

259. Nederland claimland? Over de bevoegdheid van de Nederlandse rechter bij internationale beleggingsschade

MR. H.J. TER MEULEN EN MR. R.J. LAMÉRIS

Hoe ver reikt de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in gevallen van grensoverschrijdende beleggingsschade? Die vraag speelde recentelijk in diverse procedures over beweerdelijk onrechtmatig handelen door een beursonderneming wegens publicatie van onjuiste en/of misleidende informatie. Het antwoord hierop is onduidelijk. Met name de lokalisatie van het *Erfolgsort* – de plaats waar de schade van de belegger zich heeft voorgedaan – heeft de afgelopen jaren tot de nodige discussie en (daardoor) jurisprudentie geleid. De rechter van de plaats waar het *Erfolgsort* is gelegen, heeft op grond van de Verordening Brussel I-bis rechtsmacht. Maar het blijkt geen eenvoudige opgave om vast te stellen waar zuiver financiële schade van beleggers intreedt. Reden waarom de Hoge Raad onlangs prejudiciële vragen hierover heeft gesteld aan het HvJ EU. Daarbij komt ook uitdrukkelijk de positie van de 3:305a-organisatie aan bod.

1. Inleiding

De Nederlandse rechter lijkt in toenemende mate een aantrekkelijk forum voor het verhalen van internationale beleggingsschade, getuige de diverse procedures die de afgelopen jaren aanhangig zijn gemaakt in Nederland. Recente voorbeelden zijn *Deepwater Horizon*,¹ *Petrobras*² en *Steinhoff*.³ In deze procedures gaat het om een internationaal opererende beursvennootschap, die door een ‘305a-organisatie’ – een stichting of vereniging in de zin van art. 3:305a BW die stelt op te komen voor de collectieve belangen van de benadeelde beleggers – wordt aangesproken tot vergoeding van schade geleden in verband met (o.a.) de publicatie van onjuiste, onvolledige en/of misleidende financiële informatie. Als gevolg hiervan hebben beleggers aandelen in het kapitaal van de desbetreffende beursvennootschap gekocht tegen een (naar achteraf blijkt) te hoge koers, althans hadden zij beweerdelijk andere beslissingen genomen over het verwerven en behouden van de desbetreffende aandelen dan wanneer de informatie niet onjuist, onvolledig en/of misleidend zou zijn geweest.

Bij de keuze voor de Nederlandse rechter als forum speelt mee dat buitenlandse partijen via verschillende wegen met succes voor de Nederlandse rechter kunnen worden

gedaagd. Een mogelijke route is die van de ‘ankergedaagde’, waarbij naast een Nederlandse verweerder⁴ op grond van art. 8 sub 1 van de Verordening Brussel I-bis⁵ (dan wel art. 7 lid 1 Rv) tevens één of meer buitenlandse verweerders worden gedagvaard.⁶ Is die route niet begaanbaar, bijvoorbeeld omdat een Nederlandse verweerder ontbreekt, dan biedt art. 7 lid 2 Verordening Brussel I-bis (dan wel art. 6 sub e Rv) mogelijk uitkomst. Op grond van deze bepaling is bij verbintenissen uit onrechtmatige daad (tevens) de rechter bevoegd van de plaats waar de schade is ingetreden, ook wel het ‘*Erfolgsort*’ genoemd. In deze bijdrage zullen wij nader ingaan op deze mogelijke bevoegdheidsgrond in de context van internationale beleggingsschade. Aanleiding hiervoor is de aanhoudende onduidelijkheid over de lokalisatie van het *Erfolgsort* bij zuiver financiële schade. Die onduidelijkheid was onlangs reden voor de Hoge Raad om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (‘HvJ EU’) in de *Deepwater Horizon* zaak. Een extra complicerende factor daarbij betreft de rol en positie van de 305a-organisatie: hoe past die in het relevante IPR-kader? Ook daar zullen wij hierna bij stilstaan.

1 (Onder meer) Hof Amsterdam 7 november 2017, «JOR» 2018/14, m.nt. K. Rutten, «JBPr» 2018/43, m.nt. A. Knigge & P. Sluijter (*Deepwater Horizon*).

2 Rb. Rotterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7852 (*Petrobras*).

3 Rb. Amsterdam 26 september 2018, «JOR» 2019/121, m.nt. Ch.F. Kroes (VEB/Steinhoff).

4 De Verordening Brussel I-bis hanteert stevast de term ‘verweerder’. Wij zullen dat omwille van de consistentie ook doen.

5 Verordening (EU) nr. 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 (herschikking), PbEU 2012, L 351/1 (Brussel I-bis).

6 Zie recentelijk Rb. Rotterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7852 (*Petrobras*), waarin de rechtbank op deze grond bevoegdheid aannam ten aanzien van de Braziliaanse moeder-vennootschap van een Nederlandse dochter en twee (ex-)functionarissen van de moeder-vennootschap.

2. Rechtsmacht en zuiver financiële schade: zoeken naar het *Erfolgsort*

Wanneer een procedure een internationaal karakter heeft zal eerst moeten worden vastgesteld welke rechter internationaal bevoegd is. De voor de praktijk belangrijkste regeling in dit verband is de Verordening Brussel I-bis, waarin de bevoegdheid van de rechter is geregeld in burgerlijke en handelszaken. Op enkele uitzonderingen na, is de materiele reikwijdte van deze verordening beperkt tot verweerders die hun woonplaats hebben op het grondgebied van een EU-lidstaat.⁷ Is dit niet het geval, dan zal de internationale bevoegdheid van de rechtbank beoordeeld moeten worden aan de hand van Nederlands commun internationaal bevoegdheidsrecht, zoals onder meer neergelegd in de art. 1-14 Rv.⁸ Onlangs heeft de Hoge Raad bevestigd dat ook bij de uitleg van deze commune regels voor internationale rechtsmacht in beginsel aansluiting moet worden gezocht bij de rechtspraak van het HvJ EU over (de voorlopers van) de huidige Verordening Brussel I-bis, aangezien de Nederlandse wetgever bij invoering van deze bepalingen aansluiting heeft gezocht bij de Europese regelgeving.⁹ Ook bij toepassing van de commune bevoegdheidsregels speelt de (hierna te noemen) jurisprudentie van het HvJ EU kortom een grote rol.

