

een Pakketpolis naar verwachting € 1.500 uitgekeerd krijgen. Daaruit concludeert het hof dat deze polishouders ook met het beroep van Yarden op de en-bloc-clausule beter af zijn dan bij het faillissement van Yarden – een situatie die reeel is indien dat beroep niet mogelijk is. Ook al zou Yarden verkeerde keuzes hebben gemaakt en daardoor nu geen andere mogelijkheid hebben dan het invoeren van de en-bloc-clausule teneinde de gevolgen van die keuzes te compenseren, volgens het hof blijft overeind dat de eisers er uiteindelijk belang bij hebben dat Yarden zich op deze clausule kan beroepen. De slotconclusie is dat weliswaar niet is uitgesloten dat de bodemrechter zal oordelen dat Yarden zich niet op en-bloc-clausule kan beroepen, maar dat dit niet voldoende aannemelijk is om de (geclausuleerde) toewijzing van het in dit kort geding gevorderde te rechtvaardigen – en al helemaal niet wanneer de wederzijdse belangen van partijen in aanmerking worden genomen. Dat betekent dat deze vorderingen ook op inhoudelijke gronden – dus afgezien van het ontbreken van een spoedeisend belang – niet toewijsbaar zijn.

10. Vaststaat dat 18 van de oorspronkelijk 19 eisers van plan zijn om een bodemprocedure te starten. Zij verzochten de kantonrechter om een voorlopig getuigenverhoor te gelasten. Deze heeft dit onweersproken toegewezen (ECLI:NL:RBMNE:2020:5245). Ik sluit niet uit dat de door de kantonrechter en het hof uitgesproken gedachte werkelijkheid wordt en dat de bodemrechter het invoeren van de en-bloc-clausule in strijd met de redelijkheid en billijkheid maatschappelijk onaanvaardbaar acht.

mr. dr. C.J. de Jong
consultant bij mr. dr. C.J. de Jong Consultancy & Support en als onderzoeker verbonden aan het Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS)

42

Claimstichting niet-ontvankelijk wegens gebrek aan baat

Rechtbank Amsterdam
9 december 2020, nr. HA ZA 18-416,
ECLI:NL:RBAMS:2020:6122
(mr. Jongeneel, mr. Bakker, mr. Broesterhuizen)
Noot prof. mr. T.M.C. Arons

Collectieve claimstichting niet-ontvankelijk in art. 3:305a BW-procedure over rentebenchmarktarieven. Aan gelijksoortig belangver-eiste en waarborgvereiste is niet voldaan. Niet is gebleken dat met collectieve actie effectieve en/of efficiënte rechtsbescherming kan worden bereikt.

[BW art. 3:305a (oud)]

De vorderingen van de Stichting vragen een oordeel over het handelen van panelbanken en een interdealer broker ten aanzien van verschillende rentebenchmarks (verschillende valuta en verschillende looptijden) over een bepaalde periode. De achterban waarvoor de Stichting optreedt, is een ruime groep van personen die gemeen hebben dat zij – kort gezegd – een (neven)vestigingsplaats of kantoor in de Europese Unie hebben en transacties buiten de VS hebben verricht die op enige wijze gerelateerd waren aan de rentebenchmarks. Dat mogelijk verschillende rechtstelsels op de vorderingen van de Stichting van toepassing zijn, staat er niet aan in de weg dat het, gelet op de gevraagde verklaringen voor recht, op zich mogelijk is om een oordeel te geven over de door de Stichting aan de orde gestelde geschilpunten. Die staan immers in zijn algemeenheid inderdaad los van de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden. Dat betekent dat de belangen voor zover het gaat om de vorderingen voldoende “bundelbaar” zijn. Anders is dat voor de Ongerechtvaardigde Verrijking-vorderingen jegens Rabobank.

Voor de vraag of de collectieve actie voor de overige vorderingen een effectieve en efficiënte rechtsgang is, moet ook worden beoordeeld of de

individuele belanghebbenden baat hebben bij toewijzing van de gevorderde verklaringen voor recht. Dat is in deze collectieve actie niet het geval. Als immers voor recht wordt verklaard dat in een bepaalde periode structureel rentebenchmarks zijn gemanipuleerd en/of daartoe is samengespannen, is dat nog onvoldoende om een individuele belanghebbende daadwerkelijk verder te helpen. Als de gevorderde verklaringen voor recht worden toegewezen, volgt daaruit namelijk niet dat voor elke dag in de relevante periode voor alle in geschil zijnde rentebenchmarks geldt dat die zijn gemanipuleerd. Ook betekent een transactie op basis van een gemanipuleerde rentebenchmark niet automatisch dat sprake is van een benadeling. Het kan immers zo zijn dat bij de transactie als gevolg van de manipulatie juist een voordeel is behaald.

Een en ander brengt mee dat een partij die een financieel product heeft gehad dat gerelateerd was aan een rentebenchmark in de relevante periode op basis van een toegewezen verklaring voor recht in deze collectieve actie niet op eenvoudige wijze aanspraak zal kunnen maken op schadevergoeding in een vervolprocedure. Ook als zou worden aangenomen dat onrechtmatige manipulatie en samenspanning ten aanzien van bepaalde rentebenchmarks heeft plaatsgevonden, staat daarmee niet vast dat jegens een individuele belanghebbende die in de periode dat manipulaties hebben plaatsgevonden een product gerelateerd aan een rentebenchmark had, in concreto onrechtmatig is gehandeld en – zo dat al zo is – dat die belanghebbende hierdoor ook daadwerkelijk schade heeft geleden.

Dat de Stichting blijkens haar statuten enkel de belangen behartigt van financiële instellingen die nadeel hebben geleden, maakt het voorgaande niet anders. Het gaat bij de financiële instellingen zoals die worden genoemd in de statuten van de Stichting om partijen die veelvuldig transacties verrichten, waarbij de gevolgen van gemanipuleerde rentebenchmarks zowel negatief als positief kunnen zijn. Pas nadat ten aanzien van elke transactie de in de vorige overweging genoemde vaststellingen hebben plaatsgevonden, kan worden vastgesteld of een partij per saldo daadwerkelijk nadeel heeft geleden. Daarom is het in zoverre niet op voorhand duidelijk voor welke van de in de statuten van de Stichting genoemde financiële instellingen zij opkomt. Het is dus niet zo dat vooraf de partijen die schade hebben geleden

concreet kunnen worden aangewezen. Dit wordt nog versterkt door de omstandigheid dat de transacties van haar potentiële achterban gelet op de definities in de statuten allerlei verschillende transacties gerelateerd aan verschillende rentebenchmarks kunnen zijn en kunnen zijn afgesloten tijdens verschillende periodes in een omvangrijk geografisch gebied.

Omdat in een individuele vervolprocedure in concreto zal moeten worden aangetoond dat schade is geleden doordat op de dagen dat de prijs van een financieel product dat afhing van een rentebenchmark Rabobank c.s. de rentebenchmark heeft gemanipuleerd, is een verklaring voor recht in deze collectieve actie dat in abstracto het manipuleren van rentebenchmarks in een bepaalde periode heeft plaatsgevonden, niet van toegevoegde waarde. Immers als in de individuele procedure de manipulatie op een of meer bepaalde dagen en de daaruit (per saldo) voortvloeiende schade is komen vast te staan, is daarmee ook de onrechtmatigheid van de manipulatie in concreto vastgesteld. Die vaststelling komt onafhankelijk tot stand van de vaststelling in abstracto in een collectieve actie. Als dit in een individuele procedure niet komt vast te staan, heeft de vaststelling in de collectieve actie evenmin enige betekenis.

