

ECLI:NL:GHAMS:2024:451

Instantie Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak 05-03-2024

Datum publicatie 05-03-2024

Zaaknummer 200.292.172/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere
kenmerken Hoger beroep
 Tussenuitspraak

Inhoudsindicatie

Collectieve actie op de voet van artikel 3:305a (oud) BW waarin verklaringen voor recht worden gevorderd over onrechtmatige gedragingen en ongerechtvaardigde verrijking van Rabobank c.s. in verband met gestelde beïnvloeding van rentebenchmarks. De rechtbank heeft zich bevoegd verklaard om kennis te nemen van een aantal vorderingen en heeft de Stichting vervolgens niet-ontvankelijk verklaard in haar collectieve actie. Het hof komt tot een deels andere beslissing over de rechtsmacht en acht de Stichting deels ontvankelijk in haar vorderingen

Vindplaatsen Rechtspraak.nl
 Sdu Nieuws Ondernemingsrechtpraktijk 2024/92

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.292.172/01

zaak- en rolnummer rechtbank Amsterdam: C/13/646912 / HA ZA 18-416

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 5 maart 2024

inzake

STICHTING ELCO FOUNDATION,

gevestigd te Amsterdam,
appellante, tevens incidenteel geïntimeerde,
advocaat: mr. W.P. Wijers te Amsterdam,

tegen

1 COÖPERATIEVE RABOBANK U.A.,

gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde,
advocaat: mr. E.R. Meerdink te Amsterdam,

en de rechtspersonen naar buitenlands recht

2. LLOYDS BANK PLC,

gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk,
advocaat: mr. M.H.R.N.Y. Cordewener te Amsterdam,

3 UBS AG,

gevestigd te Zürich, Zwitserland,

4. UBS SECURITIES JAPAN CO. LTD,

gevestigd te Tokyo, Japan,
advocaat: mr. W. Heemskerk te 's-Gravenhage,

5 ICAP EUROPE LTD,

gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk,
advocaat: mr. S.J.H.M. Berendsen te Amsterdam,
geïntimeerden, teven incidenteel appellanten.

Partijen worden de Stichting, Rabobank, UBS Zwitserland en UBS Japan (gezamenlijk UBS c.s.), Lloyds en ICAP genoemd.

Rabobank, UBS c.s., Lloyds en ICAP tezamen worden Rabobank c.s. genoemd.

UBS c.s., Lloyds en ICAP tezamen worden Lloyds c.s. genoemd.

1 De zaak in het kort

De Stichting vordert in een collectieve actie op de voet van artikel 3:305a (oud) BW verklaringen voor recht over onrechtmatige gedragingen en ongerechtvaardigde verrijking van Rabobank c.s. in verband met gestelde beïnvloeding van rentebench-marks. De rechtbank heeft zich bevoegd verklaard om kennis te nemen van een aantal vorderingen en heeft de Stichting vervolgens niet-ontvankelijk verklaard in haar collectieve actie. Het hof komt tot een deels andere beslissing over de rechtsmacht en acht de Stichting deels ontvankelijk in haar vorderingen.

2 Het geding in hoger beroep

De Stichting is bij dagvaarding van 5 maart 2021 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 9 december 2020 (hierna: vonnis II), onder bovenvermeld zaak- en rolnummer geweest tussen de Stichting als eiseres en Rabobank c.s. als gedaagden.

Partijen hebben daarna, overeenkomstig de door de rolraadsheer geaccordeerde procesafspraken, de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven in principaal hoger beroep;
- gezamenlijke memorie van antwoord in principaal hoger beroep, met producties;
- memorie van antwoord in principaal hoger beroep, tevens houdende intrekking eerder verzoek tot aanhouding op grond van litispendingie en/of connexiteit van Rabobank;
- memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep van UBS c.s.;
- memorie van grieven in incidenteel hoger beroep van Lloyds;
- memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep van ICAP;
- memorie van antwoord in (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep.

De mondeling behandeling van de zaak heeft plaatsgevonden ter zitting van 9 maart 2023. De standpunten van partijen zijn toegelicht aan de hand van pleitnotities door (voor de Stichting) mr. Wijers voornoemd en mrs. J.H. Lemstra en T.H.W. Korvinus, advocaten te Amsterdam, (voor Rabobank) mr. Meerdink voornoemd en mrs. E.M. Sniijders en C.A.A.M. Steinhage, advocaten te Amsterdam, (voor Lloyds) mr. Cordewener voornoemd en mrs. L.D. Bruining en J. Boij, advocaten te Amsterdam, (voor UBS c.s.) mr. Heemskerk voornoemd en mrs. R. Dufour en A.E.C. Wissink, advocaten te Den Haag, en (voor ICAP) mr. Berendsen voornoemd en mrs. A. Attaïbi, M.A.G. Bosman en M.J. Bosselaar, advocaten te Amsterdam.

De Stichting en Rabobank c.s. hebben nog producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

De Stichting heeft in principaal hoger beroep geconcludeerd dat het hof vonnis II zal vernietigen, haar vorderingen alsnog zal toewijzen en partijen in de gelegenheid zal stellen zich uit te laten over het vervolg van de procedure (waaronder de vraag of terugverwijzen naar de rechtbank geraden is), met, uitvoerbaar bij voorraad, beslissing over de proceskosten, met nakosten en rente.

Rabobank c.s. hebben in principaal hoger beroep geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen, met beslissing over de proceskosten, met nakosten en rente.

