

singsschema – hetgeen niet in het beding terugkomt maar uitsluitend volgt uit de praktische toepassing – wordt dan ook terecht buiten beschouwing gelaten.

In verband met de toetsing van bedingen is interessant dat er richtsnoeren zijn gepubliceerd (*richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (2019/C 323/04)*). Hierin worden de stappen voor het toetsen van een beding aan de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten ook duidelijk uiteengezet.

10. De conclusie van de rechter dat het beding niet onredelijk bezwarend is door de toepassing van de kortere rentevastperiode lijkt mij gelet op het bovenstaande dan ook terecht. Dat naar de huidige maatstaven mogelijk een andere toepassing geldt, is irrelevant voor de toetsing van het beding op dat moment en is mijns inziens slechts een interpretatie van de huidige regels, zonder dat dit waarde heeft voor de vraag of het beding zoals destijds overeengekomen onredelijk bewarend kan worden geacht.

mr. J.M. van Poelgeest  
advocaat te Amsterdam

## 119

**Ontvankelijkheid van art. 3:305a-stichting en toepasselijk recht**

Rechtbank Rotterdam  
29 januari 2020, zaaknr. HA ZA 17-440,  
ECLI:NL:RBROT:2020:614  
(mr. Hofmeijer-Rutten, mr. Damsteegt-Molier,  
mr. Van Achterberg)  
Noot prof. mr. T.M.C. Arons

**Collectieve actie. Tussenvonnissen. Belangen moeten zich lenen voor bundeling zodat efficiënte en effectieve rechtsbescherming wordt bevorderd. Stichting krijgt gelegenheid zich nader uit te laten over samenstelling en omvang van groep voor wie zij opkomt met inachtneming van door rechtbank gemaakte afbakening. Voor vaststelling van toepasselijk recht geldt als gelegen waarop effecten van betrokken beleggers zijn genoteerd en verhandeld.**

[BW art. 3:305a, 10:118-119; Rome-II art. 4 lid 1]

*De groep waarvoor de Stichting Petrobras Compensation Foundation (hierna: de Stichting) opkomt, bestaat uit degenen die in een bepaalde periode in duidelijk omschreven effecten hebben belegd en de belangen waarin zij zijn geraakt beperken zich tot de waarde van de effecten en de beeldvorming daaromtrent. Daarmee zijn die belangen gelijksoortig en lenen zij zich voor bundeling in een collectieve actie (zie HR 27 november 2009, «JOR» 2010/43, m.nt. Frielink (WorldOnline)). Voorts is er geen aanleiding om aan te nemen dat de belangen van de Petrobras-beleggers voor wie de Stichting opkomt vanwege de commerciële belangen van de betrokken procesfinancier onvoldoende zijn gewaarborgd.*

*Thans is de enige relevante vraag in dezen 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.*

Gelet op de omstandigheid dat de *Class Settlement* in de VS in ieder geval leidt tot een zekere beperking, is – naar het zich vooralsnog laat aanzien – de groep belanghebbenden voor wie de Stichting opkomt (aanzienlijk) kleiner dan waarvan zij is uitgegaan. Dat heeft mogelijk gevolgen voor het antwoord op de vraag of de Stichting voldoende rechtens vereist belang heeft bij een beslissing en of de belangen van degenen voor wie de Stichting opkomt voldoende gewaarborgd zijn.

Bij een vordering als de onderhavige heeft te gelden dat een concreet belang noodzakelijk is, waarbij dat belang dan een belang van degenen voor wie de Stichting opkomt dient te zijn. Het is echter aan de Stichting om nader toe te lichten en te onderbouwen dat, gelet ook op de nadere afbakening van de groep voor wie zij opkomt, de samenstelling en omvang van die groep zodanig is dat deze voorzetting van deze procedure in de onderhavige context rechtvaardigt.

De Stichting heeft terecht aangevoerd dat voor haar ontvankelijkheid niet de eis geldt dat zij als belangenorganisatie voldoende representatief is voor de totale groep van benadeelden ten gevolge van de litigieuze onrechtmatige daad en evenmin dat degenen van wie zij steunbetuigingen kan overleggen dat zijn. De belangen waarvoor de Stichting opkomt, moeten zich echter wel lenen voor bundeling zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming wordt bevorderd. Dat is mogelijk niet het geval als een collectieve actie geen voordeel biedt boven het procederen op naam van een belanghebbende. Daarvan kan sprake zijn als de groep belanghebbenden zeer klein is, waarbij een factor in negatieve zin kan zijn dat op de individuele vorderingen veel verschillende rechtsstelsels van toepassing zijn, zodat slechts in beperkte mate uitspraken kunnen worden gedaan die voor de gehele groep relevant zijn.

Het gaat in het onderhavige geschil om zuiver financiële schade die beweerdelijk door beleggers is geleden in meerdere landen als gevolg van handelen van (een aantal van) de gedaagden dat (merendeels) niet in Nederland heeft plaatsgevonden. Het Hof van Justitie EU heeft in het arrest *Universal Music* («JOR» 2016/276, m.nt. Arons) overwogen dat de in het arrest *Kolassa* («JOR» 2015/109, m.nt. Arons) gegeven beslissing is gegeven in het bijzondere kader van die zaak. Gezien hetgeen verder in het *Universal Music*-arrest is overwogen, moet ervan worden uitgegaan dat

als “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan,” bij gebreke van andere aanknopingspunten, niet, zeker niet zonder meer, kan worden aangemerkt de plaats van de bankrekening waarop het financieel verlies rechtstreeks is ingetreden. Dit heeft naar het oordeel van de rechtbank evenzeer voor het aanwijzen van het toepasselijke recht te gelden. Die plaats behoeft immers in geen enkel verband te staan tot de relevante feiten.

De rechtbank is van oordeel dat in de onderhavige zaak de plaats waar de markt is gelegen waarop de effecten van de betrokken beleggers zijn genoteerd en verhandeld een goed aanknopingspunt biedt. De vermogensschade van de belegger wordt geleden daar waar zijn vermogensbestanddeel direct wordt getroffen door een onrechtmatige handeling; daar heeft de waardedaling van de effecten zich voorgedaan. Het op deze wijze vaststellen van de locatie waar de schade zich voor doet, doet ook recht aan de doelstellingen van *Rome-II*, te weten het dienen van de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken.

De Stichting verwijt [naam gedaagde 1] en [naam gedaagde 2] als bestuurders van *Petrobras* ondermeer dat zij verantwoordelijk zijn voor de publicatie van onjuiste, onvolledige en misleidende financiële gegevens en voor de uitgifte van effecten op basis van onjuiste, onvolledige en misleidende informatie en het bewust vertrouwen wekken van beleggers. Dit handelen of nalaten is nauw verbonden met vennootschapsrechtelijke regels. Hierin ziet de rechtbank aanleiding voor het vaststellen van het toepasselijke recht aan de hand van art. 10:118-119 BW. Op grond van deze bepalingen is het recht dat op de corporatie van toepassing is, ook van toepassing op de vraag wie naast de corporatie voor de handelingen waardoor de corporatie wordt verbonden, aansprakelijk is uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van bestuurder van de corporatie.

*Stichting Petrobras Compensation Foundation* te Amsterdam,

eiseres in conventie,  
verweerster in (voorwaardelijke) reconventie,  
advocaat: mr. W.P. Wijers,  
tegen

1. de rechtspersoon naar het recht van de Federale Republiek van Brazilië

*Petróleo Brasileiro SA – Petrobras* te Rio de Janeiro (Brazilië),

gedaagde in conventie,  
eiseres in (voorwaardelijke) reconventie,

2. *Petrobras Global Finance BV* te Rotterdam,  
mede in haar hoedanigheid van rechtsopvolger onder algemene titel van de rechtspersoon naar het recht van de Federale Republiek van Brazilië [naam bedrijf 1],

gedaagde in conventie,  
eiseres in (voorwaardelijke) reconventie,  
advocaat: mr. M.E. Koppenol-Laforce,

3. *Petrobras Oil & Gas BV* te Rotterdam,  
gedaagde in conventie,  
eiseres in (voorwaardelijke) reconventie,

advocaat: mr. D.F. Lunsingh Scheurleer,  
4. *Petrobras International Braspetro BV* te Rotterdam,

gedaagde, in conventie,  
eiseres in (voorwaardelijke) reconventie,

5. [naam gedaagde 1],  
wonende te [woonplaats gedaagde 1] (Brazilië),

gedaagde in conventie,  
eiseres in (voorwaardelijke) reconventie,

6. [naam gedaagde 2],  
wonende te [woonplaats gedaagde 2] (Brazilië),

gedaagde in conventie,  
eiseres in (voorwaardelijke) reconventie,

advocaat: mr. M.E. Koppenol-Laforce,  
en nog 5 andere natuurlijke personen,

gedaagden,  
niet verschenen.

(...; red.)

## 2. De feiten

2.1. In het vonnis in incident van 19 september 2018 (hierna: het incidentele vonnis) is een aantal feiten tot uitgangspunt genomen. Voor zover thans van belang worden deze feiten, met het oog op de zelfstandige leesbaarheid van dit vonnis, hierna nogmaals weergegeven, waar nodig aangevuld.

2.2. Petrobras is een van de grootste energiebedrijven ter wereld. Zij houdt zich bezig met de productie van olie in ruime zin. Tot de Petrobras Groep behoren onder meer de in Nederland gevestigde vennootschappen PGF, POG en PIB, in welke vennootschappen Petrobras in de hier relevante periode, te weten de periode van 2004 tot en met 2015 (indirect) alle aandelen hield, met dien verstande dat Petrobras sinds juni 2013 (indirect) nog slechts 50% van de aandelen in POG houdt (zie nader onder 2.5)

Ruim de helft van de aandelen in Petrobras is in handen van de Braziliaanse staat.

De overige (gewone en preferente) aandelen in Petrobras zijn genoteerd aan de beurs in São Paulo, Brazilië (Bovespa). Ook op andere beurzen (*linked markets*) in de wereld vindt handel in haar aandelen plaats, onder meer in Buenos Aires (Argentinië), Madrid (Spanje), Berlijn, Frankfurt en Stuttgart (Duitsland) en Luxemburg (Luxemburg). Haar *American Depositary Shares* (hierna: ADS's) zijn genoteerd aan de *New York Stock Exchange* (hierna: NYSE) in de Verenigde Staten.

2.3. In de Engelstalige versie van de tot november 2016 geldende statuten van Petrobras (hierna: de Statuten) is onder meer het volgende opgenomen: “Art. 58 – Disputes or controversies involving the Corporation, its shareholders, managers and members of the Audit Board shall be resolved according to the rules of the Market Arbitration Chamber, with the purpose of applying the provisions contained in Law n° 6,404 of 1976, in these Bylaws, in the rules issued by the National Monetary Council, by the Central Bank of Brazil and by the Brazilian Securities and Exchange Commission (Comissão de Valores Mobiliários – CVM) as well as in all further rules applicable to the operation of the capital market in general, in addition to those contained in the contracts occasionally signed by Petrobras with the stock exchange or an organized over-the-counter market entity accredited at the Brazilian Securities and Exchange Commission (Comissão de Valores Mobiliários – CVM), with the purpose of the adoption of corporate governance standards established by these entities and of the respective rules on differentiated practices of corporate governance, if such is the case.

*Sole paragraph* – The deliberations of the Federal Government through voting in the General Meeting, aimed at guiding the business of the Corporation, as per article 238 of Law n° 6,404 of 1976,

shall be deemed as forms of exercising undisposable rights and shall not be subject to the arbitral procedure mentioned in the heading of this article.”

2.4. PGF houdt zich bezig met het aantrekken van vreemd vermogen voor Petrobras door uitgifte van obligaties. Deze obligaties zijn onder meer genoteerd aan de NYSE en in Luxemburg. In verband daarmee zijn prospectussen uitgegeven. Petrobras heeft ter zake van de door PGF uitgegeven obligaties een onvoorwaardelijke en onherroepelijke garantie afgegeven voor de verplichtingen van PGF jegens de obligatiehouders. Op 29 december 2014 zijn PGF en [naam bedrijf 1] (hierna: [naam bedrijf 1], een andere vennootschap binnen de Petrobras Groep die eveneens vreemd vermogen aantrok voor Petrobras) gefuseerd, waarbij PGF de verkrijgende vennootschap was.

2.5. PIB houdt alle aandelen in PGF. Tot 14 juni 2013 hield zij ook alle aandelen in POG. Op die datum heeft PIB de helft van de aandelen in POG verkocht aan BTG Pactual, een Braziliaanse investeringsbank; PIB houdt sindsdien nog 50% van de aandelen in POG. PIB hield in de relevante periode ook alle aandelen in Petrobras America Inc, gevestigd in Houston, Texas (Verenigde Staten).

2.6. POG houdt zich bezig met de winning en productie van olie en gas in Afrika, onder meer in Benin. De activiteiten in Benin zijn op 9 juli 2015 gestaakt.

2.7. [naam gedaagde 1], [naam gedaagde 2] en de niet verschenen gedaagden maakten in (een deel van) de relevante periode deel uit van de *Board of Executive Officers* van Petrobras.