Uit het voorgaande is af te leiden dat in dit geval voor het onrechtmatigheidsoordeel juist niet van de individuele omstandigheden van elk van de mogelijk benadeelden geabstraheerd kan worden.

De rechtbank komt derhalve tot het oordeel dat in de concrete omstandigheden niet is gebleken dat met deze collectieve actie en de daarin gevorderde verklaringen voor recht een effectieve en/of efficiënte rechtsbescherming kan worden bereikt. Daarbij komt dat de Stichting uitsluitend opkomt voor professionele financiële instellingen. Dergelijke partijen moeten mede gelet op de wetsgeschiedenis van de WAMCA als het daadwerkelijk gaat om grote financiële belangen, zoals de Stichting stelt, in staat worden geacht deze belangen door middel van individuele rechtsvorderingen te verdedigen.

Stichting Elco Foundation te Amsterdam,
eiseres,
advocaat: mr. W.P. Wijers,
tegen

1. Coöperatieve Rabobank UA te Amsterdam, gedaagde, advocaat: mr. B. Winters,
2. de rechtspersoon naar buitenlands recht Lloyds Bank Plc te Londen (Verenigd Koninkrijk), gedaagde, advocaat: mr. S.H. Bouwers,
3. de rechtspersoon naar buitenlands recht UBS AG te Zürich (Zwitserland), gedaagde, advocaat: mr. W. Heemskerck,
4. de rechtspersoon naar buitenlands recht UBS Securities Japan Co. Ltd te Tokyo (Japan), gedaagde, advocaat: mr. W. Heemskerck,
5. de rechtspersoon naar buitenlands recht ICAP Europe Ltd te Londen (Verenigd Koninkrijk), gedaagde, advocaat: mr. S.J.H.M. Berendsen.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De feiten in deze zaak, zoals deels al vermeld in het tussenvonnis van 14 augustus 2019 en verder aangevuld voor zover van belang, komen op het volgende neer.

Rentebenchmarks

2.2. EURIBOR (Euro InterBank Offered Rate) en LIBOR (London InterBank Offered Rate) zijn verzamelnamen voor dagelijks gepubliceerde rentebenchmarks.

2.3. De EURIBOR-rentebenchmarks (voor verschillende looptijden) kwamen – in de in deze zaak relevante periode – tot stand doordat een groot aantal Europese banken die zijn aangesloten bij de European Banking Federation (de panelbanken) iedere werkdag aan het in Londen gevestigde Thomson Reuters doorgaf (*submit*) tegen welk rentetarief zij dachten dat een hypothetische grootbank ongedekte leningen in euro's met verschillende looptijden kon verstrekken of aantrekken. Nadat Thomson Reuters van alle panelbanken de tarieven had ontvangen, werden de laagste en de hoogste weggestreept en vormde het gemiddelde van de overgebleven waarden de EURI-

BOR-rentebenchmark voor de betreffende looptijd. De opgaven van EURIBOR-panelbanken waren dus gebaseerd op een inschatting van het tarief waartegen een hypothetische grootbank een interbancair deposito zou aanbieden aan een andere hypothetische grootbank.

2.4. De verschillende LIBOR-rentebenchmarks (voor verschillende valuta en verschillende looptijden) komen tot stand doordat een selectie van banken die zijn aangesloten bij de in Londen gevestigde British Bankers' Association (de panelbanken) elke werkdag aan Thomson Reuters doorgeeft (*submit*) tegen welk rentetarief zij op dat moment in de interbancaire geldmarkt een lening verwacht te kunnen aantrekken. Elke LIBOR-(valuta)rentebenchmark heeft een eigen samenstelling van de panelbanken. Nadat Thomson Reuters van alle panelbanken de tarieven heeft ontvangen, worden de laagste en de hoogste weggestreept en vormt het gemiddelde van de overgebleven waarden de LIBOR-rentebenchmark voor de betreffende valuta en betreffende looptijd. De LIBOR-panelbanken werden dus gevraagd een inschatting te maken van het tarief dat zij zouden betalen als zij zelf een interbancaire lening zouden aantrekken.

Rabobank c.s.

2.5. Rabobank, Lloyds en UBS c.s. zijn (panel) banken.

2.6. Rabobank was (in de in deze zaak relevante periode) panelbank voor EURIBOR en (in ieder geval) USD LIBOR, GBP LIBOR en JPY LIBOR.

2.7. Lloyds was (in de in deze zaak relevante periode) panelbank voor USD LIBOR, GBP LIBOR en JPY LIBOR.

2.8. UBS Zwitserland was (in de in deze zaak relevante periode) panelbank voor EURIBOR en (in ieder geval) USD LIBOR, GBP LIBOR, JPY LIBOR en CHF LIBOR.

UBS Japan was (in de in deze zaak relevante periode) panelbank voor (in ieder geval) JPY LIBOR en Euroyen TIBOR.

2.9. 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.

Onderzoek indieningsproces rentebenchmarks

2.10. Vanaf medio 2008 is de Amerikaanse Commodity Futures Trading Commission (hierna: CFTC) een onderzoek gestart naar het indie-

ningsproces van bepaalde LIBOR-rentebenchmarks door enkele (groot)banken in de Verenigde Staten van Amerika (hierna: de VS). Vervolgens hebben in de loop der jaren ook andere autoriteiten uit de VS, Europa en Japan onderzoeken naar de opgaven van verschillende rentebenchmarks door verschillende banken uitgevoerd. De CFTC heeft haar bevindingen ten aanzien van Rabobank c.s. neergelegd in verschillende zogeheten *Orders*. 2.11. Rabobank, Lloyds en UBS Zwitserland hebben nadien met verschillende autoriteiten (schikkings)overeenkomsten gesloten in verband met de uitkomst van de onderzoeken naar het indieningsproces met betrekking tot bepaalde LIBOR- en EURIBOR-rentebenchmarks. De feiten die betrekking hebben op de schikkingen met Amerikaanse autoriteiten zijn vastgelegd in een aantal *Statements of Facts*.

de Stichting

2.12. De Stichting is een in juni 2016 opgerichte collectieve claimstichting.

2.13. In de statuten van de Stichting staat voor zover van belang het volgende:

“(...) *Definities*.

Artikel 1.

In deze statuten hebben de volgende met een beginhoofdletter geschreven begrippen de volgende betekenis:

Belanghebbenden: alle personen (daaronder begrepen rechtspersonen) die gedurende de Relevante Periode woonachtig, gevestigd en/of kantoorhoudende (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:

- de ‘London Interbank Offered Rate’ (‘LIBOR’) ter zake van de Japanse Yen (‘JPY LIBOR’), Britse Pond (‘GBP LIBOR’), Amerikaanse Dollar (‘USD LIBOR’) en/of Zwitserse Franc (‘CHF LIBOR’);
- de Euro Interbank Offered Rate (‘EURIBOR’);
- de ‘Tokyo Interbank Offered Rate’ (‘TIBOR’) ter zake van de Japanse Yen in de offshore markt (ook wel aangeduid als de Euroyen markt);
- de ‘Singapore Interbank Offered Rate’ (‘SIBOR’);
- de ‘Singapore Swap Offer Rate’ (‘SOR’);
- de ‘Bank Bill Swap’ (‘BBSW’) en/of
- de ‘Hong Kong Interbank Offered Rate’ (‘HIBOR’);

ii. op een lening rente hebben betaald die was gekoppeld aan of afgeleid was van JPY LIBOR, GBP LIBOR, USD LIBOR, CHF LIBOR, EURIBOR, TIBOR, SIBOR, SOR, BBSW en/of HIBOR, 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 JPY LIBOR, GBP LIBOR, USD LIBOR, CHF LIBOR, EURIBOR, TIBOR, SIBOR, SOR, BBSW en/of HIBOR, welke transacties en/of betalingen hebben plaatsgevonden gedurende de Relevante Periode en welke transacties en/of betalingen buiten de Verenigde Staten van Amerika hebben plaatsgevonden.