De conclusies van Lloyds c.s. in (voorwaardelijk, voor het geval de Stichting ontvankelijk wordt verklaard in haar collectieve actie) incidenteel hoger beroep strekken ertoe dat het hof het vonnis van 14 augustus 2019 (hierna: vonnis I) gedeeltelijk zal vernietigen, primair zich alsnog onbevoegd zal verklaren kennis te nemen van de tegen hen ingestelde vorderingen en subsidiair onder openstelling van tussentijds cassatieberoep zich alleen bevoegd zal verklaren kennis te nemen van de hierna in rov. 4.1 bedoelde vorderingen D en E voor zover deze zien op de door hen aangeduide periodes en/of de door hen genoemde onderwerpen en (alleen UBS c.s.) meer subsidiair onder openstelling van tussentijds cassatieberoep met de door hen in hun incidentele memorie van grieven omschreven beperking en afbakening van de reikwijdte van de rechtsmacht ter zake van deze vorderingen, een en ander met beslissing, uitvoerbaar bij voorraad, over de proceskosten, met nakosten.

De Stichting heeft in (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep geconcludeerd kort gezegd tot verwerping daarvan.

De Stichting en Lloyds hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

3 Feiten

De rechtbank heeft in de vonnissen I en II de feiten weergegeven die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Voor zover deze feiten in hoger beroep niet in geschil en relevant zijn, dienen zij ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

3.1.1 EURIBOR (Euro InterBank Offered Rate) en LIBOR (London InterBank Offered Rate) zijn verzamelnamen voor dagelijks gepubliceerde rentebenchmarks. De EURIBOR en de LIBOR worden gebruikt op de financiële markten: op basis daarvan worden futures (termijncontracten), opties, swaps en andere derivaten die via de over-the-counter (OTC)-markten en andere beurzen worden verhandeld, afgewikkeld. Daarnaast worden EURIBOR en LIBOR als referentiekosten gebruikt voor rentedragende leningen.

3.1.2 De EURIBOR-rentebenchmarks (voor verschillende looptijden) kwamen tot stand doordat Europese (panel)banken die zijn aangesloten bij de European Banking Federation iedere werkdag aan [naam] doorgaven tegen welk rentetarief zij dachten dat een hypothetische grootbank ongedekte leningen in euros met verschillende looptijden kon verstrekken of aantrekken. Na ontvangst van de tarieven van alle panelbanken werden de laagste en de hoogste weggestreep en vormde het gemiddelde van de

overgebleven waarden de EURIBOR-rentebenchmark voor de betreffende looptijd.

3.1.3 De verschillende LIBOR-rentebenchmarks (voor verschillende valuta en verschillende looptijden) kwamen tot stand doordat een selectie van (panel)banken die zijn aangesloten bij de British Bankers Association elke werkdag aan [naam] doorgaven tegen welk rentetarief zij op dat moment op de interbancaire geldmarkt een lening verwachtten te kunnen aantrekken voor de verschillende looptijden. Elke LIBOR-(valuta)rentebenchmark had een eigen samenstelling van panelbanken. Na ontvangst van de tarieven van alle panelbanken werden de laagste en de hoogste weggestreept en vormde het gemiddelde van de overgebleven waarden de LIBOR-rentebenchmark voor de betreffende valuta en betreffende looptijd.

3.2 Het panel voor de JPY LIBOR bestond uit zestien banken, waaronder Rabobank, UBS Zwitserland en Lloyds. Rabobank was ook panelbank voor onder meer USD LIBOR, GBP LIBOR en EURIBOR.

UBS Japan is rechtsopvolger van UBS Securities Japan Ltd. Zij is actief op het gebied van investment banking en broker dealer operations.

ICAP is een interdealer broker. Zij bemiddelt tussen financiële instellingen die opereren als handelaren in onder meer financiële instrumenten. Zij is zelf geen partij bij financiële transacties.

3.3 Vanaf medio 2008 hebben de Amerikaanse Commodity Futures Trading Commission (hierna: CFTC) en andere autoriteiten uit de Verenigde Staten en elders in de wereld de indieningsprocessen van verschillende LIBOR- en EURIBOR-rentebenchmarks onderzocht. De CFTC heeft haar bevindingen neergelegd in verschillende zogeheten Orders (hierna: CFTC-Order(s)). Rabobank, Lloyds en UBS c.s. hebben met verschillende autoriteiten (schikkings)overeenkomsten gesloten. Daarbij zijn in een aantal gevallen Statements of Facts (hierna: SOF(s)) gevoegd met een door de desbetreffende bank onderschreven weergave van de voor de schikking relevante feiten. In Europa en de Verenigde Staten zijn verschillende bestuursrechtelijke, strafrechtelijke en civiele (class action) procedures gevoerd en aanhangig in verband met vermeende beïnvloeding van rentebenchmarks. Rabobank c.s. zijn/waren in een aantal van deze procedures betrokken.

3.4 De statuten van de in juni 2016 opgerichte Stichting bepalen dat de Stichting onder meer tot doel heeft het behartigen van de belangen van de Belanghebbenden die schade lijden, schade dreigen te lijden en/of schade hebben geleden ten gevolge van handelen of nalaten van de Financiële Instellingen dat aanleiding geeft tot een Claim (artikel 3.1 aanhef en onder a). De Stichting tracht dit doel te bereiken door onder meer het initiëren van gerechtelijke procedures in binnen- en buitenland, daaronder begrepen doch niet beperkt tot: in Nederland: het initiëren van procedures als bedoeld in artikel 3:305a BW (artikel 3.2 aanhef en onder d.).