2.8. In 2009 is in Brazilië onder de naam *Lava Jato* een strafrechtelijk onderzoek gestart naar witwaspraktijken van criminele organisaties. In 2014 is dit strafrechtelijk onderzoek uitgebreid naar een bouwkartel. Gebleken is dat deelnemende bouwbedrijven en leveranciers in de periode van 2004 tot en met 2014 (hierna ook wel: de fraudeperiode) fraudeerden door aan (onder meer) Petrobras bovenop de normale prijs een opslag in rekening te brengen en daarvan een *kick-back fee* aan (onder meer) hooggeplaatste functionarissen van Petrobras en politieke partijen te betalen (hierna: de fraude). Het onderzoek heeft zich ook gericht op het aandeel daarin van [naam gedaagde 1], [naam gedaagde 2] en de niet verschenen gedaagden. [naam gedaagde 4] en [naam gedaagde 6] zijn strafrechtelijk veroordeeld. [naam gedaagde 3], [naam gedaagde 5] en [naam gedaagde 7] heb-

ben in ruil voor strafvermindering verklaringen over de fraude afgelegd.

2.9. Teneinde strafvervolgning te voorkomen heeft Petrobras voor een bedrag van \$ 853,2 miljoen een schikking getroffen met de autoriteiten in Brazilië en de Verenigde Staten. Petrobras heeft in de Verenigde Staten aan de Securities and Exchanges Commission (SEC) een boete betaald van \$ 933.473.797.

2.10. De waarde van de Petrobras effecten is na het bekend worden van de fraude, in de periode van 24 oktober 2014 tot 18 maart 2015, aanzienlijk gedaald.

2.11. Naar aanleiding van (de uitkomsten van) het *Lava Jato* onderzoek zijn beleggers in Petrobras-effecten, ter verkrijging van schadevergoeding, diverse civiele procedures gestart in onder meer Brazilië en de Verenigde Staten.

In de Verenigde Staten zijn sinds 8 december 2014 *class actions* aanhangig tegen (onder andere) Petrobras, PGF, [naam gedaagde 1], [naam gedaagde 2] en een aantal bestuurders c.q. managers van PGF en/of haar rechtsvoorganger (hierna gezamenlijk: de *US Class Action*). Via de *US Class Action* willen beleggers die op de beurs in New York aandelen, ADS's of obligaties hebben gekocht, schadevergoeding ontvangen.

2.12. Op 30 juli 2015 heeft de *United States District Court southern district of New York* (hierna: de rechtbank New York) geoordeeld dat artikel 58 van de Statuten een geldige arbitrageclausule bevat voor degenen die effecten op de beurs in Brazilië hebben gekocht, maar dat deze clausule niet geldt voor vorderingen die gebaseerd zijn op de *Exchange Act*.

“Article 58 of Petrobras’ bylaws provides that ‘disputes [...] involving the Corporation, its shareholders, managers and members of the Audit Board’ regarding ‘the rules issued [...] by the Brazilian Securities and Exchange Commission (Comissão de Valores Mobiliários – CVM) as well as in all further rules applicable to the operation of the capital market in general;’ ‘shall be resolved according to the rules of the Market Arbitration Chamber.’ [...]

Both parties agree that whether purchasers of Petrobras securities on the Bovespa agreed to the mandatory arbitration clause is a question of Brazilian law. [...] The Court is persuaded that, under Brazilian law, Petrobras’ arbitration clause is valid and enforceable against purchasers of Petrobras securities on the Bovespa. According to defen-

dants' expert, in 2001 Brazil amended Article 109 of the Brazilian Corporate Law ('BCL') to expressly authorize companies to include mandatory arbitration clauses in their bylaws: 'The corporation's bylaws may establish that any disputes between the shareholders and the corporation, or between the majority shareholders and the minority shareholders may be resolved by arbitration under the terms specified by it.'

Around the same time, the Bovespa created the so-called 'Novo Mercado,' a special listing segment that required companies to adopt increased corporate governance standards as a prerequisite to eligibility, one of which was adoption of an arbitration provision in their bylaws. [...] Leading

Brazilian scholars have opined that shareholders manifest their consent to such arbitration clauses by purchasing shares of the company after the arbitration bylaw is enacted, and are therefore bound thereby. [...]

In the wake of these changes, over 160 Brazilian companies have adopted bylaws mandating arbitration of shareholder disputes. [...] One such company was Petrobras, which adopted the arbitration provision in Article 58 of its bylaws in 2002 by Board resolution and shareholder vote. [...]

Petrobras disclosed the existence of this provision to current and prospective shareholders via its annual filings with the SEC. [...]. Because the members of the putative class by definition purchased their shares in or after 2010, they are bound by Article 58.

Moreover, Article 58, by its plain terms, encompasses the Brazilian law claims asserted in Counts III through V of the CAC, which allege violations of the CVM Regulations and other Brazilian laws applicable to securities transactions. These claims are 'disputes... involving the Corporation, its shareholders, [and] managers' arising from 'the rules issued... by the Brazilian Securities and Exchange Commission (Comissao de Valores Mobiliarios - CVM) as well as in all further rules applicable to the operation of the capital market in general.' [...] Accordingly, plaintiffs are bound to arbitrate these claims.

Plaintiffs' arguments to the contrary are not persuasive. First, plaintiffs' expert argues that the Brazilian Arbitration Act provides that a party is bound by an arbitration clause contained in a contract of adhesion only if that party either initi-

ates the arbitration or expressly agrees in writing to be bound [...] However, defendants' expert persuasively demonstrates that the weight of authority holds that the provisions of the BAA regarding adhesion contracts apply to contracts of unequal bargaining power, such as consumer contracts, and not to arbitration provisions contained in corporate bylaws []

Second, plaintiffs' expert opines that an arbitration clause must be approved unanimously at the shareholder meeting at which it is adopted in order to bind all shareholders. [...] However, Article 136 the BCL provides a general rule that 'resolutions of a general meeting shall be passed by a simple majority of votes.' [...] Articles 221 and 294 of the BCL specify certain corporate changes that require unanimous agreement of the shareholders, of which adoption of an arbitration clause is not one [...]

Third, plaintiffs' expert argues that Article 58 was not validly adopted because the meeting agenda published in advance of the shareholders' meeting did not provide adequate notice of the proposed amendment. [...] However, the agenda for the March 22, 2002 shareholders' meeting, at which Article 58 was approved, notified shareholders that a vote would be held on the reform of the Company's bylaws to promote 'changes to enhance corporate governance practices and to move toward fulfillment of requirements for listing in Level 2 of the [...] BOVESPA.' [...] The requirements for such listing, in turn, included adoption of an arbitration bylaw. Thus, this notice was sufficient under Brazilian law. [...]

Finally, defendants argue that plaintiffs who purchased Petrobras securities both pursuant to U.S. transactions and on the Bovespa must also arbitrate their Exchange Act claims. By purchasing Petrobras shares on the Bovespa, they argue, this subset of the class agreed to the arbitration provision of the Company's bylaws.

However, it is a bedrock principle that 'a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed so to submit.' [...] '[A]s with any other contract, the parties' intentions control.' [...] As discussed above, as a matter of Brazilian law, purchasing Petrobras shares on the Bovespa indicates the purchaser's consent to be bound by the arbitration clause in the company's bylaws. But nothing about such share purchases indicates that the purchaser consents to arbitrate different claims relating to different securities

purchased in different transactions in another country (the United States). Accordingly, the Court finds that there is no valid arbitration agreement with respect to the Exchange Act claims.”

Op 7 juli 2017 heeft de *United States Court of Appeals for the second circuit* de hiervoor genoemde beslissing van 30 juli 2015 in stand gelaten.

2.13. De Stichting is op 12 november 2015 opgericht. Conform artikel 3.1 van de statuten van de Stichting heeft zij als doel:

“a. het behartigen van de belangen van de desbetreffende Investeerdere die schade lijden, schade dreigen te lijden en/of schade hebben geleden ten gevolge van het handelen of nalaten van een of meer Petrobras Entiteiten die aanleiding geven tot een Claim;

b. het behartigen van de belangen van de desbetreffende Investeerdere in verband met een Vaststellingsovereenkomst waarvan de verbindend-verklaring 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 de desbetreffende Investeerdere stellen te hebben geleden, een en ander met inachtneming van een Vaststellingsovereenkomst,

en  
het verrichten van al hetgeen verband houdt met het bepaalde in artikel 3.1 onder a en artikel 3.1 onder b, dan wel daaraan dienstig kan zijn, een en ander in de ruimste zin van het woord.”

In artikel 1 zijn “Claim” respectievelijk “Investeerdere” omschreven als:

“*Claims*: klachten, aanspraken en vorderingen van Investeerdere jegens een of meer van de Petrobras Entiteiten met betrekking tot vermeende schade die geleden is of zal worden geleden door de Investeerdere als gevolg van onder andere onrechtmatig handelen door (beleidsbepalers, leidinggevers en werknemers van) een Petrobras Entiteit, daaronder begrepen doch niet beperkt tot het omkopen van functionarissen, het overwaarden van assets van een of meer Petrobras Entiteiten en enig ander vermeend onrechtmatig handelen, daaronder begrepen, doch niet beperkt tot, de handelingen die voorwerp van onderzoek zijn door de autoriteiten in Operation Car Wash (Operagao Lava Jato).”

“*Investeerdere*: alle personen (daaronder begrepen rechtspersonen) die direct of indirect hebben gehandeld in gewone aandelen en/of preferente aandelen in [Petrobras] en/of afgeleide instrumenten daarvan en/of obligaties uitgegeven door [Petrobras, PGF...] voor zover deze buiten de Verenigde Staten direct of indirect zijn gekocht of verhandeld, al dan niet op een gereguleerde markt vóór achtentwintig juli tweeduizend vijftien.”

Onder Investeerdere is niet begrepen de Braziliaanse staat.

2.14. Op 3 januari 2018 heeft Petrobras bekend gemaakt dat zij ter beëindiging van de *US Class Action* een overeenkomst heeft gesloten die ter goedkeuring is voorgelegd aan de rechtbank New York (hierna: de *Class Settlement*). Overeengekomen is dat Petrobras in totaal US \$ 2.95 miljard betaalt aan de Petrobras beleggers die onder het bereik van de *Class Settlement* vallen.

2.15. In de *Stipulation of Settlement and Release* van 1 februari 2018 van de rechtbank New York (hierna: de *Stipulation*) is de tussen de *Plaintiffs* enerzijds en anderzijds Petrobras, PGF en [naam bedrijf 2] (die gezamenlijk worden aangeduid als *Petrobras Defendants*) en een aantal andere entiteiten die gezamenlijk worden aangeduid als *Underwriter Defendants* overeengekomen *Class Settlement* goedgekeurd. In de *Stipulation* is onder meer het volgende vermeld:

#### “DEFINITIONS

1. As used in this Stipulation, the following capitalized terms have the following meanings:

[...]

h. ‘Class Period’ means the time period between January 22, 2010 and July 28, 2015, inclusive.

[...]

j. ‘Covered Transaction’ means any transaction that satisfies any of the following criteria: (i) any transaction in a Petrobras Security listed for trading on the New York Stock Exchange (‘NYSE’); (ii) any transaction in a Petrobras Security that cleared or settled through the Depository Trust Company’s book-entry system; or (iii) any transaction in a Petrobras Security to which the United States securities laws apply, including as applicable pursuant to the Supreme Court’s decision in *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247 (2010). A list of the Petrobras Securities that satisfy criteria (i) and/or (ii) is attached hereto as Exhibit A. Excluded from the definition of

Covered Transaction are purchases of any Petrobras Security on the BOVESPA.

[...]

s. 'Exchange Act Class' means all Persons who, during the Class Period, purchased or otherwise acquired Petrobras Securities, including debt securities issued by [naam bedrijf 1] and/or PGE, on the New York Stock Exchange or pursuant to other Covered Transactions, excluding Defendants, [...], and any Persons who have been or subsequently are the subject of a final judgment of conviction [...].

cc. 'Non-Released Individual Defendants' means [naam gedaagde 3], [naam gedaagde 4], and any other individual who has been or subsequently is the subject of a final judgment of conviction convicting them of a criminal or civil offense related to corruption under the laws of Brazil, or under the United States Code, arising out of or relating to conduct related to the allegations asserted in the Action.

[...]

kk. 'Petrobras Securities' means the securities of Petrobras, including debt securities issued by [naam bedrijf 1] and/or PGE, purchased or otherwise acquired during the Class Period on the New York Stock Exchange or pursuant to other Covered Transactions and debt securities issued by Petrobras, [naam bedrijf 1], and/or PGF that were purchased or otherwise acquired during the Class Period in Covered Transactions, directly in, pursuant to and/or traceable to a May 13, 2013 public offering registered in the United States and/or a March 10, 2014 public offering registered in the United States before Petrobras made generally available to its security holders an earnings statement covering a period of at least twelve months beginning after the effective date of the offerings.