Belanghebbenden kunnen niet zijn Financiële Instellingen (zoals hierna gedefinieerd).

Claims:

klachten, aanspraken en vorderingen van Belanghebbenden jegens een of meer Financiële Instellingen met betrekking tot (vermeende) verliezen of schade die 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 JPY LIBOR, GBP LIBOR, USD LIBOR, CHF LIBOR, EURIBOR, TIBOR, SIBOR, SOR, BBSW en/of HIBOR.

(...)

Financiële Instellingen:

rechtspersonen die als (voormalig) lid van het panel van banken of anderszins hebben bijgedragen aan de totstandkoming van JPY LIBOR, GBP LIBOR, USD LIBOR, CHF LIBOR, EURIBOR, TIBOR, SIBOR, SOR, BBSW en/of HIBOR in de Relevante Periode, daaronder begrepen doch niet beperkt tot:

[onder meer: Rabobank c.s.; de rechtbank]

Relevante Periode:

de periode van een januari tweeduizend een tot en met dertig juni twee duizend elf.

(...)

Doel en middelen.

Artikel 3.

3.1. De Stichting heeft tot doel:

a. het behartigen van de belangen van Belanghebbenden die schade lijden, schade dreigen te lijden en/of schade hebben geleden ten gevolge van het handelen of nalaten van de Financiële Instellingen dat aanleiding geeft tot een Claim;

b. het behartigen van de belangen van de Belanghebbenden in verband met een of meer Vaststellingsovereenkomsten waarvan de verbindendverklaring wordt verzocht aan het Gerechtshof krachtens de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM);

c. het verkrijgen en verdelen van financiële compensatie voor (een gedeelte van) de schade welke Belanghebbenden stellen te hebben geleden, een en ander met inachtneming van een Vaststellingsovereenkomst, en het verrichten van al hetgeen verband houdt met het hiervoor bepaalde, dan wel daaraan dienstig kan zijn, een en ander in de ruimste zin van het woord.
(...)"

2.14. De Stichting werkt samen met de Amerikaanse vennootschap Elco Investor Services LLC (hierna: Elco Investor Services). Elco Investor Services financiert de onderhavige collectieve actie en verricht daarnaast uitvoerende werkzaamheden ten behoeve van de collectieve actie. Elco Investor Services is voortgekomen uit een samenwerking tussen het Amerikaanse advocatenkantoor Lowey Dannenberg Cohen & Hart P.C. (hierna: Lowey Dannenberg) en Evest & Ocean Venture Companies (hierna: Evest), een groep Amerikaanse procesinvesteerdere.

2.15. De Stichting heeft vijf brieven van december 2017 in het geding overgelegd, afkomstig van instellingen die hun steun uitspreken voor deze collectieve actie. Drie van de brieven zijn afkom-

stig van (onderdelen van) een Amerikaanse opkoper van claims: Lake Avenue Capital LLC. De vierde brief is afkomstig van een op Jersey (Kanaaleilanden) gevestigd bedrijf (Brevan Howard Capital Mangement LP) en de vijfde brief is afkomstig van een bedrijf dat actief is op de Amerikaanse *futures* markt (OSTC Limited).

2.16. Daarnaast heeft de Stichting een verklaring overgelegd van Battea Class Action Services, een aan Evest gelieerd Amerikaans bedrijf dat diensten uitoefent voor institutionele collectieve acties en de Stichting bijstaat in de onderhavige collectieve actie (hierna: Battea). In de verklaring van Battea staat onder meer het volgende:

"Our Clients' Netherlands Stichting ELCO Foundation Litigation client submissions and participation:

Specifically to the Dutch action, we have received a significant amount of eligible transactions from a large number of Clients, their Custodians and Prime Brokers. The data has been on-boarded and is stored in our secure data-centers, awaiting further developments and requirements for submission.

Currently the total aggregate eligible Clients that have provided transactional data in connection with this litigation is:

– 101 Clients with 240 trillion Euros in notional transaction value.

– As the litigation reaches certain milestones, we expect a significant data production from our remaining client base

– Meanwhile and as you know, the number of Clients that have pre-authorized us to file and submit documentation in support of the Stichting ELCO Foundation litigation already represent trillions of Euros in transactions. We have provided you supporting documentation including transactional information and certification thereof.

– We believe those Clients are representative in nature compared to the rest of our client base.

(...)"

2.17. De Stichting heeft in juli en augustus 2016 brieven gezonden aan (onder meer) Rabobank c.s. met het verzoek te laten weten of zij bereid was met de Stichting in overleg te treden over een schikking. Hierop hebben partijen met elkaar gecorrespondeerd en heeft Rabobank c.s. onder meer verzocht om nadere informatie. In juni 2017 heeft de Stichting een conceptdagvaarding gezonden aan Rabobank c.s. Ook dit heeft geleid tot verzoeken om nadere informatie. Op 11 oktober

2017 heeft er een bespreking plaatsgevonden tussen ICAP en de Stichting.

3. *Het geschil en het tussenvonnissen van 14 augustus 2019*

3.1. De Stichting verwijt Rabobank c.s. in de kern dat zij onrechtmatig heeft gehandeld of ongerechtvaardigd is verrijkt, door rente(benchmark) tarieven in de periode tussen (in ieder geval) 2001 tot en met eind 2010 individueel en in onderlinge samenspraak te manipuleren.

3.2. De Stichting heeft 24 verklaringen voor recht gevorderd, die in het vonnis van 14 augustus 2019 (hierna: het tussenvonnissen) zijn vermeld en daar zijn aangeduid als:

- de Interne Organisatie-vorderingen,
- de Manipulatie-vorderingen,
- de Samenspanning-vorderingen,
- de Groepsaansprakelijkheid-vorderingen,
- de Ongerechtvaardigde Verrijking-vorderingen en
- de Specifieke Data-vorderingen.

3.3. Hieraan heeft de Stichting – zeer kort samengevat – onder meer het volgende ten grondslag gelegd.

– Rabobank c.s. heeft, mede vanwege haar tekortschietende interne organisatie en ondeugdelijke compliance, onaanvaardbare risico's op normoverschrijdend handelen door medewerkers in de hand gewerkt en gefaciliteerd.

– Rabobank, UBS c.s. en Lloyds hebben met medewerking van ICAP kunstmatige of gemanipuleerde tarieven ten behoeve van de rentebenchmark-vaststelling ingediend.

– ICAP heeft Rabobank, UBS c.s. en Lloyds gefaciliteerd bij de manipulatie van de rentetarieven.