Belanghebbenden zijn in de statuten van de Stichting gedefinieerd als alle personen (daaronder begrepen rechtspersonen) die gedurende de Relevante Periode (van

1 januari 2001 tot en met 30 juni 2011) woonachtig, gevestigd en/of kantoorhoudend (een nevenvestiging of branch daaronder begrepen), waren in de Europese Unie en die volgens het desbetreffende toepasselijke rechtstelsel kwalificeren als of daarmee gelijk te stellen zijn aan (a) beleggingsondernemingen, (b) kredietinstellingen, (c) verzekeringsondernemingen, (d) instelling voor collectieve belegging in effecten en de beheermaatschappijen daarvan, (e) pensioenfondsen en de beheermaatschappijen daarvan, (f) (andere) krachtens communautaire wetgeving van de Europese Unie of het nationale recht van een lidstaat vergunninghoudende of gereguleerde financiële instellingen, (g) een partij die in de uitoefening van beroep of bedrijf voor eigen rekening beleggingsactiviteiten verricht en/of (h) authorised investment managers,

en die direct of indirect:

- i) een of meer transacties hebben verricht in afgeleide of niet-afgeleide financiële instrumenten waarop rente is betaald die was gekoppeld aan of afgeleid was van voor zover van belang de JPY LIBOR, GPB LIBOR, USD LIBOR en de EURIBOR (hierna ook tezamen: de rentebenchmarks);
- ii) op een lening rente hebben betaald die was gekoppeld aan of afgeleid was van de rentebenchmarks dan wel

- iii) een of meer transacties dan hiervoor vermeld hebben verricht in welk verband

een vergoeding is betaald die gerelateerd was aan, verwees naar of anderszins verband hield met de rentebenchmarks,

welke transacties en/of betalingen buiten de Verenigde Staten van Amerika hebben plaatsgevonden gedurende de Relevante Periode. Belanghebbenden kunnen niet zijn Financiële Instellingen, die zijn gedefinieerd als rechtspersonen die als (voormalig) lid van het panel van banken of anderszins hebben bijgedragen aan de totstandkoming van de rentebenchmarks in de Relevante Periode.

Claims zijn in de statuten van de Stichting gedefinieerd als klachten, aanspraken en vorderingen van Belanghebbenden jegens een of meer Financiële Instellingen met betrekking tot (vermeende) verliezen of schade die geleden is of zal worden geleden als direct of indirect gevolg van onder andere onrechtmatig handelen en/of wanprestatie, onder meer maar daartoe niet beperkt bestaande uit het op vermeend onwettige/onrechtmatige wijze, en al dan niet door samenspanning van Financiële Instellingen, manipuleren van de rentebenchmarks.

4 Beoordeling

4.1 De Stichting vordert in de zaak tegen Rabobank dat voor recht zal worden verklaard dat Rabobank samengevat:

A. in de periode van 1 januari 2005 tot en met 30 november 2010 (op structurele en/of doorlopende basis) onrechtmatig heeft gehandeld jegens Belanghebbenden:

(1) omdat zij haar interne (administratieve) organisatie en/of interne toezichtsapparaat zodanig had ingericht (een nalaten daaronder begrepen) dat het manipuleren van benchmarks daardoor in de hand werd gewerkt, althans werd mogelijk gemaakt; en/of

(2) doordat zij, althans haar werknemers, rentebenchmarks heeft/hebben gemanipuleerd, subsidiair dat heeft/hebben gedaan op de in paragrafen 10.1.20, 10.1.22 en 10.1.34 van de inleidende dagvaarding vermelde dagen; en/of

(3) doordat zij, althans haar werknemers, heeft/hebben samengespannen met een of meer andere geïntimeerden, welke samenspanning een 'overeenkomst' althans 'onderling afgestemde gedragingen' vormt/vormen in de zin van artikel 101 VWEU, teneinde rentebenchmarks te manipuleren; en/of gelet op het onrechtmatig manipuleren van rentebenchmarks door haar en/of

door een of meer van haar medegeïntimeerden, en gelet op de kans op het aldus door haar en/of door een of meer van haar medegeïntimeerden toebrengen van schade aan Belanghebbenden, zich had moeten onthouden van haar in groepsverband verrichte gedragingen ten aanzien van de rentebenchmarks met een of meer van haar medegeïntimeerden zoals bedoeld in artikel 6:166 lid 1 BW; en/of

(op structurele en/of doorlopende basis) in de periode van 1 januari 2005 tot en met 30 november 2010 ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van Belanghebbenden.

De Stichting vordert voor zover in hoger beroep nog van belang en samengevat ten aanzien van Lloyds c.s. dat voor recht zal worden verklaard dat:

Lloyds c.s. ieder voor zich, althans hun werknemers in de periode van 1 januari 2006 tot en met 31 juli 2009, (Lloyds), 1 januari 2001 tot en met 30 juni 2010 (UBS c.s.) en 1 juli 2006 tot en met 31 december 2010 (ICAP) (op structurele en/of doorlopende basis) onrechtmatig hebben gehandeld jegens Belanghebbenden doordat zij, althans hun werknemers hebben samengespannen met een of meer andere geïntimeerden, welke samenspanning een overeenkomst althans onderling afgestemde gedragingen vormt/vormen in de zin van artikel 101 VWEU, teneinde de JPY LIBOR te manipuleren.