[...]

vv. 'Released Parties' means, in any capacity, Defendants and each of their respective present and former parents, subsidiaries, divisions and affiliates; the present and former employees, shareholders, partners, officers and directors, of each of them; the present and former attorneys, accountants, auditors, underwriters, advisors, trustees, administrators, fiduciaries, consultants, representatives, insurers, and agents of each of them; and the predecessors, heirs, successors and assigns of each, all in their capacities as such, except that the Released Parties shall not include Non-Released Individual Defendants. [...]

yy. 'Securities Act Class' means all Persons who purchased or otherwise acquired debt securities issued by Petrobras, [naam bedrijf 1], and/or PGF, in Covered Transactions, directly in, pursuant to and/or traceable to a May 13, 2013 public offering registered in the United States and/or a March 10, 2014 public offering registered in the United States before Petrobras made generally available to its security holders an earnings statement covering a period of at least twelve months beginning after the effective date of the offerings (August 11, 2014 in the case of the May 13, 2013 public offering and May 15, 2015 in the case of the March 10, 2014 public offering), excluding Defendants, [...] and any Persons who have been or subsequently are the subject of a final judgment of conviction [...].

zz. 'Settled Claims' shall mean any and all Claims, including without limitation Unknown Claims (as defined in ¶ (rrr) below), (a) alleged or which could have been alleged by Class Representatives or Settlement Class Members in the Action, or (b) that have been, could have been, or in the future can or might be asserted in any federal, state or foreign court, tribunal, forum or proceeding, in connection with any of the Petrobras Securities, whether arising from federal, state, foreign, or common law, against the Petrobras Defendants, the Underwriter Defendants, or against any other of the Released Parties, arising out of or relating in any manner to the Action or the allegations, claims, defenses, and counterclaims asserted in the Action, except for Claims to enforce the Settlement, whether arising under state, federal, or common law. Settled Claims shall include claims against Defendants and Released Parties pursuant to the PSLRA for contribution/indemnity or claims that are otherwise dependent on liability in this Action and claims for violations of Fed. R. Civ. P. 11, or any other fee or costshifting claim.

[...]

eee. 'Settlement Class' means, solely for the purposes of effectuating this Settlement: (i) the Exchange Act Class; and (ii) the Securities Act Class as defined herein.

fff. 'Settlement Class Member' means a Person that is a member of the Settlement Class that did not exclude himself, herself, or itself by filing a timely request for exclusion in accordance with the requirements set forth in the Preliminary Approval Order and the Notice.

[...]  
 rrr. 'Unknown Claims' means any and all Claims which Class Representatives or any other Settlement Class Member does not know or suspect to exist in his, her or its favor at the time of the release of such claims, and any Defendant Claims which any Defendant or any other Released Party does not know or suspect to exist in his, her or its favor at the time of the release of such claims, which if known by him, her or it might have affected his, her or its decision(s) with respect to the Settlement.

[...]

#### RELEASE OF CLAIMS

8. The obligations incurred pursuant to this Stipulation shall be in full and final disposition of the Action as to the Petrobras Defendants, Underwriter Defendants and the other Released Parties, and shall fully and finally release any and all Settled Claims against the Petrobras Defendants, the Underwriter Defendants and Released Parties (which does not include the Non-Released Individual Defendants as defined herein).

9. Upon the Effective Date of this Settlement, Class Representatives and Settlement Class Members (whether or not they submit a Proof of Claim or share in the Settlement Fund), on behalf of themselves and each of their respective predecessors, successors, assigns, parents, subsidiaries and other affiliates, officers, directors, employees, partners, members, managers, owners, trustees, beneficiaries, advisors, consultants, insurers, reinsurers, stockholders, investors, nominees, custodians, attorneys, heirs, representatives, administrators, executors, devisees, legatees, and estates, any Person(s) they represent in connection with the Action or in connection with the purchase or sale of any Petrobras Securities during the Class Period, and any Person(s) who claims through or on behalf of them, shall be deemed by this Settlement and by operation of the Judgment to, and shall, release, waive, dismiss, and forever discharge the Settled Claims as to the Petrobras Defendants, the Underwriter Defendants, and the other Released Parties, and shall be deemed by this Settlement to, and shall be permanently and forever barred and enjoined from asserting, commencing or prosecuting in any forum each and every one of the Settled Claims against the Petrobras Defendants, the Underwriter Defendants, and the other Released Parties. The release as set forth above is a material term to this Stipulation.

It is an important element to the Petrobras Defendants' and Underwriter Defendants' participation in this Settlement that the Released Parties obtain the fullest possible release from liability to any Class Representative, Plaintiffs, or Settlement Class Member relating to the Settled Claims, and it is the intention of the Settling Parties that any liability of the Released Parties relating to the Settled Claims be eliminated. For the avoidance of doubt, the release of PwC Brazil and its affiliates shall be subject to the terms of the November 30, 2017 Stipulation of Settlement, as amended, entered into between Class Representatives and PwC Brazil.

[...]

13. Subject to the last sentence below, neither Class Representatives, Class Counsel nor any Settlement Class Member shall provide any support or assistance to the plaintiffs in the Individual Actions, or to any plaintiff in any other pending or future actions in any federal, state or foreign court, tribunal, forum or proceeding, asserting allegations that could have been asserted in the Action in pursuing their claims against the Petrobras Defendants, the Underwriter Defendants, or the other Released Parties. [...]"

2.16. Op 22 juni 2018 heeft de rechtbank New York een *Opinion and order* gegeven waarin onder meer het volgende is opgenomen:

"What this boils down to as a practical matter is that certain claimants who would have been unable to join the litigation classes previously certified by the Court because of extraterritorial impediments are now included in the settlement class so that the defendants can buy 'global peace.'  
 [...]"

Domesticity – although not a matter of Article III standing, see *Morrison v. Nat'l Australia Bank*, 561 U.S. 247, 254 (2010) ('to ask what conduct § 10 (b) reaches is to ask what conduct § 10 (b) prohibits, which is a merits question') – is an element of plaintiffs' securities fraud claims. If contested by defendants, domesticity must be proven by plaintiffs as part of their case-in-chief. But defendants here have waived any domesticity requirement for the purposes of settlement. See Def. Reply at 3. Accordingly, even though the Court previously found that the DTC claimants could not establish domesticity as a matter of law (but not because they lacked Article III standing), [naam] is wrong that the DTC claimants cannot be part of the settlement class (assuming that the



other requirements of Rule 23 are met). See AIG, 689 F.3d at 237-44 (certifying a settlement class even though some or all of the class members could not satisfy the reliance element of their securities fraud claims); Sullivan v. DB Invs., Inc., 667 F.3d 273 (3d Cir. 2011) (certifying a settlement class even though some members of the class lacked statutory standing).

2.17. Op 27 juni 2018 heeft de rechtbank New York bij *Civil judgment* het verzoek tot goedkeuring van de *Class Settlement* ingewilligd.

2.18. Op 2 juli 2018 heeft de rechtbank New York een *Order and final judgment* gewezen waarin onder meer het volgende is vermeld:

“7. Upon the Effective Dates of the Settlements, Class Representatives and all other Settlement Class Members, whether or not such Person submits a Proof of Claim, on behalf of (i) themselves, (ii) each of their respective predecessors, successors, assigns, parents, subsidiaries and other affiliates, officers, directors, employees, partners, members, managers, owners, trustees, beneficiaries, advisors, consultants, insurers, reinsurers, stockholders, investors, nominees, custodians, attorneys, heirs, representatives, administrators, executors, devisees, legatees, and estates, and any Person(s) they represent in connection with the Action or in connection with the purchase or sale of any Petrobras Securities during the Class Period, and (iii) any Person(s) who claims through or on behalf of them, shall be deemed by operation of law to have irrevocably, absolutely, and unconditionally, fully, finally and forever released, waived, dismissed and discharged the Settled Claims as specified and described in the Petrobras Stipulation and in the PwC Stipulation against each and all of the Petrobras Defendants, the Underwriter Defendants, PwC Brazil, and all other Released Parties, and shall forever be enjoined from prosecuting any or all of the Settled Claims against the Petrobras Defendants, the Underwriter Defendants, PwC Brazil and any Released Party. For avoidance of doubt, the Settled Claims are not released against the Non-Released Individual Defendants, who include [naam gedaagde 3], [naam gedaagde 4], and any other individual who has been or subsequently is the subject of a final judgment of conviction convicting them of a criminal or civil offense related to corruption under the laws of Brazil, or under the United States Code, arising out of or relating to

the conduct related to the allegations asserted in the Action.”

2.19. Op 1 februari 2019 heeft prof. John C. Coffee jr. een rapport uitgebracht met een analyse van de *Class Settlement* en de goedkeuring daarvan door de rechtbank New York (hierna: het rapport Coffee).

### 3. *Het geschil in conventie*

3.1. De Stichting vordert, voor zover thans nog van belang, dat de rechtbank, bij vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. verklaart voor recht dat:

a. Petrobras onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Petrobras beleggers door:

– *verwijt II*: de onrechtmatige verzwijging van de fraude (in de dagvaarding omschreven onder 11.25 e.v.);

– *verwijt III*: de publicatie van onjuiste, onvolledige en/of misleidende financiële gegevens (omschreven in de dagvaarding onder 11.31 e.v.);

– *verwijt IV*: de uitgifte van Petrobras aandelen op basis van onvolledige, onjuiste en/of misleidende informatie en het bewerkstelligen, althans toelaten dat PGF op basis van onvolledige, onjuiste en/of misleidende informatie Petrobras obligaties heeft uitgegeven (omschreven in de dagvaarding onder 11.42 e.v.);

– *verwijt V*: de uitgifte van Petrobras aandelen tijdens de fraudeperiode en het bewerkstelligen, althans toelaten dat PGF tijdens de fraudeperiode Petrobras obligaties heeft uitgegeven (omschreven in de dagvaarding onder 11.60 e.v.)

– *verwijt VI*: het bewust onterecht vertrouwen wekken van beleggers tijdens de fraudeperiode (omschreven in de dagvaarding onder 11.63 e.v.);

b. PGF onrechtmatig heeft gehandeld jegens Petrobras beleggers door:

– *verwijt I*: het initiëren en in stand houden van de grootschalige fraude (omschreven in de dagvaarding onder 11.3 e.v.);

– *verwijt II*: de onrechtmatige verzwijging van de fraude (omschreven in de dagvaarding onder 11.25 e.v.);

– *verwijt III*: de publicatie van onjuiste, onvolledige en/of misleidende financiële gegevens (omschreven in de dagvaarding onder 11.31 e.v.);

– *verwijt IV*: de uitgifte van Petrobras obligaties op basis van onvolledige, onjuiste en/of misleidende informatie (omschreven in de dagvaarding onder 11.42 e.v.);

– *verwijt V*: de uitgifte van Petrobras obligaties tijdens de fraudeperiode (omschreven in de dagvaarding onder 11.60 e.v.);

– *verwijt VI*: het bewust onterecht vertrouwen wekken van beleggers tijdens de fraudeperiode (omschreven in de dagvaarding onder 11.63 e.v.);

– *verwijt VII*: het handelen in strijd met (overige) geldende regelingen (omschreven in de dagvaarding onder 11.67 e.v.);

c. POG onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Petrobras beleggers door het onder *verwijt I* beschreven initiëren en in stand houden van de grootschalige fraude en in het bijzonder het verwerven van de olieconcessie in de republiek Benin op onzakelijke voorwaarden en het nalaten van het nemen van maatregelen ter afwending van de nadelige gevolgen daarvan (zie dagvaarding onder 11.22 e.v.) alsmede het onder *verwijt VII* beschreven handelen in strijd met (overige) geldende regelingen (zie dagvaarding onder 11.67);

d. PIB onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Petrobras beleggers door het onder *verwijt I* beschreven initiëren en in stand houden van de fraude en het nalaten van het nemen van maatregelen ter afwending van de nadelige gevolgen daarvan en in het bijzonder haar betrokkenheid bij de verwerving van buiten Brazilië gelegen *assets* zoals de concessie in Benin en de Pasadena Raffinaderij (zie dagvaarding onder 11.18 e.v.) alsmede het onder *verwijt VII* beschreven handelen in strijd met (overige) geldende regelingen (zie dagvaarding onder 11.67);

e. [naam gedaagde 3], [naam gedaagde 4], [naam gedaagde 5], [naam gedaagde 7] en [naam gedaagde 6] ieder voor zich, althans door samenspanning, onrechtmatig hebben gehandeld jegens de Petrobras beleggers door het bedingen en uiteindelijk ontvangen van de *kick-back fees* (*verwijt I* omschreven in de dagvaarding onder 12.3 e.v.);

f. [naam gedaagde 1], [naam gedaagde 2], [naam gedaagde 3], [naam gedaagde 4], [naam gedaagde 5], [naam gedaagde 7] en [naam gedaagde 6] ieder voor zich, althans door samenspanning met anderen, onrechtmatig hebben gehandeld jegens de Petrobras beleggers door:

– (al dan niet) uit hoofde van hun respectieve functies binnen Petrobras direct of indirect persoonlijke medewerking te verlenen aan, bewerkstelligen of toelaten van:

(i) *verwijt II*: de onrechtmatige verzwijging van de fraude (omschreven in de dagvaarding onder 12.11 e.v.);

(ii) *verwijt III*: de publicatie van onjuiste, onvolledige en/of misleidende financiële gegevens (omschreven in de dagvaarding onder 12.12 e.v.);

(iii) *verwijt IV en V*: de uitgifte van Petrobras effecten op basis van onvolledige, onjuiste en/of misleidende informatie (omschreven in de dagvaarding onder 12.15 e.v.);

(iv) *verwijt VI*: het bewust onterecht vertrouwen wekken van beleggers tijdens de fraudeperiode (omschreven in de dagvaarding onder 12.19 e.v.);

II. Petrobras c.s., POG en de niet verschenen gedaagden hoofdelijk, des dat de een betalend de ander zal zijn bevrijd, te veroordelen tot betaling van de daadwerkelijk gemaakte buitengerechtelijke kosten ex artikel 6:96 lid 2 BW thans begroot op € 200.000,00, subsidiair het maximale forfaitaire tarief ad € 3.210,00 per punt, meer subsidiair op basis van het gebruikelijke forfaitaire tarief, althans een in goede justitie te bepalen bedrag ex artikel 6:97 BW, een en ander zoals toegelicht in hoofdstuk 15 van de dagvaarding.