3.4. Rabobank c.s. heeft afzonderlijke incidenten opgeworpen.

3.5. In het tussenvonnissen gewezen tussen de Stichting als verweerster in de incidenten en Rabobank c.s. en de twee rechtspersonen Lloyds Banking Group plc (in het tussenvonnissen samen met Lloyds aangeduid als Lloyds c.s.) en ICAP plc (in het tussenvonnissen samen met ICAP aangeduid als ICAP c.s.) als eiseressen in de incidenten (zie ECLI:NL:RBAMS:2019:5827) heeft de rechtbank:

- de vordering van Rabobank in het incident tot aanhouding en het openstellen van tussentijds hoger beroep afgewezen (r.o. 5.1 tot en met 5.9),
- zich onbevoegd verklaard ten aanzien van de Interne Organisatie-vorderingen, de Manipulatie-vorderingen, de Ongerechtvaardigde Verrij-

king-vorderingen en de Specifieke Data-vorderingen jegens Lloyds c.s., UBS c.s. en ICAP c.s. (r.o. 7.1 tot en met 7.23),

– zich onbevoegd verklaard ten aanzien van de Samenspanning- en Groepsaansprakelijkheid-vorderingen jegens Lloyds Banking Group plc en ICAP plc (r.o. 7.1 tot en met 7.23),

– zich onbevoegd verklaard ten aanzien van de Samenspanning- en Groepsaansprakelijkheid-vorderingen jegens Lloyds, UBS c.s. en ICAP voor zover het andere rentebenchmarks betreft dan JPY LIBOR (r.o. 7.1 tot en met 7.23),

– de verzoeken van Lloyds c.s., UBS c.s. en ICAP c.s. om aanhouding afgewezen (r.o. 7.24 en 7.25),

– het verzoek van Lloyds, UBS c.s. en ICAP ten aanzien van wie het vonnis als tussenvonnissen geldt om hoger beroep open te stellen toegewezen (r.o. 7.26).

3.6. De rechtbank heeft zich dus wat betreft Lloyds, UBS c.s. en ICAP (slechts) bevoegd verklaard tot kennisneming van de Samenspanning- en Groepsaansprakelijkheid-vorderingen betreffende JPY LIBOR. Lloyds Banking Group plc en ICAP plc maken gelet op het oordeel in het tussenvonnissen niet langer deel uit van deze procedure. De Stichting, Lloyds, UBS c.s. en ICAP hebben geen (tussentijds) hoger beroep ingesteld van het tussenvonnissen.

3.7. Op basis van de gemaakte procesafspraken hebben partijen zich na het tussenvonnissen uitgelaten over twee onderwerpen, te weten de ontvankelijkheid van de Stichting en het toepasselijk recht. In dit vonnis wordt daarom geoordeeld over deze twee onderwerpen, een en ander voor zover daaraan wordt toegekomen.

4. *De verdere beoordeling: de ontvankelijkheid van de Stichting*

4.1. De vraag of de Stichting als 305a-organisatie ontvankelijk is jegens Rabobank c.s. moet op de voet van artikel 10:3 van het Burgerlijk Wetboek (BW) worden beantwoord naar Nederlands recht. Dit geldt ongeacht het recht dat van toepassing is op de vorderingen van de Stichting jegens Rabobank c.s. Dit is tussen partijen ook niet in geschil.

4.2. Met ingang van 1 januari 2020 is de Wet afwikkeling van massaschadezaken in een collectie actie (Wamca) inwerking getreden. De Wamca is echter gelet op artikel 119a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek niet op deze zaak van toepassing, omdat de rechtsvorderingen in deze zaak zijn ingesteld voor de datum van inwerkingtre-

ding van deze wet. Van toepassing is de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM), zoals neergelegd in onder meer artikel 3:305a BW zoals deze bepaling tot 1 januari 2020 gold.

4.3. Artikel 3:305a lid 1 BW (oud) bepaalt dat (onder meer) een stichting een rechtsvordering kan instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Dit gelijksoortigheidsvereiste houdt in dat de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbende kan worden bevorderd. Aldus kan immers in één procedure worden geoordeeld 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 hoeven te worden (HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, Baas in Eigen Huis/Plazacasa, r.o. 4.2). Voldoende gelijksoortigheid van belangen hoeft niet mee te brengen dat de posities, achtergronden en belangen van degenen ten behoeve van wie een collectieve actie wordt ingesteld identiek of zelfs overwegend gelijk zijn. In een collectieve actie past dan ook een zekere abstracte toetsing (vgl. HR 27 november 2009 («JOR» 2010/43, m.nt. Frielink; *red.*), ECLI:NL:HR:2009:BH2162, WorldOnline, r.o. 4.8).

4.4. Op grond van lid 2 van artikel 3:305a BW is een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 niet-ontvankelijk indien hij onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg te bereiken en indien met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld onvoldoende gewaarborgd zijn. De vraag of de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, voldoende gewaarborgd zijn, moet aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval worden beantwoord. Die toets moet op grond van de situatie zoals die nu is (“*ex nunc*”) plaatsvinden. Daarbij moeten volgens de wetgeschiedenis (TK 2011-2012, 33 126, nr. 3, p. 12 en 13), in geval van betwisting, twee centrale vragen beantwoord worden:

1. in hoeverre hebben de betrokkenen uiteindelijk baat bij de collectieve actie indien het gevorderde wordt toegewezen, en

2. in hoeverre mag erop vertrouwd worden dat de eisende organisatie over voldoende kennis en vaardigheden beschikt om de procedure te voeren.

Gezichtspunten die hierbij een rol kunnen spelen zijn onder meer:

- a. welke overige werkzaamheden heeft de organisatie verricht om zich voor de belangen van betrokkenen in te zetten en heeft de organisatie in het verleden ook daadwerkelijk doelstellingen kunnen realiseren,
- b. indien sprake is van een ad-hocorganisatie, is deze opgericht door een reeds bestaande organisatie die in het verleden succesvol de belangen van de betrokkenen heeft behartigd,
- c. hoeveel benadeelden zijn aangesloten bij de organisatie en in hoeverre ondersteunen zij de collectieve actie, en
- d. of de organisatie voldoet aan de principes uit de Claimcode.

4.5. Bij dit alles geldt dat voor de ontvankelijkheid niet wordt vereist dat de belangenorganisatie voldoende representatief is ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie deze actie is ingesteld (TK 2012-2013, 33 126, nr. 7, p. 8 en HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, Baas in Eigen Huis/Plazacasa, r.o. 4.2). Wel is het zo dat als een collectieve actie geen enkel voordeel biedt boven het procederen op naam van een belanghebbende, er dan volgens de wetgever de voorkeur dient te worden gegeven aan dat laatste. In beginsel heeft een tegenpartij er immers recht op te worden aangesproken door degenen om wiens belangen het in de procedure in feite gaat (TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 23).

4.6. Volgens Rabobank c.s. hebben de belanghebbenden voor wie de Stichting stelt op te komen onvoldoende baat bij toewijzing van de collectieve vorderingen in deze procedure. Zij voert daartoe aan dat per communicatie over een rentebenchmark en per Belanghebbende in de zin van de statuten van de Stichting onder meer dient te worden beoordeeld (1) of sprake was van een verzoek tot manipulatie, en, zo ja, (2) of de *submitter* verklaarde om gehoor te geven aan het ontoelaatbare verzoek, en, zo ja, (3) of de *submitter* vervolgens ook daadwerkelijk zijn opgave heeft aangepast aan het ontoelaatbare verzoek, en, zo ja, (4) of die opgave implausibel was in het licht van de (subjectiviteit van de) relevante LIBOR/EURIBOR-definitie, en, zo ja, (5) of de implausibele opgave de vaststelling van de betreffende rente-

benchmark op die specifieke dag daadwerkelijk heeft beïnvloed, en zo ja, (6) of die beïnvloeding (netto) effect heeft gehad op de concrete portfolio van de desbetreffende Belanghebbende, zoals die van dag tot dag was samengesteld. De gevorderde verklaringen voor recht bestrijken geen van deze basiselementen en zijn dermate hoog-over dat een individuele Belanghebbende daar niets aan zou hebben en vanaf “nul” zal moeten beginnen in een eventuele vervolgpcedure ook als de rechter de vorderingen van de Stichting integraal zou toewijzen. Daarbij wijst Rabobank c.s. erop dat dit nog sterker geldt als het oordeel van de rechtbank is gegeven naar een rechtsstelsel dat niet van toepassing is op de vorderingen tot schadevergoeding van de betreffende Belanghebbende in de vervolgpprocedure. Wanneer het op die vorderingen toepasselijke recht afwijkt van het recht dat zal worden toegepast in de collectieve actie, zal de beoordeling van de betreffende vorderingen immers weer opnieuw moeten plaatsvinden op basis van het wél toepasselijke rechtsstelsel. De collectieve actie leidt volgens Rabobank c.s. daarom niet tot een meer effectieve en meer efficiënte rechtsbescherming.