Gelezen in samenhang met *Kronhofer*, werd op basis van *Kolassa* aangenomen dat de plaats van de beleggingsrekening had te gelden als het relevante aanknopingspunt bij het lokaliseren van het *Erfolgsort* in geval van beleggingsschade

De hoofdregel van de Verordening Brussel I-bis (zie art. 4 lid 1) is dat verweerders die hun woonplaats in een lidstaat hebben, voor de gerechten van die lidstaat opgeroepen worden. De woonplaats van de verweerder is dus leidend. Achterliggende gedachte van de Europese wetgever hierbij is dat de toepasselijke bevoegdheidsregels in hoge mate voorspelbaar dienen te zijn.¹⁰ Een verweerder moet redelijkerwijs kunnen voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen. Dit voorzienbaarheidsvereiste brengt mee dat

afwijkingen van de hoofdregel autonoom en restrictief moeten worden uitgelegd, aldus het HvJ EU.¹¹ Die restrictieve benadering geldt ook voor de alternatieve bevoegdheidsregel opgenomen in art. 7 lid 2 Verordening Brussel I-bis, op grond waarvan een verweerder ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad ook kan worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats '*waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen*'. Deze alternatieve bevoegdheidsgrond berust op het bestaan van een nauwe band tussen het geschil en het gerecht van de plaats van het '*schadebrengende feit*', zodat het omwille van een goede rechtsbedeling en een nuttige procesinrichting gerechtvaardigd is dat deze gerechten bevoegd zijn.¹² Sinds het *Kalimijnen*-arrest is duidelijk dat onder het '*schadebrengende feit*' moet worden begrepen zowel de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis (het *Handlungsort*) als de plaats waar de schade is ingetreden (het *Erfolgsort*).¹³ Indien het *Handlungsort* en het *Erfolgsort* uit elkaar lopen, kan een eiser dus kiezen: hij kan de verweerder oproepen voor het gerecht van de lidstaat waar de schadeveroorzakende handeling heeft plaatsgevonden dan wel voor het gerecht van de lidstaat waar de schade zich concreet heeft voorgedaan. Bij internationale beleggingschade wegens *corporate misinformation* is het *Handlungsort* veelal lastig aan te tonen voor de eiser, en voor zover dit al mogelijk blijkt zal dit doorgaans tot de conclusie leiden dat de besluitvorming omtrent de informatieverstrekking heeft plaatsgevonden in het land waar de verweerder tevens zijn woonplaats heeft. In de praktijk spitst de discussie zich in dergelijke gevallen dan ook veelal toe op de vraag waar het *Erfolgsort* is gelegen. Het lokaliseren van het *Erfolgsort* bij zuiver financiële schade is evenwel geen eenvoudige opgave. Dat is mede het gevolg van het sterk casuïstische karakter van de jurisprudentie van het HvJ EU, waardoor een algemeen toetsingskader (vooralsnog) ontbreekt. In lijn met de hiervoor genoemde restrictieve benadering, heeft het HvJ EU in het standaardarrest *Marinari* geoordeeld dat het *Erfolgsort* beperkt is tot de plaats waar de directe gevolgen van de schade zich voordoen. De plaats waar indirecte (gevolg)schade optreedt, is irrelevant. In latere jurisprudentie heeft het HvJ EU dit zo geformuleerd dat de plaats van het intreden van de schade de plaats is '*waar de beweerde schade zich concreet voordoet*'.¹⁴ In het specifieke geval van internationale beleggingsschade is dat de plaats waar '*de belegger ze [de schade; toev. HJtM/RJL] ondervindt*'.¹⁵

7 Zie art. 6 lid 1 Verordening Brussel I-bis.

8 Ervan uitgaande dat niet een andere internationale regeling van toepassing is, zoals bijvoorbeeld het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano 30 oktober 2007, *PbEU* 2007, L 339/3 (Verdrag van Lugano).

9 HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:443, r.o. 4.1.3.

10 Zoals blijkt uit overweging 15 van de Verordening Brussel I-bis.

11 Zie recentelijk HvJ EU 12 september 2018, *NJ* 2018/419, «JOR» 2018/307, m.nt. K. Rutten, *Ondernemingsrecht* 2019/66, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens (Löber), r.o. 17 en 18.

12 Zie overweging 16 van de Verordening Brussel I-bis en (specifiek ten aanzien van art. 7 lid 2) HvJ EU 28 januari 2015, *NJ* 2015/332, m.nt. L. Strikwerda, «JOR» 2015/109, m.nt. T.M.C. Arons (*Kolassa*), r.o. 46.

13 HvJ EG 30 november 1976, *NJ* 1977/494, m.nt. J.C. Schultsz (*Kalimijnen*), r.o. 24-25.

14 HvJ EU 12 september 2018, *NJ* 2018/419, «JOR» 2018/307, m.nt. K. Rutten, *Ondernemingsrecht* 2019/66, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens (Löber), r.o. 27.