3.2. Petrobras c.s. en POG voeren ieder gemotiveerd verweer en concluderen beide tot afwijzing van de vordering, met veroordeling van de Stichting in de kosten, waaronder de nakosten, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis, en – voor het geval voldoening van de (na-)kosten niet binnen die termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na-)kosten te rekenen vanaf veertien dagen na dagtekening van het vonnis, een en ander, voor zover de wet het toelaat, uitvoerbaar bij voorraad.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. Het geschil en de beoordeling in (voorwaardelijke) reconventie

4.1. Petrobras c.s. en POG vorderen ieder dat de rechtbank, bij vonnis voor zover de wet dat toelaat uitvoerbaar bij voorraad:

1. verklaart voor recht dat:

2. de *Opinion & Order*, de *Civil Judgment* en de *Order & Final Judgment* worden erkend, en bindend zijn voor eenieder die onder het bereik van de *Stipulation of Settlement and Release* valt;

3. de groep “Petrobras Beleggers” zoals door de Stichting gedefinieerd in de dagvaarding in ieder geval wordt beperkt tot (i) investeerders die niet onder de reikwijdte van de *Class Settlement* vallen en/of (ii) investeerders die onder de reikwijdte van de *Class Action* vallen en die gehandeld heb-

ben in Petrobras-aandelen op de Bovespa, slechts voor zover hun belangen die transacties betreft; 2. verklaart voor recht dat:

de door de Stichting ingestelde rechtsvorderingen zijn verjaard;

pretense rechtsvorderingen van “Petrobras Beleggers” jegens Petrobras c.s. zijn verjaard.

3. de Stichting veroordeelt tot betaling van de kosten van het geding, te vermeerderen met de nakosten ten belope van € 157,00 zonder betekening, dan wel € 239,00 in het geval van betekening, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis, en – voor het geval voldoening van de (na-)kosten niet binnen die termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na-)kosten te rekenen vanaf veertien dagen na dagtekening van het vonnis.

4.2. Ter zitting van 18 december 2018 is met de Stichting en Petrobras c.s. afgesproken dat bespreking van de vordering in reconventie wordt uitgesteld zodat de Stichting thans nog geen verweer in reconventie hoeft te voeren. De bespreking van de reconventionele vordering en alle beslissingen daaromtrent zullen worden aangehouden.

### 5. De beoordeling in conventie

#### *Inleidende overwegingen*

5.1. De Stichting heeft aan haar vordering, kort samengevat, ten grondslag gelegd dat Petrobras c.s., POG en de niet verschenen gedaagden onrechtmatig jegens de Petrobras beleggers hebben gehandeld omdat zij hebben deelgenomen aan de in het *Lava Jato* onderzoek geconstateerde fraude en omkoping (zie 2.8), althans deze hebben verzwegen en dat zij hebben bewerkstelligd en/of toegelaten dat deze gedurende de fraudeperiode heeft kunnen voortduren, alsmede hebben zorg gedragen voor de publicatie van (daardoor) evident onjuiste en/of misleidende informatie. De Petrobras beleggers hebben volgens de Stichting vertrouwd op de juistheid van die informatie en zijn door het onrechtmatig handelen benadeeld omdat 1) op oneigenlijke wijze gelden aan het vermogen van Petrobras zijn onttrokken, 2) Petrobras vanaf 2014 geen dividend meer heeft uitgekeerd, en 3) de waarde van de Petrobras effecten kunstmatig hoog is gehouden en na het bekend worden van de fraude in 2014 vrijwel is gehalveerd.

5.2. Ter zitting van 18 december 2018 is in het kader van de regievoering in deze procedure afgesproken dat eerst beslist zal worden over de ontvankelijkheid van de Stichting en het op de vorderingen toepasselijke recht.

Daarnaast zal worden beslist op het verzoek van Petrobras c.s. om terug te komen op het in het incidentele vonnis gegeven oordeel dat het bepaalde in artikel 58 van de Statuten niet in de weg staat aan de bevoegdheid van de rechtbank.

Gelet op de procesafspraken zal de rechtbank – anders dan Petrobras c.s. wensen – thans niet onderzoeken of de vorderingen jegens [naam bedrijf 1] en PIB voor directe afwijzing gereed liggen. De geschilpunten die in dit vonnis niet worden besproken, zullen – voor zover nog aan de orde en na daarover door de Stichting en Petrobras c.s. en POG gevoerd debat – in een later stadium aan de orde kunnen komen.

5.3. POG heeft zich voor wat betreft de onder 5.2, eerste alinea, genoemde onderwerpen bij het verweer van Petrobras c.s. aangesloten voor zover dat verweer (mede) betrekking heeft op POG. Zij heeft verwezen naar de in dat verband van belang zijnde door Petrobras c.s. overgelegde producties, hetgeen gelet op de ter zitting van 23 augustus 2017 gemaakte procesafpraak betekent dat deze producties geacht worden ook door POG in het geding te zijn gebracht.

#### *Terugkomen op bevoegdheidsoordeel*

5.4. Petrobras c.s. hebben bezwaar gemaakt tegen het oordeel in het incidentele vonnis dat de rechtbank niet vanwege het bepaalde in artikel 58 van de Statuten – zoals dat destijds luidde in de Engelstalige versie – onbevoegd is kennis te nemen van de vorderingen van de Stichting, voor zover deze zijn ingesteld ten behoeve van de aandeelhouders van Petrobras. Zij hebben de rechtbank verzocht terug te komen op dit oordeel. Volgens hen is in dat artikel geregeld dat geschillen tussen Petrobras, haar aandeelhouders en bestuurders beslecht moeten worden door middel van arbitrage. Petrobras c.s. hebben daartoe aangevoerd dat in het enige – niet in het incidentele vonnis onder 2.2 aangehaalde – lid van artikel 58 het woord arbitrage is genoemd (zie 2.3).

5.5. De Stichting heeft het standpunt ingenomen dat dit verzoek neerkomt op een verkapt appel. De Stichting wordt hierin niet gevolgd. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad brengen de eisen van een goede procesorde mee dat de rech-

ter, aan wie is gebleken dat een eerdere door hem gegeven, maar niet in een einduitspraak vervatte eindbeslissing, berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, bevoegd is om, nadat partijen de gelegenheid hebben gekregen zich dienaangaande uit te laten, over te gaan tot heroverweging van die eindbeslissing, teneinde te voorkomen dat hij op een ondeugdelijke grondslag een einduitspraak zou doen.

5.6. De rechtbank ziet geen aanleiding terug te komen op haar in het incidentele vonnis gegeven oordeel ten aanzien van haar bevoegdheid. Daarvoor is onvoldoende dat in een apart, op het algemene deel volgend, lid van artikel 58 is bepaald dat beraadslagingen van de Federale regering die gericht zijn op het leiden van de activiteiten van de onderneming, niet zijn onderworpen aan de in het algemene deel van het artikel genoemde arbitrageprocedure. In het algemeen geldt dat een uitleg van een contractuele regeling die ertoe leidt dat bepaalde delen van die regeling onduidelijk zijn of zin missen om die reden niet snel voor juist gehouden wordt. Verondersteld dient immers te worden dat beoogd is geen zinloze of onbegrijpelijke regeling te treffen. Dat algemene uitgangspunt mist echter in de bijzondere context van deze uitleg toepassing.

In de eerste plaats geldt dat hier de – naar inmiddels vast staat – onjuiste vertaling in het Engels uitgangspunt moet zijn op de in het incidentele vonnis toegelichte gronden.

In de tweede plaats moet hier worden uitgegaan van een objectieve uitleg, waarbij de meest voor de hand liggende betekenis van de gebruikte bewoordingen heeft te gelden. Het betreft immers een regeling waarover niet is onderhandeld en die is bedoeld om jegens een onbepaald aantal derden – toekomstige aandeelhouders – te worden toegepast. Dat ook naar Braziliaans recht deze uitlegmaatstaf moet worden gehanteerd volgt uit de overgelegde opinies.

Ten slotte gaat het hier om een regeling die zeer verstrekkende gevolgen heeft, omdat deze ertoe leidt dat de weg naar de overheidsrechter definitief wordt afgesloten. Daarvoor is, zoals in het incidentele vonnis is overwogen, een duidelijke contractuele bepaling vereist.

Deze elementen staan eraan in de weg dat de voor een buitenstaander niet kenbare omissie in de tot november 2016 gebruikte Engelse tekst van artikel 58 hersteld wordt gelezen op basis van een interpretatie van een daarop volgende, op een ander

geval ziende, bepaling, waarin een uitzondering wordt geformuleerd. De rechtbank volgt Petrobras c.s. daarom niet in haar opvatting dat in de Engelse vertaling een deel van de Portugese tekst – die per abuis is weggelaten – gemist kan worden zonder dat dit afdoet aan de betekenis van het artikel. Het was aan Petrobras om ervoor te zorgen dat de beoogde arbitrageclausule ook in de Engelse tekst duidelijk zou zijn verwoord. Er is in de gegeven situatie geen reden om haar slordigheid te corrigeren ten nadele van (potentiële) aandeelhouders die waren aangewezen op de Engelse vertaling. Toegang tot de onafhankelijke overheidsrechter wordt immers – ook naar Braziliaans recht – beschouwd als een grondrecht.

Dat de rechtbank New York eerder heeft geoordeeld dat artikel 58 van de Statuten een geldige arbitrageclausule bevat en ook diverse Braziliaanse rechters tot dit oordeel zijn gekomen, maakt dit om de in het incidentele vonnis genoemde redenen niet anders. Voor de Braziliaanse rechters geldt dat deze kennelijk (en volstrekt begrijpelijk) slechts naar de Braziliaanse tekst hebben gekeken waarin dit probleem zich niet voordoet. Voor wat betreft de rechtbank in New York blijkt uit de uitspraak niet dat op dit aspect – de foutieve vertaling tot november 2016 – een beroep is gedaan (zie 2.12). Ook in hoger beroep is dit aspect niet kenbaar aan de orde gesteld. Kennelijk is het uitgangspunt steeds geweest dat de Engelse en de Braziliaanse tekst overeen kwamen.

5.7. Petrobras c.s. hebben nog aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte heeft nagelaten in het incidentele vonnis te oordelen over hun vordering tot erkenning van de beslissing van 30 juli 2015 van de rechtbank New York ten aanzien van de geldigheid van de arbitrageclausule. In het petitum van de incidentele conclusie tot onbevoegdheid dan wel elders in die conclusie van Petrobras c.s. is echter geen op erkenning van de uitspraak van de rechtbank New York gerichte vordering opgenomen, zodat een dergelijke erkenning niet aan de rechtbank voorlag.

Een als verweer van Petrobras c.s. opgevat beroep op die uitspraak kan hen niet baten. Op grond van artikel 10:3 BW is artikel 236 lid 3 Rv van toepassing en daarin is bepaald dat aan beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en die zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis in een ander geschil tussen dezelfde partijen bindende kracht hebben. Duidelijk is echter dat – nu de uitspraak van 30 juli 2015 is gegeven

in de procedure die uiteindelijk is uitgemond in de *Class Settlement* – de Stichting gelet op haar doelstelling en hetgeen zij daarover ter zitting van 16 april 2019 heeft meegedeeld, niet opkomt voor de belangen van de (rechts)personen die zijn betrokken bij de *US Class Action*. De uitspraak van de rechtbank New York, wat daarvan verder zij, ziet daarom op een geschil tussen andere partijen.

5.8. Een ander bezwaar van Petrobras c.s. is gestoeld op de verplichting om, bij aanschaf van aandelen op de Bovespa, een Braziliaanse tussenpersoon in te schakelen die de Braziliaanse, originele, tekst begrijpt. De rechtbank begrijpt de redenering zo dat de kennis van die tussenpersoon aan de aandeelhouder in spe moet worden toegerekend, zodat om die reden niet de Engelse, maar de Braziliaanse tekst – die wel een deugdelijke en duidelijke arbitrageclausule bevat – prevaleert. Op dat punt wordt hierna onder 5.22 en volgende in het kader van de ontvankelijkheid teruggekommen.

