⁸ dat wil zeggen: om de plaats waar *direktanlage.at* optrad als beleggingsonderneming en bewaarder. Wij denken dan ook dat het Hof heeft bedoeld te verwijzen naar het rechtsgebied waar de desbetreffende beleggingsonderneming de effecten in kwestie bewaart, althans de effectenrekening in kwestie administreert.

Ten derde betwijfelen wij of de benadering van het Hof wenselijk is. Door aan te knopen bij de plaats waar de bank- of effectenrekening in kwestie wordt geadministreerd wordt onzekerheid gecreëerd. In geval van een positief saldo moet een bankrekening vermogensrechtelijk gezien immers worden gekwalificeerd als een vordering van de rekenhouder op de bank, maar in geval van een negatief saldo als een vordering van de bank op de rekeninghouder. Op grond van artikel 7 lid 1 Brussel I zou in geval van een positief saldo de bankrekening allicht moeten worden gelokaliseerd op de plaats van de rekeninghouder, maar bij een negatief saldo op de plaats van de bank.⁵⁹ Waar een bankrekening zou moeten worden gelokaliseerd is in die benadering min of meer toevallig en wordt bepaald door het handelen van de rekeninghouder. Bovendien is een bankrekening praktisch

50 Zie voor de feiten van deze zaak hierboven, paragraaf 2.

51 Zie, bijv., *Kronhofer/Maier*, punt 19.

52 Ook het Hof lijkt zich dat te hebben gerealiseerd, menen wij te kunnen afleiden uit *Kolassa/Barclays Bank*, punt 56-57.

53 HvJ EU 19 september 1995, C-364/93 (*Marinari*).

54 HvJ EU 19 september 1995, C-364/93 (*Marinari*).

55 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 54.

56 Verordening (EU) 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) 648/2012 (*PbEU* 2013, L 176/1).

57 Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (herschikking) (*PbEU* 2014, L 173/349) (MiFID II).

58 Meer in het bijzonder betroffen de handelingen van *direktanlage.at* waarschijnlijk zowel het uitvoeren van orders als het adviseren over financiële instrumenten. Zie art. 4 lid 1 sub 4 en 5 MiFID II.

59 Voor zover jurisdicties een vordering voortvloeiende uit een geldrekening niet als brengschuld kwalificeren zou dat – in deze redenering – dus ook tot een andere lokaliserings van de bankrekening leiden.

gezien niet meer, maar zeker ook niet minder dan een elektronische boeking in een IT-systeem, welke boeking en welk systeem niet noodzakelijkerwijs plaatsvindt in dezelfde jurisdictie als de vestigingsplaats van de desbetreffende bank (zo hebben enkele banken hun 'backoffice', dat wil zeggen: hun afhandelingsoperaties, uitbesteed en verplaatst naar 'lage lonen-landen' zoals India).

De vermogensrechtelijke kwalificatie van een effectenrekening hangt, zoals hierboven reeds uiteengezet, af van het toepasselijke IPR, maar praktisch gezien is ook een effectenrekening een elektronische boeking in een IT-systeem en in die zin niet anders dan een bankrekening. Wij concluderen daarom dat noch de plaats van een bankrekening, noch de plaats van een effectenrekening – voor zover überhaupt mogelijk – een voorspelbaar aanknopingspunt is, terwijl het uitgangspunt dat de bevoegdheidsregels in hoge mate voorspelbaar dienen te zijn een van de belangrijkste beginselen van de jurisdictieregels van Brussel I is.⁶⁰