4.7. De Stichting brengt hiertegen in dat de centrale vraag in deze collectieve actie is hoe de feitelijke handelingen van Rabobank c.s. juridisch gekwalificeerd kunnen worden, waarbij dient te worden beoordeeld of het feitelijk doorgeven van valse rentetarieven onrechtmatig is en of het voeren van overleg met het doel zulke manipulaties zo effectief mogelijk te laten zijn onrechtmatig is. Daarbij dient te worden geabstraheerd van allerlei bijzondere omstandigheden met betrekking tot individuele leden van de achterban. De Belanghebbenden hebben volgens de Stichting wel baat bij deze actie, bijvoorbeeld met het oog op het nastreven van een oplossing buiten rechte of het in individuele vervolgpcedures vorderen van geleden schade onder verwijzing naar het declaratoir vonnis in deze collectieve actie. De omstandigheid dat de Stichting de rechter in deze procedure vraagt te abstraheren van individuele belanghebbenden doet niet af aan het gegeven dat de belangen waarvoor de Stichting opkomt gelijksoortig zijn. Het gedrag waar het om gaat en dat ter beoordeling voorligt, is dat Rabobank c.s. structureel heeft gemanipuleerd en in onderlinge samenspraak heeft samengespannen en dat de rentebenchmarks daarmee daadwerkelijk beïnvloed zijn, aldus steeds de Stichting.

4.8. De rechtbank overweegt als volgt. De vorderingen van de Stichting vragen een oordeel over het handelen van panelbanken en een *interdealer broker* ten aanzien van verschillende rentebenchmarks (verschillende valuta en verschillende looptijden) over een bepaalde periode. De achterban waarvoor de Stichting optreedt, is gegeven de definitie in de Statuten een ruime groep van personen die gemeen hebben dat zij – kort gezegd – een (neven)vestigingsplaats of kantoor in de Europese Unie hebben en transacties buiten de VS hebben verricht die op enige wijze gerelateerd waren aan de rentebenchmarks. Dat mogelijk verschillende rechtstelsels op de vorderingen van de Stichting van toepassing zijn, staat er niet aan in de weg dat het, gelet op de gevraagde verklaringen voor recht, op zich mogelijk is om een oordeel te geven over de door de Stichting aan de orde gestelde geschilpunten. Die staan immers, zoals de Stichting naar voren brengt, in zijn algemeenheid inderdaad los van de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden. Dat betekent dat de belangen voor zover het gaat om de vorderingen als genoemd onder 3.2 (met uitzondering van de Ongerechtvaardigde Verrijking-vorderingen jegens Rabobank) voldoende “bundelbaar” zijn.

4.9. Anders is dat voor de Ongerechtvaardigde Verrijking-vorderingen jegens Rabobank. Zij betoogt terecht dat de mate van verrijking en verarming afhangt van individuele omstandigheden en per belanghebbende kan verschillen, zodat een individuele beoordeling van de omstandigheden vereist is. Hierdoor zijn de belangen van de achterban van de Stichting onvoldoende bundelbaar en is de Stichting in deze vordering reeds hierom niet-ontvankelijk.

4.10. Voor de vraag of de collectieve actie voor de overige vorderingen een effectieve en efficiënte rechtsgang is, moet gelet op het hiervoor onder 4.4 geschetste kader ook worden beoordeeld of de individuele belanghebbenden baat hebben bij toewijzing van de gevorderde verklaringen voor recht. Dat is in deze collectieve actie niet het geval. Als immers voor recht wordt verklaard – zoals gevorderd – dat in een bepaalde periode structureel rentebenchmarks zijn gemanipuleerd en/of daartoe is samengespannen, is dat nog onvoldoende om een individuele belanghebbende daadwerkelijk verder te helpen. Als de gevorderde verklaringen voor recht worden toegewezen, volgt daaruit namelijk niet dat voor elke dag in de

relevante periode voor alle in geschil zijnde rentebenchmarks geldt dat die zijn gemanipuleerd. Ook betekent een transactie op basis van een gemanipuleerde rentebenchmark niet automatisch dat sprake is van een benadeling. Het kan immers zo zijn dat bij de transactie als gevolg van de manipulatie juist een voordeel is behaald.

4.11. Een en ander brengt mee dat een partij die een financieel product heeft gehad dat gerelateerd was aan een rentebenchmark in de relevante periode op basis van een toegewezen verklaring voor recht in deze collectieve actie niet op eenvoudige wijze aanspraak zal kunnen maken op schadevergoeding in een vervolgproucedure. Ook als zou worden aangenomen dat onrechtmatige manipulatie en samenspanning ten aanzien van bepaalde rentebenchmarks heeft plaatsgevonden, staat daarmee – zoals Rabobank c.s. ook terecht naar voren brengt – niet vast dat jegens een individuele belanghebbende die in de periode dat manipulaties hebben plaatsgevonden een product gerelateerd aan een rentebenchmark had in concreto onrechtmatig is gehandeld en – zo dat al zo is – dat die belanghebbende hierdoor ook daadwerkelijk schade heeft geleden. Hiervoor zal moeten worden vastgesteld:

- dat op bepaalde dagen de prijs van een of meer van de financiële producten van de individuele belanghebbende is vastgesteld op basis van een rentebenchmark en dat er dus in zoverre sprake is geweest van *exposure*,
- dat op die dag of dagen de rentebenchmark daadwerkelijk is gemanipuleerd als gevolg van een of meer niet-plausibele opgaven van Rabobank c.s. en/of samenspanning van Rabobank c.s. om de rentebenchmark te manipuleren;
- dat en in welke mate de gemanipuleerde rentebenchmark afweek van de rentebenchmark die zou zijn bepaald als Rabobank c.s. geen niet-plausibele opgaven zou hebben gedaan;
- dat deze afwijking in het nadeel van de individuele belanghebbende was, en indien hij op meerdere dagen *exposure* heeft gehad, dat dit per saldo in zijn nadeel was.

4.12. Dat de Stichting, zoals zij betoogt, blijkens haar statuten enkel de belangen behartigt van financiële instellingen die nadeel hebben geleden, maakt het voorgaande niet anders. Zoals Rabobank c.s. terecht naar voren brengt, gaat het bij de financiële instellingen zoals die worden genoemd in de statuten van de Stichting om partijen die veelvuldig transacties verrichten, waarbij de ge-

volgen van gemanipuleerde rentebenchmarks zowel negatief als positief kunnen zijn. Pas nadat ten aanzien van elke transactie de in de vorige overweging genoemde vaststellingen hebben plaatsgevonden, kan worden vastgesteld of een partij per saldo daadwerkelijk nadeel heeft geleden. Daarom is het in zoverre niet op voorhand duidelijk voor welke van de in de statuten van de Stichting genoemde financiële instellingen zij opkomt. Het is dus niet zo dat vooraf de partijen die schade hebben geleden concreet kunnen worden aangewezen. Dit wordt nog versterkt door de omstandigheid dat de transacties van haar potentiële achterban gelet op de definities in de statuten (zie 2.13) allerlei verschillende transacties gerelateerd aan verschillende rentebenchmarks kunnen zijn en kunnen zijn afgesloten tijdens verschillende periodes in een omvangrijk geografisch gebied.