#### *De ontvankelijkheid van de Stichting*

5.9. POG heeft aangevoerd dat de Stichting niet-ontvankelijk is in haar vorderingen jegens POG omdat zij niet aan haar substantiërings-, waarheids- en volledigheidsplicht heeft voldaan. Daarover wordt thans gelet op de gemaakte regie-afspraken geen beslissing genomen. Op dit moment kan in elk geval worden vastgesteld dat de Stichting haar vordering in de dagvaarding van een onderbouwde motivering heeft voorzien. Uit onderzoek, na nader partijdebat, moet blijken of de Stichting aan haar hiervoor genoemde plichten heeft voldaan. Indien dat niet het geval blijkt te zijn, zullen de vorderingen van de Stichting te zijner tijd mogelijk (ten dele) worden afgewezen.

5.10. Petrobras c.s. hebben zich tegen de vorderingen verweerd door aan te voeren dat de Stichting niet ontvankelijk is in haar vorderingen omdat:

1. zij geen duidelijkheid heeft gegeven over de vraag voor welke belangen van welke investeerders zij opkomt, terwijl het overgrote deel van de Petrobras beleggers niet (meer) door de Stichting gerepresenteerd kan of wil worden vanwege de *Class Settlement* en de volgens Petrobras c.s. in de Statuten opgenomen arbitrageclausule;
2. zij geen belang in de zin van artikel 3:303 BW heeft nu het overgrote deel van de Petrobras beleggers geen belang meer heeft bij toewijzing van de ingestelde vorderingen en – afhankelijk van het

toepasselijke recht – de gevorderde verklaringen voor recht niet toewijsbaar zijn;

3. de belangen van de Petrobras beleggers onvoldoende zijn gewaarborgd vanwege de omstandigheid dat de Stichting het verlengstuk is van het aan haar gelieerde International Securities Associations and Foundations Management (ISAF) terwijl ISAF met deze collectieve actie voornamelijk haar eigen commerciële belangen nastreeft als gevolg waarvan de Claimcode wordt geschonden;
4. over de vorderingen van de Stichting niet kan worden beslist zonder daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden te betrekken.

Volgens Petrobras c.s. bestaat er gerede twijfel of er nog belanghebbenden zijn voor wie de Stichting kan opkomen en of de Stichting kan bijdragen aan een effectieve en efficiënte rechtsbescherming.

- 5.11. Hierna komt eerst aan de orde of de Stichting gelijksoortige belangen behartigt en of zij commerciële belangen nastreeft.

#### *Gelijksoortige belangen*

5.12. Volgens Petrobras c.s. zijn de belangen van de Petrobras beleggers waarvoor de Stichting opkomt sterk van elkaar verschillend, onder meer omdat de door de Stichting tot die groep gerekende (rechts-)personen andersoortige feitelijke en rechtsposities hebben en het diffuse feitencomplex zich zou hebben voorgedaan gedurende een periode van meer dan tien jaar. Daarop zijn temporeel en geografisch gezien verschillende rechtstelsels van toepassing. Petrobras c.s. zijn van mening dat de Stichting heeft nagelaten toe te lichten welke handelingen van welke gedaagde in welke periode op welke wijze en in welke mate jegens welke precieze groep Petrobras beleggers naar welk recht onrechtmatig zouden zijn geweest.

5.13. De door Petrobras c.s. verlangde duidelijkheid gaat door haar mate van precisie verder dan vereist is in het kader van de ontvankelijkheid van de Stichting in een collectieve actie als deze. Zoals de Stichting terecht heeft betoogd, dienen de belangen van de groep waarvoor zij opkomt slechts gelijksoortig te zijn en zich voor bundeling te lenen. Daarvan is sprake nu de gestelde schade voortvloeit uit de aan Petrobras c.s., POG en de niet verschenen gedaagden verweten, beweerdelijk onrechtmatige gedragingen die behoren tot het als de Fraude aangeduide samenhangende

feitencomplex, welke schade er per saldo uit voortvloeit dat aan beleggers een verkeerd beeld van de waarde van de effecten is voorgespiegeld. De vraag of die gedragingen onrechtmatig zijn, kan beantwoord worden zonder daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden te betrekken. Dat geldt ook voor de vraag of die onrechtmatige gedragingen tot dergelijke schade geleid kunnen hebben. Dat daarop meer dan een rechtsstelsel van toepassing zal zijn doet daaraan niet af. Indien in een later stadium geoordeeld zou worden dat niet alle verweten gedragingen zich hebben voorgedaan en/of tot schade hebben geleid en/of één of meer van gedaagden geheel of gedeeltelijk niet aansprakelijk is/zijn, leidt dat tot (gedeeltelijke) afwijzing van de vorderingen en – anders dan Petrobras c.s. menen – niet tot niet-ontvankelijkheid van de Stichting. De groep waarvoor de Stichting opkomt, bestaat uit degenen die in een bepaalde periode in duidelijk omschreven effecten hebben belegd en de belangen waarin zij zijn geraakt beperken zich tot de waarde van de effecten en de beeldvorming daaromtrent. Daarmee zijn die belangen gelijksoortig en lenen zij zich voor bundeling in een actie als deze (zie Hoge Raad 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 («JOR» 2010/43, m.nt. Frielink; red.)). De bijzondere omstandigheden aan de zijde van de belanghebbenden kunnen, nadat de vraag naar de onrechtmatigheid van de handelingen van Petrobras c.s., POG en de niet verschenen gedaagden is beantwoord, in de door de belanghebbenden individueel mogelijk te voeren procedures aan de orde komen.

De vraag of de bundeling in dit geval toegevoegde waarde heeft vanuit een oogpunt van efficiënte rechtsbedeling hangt met name samen met de omvang van de groep wier belangen de Stichting behartigt. Daarop wordt hierna onder 5.19 tot en met 5.38 teruggekomen.

#### *Commerciële belangen*

5.14. Petrobras c.s. hebben aangevoerd dat er concrete aanwijzingen zijn dat ISAF, een rechtspersoon met commerciële belangen, de drijvende kracht is achter de collectieve actie van de Stichting. Omdat ISAF in de visie van Petrobras c.s. een met de Stichting verbonden rechtspersoon is, voldoet de Stichting niet aan de Claimcode.

5.15. De Stichting heeft bestreden dat zij een met ISAF verbonden rechtspersoon is. Volgens haar

treedt ISAF enkel op als financier van de collectieve actie en verricht zij op verzoek van de Stichting ondersteunende activiteiten. De Stichting opereert echter onafhankelijk van ISAF. De Stichting heeft voorts aangevoerd dat de aan ISAF in geval van succes toekomende vergoedingen marktconform zijn. Voorts heeft zij gedetailleerd betoogd en onderbouwd dat, waarom en hoe zij aan de Claimcode voldoet en hoe de scheiding tussen haar en ISAF vorm heeft gekregen.

De rechtbank stelt voorop dat de Claimcode een zelfbindingsinstrument is dat onder meer beoogt te voorkomen dat collectieve acties worden benut om op oneigenlijke wijze winst te maken doordat het inhoudelijke belang van benadeelden ondergeschikt wordt gemaakt aan commerciële belangen van derden. Procedures als deze zijn echter langdurig en kostbaar en dienen op enigerlei wijze gefinancierd te worden. Een van de wijzen om in financiering te voorzien is het gebruikmaken van een externe procesfinancier, die tegen vergoeding het risico van verlies loopt. Als die vergoeding marktconform is en voldoende zeker is gesteld dat de procesfinancier geen zeggenschap heeft over inhoudelijke beslissingen van de Stichting behoeft daartegen, vanuit voormeld gezichtspunt, in beginsel geen bezwaar te bestaan. Dat geldt ook voor het verlenen van praktische hand- en spandiensten.

In dat licht hebben Petrobras c.s., gelet op de toelichting van de Stichting, hun standpunt aangaande de verbondenheid van ISAF en de Stichting en daarmee ook met betrekking tot de toerekening van de commerciële belangen van ISAF aan de Stichting onvoldoende onderbouwd. Er is geen aanleiding om aan te nemen dat de belangen van de Petrobras beleggers voor wie de Stichting opkomt vanwege de commerciële belangen van ISAF als procesfinancier onvoldoende zijn gewaarborgd. Hetgeen Petrobras c.s. op dit punt hebben aangevoerd leidt daarom niet tot niet-ontvankelijkheid van de Stichting.

5.16. Nu het onder 5.12 tot en met 5.15 overwogene er niet toe leidt dat de Stichting niet-ontvankelijk is in haar vorderingen, wordt hierna besproken of de Stichting een belang heeft in de zin van artikel 3:303 BW, voldoende representatief is en of de belangen van degenen voor wie de Stichting opkomt verder voldoende gewaarborgd zijn. In dat verband moet worden onderzocht of de Stichting voldoende belang heeft bij de gevorderde verklaringen voor recht en wat de gevolgen zijn

van artikel 58 van de Statuten en de *Class Settlement*.

*Belang bij de verklaringen voor recht*

5.17. Petrobras c.s. hebben aangevoerd dat een verklaring voor recht ter loutere vaststelling van feiten of een element van de gehele rechtsverhouding naar Braziliaans recht niet toewijsbaar is, terwijl het Braziliaans recht een groot deel beheerst van de achterliggende vorderingen van de (rechts-)personen voor wie de Stichting opkomt. Daarom heeft de Stichting in de visie van Petrobras c.s. geen belang in de zin van artikel 3:303 BW bij haar vorderingen.

Volgens de Stichting is dit standpunt onjuist omdat de vraag of een verklaring voor recht kan worden gevorderd moet worden beantwoord aan de hand van het recht van de aangezochte rechter (de *lex fori*). De Stichting is daarnaast van mening dat het standpunt van Petrobras c.s. dat de rechtsverhoudingen vooral door Braziliaans recht worden geregeerd niet is te rijmen met hun argument dat de onderliggende vorderingen worden beheerst door meer dan 150 rechtsstelsels.

5.18. De vraag die moet worden beantwoord is of de voorliggende vorderingen (ook) via een rechtsvordering door de Stichting in een collectieve actie geldend kunnen worden gemaakt. Die vraag moet naar Nederlands internationaal privaatrecht worden gekwalificeerd als een vraag van procesrecht, waarop de *lex fori*, dus Nederlands procesrecht, van toepassing is (vgl. Hof Den Haag 18-12-2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588).

De vraag of de achterliggende vorderingen 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.

*Belang in verband met artikel 58 van de Statuten van Petrobras*

5.19. Petrobras c.s. hebben aangevoerd dat de door de Stichting ingestelde vorderingen geen effectieve en efficiënte rechtsbescherming kunnen bieden aan de Petrobras beleggers die gebonden zijn aan artikel 58 van de Statuten. Dit zijn volgens hen al diegenen die reeds een arbitrageprocedure zijn gestart, partij waren bij een rechterlijk oordeel waarin het arbitraal beding geldig is geacht, Portugees lazen of een Portugees lezende tussenpersoon/adviseur hadden, ná november 2016 nog aandelen hielden en/of de *SEC-filings* hebben gelezen.

5.20. De Stichting heeft niet bestreden dat de Petrobras beleggers die een arbitrageprocedure zijn gestart aan die keuze zijn gebonden. Dit leidt er – ook in de visie van de Stichting – toe dat deze beleggers geen belang hebben bij de door de Stichting gestarte procedure; de Stichting komt niet op voor de belangen van deze beleggers.

5.21. De Stichting is van mening dat de omstandigheid dat een Petrobras belegger, intermediair of adviseur Portugees leest, niet betekent dat de betreffende Petrobras belegger daadwerkelijk kennis heeft genomen van de Portugeese versie van de Statuten.

5.22. Het in het incidentele vonnis gegeven oordeel over artikel 58 van de Statuten betreft alleen de Engelstalige versie daarvan en ziet alleen op de aandeelhouders die niet in staat waren Portugees te lezen. Naar niet in geschil is, wordt in de Portugeese versie van artikel 58 van de Statuten met voldoende bepaaldheid omschreven dat geschillen zullen worden beslecht door middel van arbitrage. Dat het arbitraal beding – in de Portugeese versie – alleen de toepassing van een aantal technische regelingen als doel heeft, zoals de Stichting stelt, volgt niet uit de tekst van het artikel.

Het Braziliaanse *Superior Court of Justice* heeft in een uitspraak van 4 juli 2018 – die door Petrobras c.s. in Engelse vertaling is overgelegd – geoordeeld dat een arbitraal beding voor alle aandeelhouders geldt, waarbij niet van belang is of zij voor of tegen het opnemen van het arbitraal beding in de Statuten hebben gestemd en ongeacht het moment waarop zij hun aandelen hebben verworven.

De rechtbank gaat uit van het door de Braziliaanse rechter gegeven oordeel en de betekenis daarvan voor artikel 58 van de Statuten in de Portugeese versie. Dat betekent – anders dan de Stichting meent – dat niet van belang is of de aandeelhouders die Portugees kunnen lezen dat beding expli-

ciet hebben aanvaard. Zij zijn daaraan toch gebonden.

Voor de Petrobras beleggers die aandelen hebben gekocht op de Bovespa en in staat waren Portugees te lezen, geldt daarom dat artikel 58 van de Statuten er aan in de weg staat dat zij hun vordering geldend kunnen maken in de onderhavige procedure; de Stichting kan niet voor de belangen van deze aandeelhouders opkomen.