15 HvJ EU 28 januari 2015, *NJ* 2015/332, m.nt. L. Strikwerda, «JOR» 2015/109, m.nt. T.M.C. Arons (*Kolassa*), r.o. 54.

Uit de arresten *Kronhofer*¹⁶ en *Kolassa*¹⁷ werd afgeleid dat die plaats zich bevond daar waar de belegger een bankrekening of beleggingsrekening¹⁸ aanhield waarop de financiële schade zich manifesteerde. In *Kronhofer* ging het kort gezegd om een in Oostenrijk woonachtige verzoeker die in Duitsland woonachtige verweerders aansprak wegens geleden schade als gevolg van een zeer speculatieve call-optietransactie voor aandelen. De Duitse verweerders – die de transactie waren aangegaan en bij wie verzoeker een beleggingsrekening aanhield met het tegoed waarvan de transactie werd gefinancierd – zouden verzoeker onvoldoende hebben gewaarschuwd voor de risico's verbonden aan dergelijke transacties. De Oostenrijkse verzoeker had verweerders opgeroepen voor de Oostenrijkse rechter. Volgens het HvJ EU waren de Oostenrijkse gerechten evenwel onbevoegd, omdat het *Erfolgsort* niet 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.'¹⁹ De implicatie van dit oordeel leek kortom te zijn dat de schade direct was ingetreden op de in Duitsland aangehouden beleggingsrekening, en het *Erfolgsort* aldaar moest worden gelokaliseerd.²⁰

Die implicatie leek ruim tien jaar later te worden bevestigd in *Kolassa*. In dit arrest kende het HvJ EU bevoegdheid toe aan de gerechten van de plaats waar zich een bankrekening bevond waarop de belegger financiële schade had geleden. In *Kolassa* ging het om een geval van prospectusaansprakelijkheid. Kort samengevat had Kolassa, een in Oostenrijk woonachtige belegger, op basis van een in Oostenrijk verspreid en aan de Oostenrijkse toezichthouder genotificeerd prospectus, gelden belegd in door Barclays Bank (gevestigd in het Verenigd Koninkrijk) uitgegeven certificaten (obligaties aan toonder). Die certificaten waren aangekocht door tussenkomst van een Oostenrijkse bank, waar Kolassa een beleggingsrekening aanhield. Nadien bleken de certificaten nagenoeg waardeloos en werd Barclays Bank door Kolassa uit hoofde van onrechtmatige daad aangesproken voor vergoeding van de door Kolassa geleden schade. Kolassa stelde dat hij bij een juiste voorstelling van zaken in het prospectus niet zou hebben belegd in de desbetreffende obligaties. De Weense rechtbank wenste van het HvJ EU te vernemen of de woonplaats van de gelaedeerde (in casu Kolassa) kon worden aangemerkt als het *Erfolgsort*. Het HvJ EU kwam tot de conclusie dat dit het geval is,

'onder meer wanneer de beweerde schade zich rechtstreeks voordoet op een bankrekening van de verzoeker bij een in het rechtsgebied van die gerechten gevestigde bank'.²¹ Daarbij achtte het HvJ EU van belang dat Barclays Bank het prospectus had laten notificeren in Oostenrijk, en zij er (mede) om die reden op moest rekenen dat in Oostenrijk wonende, onvoldoende geïnformeerde marktdeelnemers in de certificaten zouden investeren en schade zouden lijden.²² Het hiervoor genoemde voorzienbaarheidsvereiste kwam daarmee niet in het geding. Gelezen in samenhang met *Kronhofer*, werd op basis van *Kolassa* aangenomen dat de plaats van de beleggingsrekening had te gelden als het relevante aanknopingspunt bij het lokaliseren van het *Erfolgsort* in geval van beleggingsschade.²³ Of daarbij een samenval was vereist met de woonplaats van verzoeker blijkt niet expliciet uit het oordeel van het HvJ EU, maar werd in de literatuur wel aangenomen.²⁴

Toegepast op Deepwater Horizon zou dat kortom betekenen dat beleggers bij de Nederlandse rechter terecht zouden kunnen, voor zover de schade is intreden op in Nederland aangehouden beleggingsrekeningen

In *Universal Music*²⁵ heeft het HvJ EU zijn uitspraak in *Kolassa* gerelativeerd en nader geduid. Hoewel het feitencomplex in *Universal Music* geen raakvlakken had met beleggingsschade,²⁶ kwam wel de vraag aan de orde of de plaats waar de gelaedeerde zijn bankrekening aanhoudt voldoende is voor het lokaliseren van het *Erfolgsort* in gevallen van zuiver financiële schade. Het HvJ EU greep deze mogelijkheid aan om te benadrukken dat de overwegingen in *Kolassa* onlosmakelijk verbonden waren met de bijzondere omstandigheden zoals die zich in dat geval voordeden.²⁷ Vervolgens overwoog het HvJ EU in algemene zin dat zuiver financiële schade die rechtstreeks intreedt op de bankrekening van de verzoeker zonder bijkomende omstandigheden niet kan worden aangemerkt als een relevant aanknopingspunt in het kader van (de voorloper van)

16 HvJ EG 10 juni 2004, NJ 2006/335, m.nt. P. Vlas (*Kronhofer*).

17 HvJ EU 28 januari 2015, NJ 2015/332, m.nt. L. Strikwerda, «JOR» 2015/109, m.nt. T.M.C. Arons (*Kolassa*).

18 Dit onderscheid wordt door het HvJ EU niet (altijd) consistent gemaakt. Zie uitgebreid hierover M. Haentjens & D.J. Verheij, 'Waar zijn de effecten? Localiseren van vermogensschade na Kolassa', AV&S 2015/26. Wij zullen hierna enkel spreken over de beleggingsrekening.