Lloyds c.s. ieder voor zich althans hun werknemers:

gelet op het onrechtmatig manipuleren van de JPY Libor door haar en/of door een of meer van haar mede[geïntimeerden], en gelet op de kans op het aldus door haar en/of door een of meer van haar mede[geïntimeerden] toebrengen van schade aan Belanghebbenden, zich had moeten onthouden van haar in groepsverband verrichte gedragingen ten aanzien van de JPY Libor met een of meer van haar mede[geïntimeerden] zoals bedoeld in artikel 6:166 lid 1 BW.

- 4.2 In vonnis I heeft de rechtbank geoordeeld dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft met betrekking tot de in rov. 4.1 bedoelde vorderingen. In vonnis II heeft de rechtbank de Stichting niet-ontvankelijk verklaard in haar collectieve actie.
- 4.3 Het hoger beroep van de Stichting richt zich tegen vonnis II. Het onder de voorwaarde van ontvankelijkverklaring van de Stichting in haar collectieve actie ingestelde hoger beroep van Lloyds c.s. richt zich tegen de beslissing in vonnis I dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft ten aanzien van de vorderingen D en E.

Rechtsmacht Nederlandse rechter

- 4.4 De in hoger beroep ambtshalve te beoordelen rechtsmacht van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van de vorderingen van de Stichting jegens Lloyds c.s. betreft alleen de vorderingen D en E, die ertoe strekken dat wordt vastgesteld dat Lloyds c.s. onrechtmatig hebben gehandeld door het in artikel 101 VWEU neergelegde kartelverbod te overtreden (vordering D) en voor hun onrechtmatig handelen aansprakelijk zijn zoals bedoeld in artikel 6:166 BW jegens de Belanghebbenden (vordering E). Het hof merkt hierbij op dat de voorwaarde die is verbonden aan het door Lloyds c.s. ingestelde hoger beroep niet wegneemt dat de rechtsmacht, die van openbare orde is, ook in hoger beroep ambtshalve moet worden beoordeeld. De rechtsmacht dient vast te staan alvorens toegekomen kan worden aan de beoordeling van de ontvankelijkheid van de Stichting in haar collectieve actie.
- De Stichting heeft geen grieven gericht tegen de onbevoegdverklaring om kennis te nemen van haar andere in eerste aanleg ingestelde vorderingen jegens Lloyds c.s.
- 4.5 De vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, moet in de zaken tegen Lloyds en ICAP worden beantwoord aan de hand van de Verordening (EU) Nr. 1215/2012 (Verordening Brussel I-bis), die onverminderd van toepassing is op de in het Verenigd Koninkrijk zetelende vennootschappen op de voor 1 januari 2021 ingestelde vorderingen. In de zaak tegen UBS Zwitserland moet deze vraag worden beantwoord aan de hand van 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, Trb. 2009, 223 (EVEX II)).
- In de zaak tegen UBS Japan moet de rechtsmacht worden beoordeeld aan de hand van de in de artikelen 1 tot en met 14 Rv neergelegde Nederlandse commune bevoegdheidsregels.
- 4.6 De rechtbank heeft zich terecht bevoegd geacht kennis te nemen van de vorderingen tegen Rabobank. Naar het oordeel van het hof zijn artikel 8 lid 1 Verordening Brussel I-bis, artikel 6 aanhef en onder 1 EVEX II en artikel 7 lid 1 Rv de enige in aanmerking komende grondslagen om kennis te nemen van de vorderingen D en E tegen Lloyds c.s.
- 4.7 Artikel 8 lid 1 Verordening Brussel I-bis en het gelijkkluidende artikel 6 aanhef en onder 1 EVEX II bevatten een bijzondere bevoegdheidsregel voor het geval een eisende partij vorderingen heeft tegen meer gedaagden in verschillende lidstaten, die inhoudt dat een verweerder die op het grondgebied van een lidstaat woonplaats heeft, indien er meer dan één verweerder is, kan worden opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van een van de verweerders, op voorwaarde dat er tussen de desbetreffende vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven.

Artikel 7 lid 1 Rv bevat een vergelijkbare regel die vergt dat tussen de vorderingen tegen de onderscheiden gedaagden een zodanige samenhang bestaat, dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen. Voor de uitleg van deze bepaling zoekt het hof aansluiting bij de rechtspraak van het HvJEU over (de voorlopers van) artikel 8 lid 1 Verordening Brussel I-bis waar de wetgever aansluiting bij heeft gezocht. Wat hierna wordt overwogen over artikel 8 lid 1 Verordening Brussel I-bis geldt daarom ook voor (de toepassing van) artikel 6 aanhef en onder 1 EVEX II en artikel 7 lid 1 Rv.

De door het HvJEU gegeven uitleg van de voorlopers van deze bepaling, artikel 6, punt 1, EEX-Verdrag en artikel 6, punt 1, Verordening Brussel I, geldt ook voor artikel 8, punt 1, Verordening Brussel I-bis (zie arrest Schmidt, van 16 november 2016, zaak C-417/15, ECLI:EU:C:2016:881, punt 26).