5.23. Petrobras c.s. hebben aangevoerd dat ook de aandeelhouders die hun aandelen op de Bovespa hebben gekocht én in de Verenigde Staten of Brazilië een procedure zijn gestart, gebonden zijn aan het in die procedures gegeven rechterlijk oordeel over de geldigheid van het in artikel 58 van de Statuten opgenomen arbitraal beding.

Nu – naar door Petrobras c.s. onweersproken is gesteld – de belangenvereniging die als eiseres is opgetreden in de procedure die heeft geleid tot de hiervoor onder 5.22 aangehaalde uitspraak van 4 juli 2018 heeft meegedeeld dat zij inmiddels een arbitrageprocedure is gestart, wordt het ervoor gehouden dat de 108 investeerders voor wie die belangenvereniging optreedt, vallen onder de hiervoor onder 5.20 genoemde categorie en dus aan de in de arbitrageprocedure gegeven of te geven uitspraak zijn gebonden. Petrobras c.s. hebben als productie 216 een lijst van deze investeerders overgelegd met als titel *Cadastro de associados*. De Stichting komt – zoals zijzelf heeft gesteld – niet op voor de belangen van de op de lijst vermelde Petrobras beleggers.

5.24. Voorts wordt overwogen dat het door de Braziliaanse rechter in andere procedures gegeven oordeel over de geldigheid van artikel 58 van de Statuten in de Portugese versie de partijen bij het geding waarin die uitspraak is gedaan bindt: in het geval de rechter heeft geoordeeld dat slechts de weg van arbitrage open staat, staat dat oordeel er aan in de weg dat de betrokken partij in deze procedure belanghebbende is en dat de Stichting haar/zijn belangen behartigt.

Hetzelfde geldt voor de bij de *US Class Action* daadwerkelijk betrokken partijen. De investeerders van wie duidelijk is dat zij deelnamen aan de *US Class Action* zijn gebonden aan het oordeel van de rechter in de door (of namens) hen aangespannen procedure.

5.25. Petrobras c.s. hebben ook naar voren gebracht dat de handel in aandelen op de Bovespa alleen mogelijk is door tussenkomst van een Braziliaanse intermediair/adviseur en dat de kennis

die deze intermediair/adviseur geacht wordt te hebben, er aan in de weg staat dat Petrobras beleggers zich erop kunnen beroepen dat de Portugese versie van de Statuten niet voor hen geldt.

Indien een belegger gebruik maakt van een intermediair/adviseur voor de aanschaf van effecten op de Bovespa dient, naar Nederlands recht, de op die transactie betrekking hebbende kennis, in beginsel te worden toegerekend aan degene ten behoeve van wie hij heeft gehandeld. De rechtbank gaat ervan uit dat Braziliaans recht op dit punt niet anders luidt; dat is noch door de Stichting noch door Petrobras c.s. betoogd.

Nu een dergelijke Braziliaanse intermediair/adviseur bekend moet worden geacht met de Portugese versie van de Statuten en het daarin opgenomen arbitraal beding waarin met voldoende bepaaldheid wordt omschreven dat geschillen zullen worden beslecht door middel van arbitrage, heeft artikel 58 van de Statuten in de Portugese versie in beginsel dus ook werking ten opzichte van de aandeelhouders die hun aandelen hebben verkregen door tussenkomst van een dergelijke intermediair/adviseur. Dat betekent, dat de Stichting hun belangen niet in deze gerechtelijke procedure kan behartigen.

Niet vast staat echter dat de handel in aandelen op de Bovespa alleen mogelijk is via een tussenpersoon en het is aan Petrobras c.s. en POG om dat te onderbouwen. Het is vervolgens aan de Stichting om dat, desgewenst, gemotiveerd te betwisten en/of concreet aan te geven dat Petrobras beleggers die op de Bovespa aandelen hebben verhandeld en van wie zij de belangen behartigt, niet hebben gehandeld via zo'n tussenpersoon. Partijen kunnen zich hierover uitlaten in een door hen te nemen (antwoord)conclusie.

5.26. Volgens Petrobras c.s. kunnen de Petrobras beleggers die geen Portugees beheersen zich er vanaf november 2016 niet langer op beroepen dat uit de Engelstalige versie van de Statuten niet blijkt dat eventuele geschillen dienen te worden beslecht door het aanspannen van een arbitrageprocedure omdat toen een aangepaste Engelse vertaling op de website van Petrobras is geplaatst. De hiervoor onder 5.22, tweede alinea, genoemde uitspraak van het Braziliaanse *Superior Court of Justice* van 4 juli 2018 ziet niet op het geval dat de vennootschap een foutieve, incomplete vertaling van de Statuten heeft gepubliceerd; daarin gaat het om de gebondenheid aan een besluit tot vaststelling of wijziging van de Statuten. De Petrobras



beleggers die ten tijde van de aankoop van hun aandelen het Portugees niet beheersten en niet gehandeld hebben in aandelen Petrobras door tussenkomst van een Braziliaanse intermediair/adviseur, mochten in beginsel afgaan op de Engelse vertaling. Nu Petrobras c.s. niet hebben aangevoerd dat zij publiekelijk bekend hebben gemaakt dat Petrobras de Engelse versie van de Statuten heeft aangepast, blijkt uit die uitspraak niet dat beleggers die reeds Petrobras aandelen in bezit hadden ten tijde van de verbetering in november 2016 gebonden zijn aan die verbeterde Engelse vertaling van de Statuten. Enige andere grond om hen toch gebonden te achten is niet naar voren gebracht. Van hen kan niet worden verwacht dat zij uit eigen beweging regelmatig controleren of de voor hen leesbare versie van de Statuten is aangepast. Deze beleggers behoren daarom tot de groep voor wiens belangen de Stichting kan opkomen.

5.27. Volgens Petrobras c.s. is voorts van belang dat Petrobras in haar jaarlijkse *SEC-filings* die op haar website worden gepubliceerd expliciet heeft gewezen op artikel 58 van haar Statuten.

Anders dan Petrobras c.s. menen betekent dit niet dat de Portugese versie van de Statuten ook geldt voor Petrobras beleggers die die taal niet beheersen en niet gehandeld hebben in aandelen Petrobras door tussenkomst van een Braziliaanse intermediair/adviseur. Indien een investeerder naar aanleiding van hetgeen in de *SEC-filings* is vermeld zou willen weten wat artikel 58 van de Statuten inhoudt, zou hij dat artikel in de Engelse versie lezen en daarover is in het incidentele vonnis geoordeeld dat in die versie de tekst van genoemd artikel tot november 2016 onvoldoende helder en duidelijk was, bij welk oordeel de rechtbank blijft.

#### *De Class Settlement*

5.28. De Stichting enerzijds en Petrobras c.s. en POG anderzijds verschillen van mening over de reikwijdte van de *Class Settlement*, met als gevolg dat zij ook van mening verschillen over de grootte van de groep Petrobras beleggers die onder de *Class Settlement* valt.

5.29. Niet in geschil is dat de Stichting niet opkomt voor de belangen van Petrobras beleggers die in de Verenigde Staten direct of indirect aandelen, daarvan afgeleide instrumenten of obligaties hebben gekocht of verhandeld op een al dan niet gereguleerde markt (zie 2.13). Deze Petrobras beleggers vallen (in ieder geval) onder het

bereik van de *Class Settlement*. De Stichting heeft om die reden aangevoerd dat de belanghebbenden voor wie zij opkomt niets aan de *Class Settlement* hebben.

5.30. Ter bepaling van de groep Petrobras beleggers die onder de *Class Settlement* valt is van belang dat in de *Stipulation* van de rechtbank New York is opgenomen dat een transactie aan één van de volgende criteria moet voldoen om een *Covered transaction* te zijn: (i) de Petrobras effecten waarin is gehandeld zijn genoteerd aan de NYSE, (ii) de handel in Petrobras effecten is verwerkt via de *Depository Trust Company* (DTC), of (iii) de effectenwetgeving van de Verenigde Staten is van toepassing op de transactie, zulks met inachtneming van de beslissing van de *Supreme Court* in *Morrison v. National Australia Bank* (zie het onder 2.15 genoemde artikel 1 sub j van de *Stipulation*). Op grond van genoemde beslissing vallen transacties die niet in de Verenigde Staten hebben plaatsgevonden niet onder het recht van de Verenigde Staten, ook niet als de misleidende mededeling in de Verenigde Staten is gedaan of gedaagde een in de Verenigde Staten gevestigde onderneming is. Dit neemt niet weg dat in het geval bij de uitgifte van Petrobras effecten in de prospectus een rechtskeuze is gedaan voor het recht van de Verenigde Staten – zoals de Stichting bij dagvaarding heeft aangevoerd – de effectenwetgeving van de Verenigde Staten van toepassing is op de transactie.

5.31. Petrobras c.s. zijn van mening dat de Stichting niet kan opkomen voor de belangen van Petrobras beleggers ter zake in USD genoteerde obligaties, alle gewone en preferente ADS's en alle *domestic transactions* in overige effecten. De Stichting kan volgens Petrobras c.s. alleen nog opkomen voor de belangen van Petrobras beleggers voor wat betreft niet in USD genoteerde obligaties waarvan de transacties niet zijn verwerkt via de DTC en die evenmin een *domestic transaction* (bezien vanuit de Verenigde Staten) zijn.

Volgens Petrobras c.s. wordt deze groep nog verder beperkt omdat een *Settlement Class Member* (zie de definitie in artikel 1 sub fff van de *Stipulation*) Petrobras c.s. en POG ook heeft gekwetend voor uit *non-Covered transactions* voortvloeiende schade, tenzij hij gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de schikking, zich als een *additional party* met zijn claims te voegen of voor een *opt-out* te kiezen.

Petrobras c.s. hebben ter onderbouwing van dit standpunt verwezen naar artikel 8 en 13 van de *Stipulation*. Uit deze artikelen wordt duidelijk dat Petrobras c.s. en POG volledig zijn gekweten ten aanzien van alle *Settled Claims* en dat *Settlement Class Members* geen steun of bijstand mogen bieden aan een eiser of eisers in een procedure in de Verenigde Staten of andere landen tegen één of meer van hen ter zake beschuldigingen die in de *US Class Action* naar voren hadden kunnen worden gebracht.

5.32. De Stichting heeft het standpunt ingenomen dat bepalend is of de effecten gekocht zijn in de Verenigde Staten; slechts die effecten vallen onder de kwijting in de *Class Settlement* en voor de houders daarvan komt zij niet op.

De Stichting komt wel op voor de belangen van Petrobras beleggers die buiten de Verenigde Staten *over the counter* effecten hebben gekocht die genoteerd zijn aan de NYSE. De Stichting heeft voorts bestreden dat de *Class Settlement* meebrengt dat ook *non-Covered transactions* onder de werking daarvan vallen als de betreffende Petrobras belegger ter zake van *Covered transactions* compensatie krijgt. Volgens de Stichting volgt dit niet uitdrukkelijk uit de advertenties die naar aanleiding van de voorgestelde schikking in diverse kranten zijn gepubliceerd, waardoor Petrobras beleggers die het aangaan niet voor een *opt-out* hebben gekozen. Zij heeft daartoe verwezen naar de door Petrobras c.s. overgelegde, wereldwijd in kranten gepubliceerde advertenties met de door de rechtbank New York goedgekeurde samenvatting van de *Class Notice* (productie 209). In de visie van de Stichting leidt de door Petrobras c.s. bepleite uitleg tot ongerijmde resultaten omdat daardoor de mogelijkheid bestaat dat een Petrobras belegger onder de *Class Settlement* een kleine vergoeding krijgt voor een *Covered transaction* in ruil waarvoor hij een veel grotere claim ten aanzien van een *non-Covered transaction* prijs zou geven zonder daarvoor een vergoeding te krijgen, terwijl hem dat gevolg niet was meegegeeld. Dat Petrobras *global peace* wilde bereiken betekent niet dat zij er, gelet op de advertenties en (het achterwege blijven van) daarop gebaseerde *opt-out* beslissingen, van uit mocht gaan dat zij die ook bereikt had.