Naar ons idee zou daarom in gevallen van zuivere vermogensschade geleden in een bank- of effectenrekening moeten worden aangeknoopt bij de woonplaats van de gelaedeerde. Deze benadering lijkt slecht te passen in het systeem van Brussel I dat het *forum actoris* als algemene regel tracht te voorkomen. Aldus zou echter wel worden aangeknoopt bij 'de plaats waar de belegger [de schade] ondervindt', zoals het Hof zelf het formuleert,⁶¹ nu een belegger vermogensschade naar ons idee toch in de eerste plaats 'ondervindt' waar hij zich bevindt, dat wil zeggen: in zijn woonplaats, dan waar zijn bank of beleggingsonderneming zijn bank- of effectenrekening administreert. Belangrijker nog, de plaats waar een bank- of effectenrekening moet worden gelokaliseerd is (voor de verweerder) onvoorzienbaar en toevallig en leidt derhalve naar ons idee niet tot 'rechtsbescherming van de in de Unie gevestigde personen', zoals het Hof formuleert in *Kolassa*,⁶² terwijl de woonplaats van gelaedeerden/verzoekers in gevallen die schade geleden door (de uitgifte en verspreiding van) effecten betreffen voor de uitgevende instelling/verweerder goed kenbaar is. In die lidstaten waarin die verzoekers zijn gevestigd heeft de uitgevende instelling immers zijn prospectus moeten 'laten notificeren'. Aanknopen bij de woonplaats van de verzoeker wordt naar ons idee derhalve gerechtvaardigd vanwege 'het voorwerp van het geschil' en een 'nauwe band tussen het gerecht en de vordering'.⁶³ Daarmee wordt rechtszekerheid gewaarborgd en wordt voorkomen dat de verweerder wordt opgeroepen voor een gerecht van een lidstaat dat 'door hem niet redelijkerwijs niet voorzienbaar was'.⁶⁴ Bovendien zou aldus worden aangesloten bij het arrest *eDate Advertising GmbH/X*⁶⁵, waarin het Hof zijn eerdere lijn bevestigde dat 'in geval van belediging door middel van een in verschillende verdragsluitende staten verspreid artikel, de gelaedeerde tegen

de uitgever ook een schadevordering kon instellen voor de gerechten van elke staat waar [...] de gelaedeerde stelde in zijn goede naam te zijn aangetast [...]'⁶⁶ en daarmee besliste dat in uitzonderlijke gevallen een *forum actoris* geïntroduceerd kan worden.⁶⁷

5. Nieuwe prejudiciële vragen in *Universal Music International Holding BV/X*

Het laatste woord over het lokaliseren van vermogensschade is in ieder geval nog niet gezegd. Net voordat *Kolassa/Barclays Bank* werd gewezen heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het HvJ EU gesteld in de zaak *Universal Music International Holding BV/X*.⁶⁸ In deze zaak stelt Universal Music een Tsjechisch advocatenkantoor (X) aansprakelijk voor door haar geleden schade. Universal Music had een overeenkomst gesloten met B&M op basis waarvan Universal Music 70% van de aandelen van B&M zou overnemen. Door een fout van een medewerker van het advocatenkantoor werd de verkoopprijs van de aandelen vijf keer zo hoog vastgesteld als Universal Music bereid was om te betalen. Dat leidde tot een geschil met de aandeelhouders van B&M. In een daarop volgende arbitrageprocedure werd een schikkingsbedrag afgesproken dat Universal Music aan de aandeelhouders van B&M moest betalen. Universal Music stelt vermogensschade te hebben geleden die zij wil verhalen op het Tsjechische advocatenkantoor.

Alle elementen van de zaak bevinden zich in Tsjechië, op één na: Universal Music heeft een vestiging in Baarn en heeft de kosten in verband met de arbitrageprocedure en de schikking ten laste van haar Nederlandse vermogen betaald.⁶⁹ Op grond van deze omstandigheid en artikel 7 lid 2 Brussel I stelt Universal Music zich op het standpunt dat de Nederlandse rechter bevoegd is van deze zaak kennis te nemen. Rechtbank en Hof hebben geoordeeld dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft. De Hoge Raad heeft besloten prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen. De Hoge Raad vraagt of artikel 7 lid 2 Brussel I aldus moet worden uitgelegd dat "als "plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan" kan worden aangemerkt de plaats in een lidstaat waar de schade is ingetreden, wanneer die schade uitsluitend bestaat in vermogensschade die het rechtstreeks gevolg is van een onrechtmatige gedraging die zich heeft voorgedaan in een andere lidstaat". Daarnaast vraagt de Hoge Raad op basis van welke maatstaven of gezichtspunten dient te worden beoordeeld of er sprake is van direct of indirecte vermogensschade en op basis van welke maatstaven of gezichtspunten dient te worden beoordeeld waar de vermogensschade – hetzij rechtstreekse hetzij afgeleide vermogensschade – is ingetreden of wordt geacht te zijn ingetreden.