19 HvJ EG 10 juni 2004, NJ 2006/335, m.nt. P. Vlas (*Kronhofer*), r.o. 21.

20 Zie P. Vlas in zijn annotatie bij HvJ EG 10 juni 2004, NJ 2006/335 (*Kronhofer*), randnummer 4.

21 HvJ EU 28 januari 2015, NJ 2015/332, m.nt. L. Strikwerda, «JOR» 2015/109, m.nt. T.M.C. Arons (*Kolassa*), r.o. 57.

22 HvJ EU 28 januari 2015, NJ 2015/332, m.nt. L. Strikwerda, «JOR» 2015/109, m.nt. T.M.C. Arons (*Kolassa*), r.o. 56.

23 Zie bijv. T.M.C. Arons in zijn annotatie bij HvJ EU 28 januari 2015, «JOR» 2015/109 (*Kolassa*), randnummer 10.

24 Zie L. Strikwerda in zijn annotatie bij HvJ EU 16 juni 2016, NJ 2018/38, onder NJ 2018/39 (*Universal Music*), randnummer 3.

25 HvJ EU 16 juni 2016, NJ 2018/38, m.nt. L. Strikwerda onder NJ 2018/39, «JOR» 2016/276, m.nt. T.M.C. Arons (*Universal Music*).

26 Het ging in *Universal Music* kort gezegd om schade als gevolg van een fout gemaakt door een Tsjechisch advocatenkantoor bij het opstellen van transactiedocumentatie ter zake de verwerving van aandelen in een Tsjechische platenmaatschappij.

27 HvJ EU 16 juni 2016, NJ 2018/38, m.nt. L. Strikwerda onder NJ 2018/39, «JOR» 2016/276, m.nt. T.M.C. Arons (*Universal Music*), r.o. 37.

art. 7 lid 2 Verordening Brussel I-bis.²⁸ Om welke ‘bijkomende omstandigheden’ het gaat, werd door het HvJ EU in het midden gelaten. Eén van die bijkomende omstandigheden lijkt in ieder geval de woonplaats van verzoeker te zijn, gelet op het oordeel in *Kolassa*.²⁹

Afgelopen najaar heeft het HvJ EU hierover meer duidelijkheid geschapen in de *Löber*-zaak.³⁰ De feiten in deze zaak waren nagenoeg gelijk aan die van *Kolassa*. Ook deze zaak betrof een vordering tot schadevergoeding van een Oostenrijkse belegger jegens Barclays Bank wegens een gebrekkig prospectus. Kennelijk met het oog op de *Universal Music*-uitspraak wenste de Oostenrijkse rechter duidelijkheid omtrent zijn rechtsmacht ter zake. Het HvJ EU achtte ook nu de Oostenrijkse rechter bevoegd, zijnde de rechter van de plaats van vestiging van de bank waar (in casu) Löber een bankrekening aanhield waarop de schade zich rechtstreeks had voorgedaan. Nieuw is dat het HvJ EU in deze uitspraak expliciteert welke bijkomende omstandigheden het daarbij van belang acht. Naast de omstandigheid dat de certificaten waren aangekocht via een Oostenrijkse bank- en effectenrekening, noemt het HvJ EU de volgende omstandigheden:³¹

1. Löber heeft haar woonplaats in Oostenrijk.
2. De certificaten zijn verkregen op de Oostenrijkse secundaire markt.
3. Het prospectus waarop Löber zich bij haar aankoopbeslissing heeft gebaseerd, was genotificeerd in Oostenrijk.
4. Löber heeft zich in Oostenrijk ertoe verbonden om te beleggen in de certificaten, welke verbintenis definitief op haar vermogen drukte.

Het HvJ EU bevestigt kortom dat het *Erfolgsort* bij zuiver financiële schade kan worden gelokaliseerd op de plaats waar de belegger zijn beleggingsrekening aanhoudt die is gebruikt bij het aangaan van de gewraakte transactie en waarop de waardedaling van de effecten zich mitsdien doet voelen, mits voldoende bijkomende omstandigheden aanwezig zijn die rechtvaardigen dat de rechter van dit *Erfolgsort* bevoegdheid toekomt. Onduidelijk blijft echter of voornoemde bijkomende omstandigheden cumulatief zijn, of dat rechtsmacht ook kan worden aangenomen wanneer zich twee of drie van de vier bovengenoemde omstandigheden voordoen. Evenmin is duidelijk wat heeft te gelden in andere gevallen van beleggingsschade, nu het HvJ EU zich in het dispositief van de *Löber*-uitspraak uitdrukkelijk heeft beperkt tot ‘een situatie als in het hoofdgeding, waarin een belegger tegen een bank (...) een vordering instelt wegens aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ten gevolge van de prospectus betreffende dit certificaat.’