5.33. Tussen de Stichting enerzijds en Petrobras c.s. en POG anderzijds is niet in geschil dat de transacties in aandelen via de Bovespa niet onder de *Class Settlement* vallen. Dat is met zoveel

woorden in die *Settlement* bepaald. De Stichting heeft dan ook terecht aangevoerd dat een *Settlement Class Member* in elk geval geen afstand heeft gedaan van een claim die ziet op deze transacties. 5.34. De vraag hoever de kwijting strekt is een vraag van uitleg. De Stichting, Petrobras c.s. en POG hebben zich niet uitgelaten over de vraag naar welk recht die uitleg moet plaatsvinden. Denkbaar is dat Nederlands recht van toepassing is omdat partijen daar reeds impliciet voor hebben gekozen. Denkbaar is ook dat het recht van een andere staat van toepassing is. De Stichting, Petrobras c.s. en POG worden in de gelegenheid gesteld om zich hierover uit te laten in de onder 5.25 genoemde door hen te nemen (antwoord) conclusies. Daarbij verzoekt de rechtbank partijen onder meer in te gaan op de volgende door de Stichting en Petrobras c.s. betrokken stellingen:

- a. Petrobras c.s. hebben aangevoerd dat Petrobras beleggers die in aanmerking wilden komen voor een vergoeding onder de *Class Settlement*, zo nodig met hulp van de *Settlement Administrator*, een *Proof of Claim* konden invullen waarin alle transacties – niet alleen de *Covered Transactions* – moesten worden opgegeven en dat een lijst is opgenomen van alle op te geven Petrobras effecten, ook de *non-Covered Transactions*;
- b. Petrobras c.s. hebben voorts aangevoerd dat claims van aan *Settlement Class Members* gelieerde (rechts-)personen onder het bereik van de *Release* vallen, ook als het gaat om buiten de Verenigde Staten verhandelde effecten;
- c. de Stichting heeft naar voren gebracht dat de door Petrobras c.s. bepleite uitleg van artikel 1 sub zz (de definitie van *Settled Claims*) van de *Stipulation* te ver gaat omdat daardoor aan *Settlement Class Members* gelieerde rechtspersonen gebonden zouden zijn aan de door de *Settlement Class Member* verleende kwijting zonder dat aan hem (die *Member*) daarvoor een specifieke bevoegdheid is verleend.

De Stichting, Petrobras c.s. en POG worden voorts verzocht in de te nemen (antwoord)conclusies in te gaan op het belang van de advertenties voor de kenbaarheid van de *Class Settlement* voor de niet bij de *US Class Action* betrokken partijen alsmede de reikwijdte van de *opt-out* mogelijkheid.

#### *Conclusie*

5.35. Op grond van al het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat de Stichting in het kader van

deze procedure niet de belangen kan behartigen van de Petrobras beleggers die in staat waren Portugees te lezen toen zij effecten kochten op de Bovespa, een arbitrageprocedure zijn gestart, partij waren in of deelnamen aan een procedure waarin is geoordeeld dat voor die partij slechts de weg van arbitrage openstaat, en/of via een Braziliaanse intermediair/adviseur hebben gehandeld aan de Bovespa. De groep van wie de Stichting de belangen behartigt kan voorts kleiner zijn vanwege de reikwijdte van de *Class Settlement*, maar daarover kan eerst na de door de Stichting, Petrobras c.s. en POG te nemen (antwoord)conclusies worden geoordeeld.

Gelet op het hiervoor gegeven oordeel, en de omstandigheid dat de *Class Settlement* in ieder geval leidt tot een zekere beperking is – naar het zich vooralsnog laat aanzien – de groep belanghebbenden voor wie de Stichting opkomt (aanzienlijk) kleiner dan waarvan zij is uitgegaan. Dat heeft mogelijk gevolgen voor het antwoord op de vraag of de Stichting voldoende rechtens vereist belang heeft bij een beslissing en of de belangen van degenen voor wie de Stichting opkomt voldoende gewaarborgd zijn. Bij een ontkennend antwoord op (één van) deze vragen, zou de Stichting niet-ontvankelijk kunnen zijn in haar vorderingen. Dit wordt als volgt toegelicht

5.36. Hoewel artikel 3:305a BW voor stichtingen als de Stichting een uitzondering inhoudt op de regel van artikel 3:303 BW strekt die uitzondering er met name toe dat het vereiste belang niet een eigen belang hoeft te zijn. Bij een vordering als de onderhavige heeft ook te gelden dat een concreet belang noodzakelijk is, waarbij dat belang dan een belang van degenen voor wie de Stichting opkomt dient te zijn. Ter voorkoming van misverstand voegt de rechtbank daaraan toe dat dat niet betekent dat noodzakelijk is dat de belanghebbenden zich aantoonbaar bij de Stichting gemeld hebben; de Stichting heeft uitdrukkelijk gesteld dat zij ook opkomt voor *free riders* en de aard van de vorderingen brengt mee dat ook belanghebbenden die zich niet gemeld hebben maar wel behoren tot de groep als hiervoor nader omlinjd belang hebben bij een beslissing en deze als uitgangspunt kunnen benutten bij een eventuele latere schadevergoedingsactie (zie Hoge Raad 9 oktober 2015 («JOR» 2015/337, m.nt. Arons; *red.*), ECLI:NL:HR:2015:3018 en Hoge Raad 27 november 2009 («JOR» 2010/43, m.nt. Frielink; *red.*), ECLI:NL:HR:2009:BH2162). Het is echter aan de

Stichting om nader toe te lichten en te onderbouwen dat, ook gelet op voormelde nadere afbakening van de groep voor wie zij opkomt, de samenstelling en omvang van die groep zodanig is dat deze voortzetting van deze procedure in de onderhavige context rechtvaardigt.

De Stichting heeft terecht aangevoerd dat voor haar ontvankelijkheid niet de eis geldt dat zij als belangenorganisatie voldoende representatief is voor de totale groep van benadeelden ten gevolge van de litigieuze onrechtmatige daad en evenmin dat degenen van wie zij steunbetuigingen kan overleggen dat zijn.

De belangen waarvoor de Stichting opkomt, moeten zich echter wel lenen voor bundeling zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming wordt bevorderd. Dat is mogelijk niet het geval als een collectieve actie geen voordeel biedt boven het procederen op naam van een belanghebbende. Daarvan kan sprake zijn als de groep belanghebbenden zeer klein is, waarbij een factor in negatieve zin kan zijn dat op de individuele vorderingen veel verschillende rechtsstelsels van toepassing zijn, zodat slechts in beperkte mate uitspraken kunnen worden gedaan die voor de gehele groep relevant zijn. Petrobras c.s. hebben in dat verband nog aangevoerd dat ten aanzien van de Petrobras obligatiehouders niet duidelijk is of zij schade hebben geleden omdat zij steeds couponrente en de nominale waarde hebben ontvangen indien zij daar recht op hadden.

5.37. Gelet op de hiervoor onder 5.35 gegeven verdere invulling van de groep belanghebbenden voor wie de Stichting kan opkomen, zal de Stichting in de gelegenheid worden gesteld in de onder 5.25 genoemde conclusie een onderbouwde inschatting te geven van de omvang en samenstelling van deze groep. De Stichting wordt verzocht toe te lichten hoe groot bij benadering de groep is die gelet op voormelde afbakening van de collectieve actie voordeel kan ondervinden. Relevant daarbij kan ook zijn hoe omvangrijk de handel via *linked markets* is geweest.

Voorts is relevant hoe groot bij benadering de groep Petrobras obligatiehouders is die volgens de Stichting schade heeft geleden als gevolg van de aan Petrobras c.s., POG en de niet verschenen gedaagden verweten handelingen. Daarbij kan van belang zijn het – nu nog niet inhoudelijk aan de orde zijnde, maar op voorhand niet onaannemelijke – verweer van Petrobras c.s. dat ten aanzien van de Petrobras obligatiehouders niet dui-

delijk is of zij schade hebben geleden doordat Petrobras vanaf 2014 geen dividend zou hebben uitgekeerd, de koers van de obligaties kunstmatig hoog is gehouden en na het bekend worden van de fraude aanzienlijk is gedaald: aan obligatiehouders werd/wordt een vaste – door Petrobras gegaarandeerde – rente uitgekeerd en aan het einde van de looptijd wordt de nominale waarde uitgekeerd. Dit zal anders zijn voor de (kleinere) groep die (kort) nadat de fraude bekend werd zijn/haar obligaties heeft verkocht. Dat leidt ertoe dat mogelijk slechts deze kleinere groep belangen zou kunnen hebben waarvoor de Stichting opkomt. De Stichting wordt verzocht ook in te gaan op de omvang van de groep belanghebbende Nederlandse Petrobras beleggers, waaronder de reeds door haar genoemde rechtspersonen, en de consequenties van een mogelijk gestarte arbitrage in Brazilië of een mogelijke gebondenheid aan de *Class Settlement*. De rechtbank wil met name voorgelicht worden over de omvang van de groep en van de pakketten effecten die worden aangehouden. De Stichting wordt uitgenodigd haar visie te geven op mogelijke consequenties voor haar ontvankelijkheid indien de gehele groep dan wel de daarvan deel uitmakende Nederlandse groep zeer klein blijkt te zijn. Petrobras c.s. en POG kunnen bij de door ieder van hen te nemen antwoordconclusie op de door de Stichting te nemen conclusie reageren. Daarbij wordt opgemerkt dat het aan Petrobras c.s. en POG is om hun eventuele betwisting van hetgeen de Stichting naar voren heeft gebracht, in voldoende mate te onderbouwen.

5.38. Petrobras c.s. hebben nog aangevoerd dat de Stichting een grote mate van onduidelijkheid laat bestaan over de belangen waarvoor zij stelt op te komen waardoor de groep belanghebbenden niet identificeerbaar is. Mede gelet op de nadere invulling van de door de Stichting gegeven omschrijving van de groep waarvan zij de belangen behartigt, is de rechtbank van oordeel dat deze voldoende duidelijk is. Daaraan doet niet af dat de Stichting het standpunt heeft ingenomen dat die groep veel groter is dan – naar het zich thans laat aanzien – het geval is. Evenmin doet daaraan af dat de Stichting in de loop van haar bestaan de omschrijving van de groep belanghebbenden – naar aanleiding van nieuwe ontwikkelingen – heeft gewijzigd.

#### *Het toepasselijke recht*

5.39. Hierna wordt – zoals afgesproken tijdens de zitting van 18 december 2018 – onderzocht welk recht op de vorderingen van de Stichting van toepassing is. De Stichting enerzijds en Petrobras c.s. en POG anderzijds verschillen daarover van mening.

5.40. De Stichting heeft aanvankelijk aangevoerd dat zij in eigen naam procedeert en daarbij geen vordering heeft ingesteld waarbij individualiseerbare omstandigheden een rol spelen. Daarom is het in de visie van de Stichting niet nodig om ten aanzien van elke vordering van iedere Petrobras belegger die tot haar achterban behoort vast te stellen welk recht op die vordering van toepassing is.

Voor zover de Stichting dit standpunt niet heeft laten varen, overweegt de rechtbank dat de omstandigheid dat de Stichting een collectieve actie is gestart niet maakt dat anders over het toepasselijke recht moet worden geoordeeld dan wanneer iedere belanghebbende afzonderlijk een vordering zou hebben ingesteld. Op die vorderingen kunnen verschillende rechtsstelsels van toepassing zijn. Aan de hand van die rechtsstelsels moet worden onderzocht of de gevorderde verklaringen voor recht toewijsbaar zijn.

5.41. De Stichting is vervolgens primair van mening dat op grond van de antikiesregel in het midden kan blijven welk recht van toepassing is omdat het materiële resultaat onafhankelijk van het toe te passen rechtsstelsel steeds hetzelfde is. Volgens Petrobras c.s. moet daarentegen aan de hand van de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad, de Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome-II) en de artikelen 10:118-119 BW onderzocht worden welk rechtsstelsel van toepassing is op de rechtsverhouding tussen Petrobras c.s. en iedere Petrobras belegger afzonderlijk. Zij komt vervolgens uit op ruim 150 toepasselijke rechtsstelsels.

5.42. Anders dan de Stichting voorstaat, zal de rechtbank niet in het midden laten welk recht op de vorderingen van toepassing is. Daar is aanleiding voor omdat niet op voorhand duidelijk is dat het voor de beoordeling van de vorderingen niet uitmaakt welk van de in aanmerking komende rechtsstelsels wordt toegepast, omdat elk van die rechtsstelsels steeds tot hetzelfde materiële resultaat zou leiden. Zoals Petrobras c.s. hebben aangevoerd, kan er niet van worden uitgegaan dat de

vereisten voor onrechtmatigheid, toerekenbaarheid en relativiteit ten aanzien van binnen con- cernverband beweerdelijk gepleegde onrechtma- tigde daden binnen ieder van de in aanmerking komende rechtsstelsels steeds hetzelfde is. De Stichting heeft hierover nog aangevoerd dat Petrobras bij het aangaan van de *non-prosecution agreement* met de autoriteiten in de Verenigde Staten, heeft erkend dat zij verantwoordelijk is voor het strafrechtelijk verwijtbare gedrag van haar bestuurders en andere hoge functionarissen en dat dit er binnen elk mogelijk toepasselijk rechtsstelsel toe moet leiden dat Petrobras on- rechtmatig heeft gehandeld. De Stichting kan worden toegegeven dat deze erkenning voorshands haar stellingen omtrent het onrecht- matig handelen van Petrobras zelf ondersteunt. Nog afgezien van de vraag welke betekenis aan deze erkenning in deze civiele procedure moet worden toegekend, betekent die erkenning echter nog niet dat deze ook heeft te gelden voor de an- dere aangesproken vennootschappen en de be- stuurders. Voorts zal, gelet op de aard van de door de belanghebbenden beweerdelijk geleden scha- de, meer duidelijkheid moeten worden verkregen over de onrechtmatige daad van elk van de ge- daagden, onder meer met het oog op een al dan niet geldend relativiteitsvereiste. Onder die om- standigheden kan een onderzoek naar het toepas- selijke recht niet achterwege blijven.