De bevoegdheidsregel van artikel 8, punt 1, Verordening Brussel I-bis strekt ertoe een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken, parallel lopende processen zo veel mogelijk te beperken en dus te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden genomen (zie arrest Profit Investments SIM, van 20 april 2016, zaak C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282, punt 61). Omdat met deze bevoegdheidsregel wordt afgeweken van de hoofdregel van Verordening Brussel I-bis dat de rechter van de woonplaats van de verweerder bevoegd is (artikel 4), moet deze regel eng worden uitgelegd. Die uitleg mag zich enkel uitstrekken tot de in die verordening uitdrukkelijk bedoelde gevallen (zie arrest Profit Investments SIM, punt 63). Beslissingen kunnen niet reeds onverenigbaar worden geacht op grond van een divergentie in de beslechting van het geschil; daartoe is bovendien vereist dat deze divergentie zich voordoet in het kader van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens (zie onder meer arrest Profit Investments SIM, punt 65). In het kader van de toetsing van de bevoegdheid moeten alle ter beschikking staande gegevens in aanmerking worden genomen, waaronder begrepen, in voorkomend geval, de betwistingen van de verweerder. Er hoeft in de fase van de bepaling van de bevoegdheid echter geen bewijsprocedure te worden gevoerd met betrekking tot betwiste feiten die zowel voor de bevoegdheidsvraag als voor het bestaan van het ingeroepen vorderingsrecht relevant zijn (zie arrest Universal Music van 16 juni 2016, zaak C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449, punt 44-45).

Vordering D

- 4.8 Voor vordering D fungeert de tegen Rabobank ingestelde vordering A(3), voor zover deze betrekking heeft op de JPY LIBOR, als ankervordering. Beide vorderingen strekken in zoverre ertoe dat wordt vastgesteld dat Rabobank c.s. jegens de Belanghebbenden (hoofdelijk) aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad voor schade als gevolg van de gestelde overtreding van het Unierechtelijk kartelverbod door de JPY LIBOR (trachten te) beïnvloeden. Waar hierna in rov. 4.9 tot en met 4.13 wordt gesproken over vordering A(3), gaat het alleen om deze vordering betreffende de JPY LIBOR.
- 4.9 Het niet in hoger beroep bestreden oordeel dat rechtsmacht ontbreekt ten aanzien van de tegen Lloyds c.s. ingestelde Manipulatievorderingen, die gelijk zijn aan vordering A(2), brengt niet reeds met zich dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt ten aanzien van vordering D. De Manipulatievorderingen zien namelijk op verweten individuele (pogingen tot) beïnvloeding, los van wat anderen deden. De vorderingen A(3) en D gaan juist over samenwerking in de vorm van een op grond van artikel 101 VWEU verboden kartel waarin (pogingen tot) beïnvloeding van de JPY LIBOR onderling werden afgestemd.
- 4.10 De voor vordering A(3) relevante periode valt geheel of grotendeels samen met de periodes genoemd in vordering D. Deze vorderingen zijn gebaseerd op de SOFs en andere bevindingen met betrekking tot vermeende ongeoorloofde beïnvloeding van de JPY LIBOR door Rabobank c.s. (zie onder 3.2 en 3.3). Deze houden onder meer in dat er directe en/of indirecte contacten bestonden tussen enerzijds Rabobank en anderzijds Lloyds c.s. (ieder voor zich). De Stichting wijst onder meer op de vermelding in de Lloyds SOF dat Rabobank en Lloyds gedurende een aantal jaren de afspraak hadden to make Yen LIBOR submissions that benefitted their respective trading positions, rather than submissions that complied with the definition of LIBOR. (Lloyds SOF, productie 33 inleidende dagvaarding, randnummer 30), de UBS SOF waarin staat dat UBS Zwitserland submissions voor de JPY LIBOR afstemde of

trachtte dat te doen met andere panelbanken hetzij direct, hetzij via brokers, (productie 12 inleidende dagvaarding, randnummer 22), transcripties van gesprekken van een medewerker van UBS Japan waarin deze poogde om samen met brokers een JPY LIBOR submitter van Rabobank te beïnvloeden (productie 41 inleidende dagvaarding), de ICAP CFTC-Order waarin is beschreven dat ICAP jarenlang heeft getracht de JPY LIBOR te beïnvloeden onder meer via berichten aan de panelbanken (productie 16 inleidende dagvaarding p. 2 en hoofdstuk 3) en de Rabobank CFTC-Order waarin staat dat Rabobank via ICAP de JPY LIBOR trachtte te beïnvloeden (productie 9 inleidende dagvaarding, p. 33 ev, waarin telefoongesprekken worden geciteerd waarvan ICAP erkent dat deze hebben plaatsgevonden). Hieruit volgt dat de vorderingen A(3) en D zien op dezelfde feitelijke situatie in de zin van artikel 8 lid 1 Verordening Brussel I-bis. In vordering D wordt een verklaring voor recht gevraagd dat Rabobank c.s. artikel 101 VWEU hebben overtreden. De aan deze stand alone kartelvordering ten grondslag gelegde overtreding van het Unierechtelijk kartelverbod dient in de zaken tegen alle geïntimeerden te worden beoordeeld aan de hand van het in deze vordering genoemde artikel 101 VWEU. Indien is vastgesteld dat artikel 101 VWEU is overtreden, levert dat een Unierechtelijk recht op schadevergoeding op dat wordt beheerst door het nationale recht van de lidstaten van de Europese Unie, met inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel (zie arrest Kone e.a. van 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, punten 24-26 en de daar aangehaalde rechtspraak). Voor zover het eventueel op de vorderingen van de Stichting toepasselijk recht niet dat van een lidstaat van de Europese Unie is, is het hof van oordeel dat, gezien hetgeen over en weer aangevoerd is, voorshands, gezien de uit te voeren toets in het kader van beoordeling van de rechtsmacht, voldoende aannemelijk is geworden dat een overtreding van het Unierechtelijk kartelverbod zoals bedoeld in vordering D naar het mogelijk toepasselijk ander recht eveneens onrechtmatig zal zijn tegenover degenen die daardoor schade hebben geleden. Hieruit volgt dat de vorderingen A(3) en D dezelfde situatie rechtens betreffen zoals vereist voor toepassing van artikel 8 lid 1 Verordening Brussel I-bis.