Ten slotte vraagt de Hoge Raad ook of 'de nationale rechter die dient te beoordelen of hem [...] bevoegdheid toekomt,

60 Zie HvJ EU 25 oktober 2012, C-133/11 (*Folien Fischer*) en *Considerans* 6 en 15 Brussel I.

61 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 54.

62 *Kolassa/Barclays Bank*, punt 56.

63 *Considerans* 15 Brussel I.

64 *Considerans* 16 Brussel I.

65 HvJ EU 25 oktober 2011, C-509/09 (*eDate Advertising GmbH/X*).

66 Zo ook Conclusie A-G (*Kolassa/Barclays Bank*), punt 66.

67 Betwijfeld zou echter kunnen worden of deze uitspraak een algemene regel behelst. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 25 oktober 2011, C-509/09, *IER* 2012/19, m.nt. S.J. Schaafsma, onder 11 en 13 (*eDate Advertising GmbH/X*).

68 HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:36, *JIN* 2015/39, m.nt. V.F. Dogan (*Universal Music International Holding BV/X*).

69 *Universal Music International Holding BV/X*, r.o. 4.2.2.

ertoe is gehouden bij zijn beoordeling uit te gaan van de in dit verband relevante stellingen van de eiser respectievelijk de verzoeker, dan wel aldus dat die rechter ertoe is gehouden tevens acht te slaan op hetgeen de verweerder ter betwisting van die stellingen heeft aangevoerd?'.⁷⁰

Een belangrijk verschil met *Kronhofer/Maier* en *Kolassa/Barclays Bank* is dat de gelaedeerde (Universal Music) in dit geval geen investering heeft gedaan in op een rekening gecrediteerde effecten, waarbij de vermogensschade rechtstreeks materialiseerde in deze effecten. Het gaat in *Universal Music International Holding BV/X* immers om een vordering tot schadevergoeding voor schade geleden door een fout van een medewerker van een Tsjechisch advocatenkantoor. De beslissingen van het Hof in *Kolassa/Barclays Bank* ten aanzien van de plaats waar de schade zich heeft voorgedaan laten zich naar ons idee daarom hier slecht toepassen. De procedurele vraag van de Hoge Raad is echter met *Kolassa/Barclays Bank* bevestigend beantwoord: de rechter is ertoe gehouden tevens acht te slaan op hetgeen de verweerder ter betwisting van die stellingen heeft aangevoerd.

6. Conclusie

Als een auto-ongeluk heeft plaatsgevonden in Parijs is het goed voorstelbaar dat een vordering tot schadevergoeding een bijzonder nauw verband heeft met een gerecht in Parijs. Bij zuivere vermogensschade is zo'n bijzonder nauw verband lastiger vast te stellen. Het vaststellen van de plaats waar vermogensschade zich heeft voorgedaan is immers geen gemakkelijke zaak. Naar onze overtuiging heeft het HvJ EU met *Kolassa/Barclays Bank* echter niet meer duidelijkheid gebracht. Hoewel wij ons kunnen vinden in de uitkomst van de zaak (te weten: in een prospectusaansprakelijkheidzaak als deze is de rechter van de woonplaats van de verzoeker bevoegd kennis te nemen van het geschil), beoordelen wij de uitspraak als multi-interpretabel op zijn best en als gespeend van inzicht in het recht en de praktijk van de uitgifte en bewaring van effecten op zijn slechtst.

De door het Hof gekozen benadering, waarin (waarschijnlijk) wordt getracht de schade te lokaliseren op de plaats waar de effecten in kwestie worden geadministreerd lijkt te sporen met *Kronhofer/Maier*, maar staat op gespannen voet met de oorspronkelijke rechtvaardiging voor de alternatieve bevoegdheidsgrond als gecodificeerd in artikel 7 lid 2 Brussel I. De door het Hof gekozen benadering leidt immers niet noodzakelijkerwijs ertoe dat een gerecht met een bijzonder nauw verband met de vordering bevoegd is, noch dat het voor de verweerder in enige mate voorspelbaar is voor welke rechter hij wordt gedaagd.