4.13. Omdat in een individuele vervolgproucedure in concreto zal moeten worden aangetoond dat schade is geleden doordat op de dagen dat de prijs van een financieel product dat afhangt van een rentebenchmark Rabobank c.s. de rentebenchmark heeft gemanipuleerd, is een verklaring voor recht in deze collectieve actie dat in abstracto het manipuleren van rentebenchmarks in een bepaalde periode heeft plaatsgevonden niet van toegevoegde waarde. Immers als in de individuele procedure de manipulatie op een of meer bepaalde dagen en de daaruit (per saldo) voortvloeiende schade is komen vast te staan, is daarmee ook de onrechtmatigheid van de manipulatie in concreto vastgesteld. Die vaststelling komt onafhankelijk tot stand van de vaststelling in abstracto in een collectieve actie. Als dit in een individuele procedure niet komt vast te staan, heeft de vaststelling in de collectieve actie evenmin enige betekenis.

4.14. Uit het voorgaande volgt dat deze zaak afwijkt van de zaak WorldOnline (HR 27 november 2009 ECLI:NL:HR:2009:BH2162). In die zaak heeft de Hoge Raad in r.o. 4.8.1 geoordeeld:

“Bij deze collectieve actie staat immers uitsluitend ter beoordeling of het gedrag van World Online en de Banken bij de beursintroductie onrechtmatig is geweest. Bij de beantwoording van die vraag kan geabstraheerd worden van de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de beleggers.”

Uit hetgeen onder 4.10 en verder is uiteengezet is af te leiden dat in dit geval voor het onrechtmatigheidsoordeel juist niet van de individuele omstandigheden van elk van de mogelijk benadeelden geabstraheerd kan worden.

4.15. De door de Stichting naar voren gebrachte mogelijkheid van het treffen van een schikking doet aan het voorgaande onvoldoende af. De gevorderde verklaringen voor recht hebben alleen betrekking op de onrechtmatigheid van manipulaties van rentebenchmarks in het algemeen. Omdat de vraag of jegens een individuele bezitter van rentebenchmarks onrechtmatig is gehandeld steeds zal afhangen van de individuele omstandigheden, zoals hiervoor onder 4.10 en 4.11 uiteengezet, kunnen de gevorderde verklaringen voor recht geen aanknopingspunten bieden voor een minnelijke regeling.

4.16. De rechtbank komt gelet op het voorgaande tot het oordeel dat in de concrete omstandigheden niet is gebleken dat met deze collectieve actie en de daarin gevorderde verklaringen voor recht een effectieve en/of efficiënte rechtsbescherming kan worden bereikt. Daarbij komt dat de Stichting uitsluitend opkomt voor professionele financiële instellingen. Gelet op de definitie van “belanghebbenden” in artikel 1 van de statuten van de Stichting (zie 2.13) vallen onder haar statutaire achterban professionele partijen zoals beleggingsondernemingen, kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen, instellingen voor collectieve belegging in effecten en de beheersmaatschappijen daarvan, andere vergunninghoudende of geregementeerde financiële instellingen, partijen die in de uitoefening van beroep of bedrijf voor eigen rekening beleggingsactiviteiten verrichten en “authorised investment managers”. Dergelijke partijen moeten mede gelet op de wetsgeschiedenis van de WCAM als het daadwerkelijk gaat om grote financiële belangen, zoals de Stichting stelt, in staat worden geacht deze belangen door middel van individuele rechtsvorderingen te kunnen verdedigen. Ook hierom kan niet worden gezegd dat voor een effectieve rechtsbescherming een collectieve actie op de voet van artikel 3:305a BW noodzakelijk is.

5. Conclusie en proceskosten

5.1. Het voorgaande heeft tot gevolg dat de Stichting niet-ontvankelijk is in haar vorderingen. Dat betekent dat de rechtbank niet toekomt aan hetgeen overigens nog is aangevoerd over de ontvankelijkheid. Evenmin wordt toegekomen aan een oordeel over het toepasselijk recht.

5.2. De Stichting zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van Rabobank c.s. worden veroordeeld.

(...; *red.*).

5.7. De nakosten worden (ambtshalve) begroot en zijn toewijsbaar op de wijze zoals hierna onder de beslissing is vermeld. Daarnaast is de gevorderde wettelijke rente over de proces- en nakosten toewijsbaar, een en ander op de wijze zoals onder de beslissing vermeld.

6. De beslissing

De rechtbank

6.1. verklaart de Stichting niet-ontvankelijk in haar vorderingen,

6.2. veroordeelt de Stichting in de proceskosten van Rabobank (...; *red.*),

6.3. veroordeelt de Stichting in de na dit vonnis ontstane kosten van Rabobank (...; *red.*),

6.4. veroordeelt de Stichting in de proceskosten van Lloyds (...; *red.*),

6.5. veroordeelt de Stichting in de na dit vonnis ontstane kosten van Lloyds (...; *red.*),

6.6. veroordeelt de Stichting in de proceskosten van UBS c.s. (...; *red.*),

6.7. veroordeelt de Stichting in de na dit vonnis ontstane kosten van UBS c.s. (...; *red.*),

6.8. veroordeelt de Stichting in de proceskosten van ICAP (...; *red.*),

6.9. veroordeelt de Stichting in de na dit vonnis ontstane kosten van ICAP (...; *red.*),

6.10. verklaart dit vonnis wat betreft de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Deze zaak betreft een collectieve actie tegen een aantal banken naar aanleiding van de wereldwijde rentetarievenmanipulatie-affaire. Rabobank, Lloyds, UBS en de digitale broker ICAP Europe Ltd zijn door de Nederlandse stichting Elco Foundation (“Stichting”) aansprakelijk gesteld voor de schade die gedupeerde professionele beleggers hierdoor hebben geleden. Het gaat bij deze laatste groep om hen die van 2001 tot en met eind 2010 transacties hebben verricht in al dan niet afgeleide financiële instrumenten en/of leningen waarop rente of een andere vergoeding is betaald die was gekoppeld aan of afgeleid van diverse gemanipuleerde interbancaire rentetarieven. Zie r.o. 3:1. De range van gemanipuleerde

rentetarieven en betrokken valuta (Engelse ponden, euro's, US dollars of yens) waarvoor in deze procedure wordt opgekomen is breed, misschien wel te breed.

2. De rechtbank komt niet toe aan een beoordeling van de 24 gevorderde verklaringen voor recht. In de kern gaat het bij deze verklaringen om de vraag of Rabobank c.s. onrechtmatig hebben gehandeld of zich ongerechtvaardigd hebben verrijkt door de rentetarieven individueel en in onderlinge samenspraak te manipuleren. Zie r.o. 3.1. De Stichting is niet-ontvankelijk omdat er geen sprake is van gelijksoortige belangen en er niet is voldaan aan het vereiste dat de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, voldoende gewaarborgd zijn. Zowel voor de huidige redactie van art.

3:305a lid 2 BW als de redactie die gold tot 1 januari 2020, brengt dit waarborgvereiste mee dat de rechter moet toetsen in hoeverre de personen waarvoor wordt opgekomen, baat zullen hebben bij toewijzing van het in de collectieve actie gevorderde. Toewijzing van de vordering door voor recht te verklaren dat Rabobank c.s. onrechtmatig hebben gehandeld leidt er volgens de rechtbank niet toe dat de individuele leden van de groep waarvoor de Stichting opkomt op eenvoudige wijze een schadevergoedingsaanspraak kunnen doen gelden. Zie r.o. 4.11.