3. Naar een gedifferentieerde benadering van het Erfolgsort bij internationale beleggingsschade

Gelet op dit laatste, is het de vraag of het door het HvJ EU ontwikkelde kader ook een-op-een heeft te gelden voor andere vormen van beleggingsschade, zoals koersschade wegens misleidende, althans onjuiste berichtgeving anders dan via een prospectus (denk aan jaarverslagen, tussentijdse cijfers en persberichten). De Nederlandse rechter lijkt daar wel van uit te gaan, gelet op de uitspraken in *Petrobras*, *Steinhoff*, en *Deepwater Horizon*. In al deze gevallen gaat het om een internationale beursgenoteerde onderneming, die zich richt op een wereldwijd beleggend publiek. Achteraf blijkt dat deze onderneming misleidende, onjuiste, en/of onvolledige informatie heeft verspreid, zo wordt althans gesteld, waardoor de koers van de aandelen kunstmatig hoog zou zijn geweest. Beleggers zouden daardoor zijn benadeeld, hoofdzakelijk doordat zij aandelen hebben verworven tegen een te hoge prijs, en maken aanspraak op vergoeding van de aldus door hen geleden schade. Een prospectus is in die gevallen niet aan de orde. Namens de beweerdelijk benadeelde beleggers is vervolgens door een 3:305a-organisatie een procedure aanhangig gemaakt bij de Nederlandse rechter, waarin (onder meer) een verklaring voor recht is gevorderd dat de betreffende beursvennootschap onrechtmatig heeft gehandeld jegens de (beweerdelijk) benadeelde beleggers.

In de drie hiervoor genoemde uitspraken – gewezen ná *Universal Music* maar vóór dan wel (ongeveer) gelijktijdig met *Löber* – past de Nederlandse rechter de regel uit *Universal Music* strikt toe.³² Onvoldoende is volgens de Nederlandse rechter dat de belegger enkel zijn beleggingsrekening aanhoudt in Nederland. De vereiste bijkomende omstandigheden worden ook door de Nederlandse rechter echter niet nader gedefinieerd. Wel heeft het Hof Amsterdam in *Deepwater Horizon* overwogen dat het samenvallen van de woonplaats van de belegger met de plaats waar de beleggingsrekening wordt aangehouden, onvoldoende is. De overige omstandigheden – waaronder dat de verweerder (olie- en gasbedrijf BP) zich richt op een wereldwijd beleggingspubliek – zouden evenmin voldoende gewicht in de schaal leggen.

De VEB – de 305a-organisatie die de vordering tegen BP heeft ingesteld – kon zich niet verenigen met dit oordeel en is in cassatie gegaan. Recentelijk heeft de Hoge Raad

28 *Idem*, r.o. 38.

29 Zie ook L. Strikwerda in zijn annotatie bij HvJ EU 16 juni 2016, *NJ* 2018/38, onder *NJ* 2018/39 (*Universal Music*), randnummer 9.

30 HvJ EU 12 september 2018, *NJ* 2018/419, «JOR» 2018/307, m.nt. K. Rutten, *Ondernemingsrecht* 2019/66, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens (*Löber*).

31 HvJ EU 12 september 2018, *NJ* 2018/419, «JOR» 2018/307, m.nt. K. Rutten, *Ondernemingsrecht* 2019/66, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens (*Löber*), r.o. 32 en 33.

32 Zie achtereenvolgens Rb. Rotterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7852 (*Petrobras*), r.o. 5.24, Rb. Amsterdam 26 september 2018, «JOR» 2019/121, m.nt. Ch.F. Kroes (*VEB/Steinhoff*), r.o. 4.12, en Hof Amsterdam 7 november 2017, «JOR» 2018/14, m.nt. K. Rutten, «JBPr» 2018/43, m.nt. A. Knigge & P. Sluijter (*Deepwater Horizon*), r.o. 3.18. Opgemerkt zij dat Steinhoff een enigszins atypisch geval betreft, omdat de Nederlandse rechter hier oordeelde over de bevoegdheid van de Duitse rechter op grond van art. 7 lid 2 Verordening Brussel I-bis (Steinhoff is in Nederland gevestigd, zodat de Nederlandse rechter zonder meer bevoegd is).

zich over de zaak gebogen.³³ In navolging van A-G Vlas, komt de Hoge Raad tot de conclusie dat redelijke twijfel mogelijk is over het antwoord op de vraag of Nederland in het voorliggende geval kan worden aangemerkt als het *Erfolgsort*. Reden waarom de Hoge Raad de zaak aan het HvJ EU heeft voorgelegd, met de prejudiciële vraag of het enkel aanhouden van een beleggingsrekening bij een in Nederland gevestigde bank onder de gegeven omstandigheden voldoende grond oplevert voor het aannemen van het *Erfolgsort* en dus bevoegdheid van de Nederlandse rechter creëert (en zo nee, welke concrete bijkomende omstandigheden dan zijn vereist). Daarbij wijst de Hoge Raad uitdrukkelijk op het onderscheid tussen het onderhavige geval en de prospectusaansprakelijkheid die tot dusver steeds aan de orde was in de hiervoor besproken jurisprudentie van het HvJ EU. De Hoge Raad lijkt (net als A-G Vlas) voor mogelijk te houden dat in gevallen als aan de orde in *Deepwater Horizon* ook ruimte bestaat voor het aannemen van een bevoegdheidsregel zoals die door het HvJ EU is omarmd in zaken betreffende beweerde schendingen van persoonlijkheidsrechten door op internet geplaatste content.³⁴ Die bevoegdheidsregel houdt in dat een gelaedeerde zijn vordering tot schadevergoeding kan aanbrengen bij de rechter van elke lidstaat op het grondgebied waarvan een op internet geplaatste content toegankelijk is of is geweest, voor zover het gaat om schade die is veroorzaakt op het grondgebied van die lidstaat.³⁵ Toegepast op *Deepwater Horizon* zou dat kortom betekenen dat beleggers bij de Nederlandse rechter terecht zouden kunnen, voor zover de schade is ingetreden op in Nederland aangehouden beleggingsrekeningen.