Met gezamenlijke behandeling van deze vorderingen wordt voorkomen dat verschillende rechters dezelfde vragen moeten beantwoorden en onverenigbare beslissingen kunnen geven over bedoeld onrechtmatig handelen van Rabobank c.s.

- 4.11 De stellingen van Lloyds c.s. leiden niet tot een andere conclusie. Gezien de feitelijke onderbouwing van de vorderingen A(3) en D kan niet worden gezegd dat Lloyds c.s. ieder voor zich alleen samen met de Rabobank door de Stichting in deze procedure zijn betrokken om bevoegdheid van de Nederlandse rechter te creëren. Hetgeen Rabobank c.s. aanvoeren over de gang van zaken rond de oprichting van de Stichting en de aanloop van deze procedure maakt dat niet anders.

Voor zover Lloyds c.s. beogen te stellen dat de Stichting misbruik maakt van de in rov. 4.7 genoemde bepalingen, doen zij dat tevergeefs omdat het aanbrengen van de zaak voor de Nederlandse rechter alleen als misbruik van bevoegdheidsbepalingen kan worden aangemerkt als toewijzing redelijkerwijs reeds op voorhand uitgesloten moet worden geacht. Dat is niet het geval.

Dit hof heeft het HvJEU gevraagd of bij de vaststelling van de rechtsmacht ook acht dient te worden geslagen op de toewijsbaarheid van de vordering jegens de ankergedaagde (zie ECLI:NL:GHAMS:2023:2570). Indien en voor zover zou moeten worden aangenomen dat artikel 8 lid 1 Verordening Brussel I-bis niet kan worden toegepast bij een onvoldoende substantiëring van de vordering tegen de ankergedaagde, is daarin in het onderhavige geval geen beletsel gelegen voor het aannemen van rechtsmacht voor vordering D. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de Stichting een strekkingsbeding in de zin van artikel 101 VWEU aan haar vorderingen ten grondslag legt, waarbij de concrete effecten op de mededinging niet behoeven te worden onderzocht, en zich beroept op de CFTC-Orders en andere bevindingen waarvan niet nu reeds duidelijk is dat die geheel buiten beschouwing moeten worden gelaten.

Gezien hun deelname aan of betrokkenheid bij het JPY LIBOR panel moet het voorts voor Lloyds c.s. ieder voor zich redelijkerwijs voorzienbaar zijn geweest dat zij voor een vordering die betrekking heeft op vermeende onregelmatigheden bij de vaststelling van de JPY LIBOR zoals de vorderingen A(3) en D in rechte zouden kunnen worden betrokken voor het gerecht in de woonplaats van een (andere) panelbank in het JPY LIBOR panel, waaronder Rabobank.

Waar de gestelde afstemming feitelijk plaatsvond en of vordering D al dan niet een reële band heeft met Nederland is in dit verband niet van belang.

- 4.12 De slotsom luidt dat de rechtbank Amsterdam rechtsmacht heeft ten aanzien van vordering D. Er is geen grond voor beperking van deze rechtsmacht zoals Lloyds c.s. in hun hoger beroep (meer) subsidiair hebben geconcludeerd.

Vordering E

- 4.13 Vordering E strekt ertoe groepsaansprakelijkheid zoals bedoeld in artikel 6:166 BW vast te stellen. Niet aannemelijk is dat de vorderingen tegen alle geïntimeerden worden beheerst door Nederlands recht. Evenmin is voldoende aannemelijk dat de mogelijk toepasselijk rechtssystemen een regeling kennen met eenzelfde inhoud en strekking of die tot hetzelfde resultaat leidt als artikel 6:166 BW. Dat betekent dat niet is voldaan aan de voor toepassing van artikel 8 lid 1 Verordening Brussel I-bis gestelde eis van eenzelfde situatie rechtens. Anders dan de rechtbank concludeert het hof dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft ten aanzien van vordering E.

Ontvankelijkheid collectieve actie

- 4.14 Ongeacht het recht dat van toepassing is op de vorderingen van de Stichting moet de ontvankelijkheid van de collectieve acties van de Stichting worden beantwoord naar Nederlands recht (artikel 10:3 BW). Omdat de vorderingen zijn ingesteld voor 1 januari 2020 geldt in deze zaak artikel 3:305a BW zoals deze bepaling tot 1 januari 2020 gold (hierna: artikel 3:305a (oud) BW).
- 4.15 Op grond van artikel 3:305a lid 1 (oud) BW kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt (hierna ook: collectieve actie).
- 4.16 Aan het uit lid 1 van artikel 3:305a (oud) BW voortvloeiende gelijksoortigheids-vereiste is voldaan indien de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. Zo kan immers in één procedure geoordeeld worden over de door de rechtsvordering aan de orde gestelde geschilpunten en vorderingen, zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden betrokken behoeven te worden (HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756).
- 4.17 Het is niet noodzakelijk dat de Belanghebbenden waarvoor de Stichting in deze collectieve actie opkomt zich aantoonbaar bij de Stichting gemeld hebben of dat de Stichting op een andere manier de individuele leden behorend tot haar achterban identificeert. Hoewel de feitelijke en juridische posities van de Belanghebbenden verschillen, hebben zij voldoende gelijksoortig belang bij de onder A, B en D gevorderde verklaringen voor recht. Hierdoor lenen hun belangen zich voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming van de belanghebbenden kan worden bevorderd. De Belanghebbenden hebben blijkens de statuten van de Stichting namelijk gemeen dat zij in de Relevante Periode een (neven)vestiging of kantoor in de Europese Unie hadden en in die periode buiten de Verenigde Staten aan de rentebenchmarks gerelateerde transacties hebben verricht. Hoewel de gestelde beïnvloeding van de rentebenchmarks ook gunstig kan hebben uitgepakt voor Belanghebbenden, komt de Stichting blijkens haar statuten alleen op voor Belanghebbenden die een in de statuten omschreven Claim stellen te hebben en dus nadelige gevolgen stellen te hebben ondervonden van de vermeende onrechtmatige beïnvloeding van de rentebenchmarks. De vraag of die gedragingen onrechtmatig zijn en tot schade kunnen hebben geleid bij (een deel van de) Belanghebbenden, kan worden beantwoord zonder daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele Belanghebbenden te betrekken. De individuele omstandigheden van de