Ten eerste denken wij dat het Hof heeft miskend dat de relatie tussen effectenrekeninghouder en zijn bank moet worden onderscheiden van de relatie tussen effectenrekeninghouder/belegger en de uitgevende instelling. Dat brengt mee dat wij ons niet kunnen vinden in het oordeel dat geen sprake is van een overeenkomst of 'vrijwillig aangegane verplichting' tussen (uiteindelijke) belegger en uitgevende instelling.

Ten tweede denken wij dat voor de lokalisering van het *Handlungsort*, dat wil zeggen: de plaats waar de beweerde niet-nakoming door de uitgevende instelling van haar wettelijke verplichtingen op het gebied van het prospectus en informatie van de beleggers, niet zozeer moet worden aangeknoopt bij de plaats van de besluitvorming voor de door de bank voorgestelde investeringsmodaliteiten, van besluitvorming voor de inhoud van het desbetreffende prospectus of bij de plaats waar het prospectus oorspronkelijk is opgesteld en uitgegeven. Naar ons idee zou een werkbaarder, en voor de uitgevende instelling voorzienbaarder criterium de plaats zijn van de toezichthouder waar het prospectus is goedgekeurd.

Ten derde heeft het Hof naar ons idee ten onrechte een *forum actoris* aangenomen op de grond dat de 'schade zich rechtstreeks voordoet op een bankrekening van de verzoeker als die bankrekening kan worden gelokaliseerd in het rechtsgebied van het forum waar de desbetreffende bank is gevestigd'.⁷¹ Volgens ons zou voor het *Erfolgsort* namelijk niet moeten aangeknoopt bij een 'bankrekening', maar bij de desbetreffende effectenrekening. Bovendien lijkt ons de verwijzing naar de vestigingsplaats van de bank onjuist, en zou het Hof nauwkeuriger hebben moeten verwijzen naar het rechtsgebied waar de desbetreffende bank de effectenrekening in kwestie administreert. Radicaler nog, naar ons idee zou in gevallen van zuivere vermogensschade geleden in een bank- of effectenrekening moeten worden aangeknoopt bij de woonplaats van de gelaedeerde. Deze benadering lijkt misschien slecht te passen in het systeem van Brussel I dat het *forum actoris* als algemene regel tracht te voorkomen, maar aldus zou wel worden aangeknoopt bij 'de plaats waar de belegger [de schade] ondervindt', terwijl bovendien een voor de uitgevende instelling voorzienbaar criterium zou worden gehanteerd.⁷²

Het bovenstaande is niet alleen van belang voor het vaststellen van de bevoegdheid van de aangezochte rechter. Ook het toepasselijk recht wordt bepaald door vaststelling van het *Erfolgsort*. Op grond van artikel 4 lid 1 Rome II moet een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad immers worden beoordeeld naar het recht van het land 'waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen' (in het IPR bekend als de *lex loci damni*).⁷³ Gezien deze stand van zaken valt te hopen dat het HvJ EU in de prejudiciële vragen inzake *Universal Music International Holding BV/X* aanleiding ziet terug te komen op, althans meer duidelijkheid te verschaffen ten aanzien van het in *Kolassa* gegeven antwoord op de vraag 'waar zijn de effecten?'.⁷⁴

⁷⁰ *Universal Music International Holding BV/X*, r.o. 7.3.

⁷¹ *Kolassa/Barclays Bank*, punt 55

⁷² Allicht zou kunnen worden betoogd dat zuivere vermogensschade zich in het geheel niet leent voor het lokaliseren van een *Erfolgsort*. De huidige lijn van het HvJ EU lijkt echter te zijn dat toepassing van artikel 7 lid 2 Brussel I (ook) dwingt tot het lokaliseren van zuivere vermogensschade.

⁷³ In het algemeen wordt aangenomen dat de jurisprudentie met betrekking tot art. 7 lid 2 Brussel I ook ter interpretatie van art. 4 lid 1 Rome II kan worden gebruikt. Enige voorzichtigheid lijkt echter te moeten worden geboden, zie HvJ EU 16 januari 2014, C-45/13 (*Kainz/Pantherwerke AG*), punt 20.