Onzes inziens valt voor een dergelijke gedifferentieerde benadering van het *Erfolgsort* bij internationale beleggingschade veel te zeggen. De situatie zoals die zich voordoet in *Deepwater Horizon* is wezenlijk verschillend van die in *Kolassa* en *Löber*. Wanneer een internationale beursonderneming aandelen uitgeeft aan een wereldwijd publiek, en vervolgens allerhande relevante informatie algemeen verspreidt o.a. middels publicatie op haar website, kan die onderneming zich niet verschuilen achter het forum van haar vestigingsplaats. Voor een dergelijke onderneming moet het in beginsel voorzienbaar zijn dat zij in diverse landen zal worden opgeroepen, aangezien zij de mogelijkheid biedt aan beleggers uit die landen om aandelen in haar kapitaal te verwerven.³⁶ Deze uitkomst zou ook passen in het huidige tijdsgewricht, dat gekenmerkt wordt door steeds verdergaande globalisering en digitalisering. Een andere opvatting zou bovendien betekenen dat een beursonderneming in feite kan gaan *forum shoppen* door zich op een strategische plaats te vestigen.

Mocht het HvJ EU aanknoping bij (enkel) de plaats van de beleggingsrekening toch een stap te ver vinden, dan zal het de (aanvullende) vraag van de Hoge Raad moeten beantwoorden welke specifieke bijkomende omstandigheden in voorkomend geval zijn vereist. Anders dan het Hof Amsterdam ter zake heeft geoordeeld, menen wij dat indien woonplaats, beleggingsrekening, en de beslissing om te investeren alle kunnen worden gelokaliseerd in één lidstaat – zoals in *Deepwater Horizon* het geval lijkt te zijn geweest ten aanzien van het merendeel van de beleggers – in ieder geval sprake zou moeten zijn van voldoende bijkomende omstandigheden om tot bevoegdheid op grond van het *Erfolgsort* te komen. Het zal dan in de regel toch op die plaats zijn dat de belegger de schade ‘ondervindt’. Tevens duiden die gezamenlijke omstandigheden op een voldoende nauwe band tussen het geschil en het gerecht van de desbetreffende lidstaat.

Wanneer een internationale beursonderneming aandelen uitgeeft aan een wereldwijd publiek, en vervolgens allerhande relevante informatie algemeen verspreidt o.a. middels publicatie op haar website, kan die onderneming zich niet verschuilen achter het forum van haar vestigingsplaats

Overigens achten wij ook een ander aanknopingspunt mogelijk dan de plaats van de beleggingsrekening. In de *CDC Hydrogen Peroxide* zaak oordeelde het HvJ EU in de context van het mededingingsrecht dat in gevallen waar het gaat om ‘schade bestaande in meerkosten die zijn betaald wegens een kunstmatige hoge prijs’, het *Erfolgsort* in beginsel gelegen is in de lidstaat waar de gelaedeerde gevestigd is.³⁷ Wij zien niet in waarom dit anders zou moeten zijn wanneer het gaat om een kunstmatig hoge aandelenkoers wegens *corporate misinformation* in plaats van een kunstmatig hoge marktprijs wegens kartelvorming. Een dergelijk aanknopingspunt sluit ook aan bij voornoemde jurisprudentie van het HvJ EU over de schending van persoonlijkheidsrechten. Naast en in aanvulling op de eerder in de *Shevill*-uitspraak geformuleerde en hiervoor aan bod gekomen regel dat een rechter bevoegd is tot kennisname van een vordering die strekt tot vergoeding van ‘lokale schade’, oordeelde het HvJ EU in *eDate Advertising & Olivier Martinez* dat een gelaedeerde ook ervoor kan kiezen om een vordering tot vergoeding van zijn volledige schade aanhangig te maken bij het gerecht van de plaats waar de gelaedeerde het centrum van zijn belangen heeft (doorgaans zijn woonplaats). Dit gelet op de wereldwijde toegankelijkheid van de content via het internet. Volgens het HvJ EU zou dit gerecht het beste in

33 HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:925 (*Deepwater Horizon*).

34 HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:925 (*Deepwater Horizon*), r.o. 4.9.3.

35 HvJ EU 7 maart 1995, NJ 1996/269 m.nt. Th.M. de Boer (*Shevill/Presse Alliance*), r.o. 30; HvJ EU 25 oktober 2011, NJ 2012/224 m.nt. M.V. Polak (*eDate Advertising & Olivier Martinez*), r.o. 51.

36 Zie aldus ook K. Rutten in zijn annotatie bij HvJ EU 12 september 2018, «JOR» 2018/307 (*Löber*), randnummer 9.

37 HvJ EU 21 mei 2015, NJ 2016/106, m.nt. L. Strikwerda (*CDC Hydrogen Peroxide*), r.o. 52.

staat zijn om de gevolgen te beoordelen die de beweerde rechtsinbreuk voor de gelaedeerde heeft, hetgeen in lijn is met het doel van een goede rechtsbedeling. Eenzelfde redenering is goed verdedigbaar in gevallen van internationale beleggingsschade als aan de orde in *Deepwater Horizon*, waar het gaat om een beweerde schending van zorgvuldigheidsplichten met betrekking tot algemeen en veelal via het internet verspreide informatie bedoeld voor een wereldwijd publiek. In ieder geval biedt dit een duidelijker en minder arbitrair houvast dan de plaats waar (enkel) de beleggingsrekening zich bevindt. Dat komt ook de voorzienbaarheid ten goede (het zal doorgaans makkelijker te achterhalen zijn waar een gelaedeerde het centrum van zijn belangen heeft dan waar zijn beleggingsrekening zich bevindt).³⁸ De Hoge Raad heeft in zijn arrest inzake *Deepwater Horizon* aan dit aanknopingspunt evenwel (begrijpelijkerwijs) geen aandacht besteed, nu het (primaire) cassatiemiddel van de VEB enkel betrekking heeft op de locatie van de beleggingsrekening als doorslaggevend aanknopingspunt voor het vaststellen van het *Erfolgsort*.