Belanghebbenden zijn pas relevant bij vragen omtrent bijvoorbeeld schade(omvang), causaal verband en voordeelstoerekening. Een andere opvatting zou toepassing van artikel 3:305a (oud) BW onaanvaardbaar beperken. Zie rov. 4.8.1 van HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 en rov. 4.4 van HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399).

4.18 Zoals hiervoor is overwogen, biedt het collectief actierecht van artikel 3:305a (oud) BW de mogelijkheid om op een efficiënte en effectieve wijze rechtsbescherming te bieden tegen de aantasting van belangen die grote groepen burgers gezamenlijk raken. In de wetsgeschiedenis van artikel 3:305a (oud) BW is opgemerkt dat hierin de meerwaarde ligt van de collectieve actie ten opzichte van het voeren van individuele procedures door de belanghebbenden zelf. Daarbij is opgemerkt dat een collectieve actie niet-ontvankelijk dient te worden verklaard indien een collectieve actie geen enkel voordeel biedt boven procederen op naam van de belanghebbenden zelf. Zie Kamerstukken I 1993-1994, 22 486, nr. 103b (MvA), p. 1 en Kamerstukken II 2011-2012, 33 126, nr. 3 (MvT), p. 6-7.

4.19 Deze collectieve actie gaat over de vraag of de aan de vorderingen A en D ten grondslag gelegde gedragingen onrechtmatig zijn en, wat vordering B betreft of is voldaan aan de vereisten van medeaansprakelijkheid op de voet van artikel 6:166 BW, indien van toepassing.

Aan de vorderingen A(3) en D is ten grondslag gelegd dat het Unierechtelijk kartelverbod is overtreden, dus dat sprake is van samenspanning door Rabobank c.s. met een onmiddellijk en wezenlijk effect binnen de Europese Unie. De vorderingen lenen zich daarom voor bundeling, ook al zal het recht dat van toepassing is op de onrechtmatige daad, mogelijk tot (verdere) beoordeling van de gestelde aansprakelijkheid van Rabobank c.s. naar verschillende rechtsstelsels leiden.

Overeenkomstig de bedoeling van de Stichting bewerkstelligen deze vorderingen dat het daaraan ten grondslag gelegde onrechtmatig handelen van Rabobank (c.s.)

waaronder de aan de vorderingen A(3) en D ten grondslag gelegde overtreding van het Unierechtelijk kartelverbod, die (nog) niet is vastgesteld in een beschikking van de Europese Commissie of een nationale mededingingsautoriteit in één keer in deze procedure kan worden beoordeeld, als opmaat voor het vorderen van schadevergoeding of het treffen van een schikking.

4.20 De onder A, B en D gevraagde verklaringen voor recht zijn niet zo algemeen geformuleerd dat deze collectieve actie geen enkel voordeel biedt boven individuele vorderingen. Indien en voor zover deze vorderingen worden toegewezen, kunnen de individuele Belanghebbenden schadevorderingen instellen of trachten een minnelijke regeling te treffen. Het ligt in de rede dat de schadebegroting per Belanghebbende een nadere feitenvaststelling zal vergen met betrekking tot hun individuele transacties en mogelijk met betrekking tot (meer) concrete gevallen van beïnvloeding van de rentebenchmarks. Dat neemt niet weg dat beoordeling van de vorderingen A, B en D in deze collectieve actie kan bijdragen aan een efficiënte en effectieve rechtsbescherming. Daarbij is van belang dat er geen aanknopingspunten zijn om aan te nemen dat de groep daadwerkelijk benadeelde Belanghebbenden zo klein is dat de collectieve actie geen enkel voordeel biedt boven door hen individueel in te stellen vorderingen. De Benadeelden hebben dus baat bij deze collectieve actie.

4.21 Het met vordering C door de Stichting beoogde algemene oordeel dat aannemelijk is dat er Belanghebbenden zijn die zijn verarmd waarbij Rabobank zich heeft verrijkt (MvG 5.2) is zonder nadere toelichting, die ontbreekt, zo algemeen dat aannemelijk is dat de collectieve actie op dit punt geen voordeel biedt boven individuele vorderingen. De rechtbank heeft de collectieve actie van de Stichting voor zover betreffend vordering C terecht niet-ontvankelijk verklaard.