3. In deze annotatie zal ik ingaan op de twee ontvankelijkheidsvoorwaarden van art. 3:305a BW waarover de rechtbank in deze zaak oordeelt: I. het gelijksoortig belang-vereiste (lid 1); en II. het waarborgvereiste (lid 2). Zoals in deze procedure duidelijk naar voren komt, maakt het onderlinge verband tussen deze vereisten een al te scherp onderscheid kunstmatig. Niettemin, voor de helderheid behandel ik toch kort de onderscheiden toetsingskaders.

4. Het gelijksoortig belang-vereiste houdt in dat de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich moeten lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. De toetsingsnorm is of de door de rechtsvordering aan de orde gestelde geschilpunten en vorderingen door de rechter kunnen worden beoordeeld zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden betrokken hoeven te worden (abstractietoets). Zie HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Baas in Eigen*

Huis/Plazacasa), r.o. 4.2. Een voldoende mate van gelijksoortigheid van positie, achtergrond en belang van de groepsleden volstaat; deze hoeven dus niet identiek of zelfs in overwegende mate gelijk te zijn. De norm is of een abstracte beoordeling van de aan de orde gestelde geschilpunten en vorderingen mogelijk is. Zie r.o. 4.3.

5. De rechtbank stelt vast dat voor een ruime groep van personen wordt opgekomen die gemeenschappelijk hebben dat zij een (neven)vestigingsplaats of kantoor in de Europese Unie hebben en transacties buiten de VS hebben verricht die op enige wijze gerelateerd waren aan de rentebenchmarks. Deze niet-Nederlandse dimensie staat het voldoen aan het gelijksoortig belang-vereiste in beginsel niet in de weg. De rechtbank oordeelt dan ook terecht dat de mogelijkheid dat op de achterliggende

(schadevergoedings)vorderingen verschillende rechtstelsels van toepassing zijn, er niet aan in de weg staat dat het, gelet op de gevorderde verklaringen voor recht, op zich mogelijk is om een oordeel te geven over de door de Stichting aan de orde gestelde geschilpunten. Die staan immers volgens de rechtbank "in zijn algemeenheid inderdaad los van de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden". De slotsom is dan ook dat de belangen voor zover het gaat om de vorderingen, met uitzondering van de ongerechtvaardigde verrijkingvorderingen jegens Rabobank, voldoende "bundelbaar" zijn. Een beoordeling van de ongerechtvaardigde verrijkingvorderingen vergt een beoordeling van de individuele omstandigheden en deze vorderingen zijn dus niet bundelbaar, omdat de mate van verrijking en verarming afhangt van individuele omstandigheden en per belanghebbende kan verschillen. Zie r.o. 4.8-4.9.

6. De formulering van de rechtbank dat op de "vorderingen van de Stichting" mogelijk verschillende rechtstelsels van toepassing zijn, lijkt mij niet juist. Het gaat nu juist om het feit dat de vorderingen of vorderingsrechten van de individuele leden van de achterban ("achterliggende vorderingen"), die kunnen worden beheerst door verschillend materieel recht, met de instelling van de eigenstandige 305a-rechtsvordering van de Stichting geldend worden gemaakt. Behalve deze slip of the pen, volgt de Rechtbank Amsterdam hiermee het oordeel van de Rechtbank Rotterdam in de Petrobras-zaak, dat in helderheid uitblinkt. "De vraag of de achterliggende vorde-

ringen toewijsbaar zijn, dient beantwoord te worden aan de hand van het recht dat die vordering beheerst, de *lex causae*. Zoals hierna aan de orde komt, zijn daarop verschillende rechtsstelsels van toepassing. Thans ligt de vraag naar de toewijsbaarheid van de achterliggende vorderingen niet voor. Daarom kan niet gezegd worden dat de Stichting op de door Petrobras c.s. aangevoerde grond geen belang heeft bij haar rechtsvordering waardoor zij niet ontvankelijk zou zijn. De enige relevante vraag in dezen is of de ingestelde 3:305a-vordering – ongeacht welk recht op de achterliggende vorderingen van toepassing is – strekt tot behartiging van gelijksoortige belangen die zich lenen voor bundeling in de zin van art. 3:305a BW.” Zie Rb. Rotterdam 29 januari 2020, «JOR» 2020/119, m.nt. Arons, ECLI:NL:RBROT:2020:614, r.o. 5.18.

7. Het waarborgvereiste houdt in dat de rechter toetst of de leden van de groep waarvoor de Stichting opkomt baat zullen hebben bij toewijzing van het in de collectieve actie gevorderde. Het collectieveactierecht heeft een subsidiair karakter in die zin “dat daar waar een collectieve actie in een concrete situatie geen enkel voordeel biedt boven het procederen krachtens lastgeving en/of volmacht, de voorkeur dient te worden gegeven aan het laatste.” Zie *Kamerstukken* 1993/94, 22486, nr. 103b, p. 3.

8. Zoals in paragraaf 3 reeds opgemerkt loopt het gelijksoortig belang-vereiste over in het waarborgvereiste. De rechtbank overweegt dat de vraag of de collectieve actie voor de bundelbare vorderingen een effectieve en efficiënte rechtsgang is, mede afhankelijk van de vraag of de individuele groepsleden baat hebben bij toewijzing van de gevorderde verklaringen voor recht (baattoets). Zij meent dat aan deze baattoets niet wordt voldaan. “Als immers voor recht wordt verklaard – zoals gevorderd – dat in een bepaalde periode structureel rentebenchmarks zijn gemanipuleerd en/of daartoe is samengespannen, is dat nog onvoldoende om een individuele belanghebbende daadwerkelijk verder te helpen. Als de gevorderde verklaringen voor recht worden toegewezen, volgt daaruit namelijk niet dat voor elke dag in de relevante periode voor alle in geschil zijnde rentebenchmarks geldt dat die zijn gemanipuleerd. Ook betekent een transactie op basis van een gemanipuleerde rentebenchmark niet automatisch dat sprake is van een benadeling. Het kan immers zo zijn dat bij de transactie

als gevolg van de manipulatie juist een voordeel is behaald.” Zie r.o. 4.10.

9. Uit deze overweging blijkt dat de beoordeling van de ontvankelijkheid van de collectieve rechtsvordering (verklaringen voor recht) sterk wordt beïnvloed door (het toetsingskader van) de achterliggende materiële vorderingen van de groep. Bij schadevergoeding zoals in deze procedure gaat het per definitie om individuele aanspraken; het gaat immers om (vermogens)belangen van de groepsleden. Echter, afhankelijk van de samenstelling van de groep (aantal, verscheidenheid in hoedanigheid (particuliere of professionele belegger), de periode waarin de materiële aanspraken zijn ontstaan, het aantal gebeurtenissen waaruit verschillende aanspraken kunnen voortkomen), kunnen in een collectieve actie wel of niet in abstracte zin rechterlijke uitspraken worden gedaan waar de individuele groepsleden baat bij hebben.

10. Het grote onderscheid in de groep waarvoor de Stichting in deze procedure opkomt, leidt er volgens de rechtbank toe dat zij geen uitspraak met toegevoegde waarde kan doen. Het struikelblok is de vaststelling van het nadeel of de schade. De algemene vaststelling dat Rabobank c.s. de rentetarieven hebben gemanipuleerd kan, anders dan bij bijvoorbeeld een vaststelling dat een uitgevende instelling misleidende informatie heeft openbaar gemaakt, de belegger in zijn individuele vervolprocedure niet baten. Zie r.o. 4.14. De diverse transacties die in de relevante periode van tien jaar door de groepsleden zijn afgesloten op basis van gemanipuleerde rentetarieven leveren niet automatisch benadeling en dus een onrechtmatige handeling van de aangesproken partij(en) op. Het is niet aannemelijk dat in die lange periode geen enkele transactie ten voordele van de beleggers heeft gewerkt. Volgens de rechtbank zullen beleggers dan ook voor geldendmaking van hun schadevergoedingsvorderingen in iedere individuele procedure afzonderlijk in concreto hun nadeel en het onrechtmatig handelen van Rabobank c.s. moeten aantonen. Zie r.o. 4.13.