4. Wat geldt voor een individuele belegger, geldt ook voor een belangenorganisatie die opkomt voor de belangen van die belegger?

In eerste instantie zou men geneigd zijn om deze vraag bevestigend te beantwoorden. Zo ook het HvJ EU in voornoemde *CDC Hydrogen Peroxide* zaak, waarin het oordeelde dat de overdracht van vorderingen van gedupeerden aan een speciaal daartoe opgericht ‘claim vehicle’ geen invloed kan hebben op de toepassing van (thans) art. 7 lid 2 Verordening Brussel I-bis.³⁹ Voor iedere gecedeerde vordering zal dus afzonderlijk moeten worden bepaald waar het *Erfolgsort* is gelegen, en dientengevolge of de rechter ten aanzien van die vordering rechtsmacht toekomt. Maar geldt dit uitgangspunt ook ten aanzien van de 3:305a-organisatie? Een bevestigend antwoord lijkt moeilijk te rijmen met de bijzondere aard van de collectieve actie en de effectieve rechtsbescherming die deze regeling beoogt te bieden. Een collectieve actie strekt tot bescherming van ‘gelijksoortige belangen’ (zie art. 3:305a lid 1 BW), waarbij wordt geabstraheerd van de individuele omstandigheden van de gelaedeerden ten behoeve van wie de 3:305a-organisatie stelt op te komen.⁴⁰ In een 3:305a-procedure is naar zijn aard dus slechts beperkt ruimte voor de vaststelling van

de woonplaats en/of de locatie van de beleggingsrekening van elke gedupeerde belegger voor wie wordt opgekomen (dan wel eventuele andere, specifieke bijkomende omstandigheden). Toepassing van het door het HvJ EU ontwikkelde toetsingskader voor lokalisering van het *Erfolgsort* op de Nederlandse collectieve actieregeling levert dan ook de nodige hoofdbreken op.⁴¹ De Hoge Raad heeft in *Deepwater Horizon* daarom ook deze kwestie voorgelegd aan het HvJ EU. Wij betwijfelen of het HvJ EU de 3:305a-organisatie hier te hulp zal schieten. Tot dusver heeft het HvJ EU zich niet welwillend getoond om de bevoegdheidsregels uit de Verordening Brussel I-bis extensief uit te leggen ten behoeve van de afwikkeling van massaclaims.⁴² Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid is dit begrijpelijk. Ook de Europese Commissie betracht terughoudendheid in het faciliteren van de afwikkeling van massaschadeclaims op Europees niveau via de band van de in de Verordening Brussel I-bis neergelegde bevoegdheidsregels.⁴³ Indien onze aanname juist is, zal een 3:305a-organisatie in de toekomst dus ook steeds moeten stellen, en bij betwisting voldoende aannemelijk moeten maken, dat alle leden van haar achterban voldoen aan de door het HvJ EU ontwikkelde criteria om het *Erfolgsort* in Nederland te lokaliseren. In *Deepwater Horizon* had VEB hier al op voorgesorteerd door de vordering in te stellen (enkel) ten behoeve van beleggers die in Nederland een beleggingsrekening aanhielden waarop de schade zich heeft gemanifesteerd, waarvan het overgrote deel woonplaats had in Nederland.

Tot dusver heeft het HvJ EU zich niet welwillend getoond om de bevoegdheidsregels uit de Verordening Brussel I-bis extensief uit te leggen ten behoeve van de afwikkeling van massaclaims

Indien de horde van het *Erfolgsort* eenmaal genomen is, is daarmee nog niet gezegd dat een 3:305a-organisatie ook bij de Nederlandse rechter terecht kan. Althans, niet na invoering van de Wet afwikkeling massaschade in collec-

38 Weliswaar leidt een dergelijke bevoegdheidsregel tot toekenning van rechtsmacht aan het *forum actoris*, hetgeen door de Europese wetgever in de regel niet wenselijk wordt geacht, maar uit voornoemde jurisprudentie blijkt dat het HvJ EU dit onder (soortgelijke) omstandigheden gerechtvaardigd acht.

39 HvJ EU 21 mei 2015, *NJ* 2016/106, m.nt. L. Strikwerda (*CDC Hydrogen Peroxide*), r.o. 35-36.

40 *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3 (MvT), p. 27; zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, «JOR» 2016/278, m.nt. J.H. Lemstra, r.o. 5.31.

41 Zie hierover ook Knigge en Sluijter in hun annotatie bij Hof Amsterdam 7 november 2017, «JBPr» 2018/43 (*Deepwater Horizon*).

42 Zie naast de al genoemde *CDC Hydrogen Peroxide* zaak ook (en recenter) HvJ EU 25 januari 2018, «JBPr» 2018/28 (*Schrems/Facebook*), waarin een consument de mogelijkheid werd ontzegd om ten aanzien van aan hem gecedeerde vorderingen van andere consumenten een beroep te doen op de speciale consumentenbepaling in de Verordening Brussel I-bis (zie art. 18).