4.22 Artikel 3:305a lid 2 (oud) BW bepaalt dat een eiser niet-ontvankelijk is indien hij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door overleg met de wederpartij te bereiken. Voorafgaand aan het uitbrengen van de dagvaarding op 14 december 2017 heeft de Stichting in augustus 2016 en in juni 2017 Rabobank c.s. gevraagd in overleg te treden over een schikking. Bij de tweede brief was een vergevorderd concept van de dagvaarding gevoegd. Naar aanleiding van de reactie van Rabobank, Lloyds en ICAP dat de claim onvoldoende duidelijk was, heeft de Stichting aan hen (en ook aan UBS c.s.) een nadere uiteenzetting toegezonden en datavoorstellen

gedaan voor overleg. Op 11 oktober 2017 heeft de Stichting overleg gevoerd met ICAP. Anders dan Rabobank c.s. betogen, heeft de Stichting hiermee voldaan aan het in artikel 3:305a lid 2 (oud) BW neergelegde overlegvereiste, dat ertoe strekt rauwelijkse dagvaarding te voorkomen en te bevorderen dat partijen zelf tot een oplossing komen.

- 4.23 Ingevolge de in 2013 ingevoerde laatste zin van artikel 3:305a lid 2 (oud) BW is een eiser niet-ontvankelijk, indien met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, onvoldoende gewaarborgd zijn.

Niet in geschil is dat de Stichting is opgericht met het oog op deze collectieve actie. Elco Investor Services LLC (hierna: EIS), een Amerikaanse vennootschap die is voortgekomen uit een samenwerking tussen een Amerikaans advocatenkantoor en een groep Amerikaanse procesinvesteerders, financiert de collectieve actie en ondersteunt deze in praktische zin. Volgens Rabobank c.s. is de Stichting, in strijd met de Claimcode, niet meer dan een vehikel van (de partijen achter) EIS en zijn de werkelijke beweegredenen van deze collectieve actie gelegen in de eigen commerciële belangen van (de partijen achter) EIS. Het hof volgt Rabobank c.s. daarin niet.

Collectieve acties als deze zijn kostbaar en moeten gefinancierd kunnen worden, ook extern. Naar aanleiding van het standpunt van Rabobank c.s. dat de Stichting niet aan de Claimcode (versie 2019 dan wel 2011) voldoet, heeft de Stichting concreet en gemotiveerd uiteengezet dat dit wel zo is. Zij heeft afdoende uiteengezet dat EIS en/of de partijen achter EIS geen zeggenschap heeft/hebben over de inhoudelijke beslissingen van de Stichting en heeft de financieringsafspraken toegelicht, met inbegrip van het op haar website genoemde in te houden percentage bij succes van de collectieve actie. Rabobank c.s., die ook zonder kennisname van de vertrouwelijke financieringsdocumentatie daarover een inhoudelijk standpunt moeten kunnen innemen, hebben niet voldoende gemotiveerd gereageerd op de stelling van de Stichting dat de vergoeding voor EIS marktconform is.

- 4.24 Voorts is niet gesteld of gebleken dat de Stichting geen (voldoende) kennis en vaardigheden heeft om belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, te behartigen,
- 4.25 Uit het voorgaande volgt dat de collectieve actie wat betreft de vorderingen A, B en D voldoet aan de in artikel 3:305a (oud) BW gestelde ontvankelijkheidseisen. Anders dan de rechtbank acht het hof de collectieve actie van de Stichting in zoverre ontvankelijk.

- 4.26 Als in een later stadium wordt geoordeeld dat niet alle aan de vorderingen A en D ten grondslag gelegde gedragingen zich hebben voorgedaan en/of als onrechtmatig zijn aan te merken dan wel tot schade hebben geleid of als zou blijken dat één of meer van de gedaagde partijen niet (geheel) aansprakelijk is/zijn, zal dat tot (gedeeltelijke) afwijzing van de vorderingen A en D leiden. Hetzelfde geldt voor vordering B als de conclusie luidt dat niet wordt voldaan aan de eisen van artikel 6:166 BW, indien van toepassing. In het oordeel over ontvankelijkheid van deze vorderingen is verdisconteerd dat, naar niet in geschil is, de (individuele) schadevaststelling een zeer complexe aangelegenheid zal zijn en voorts dat mogelijk zal blijken dat wel kan worden vastgesteld dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is, maar dat het zeer moeilijk is om de (individuele) schade van de Belanghebbenden te begroten.

Slotsom en vervolg procedure

- 4.27 Gezien de voorgaande beoordeling kunnen vonnissen I en II niet geheel in stand blijven. Belang bij (een verdere) bespreking van de afzonderlijke grieven en weren ontbreekt. Er zijn geen bewijsaanbiedingen gedaan van voldoende gemotiveerde relevante stellingen die, indien bewezen, tot een andere uitkomst leiden.
- 4.28 Overeenkomstig de door de rolraadsheer goedgekeurde procesafspraken zullen partijen in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten over het vervolg van de procedure, in het bijzonder de vraag of de zaken al dan niet kunnen of moeten worden terugverwezen naar de rechtbank. De zaak zal naar de rol worden verwezen voor een gelijktijdig te nemen akte van partijen.

4.29 Het hof houdt iedere verdere beslissing aan. In het na de uitlatingen van partijen te wijzen arrest zal het hof beslissen over het verzoek van Rabobank c.s. om tussentijds cassatieberoep open te stellen.

5 Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van 2 april 2024 voor gelijktijdig door de Stichting en Rabobank c.s. te nemen aktes waarin zij zich uitlaten over het verdere verloop van de procedure (zie rov. 4.28);

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. L. Alwin, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, en J.W.M. Tromp en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 5 maart 2024.