11. Wat het in deze zaak lastig maakt, is dat het gaat om een reeks aan individuele manipulaties gedurende lange tijd. Bij diverse procedures in het verleden is de rechter verzocht te oordelen of de aangesproken partij in een bepaalde specifieke periode bij de aanbidding van een bepaald financieel product of effecten tekort is geschoten

in haar informatie- of waarschuwingsverplichtingen jegens haar beleggers of cliënten, en deze daardoor schade hebben geleden als gevolg van deze tekortschietende informatie of waarschuwingen. De individuele belegger of cliënt kan met behulp van dit abstracte rechterlijke oordeel zijn individuele schadevergoedingsvordering onderbouwen door aan te tonen dat hij behoort tot de groep van personen waarvan de rechter heeft geoordeeld dat de aangesproken partij jegens hen is tekortgeschoten. Hij kan dit aantonen door bijvoorbeeld overlegging van de verstrekte informatie(brochure) of het aankoopbewijs van het effect of product. In deze zaak meent de rechtbank een dergelijke uitspraak over schending van zorgplicht en onrechtmatig handelen van Rabobank c.s. niet te kunnen doen, omdat dit een beoordeling van de individuele manipulaties over een reeks van jaren zou vergen.

12. De laatste overweging van de rechtbank lijkt te suggereren dat het feit dat de Stichting uitsluitend opkomt voor professionele financiële instellingen tot een streng ontvankelijkheidsoordeel heeft geleid. "Dergelijke partijen moeten mede gelet op de wetsgeschiedenis van de WCAM als het daadwerkelijk gaat om grote financiële belangen, zoals de Stichting stelt, in staat worden geacht deze belangen door middel van individuele rechtsvorderingen te kunnen verdedigen. Ook hierom kan niet worden gezegd dat voor een effectieve rechtsbescherming een collectieve actie op de voet van artikel 3:305a BW noodzakelijk is." Een aanwijzing hiervoor heb ik in de WCAM (slip of the pen, again?) noch WAMCA-wetsgeschiedenis kunnen vinden. Wel overigens het volgende antwoord van de staatssecretaris bij de parlementaire behandeling: "Men zou ook kunnen zeggen, dat de rechtvaardiging van het mogen instellen van een collectieve actie gelegen is in de omstandigheid, dat het apart instellen van een aantal gelijksoortige vorderingen niet efficiënt is. Met andere woorden: in dat geval kan het instellen van individuele vorderingen in redelijkheid niet worden gevergd. Hiermee wordt tegelijkertijd het subsidiaire karakter van de collectieve actie in voldoende mate weergegeven." Zie *Handelingen II* 28 oktober 1993, p. 18-1300. De toetssteen dient dus het gelijksoortigheids criterium te

zijn. Is de financiële draagkracht van de belanghebbenden de steen des aanstoots?

prof. mr. T.M.C. Arons
hoogleraar Financieel recht en collectief verhaalsrecht, Universiteit Utrecht en legal counsel VEB

Financiering, zekerheden en insolventie

43

Correctie van giraal betalingsverkeer na vernietiging faillissement niet benadelend voor schuldenaar

Gerechtshof Amsterdam
17 maart 2020, zaaknr. 200.242.611/01,
ECLI:NL:GHAMS:2020:862
(mr. Lewin, mr. Hoekzema, mr. Wessels)
Noot prof. mr. B.A. Schuijling

Girale betaling. Fixatiebeginsel. Uitvoering door bank van betalingsopdrachten verstrekt door (indirect) bestuurder van failliet op datum faillietverklaring. De bank betaalt aan de curator het overgemaakte bedrag terug. Een aantal begunstigden van de betaling betaalt de bank op verzoek terug. Na cassatie en verwijzing wordt het faillissement vernietigd, waarna de restitutiebetaling door de bank ongedaan wordt gemaakt en de bank de crediteuren weer terugbetaalt. Geen onrechtmatige daad van bank jegens failliet. Failliet niet benadeeld. Door bank tijdens faillissement onder curator gelegd conservatoir derdenbeslag herleeft na vernietiging van het faillissement. Samenhang met HR 5 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo. Verwijzing naar onder meer HR 28 april 2006, «JOR» 2006/223, m.nt. Faber (Huijzer q.q./Rabobank) en HR 23 maart 2012, «JOR» 2012/236, m.nt. Faber (ING/Manning q.q.).

[FW art. 13 lid 1, 15 lid 1, 23, 33 lid 2; BW art. 3:45, 6:162, 6:203]

De faillissementstoestand van HSK is aangevangen aan het begin van 2 september 2014 en is geëindigd aan het einde van de dag waarop het arrest van het hof van 17 september 2015 in kracht van gewijsde is gegaan. Het faillissementsvonnis is niet vernietigd door de Hoge Raad, maar door het verwijzingshof. Daarom is het niet ten gevolge

van cassatie, maar ten gevolge van hoger beroep vernietigd in de zin van art. 15 lid 1 Fw. De in die bepaling bedoelde dag is dus de dag waarop de termijn voor cassatie tegen het arrest van het verwijzingshof verstreek. Ingevolge art. 13 lid 1 Fw zijn de handelingen die de curator vóór of op die dag heeft verricht, geldig en verbindend voor de schuldenaar gebleven. De handeling waarbij de curator met de bank overeenkwam dat het bedrag van € 143.612,83 aan de bank zou toekomen indien het faillissementsvonnis zou worden vernietigd, viel in die periode. In die periode viel ook de handeling waarbij de curator het bedrag van de faillissementsrekening overmaakte naar een tussenrekening bij de bank. Die handelingen zijn dus geldig en verbindend voor HSK gebleven. Hieraan doet niet af dat de overeenkomst een verbintenis in het leven riep die inhield dat de bank pas na afloop van de hiervoor bedoelde periode vrijelijk over het bedrag van € 143.612,83 zou komen te beschikken.

De bank heeft € 143.612,83 overgemaakt naar de faillissementsrekening. Kennelijk heeft zij dat gedaan indachtig rechtspraak van de Hoge Raad (HR 28 april 2006, «JOR» 2006/223, m.nt. Faber (Huijzer q.q./Rabobank), met verwijzing naar HR 11 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC1790; zie ook HR 23 maart 2012, «JOR» 2012/236, m.nt. Faber (ING/Manning q.q.)). In het midden kan blijven of de curator de bank daartoe in dit geval kon verplichten. De bank heeft de betaling niet gedaan uit het vermogen van HSK, maar uit het eigen vermogen van de bank. Door deze betaling is HSK op zichzelf niet benadeeld. Na het arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo werd duidelijk dat het faillissementsvonnis mogelijk zou worden vernietigd. Vernietiging van het faillissementsvonnis zou meebrengen dat de betaling van in totaal € 143.612,83 door de bank op de faillissementsrekening, achteraf gezien, onverschuldigd is gedaan. De overeenkomst die tussen de curator en de bank is gesloten, strekte ertoe die onverschuldigde betaling ongedaan te maken. HSK is door de overeenkomst dus niet benadeeld. Het beroep van HSK op de pauliana van art. 3:45 e.v. BW faalt reeds omdat een dergelijk beroep niet aan de schuldenaar zelf toekomt, maar slechts aan zijn crediteuren. Een andere grond voor nietigheid of vernietigbaarheid is niet gesteld of gebleken. Van onrechtmatig handelen van de bank jegens HSK is evenmin sprake. Op grond van het