43 Zo wordt in het richtlijnvoorstel ter bevordering van de collectieve afwikkeling van schade van consumenten door de Europese Commissie expliciet vooropgesteld dat de in dit voorstel voorgestelde bepalingen geen afbreuk doen aan de bepalingen uit de Verordening Brussel I-Bis. Zie het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG, COM (2018) 184 def., considerans overweging 9 en art. 2 lid 3. Zie nader over dit richtlijnvoorstel o.a. B.C. Elion & M.H.C. Sinnighe Damsté, ‘Europese initiatieven voor collectief schadevergoedingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2018/105.

tieve actie (het ‘Wetsvoorstel’).⁴⁴ In het Wetsvoorstel heeft de wetgever een zogeheten *scope rule* geïntroduceerd als waarborg dat een op art. 3:305a BW gestoelde rechtsvordering een voldoende nauwe band heeft met de Nederlandse rechtssfeer. Op grond van de *scope rule* (art. 3:305a lid 3 sub b Wetsvoorstel) is een 3:305a-organisatie alleen dan ontvankelijk in haar vordering wanneer (1) het merendeel van de achterban van deze organisatie zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft, of (2) de schadeveroorzakende partij zijn woonplaats in Nederland heeft én bijkomende omstandigheden wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer, of (3) de schadeveroorzakende gebeurtenis in Nederland heeft plaatsgevonden. Deze *scope rule* is opzettelijk vormgegeven als een ontvankelijkheidscriterium om (ongeoorloofde) doorkruising van de bevoegdheidscriteria uit de Verordening Brussel I-bis te voorkomen.⁴⁵ Mocht het HvJ EU in *Deepwater Horizon* concluderen dat de enkele aanwezigheid van een beleggingsrekening in Nederland voldoende is voor het aannemen van rechtsmacht, dan is het de vraag of een 3:305a-organisatie vervolgens ook ontvankelijk is. Strikt genomen lijkt dat niet (zonder meer) het geval. Uit de wetsgeschiedenis lijkt echter te volgen dat de wetgever met het hiervoor onder (1) genoemde vereiste aansluiting heeft willen zoeken bij het *Erfolgssort*.⁴⁶ Een redelijke uitleg van dit vereiste lijkt dan ook met zich mee te brengen dat in dat geval de 3:305a-organisatie ook ontvankelijk is.

5. Conclusie

De Nederlandse rechter lijkt in zwang te raken bij beleggers die benadeeld zijn wegens *corporate misinformation*. Recente voorbeelden uit de jurisprudentie laten zien dat het daarbij niet zelden gaat om internationale beursondernemingen die zich richten tot een wereldwijd beleggend publiek en in dat kader informatie algemeen verspreiden via (o.a.) het internet. In sommige gevallen resulteert aanknopings bij de plaats van het hoofdkantoor van de beursonderneming in een voor de beleggers ongewenst forum. In

die gevallen wordt veelal een beroep gedaan op art. 7 lid 2 Verordening Brussel I-bis, op grond waarvan de rechter van de plaats waar de (directe) schade is ingetreden – het *Erfolgssort* – eveneens rechtsmacht toekomt. Tot dusver stelt de Nederlandse rechter zich in gevallen van internationale beleggingsschade terughoudend op bij het aannemen van rechtsmacht op grond van het *Erfolgssort*. Daarbij baseert hij zich op jurisprudentie van het HvJ EU over de lokalisatie van het *Erfolgssort* bij zuiver financiële schade. Het is echter de vraag of het toetsingskader zoals gehanteerd door het HvJ EU in deze uitspraken – die specifiek zien op gevallen van prospectusaansprakelijkheid – zich wel leent voor toepassing op schade die het gevolg is van beleggingsbeslissingen genomen onder invloed van algemeen verspreide, maar onjuiste, onvolledige en/of misleidende informatie van een internationale beursgenoteerde onderneming. Een andere benadering, waarbij aangeknoopt wordt bij (enkel) de plaats waar zich de beleggingsrekening bevindt van de benadeelde belegger of de woonplaats van deze belegger, lijkt passender. Ook de Hoge Raad ziet kennelijk ruimte voor een alternatieve benadering, reden waarom hij recentelijk in de *Deepwater Horizon* zaak prejudiciële vragen hierover heeft gesteld aan het HvJ EU. Tevens heeft de Hoge Raad in die zaak aan het HvJ EU voorgelegd hoe dient te worden omgegaan met een 3:305a-organisatie bij het bepalen van het *Erfolgssort*. Rechtvaardigt de bijzondere aard van de collectieve actie van art. 3:305a BW een andere (ruimere) toepassing van de bevoegdheidsregels van Verordening Brussel I-bis? Wij hopen dat het HvJ EU de handschoen oppakt en een zaaksoverstijgend oordeel geeft waar de praktijk mee uit de voeten kan.

Over de auteurs

Mr. H.J. ter Meulen

Advocaat bij Evers Soerjatin N.V.

Mr. R.J. Laméris

Advocaat bij Evers Soerjatin N.V.

44 Stb. 2019, 130. De wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip (zie art. VI). Bij het ter perse gaan van dit artikel, was dit tijdstip nog niet bepaald.

45 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3 (MvT), p. 22-24.

46 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3 (MvT), p. 26-27, waar de wetgever o.a. overweegt t.a.v. een voorbeeld van een belangenbehartiger die optreedt voor overwegend Franse benadeelden (onderstreping toegevoegd): ‘Voor zover in dat geval bevoegdheid van de Nederlandse rechter ingevolge Brussel I-bis bestaat ook voor de in Frankrijk geleden schade, zorgt het vereiste van het merendeel van de benadeelde personen in Nederland ervoor dat de belangenbehartiger in dat geval niet ontvankelijk is. Dat is ook redelijk; de benadeelde personen uit Frankrijk zouden zonder het bestaan van een collectieve actie ook niet in Nederland terecht kunnen met hun vordering jegens de Franse verweerder (...)’.