5.43. Volgens Petrobras c.s. is Rome-II temporeel slechts van toepassing voor zover het gaat om be- weerdelijk onrechtmatige handelingen vanaf 11 januari 2009. De Wet Conflictenrecht Onrecht- matige Daad (hierna: WCOD) is in de visie van Petrobras c.s. van toepassing op het gestelde on- rechtmatig handelen in de periode vóór 11 janua- ri 2009. Dat standpunt is juist.

In artikel 31 Rome-II is bepaald dat de verorde- ning van toepassing is op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich voordoen na de inwer- kingtreding van de verordening. Het Hof van Justitie EU heeft op 17 november 2011 in het ar- rest Homawoo/GMF Assurances (C-412/10, ECLI:EU:C:2011:747) geoordeeld dat het gaat om schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan ná 11 januari 2009.

Gelet op de door de Stichting gestelde fraudeperi- ode van 2004 tot en met 2014 betekent dat, dat beide regimes onderzocht dienen te worden.

Hierna wordt eerst aan de hand van Rome-II on- derzocht welke rechtstelsels van toepassing zijn.

5.44. In artikel 4 lid 1 Rome-II is bepaald dat op een onrechtmatige daad in beginsel het recht van toepassing is van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroor- zakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen.

Bepalend is derhalve waar de door de Stichting gestelde directe schade is ingetreden. Aange- knoopt zou kunnen worden bij 1) de plaats waar de Petrobras belegger zijn bank- of beleggingsre- kering aanhoudt of 2) de plaats van de markt waar de door de Petrobras belegger aangeschafte effecten zijn verhandeld (de beurs waar de betref- fende effecten zijn genoteerd).

5.45. Het Hof van Justitie EU heeft – in het kader van de internationale bevoegdheid van de natio- nale rechter op grond van artikel 7 lid 2 Brussel Ibis – een aantal arresten gewezen over de plaats waar de schade is ingetreden. Deze arresten zijn naar het oordeel van de rechtbank ook van belang in het kader van de oordeelsvorming over het toepasselijk recht in de zin van artikel 4 lid 1 Rome-II, omdat in beide verordeningen het begrip “het recht van het land waar de schade zich voor- doet” wordt gehanteerd en verschillende uitleg van dit unierechtelijke begrip met het oog op de effectiviteit van het unierecht en de rechtszeker- heid zoveel mogelijk vermeden dient te worden.

a) Op 10 juni 2004 heeft het Hof van Justitie EU in het arrest Kronhofer (C-168/02, ECLI:EU:C:2004:364) over de plaats van het scha- debrengende feit geoordeeld dat het enkele feit dat de benadeelde financiële gevolgen ondervindt op de plaats waar zich het centrum van zijn ver- mogen bevindt, niet rechtvaardigt dat de gerech- ten van de woonplaats van de benadeelde bevoegd zijn wanneer zowel de schadebrengende gebeur- tenis als het intreden van de schade zich op het grondgebied van een andere lidstaat voordoen. De plaats waar de schade is ingetreden was in dit geval de plaats waar de beleggingsrekening van betrokkene was geopend waarnaar deze de bedra- gen had overgemaakt die vervolgens zijn geïnves- teerd en waar de financiële verliezen zijn geleden. De beleggingsrekening was geopend bij de ven- nootschap die de bedragen heeft geïnvesteerd.

b) Op 28 januari 2015 («JOR» 2015/109, m.nt. Arons; *red.*) heeft het Hof van Justitie EU in het arrest Kolassa (C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37) geoordeeld dat de gerechten van de woonplaats van de benadeelde bevoegd zijn wanneer die

schade zich rechtstreeks voordoet op de bankrekening van die benadeelde bij een in het rechtsgebied van die gerechten gevestigde bank. Het ging om certificaten waarin de benadeelde een bedrag had geïnvesteerd en die waardeloos waren geworden als gevolg van het beheer van de fondsen waarin het geld uit de uitgifte van die certificaten was geïnvesteerd.

c) Op 16 juni 2016 («JOR» 2016/276, m.nt. Arons; *red.*) heeft het Hof van Justitie in het arrest *Universal Music* (C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449) geoordeeld dat zonder bijkomende omstandigheden de plaats waar de bankrekening van de benadeelde zich bevindt (ten laste waarvan *Universal Music* het schikkingsbedrag heeft voldaan, welk bedrag zij als schadevergoeding in onderhavige procedure van een derde vordert) geen relevant aanknopingspunt is voor het lokaliseren van de financiële schade, indien het verlies van vermogensbestanddelen, waarmee de schade is ingetreden, heeft plaatsgevonden in een ander land. Uitsluitend in het geval waarin andere bijzondere omstandigheden er eveneens toe bijdragen bevoegdheid toe te kennen aan het gerecht van de plaats waar zuiver financiële schade is ingetreden, zou dergelijke schade kunnen rechtvaardigen dat de benadeelde zijn zaak bij dit gerecht aanbrengt.

5.46. De rechtbank overweegt dat het in het onderhavige geschil gaat om zuiver financiële schade die beweerdelijk door beleggers is geleden in meerdere landen als gevolg van handelen van (een aantal van) de gedaagden dat (merendeels) niet in Nederland heeft plaatsgevonden.

Het Hof van Justitie EU heeft in het arrest *Universal Music* overwogen dat de in het arrest *Kolassa* gegeven beslissing is gegeven in het bijzondere kader van die zaak. Gezien hetgeen verder in het *Universal Music* arrest is overwogen, moet ervan worden uitgegaan dat als “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan”, bij gebreke van andere aanknopingspunten, niet, zeker niet zonder meer, kan worden aangemerkt de plaats van de bankrekening waarop het financieel verlies rechtstreeks is ingetreden.

Dit heeft naar het oordeel van de rechtbank evenzeer voor het aanwijzen van het toepasselijke recht te gelden. Die plaats behoeft immers in geen enkel verband te staan tot de relevante feiten.

5.47. De rechtbank is van oordeel dat in de onderhavige zaak de plaats waar de markt is gelegen waarop de effecten van de betrokken beleggers zijn genoteerd en verhandeld een goed aankno-

pingspunt biedt. De vermogensschade van de belegger wordt geleden daar waar zijn vermogensbestanddeel direct wordt getroffen door een onrechtmatige handeling; daar heeft de waarde-daling van de effecten zich voorgedaan. Het op deze wijze vaststellen van de locatie waar de schade zich voordoet, doet ook recht aan de doelstellingen van Rome-II, te weten het dienen van de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken (zie de considerans onder 14 en 16 van Rome-II). De plaats waar de effecten zijn genoteerd en verhandeld kan immers bekend worden verondersteld bij zowel de koper als de verkoper, zodat voor beide partijen voorzienbaar zal zijn welk recht van toepassing is in internationale situaties.

Anders dan door *Petrobras c.s.* wordt voorgestaan wordt daarom niet aangeknoopt bij de plaats waar de *Petrobras* belegger zijn bank- of beleggingsrekening aanhoudt. Die plaats zal in het algemeen immers afhankelijk zijn van allerlei toevallige omstandigheden die in de tijd kunnen wisselen, die gemakkelijk zijn te beïnvloeden en, in ieder geval voor de beursgenoteerde onderneming, niet voorzienbaar zijn.

5.48. Het voorgaande leidt ertoe dat op grond van artikel 4 lid 1 Rome-II het recht van Brazilië, Argentinië, Duitsland en Luxemburg – en het recht van eventuele andere landen waar *Petrobras* effecten een notering hebben – van toepassing is. Nu in de Verenigde Staten een schikking is getroffen kan dat recht buiten beschouwing blijven omdat de daar verhandelde effecten onder de *Class Settlement* vallen.

5.49. Artikel 4 lid 2 Rome-II bevat een uitzondering op genoemde hoofdregel voor het geval degene wiens aansprakelijkheid in het geding is en degene die schade lijdt, op het tijdstip waarop de schade zich heeft voorgedaan beide(n) hun gewone verblijfplaats in hetzelfde land hebben. In dat geval is het recht van dat land van toepassing. Dat betekent dat Nederlands recht van toepassing is indien degene die als gevolg van het handelen van PGF, POG en/of PIB schade lijdt, in Nederland zijn woonplaats heeft, en dat Braziliaans recht van toepassing is indien degene die als gevolg van het handelen van *Petrobras*, [naam gedaagde 1] en/of [naam gedaagde 2] schade lijdt, in Brazilië woont.

5.50. Onder de WCOD komt het aan op de *lex loci delicti*, de staat op wiens grondgebied de betreffende onrechtmatige daad plaatsvindt (artikel 3 lid 1). De, kort gezegd, fraude, omkoping en ver-

zwijging daarvan en/of onjuiste informatieverstrekking leveren volgens de Stichting de onrechtmatige daad op die de koersdaling en daarmee de schade hebben veroorzaakt. Volgens het in zoverre niet betwiste feitelijk relaas van de Stichting hebben die gedragingen (in elk geval voor het grootste deel) in Brazilië plaatsgevonden. De rechtbank beschouwt daarbij het gestelde feitencomplex, voor de vaststelling van het toepasselijk recht, als een samengestelde, langdurige onrechtmatige daad. De uitzondering van artikel 3 lid 2 is hier niet van toepassing, want deze ziet niet op vermogensschade. Dat betekent dat Braziliaans recht van toepassing is.

Dat de WCOD in artikel 3 lid 3 een met artikel 4 lid 2 Rome-II vergelijkbare uitzondering voor de gemeenschappelijke woonplaats kent, doet in zoverre niet ter zake.

5.51. Ten aanzien van de niet verschenen gedaagden, wordt het toepasselijke recht op dezelfde wijze vastgesteld als hiervoor weergegeven. Daarvoor is aanleiding omdat [naam gedaagde 3], [naam gedaagde 4], [naam gedaagde 5], [naam gedaagde 6] en [naam gedaagde 7] strafrechtelijk veroordeeld zijn voor hun eigen actieve deelname aan de onrechtmatige handelingen – zoals witwassen – in de fraudeperiode. De rechtbank ziet hierin aanleiding om uit te gaan van eigen, zelfstandig onrechtmatig handelen onafhankelijk van hun eventuele positie als bestuurder van Petrobras. Dat betekent dat op grond van artikel 4 Rome-II het toepasselijke recht Braziliaans recht is.

5.52. Petrobras c.s. zijn van mening dat aan de hand van artikel 10:118-119 BW het recht dat van toepassing is op de vorderingen jegens [naam gedaagde 1] en [naam gedaagde 2] gevonden moet worden. Zij worden door de Stichting aangesproken als bestuurders van Petrobras, een Braziliaanse vennootschap. Daarom kan volgens Petrobras c.s. niet aan de hand van Rome-II het toepasselijke recht worden vastgesteld. Petrobras c.s. zijn van mening dat Braziliaans recht van toepassing is.

5.53. De Stichting verwijt [naam gedaagde 1] en [naam gedaagde 2] als bestuurder van Petrobras onder meer dat zij verantwoordelijk zijn voor de publicatie van onjuiste, onvolledige en misleidende financiële gegevens en voor de uitgifte van effecten op basis van onjuiste, onvolledige en misleidende informatie en het bewust vertrouwen wekken van beleggers. Dit handelen of nalaten is nauw verbonden met vennootschapsrechtelijke

regels. Hierin ziet de rechtbank aanleiding voor het vaststellen van het toepasselijke recht aan de hand van artikel 10:118-119 BW. In artikel 1 lid 2 sub d Rome-II zijn de niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit het recht inzake vennootschappen en de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en leden van de organen voor de schulden van de vennootschap immers uitgesloten van het toepassingsgebied van die verordening.

Op grond van artikel 10:119 BW is het recht dat op de corporatie van toepassing is, ook van toepassing op de vraag wie naast de corporatie voor de handelingen waardoor de corporatie wordt verbonden, aansprakelijk is uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van bestuurder van de corporatie. In artikel 10:118 BW is bepaald dat een corporatie die ingevolge de oprichtingsovereenkomst haar zetel heeft op het grondgebied van de staat naar welks recht zij is opgericht, wordt beheerst door het recht van die staat. Nu Petrobras een vennootschap naar Braziliaans recht is die haar zetel in Brazilië heeft, is op de vorderingen jegens [naam gedaagde 1] en [naam gedaagde 2] Braziliaans recht van toepassing.

Voor zover de onrechtmatige daad dateert van voor de inwerkingtreding van artikel 10:118/119 BW (op 1 januari 2012) heeft hetzelfde te gelden, nu bedoelde artikelen uit boek 10 een codificatie van het voordien geldende recht inhouden.

#### Overig

5.54. In afwachting van de door beide partijen te nemen (antwoord)conclusies, zal de rechtbank iedere verdere beslissing aanhouden.

#### 6. De beslissing

De rechtbank

##### *In conventie*

6.1. bepaalt dat de zaak weer op de rol *6 mei 2020* zal komen voor het nemen van een conclusie door de Stichting over:

- de vraag of de handel in aandelen op de Bovespa alleen mogelijk is via een Braziliaanse tussenpersoon dan wel of Petrobras beleggers van wie de Stichting de belangen behartigt niet hebben gehandeld via een Braziliaanse tussenpersoon (zie 5.25);
- naar welk recht de kwijting moet worden uitgelegd (zie 5.34);
- de omvang van de groep belanghebbende Petrobras beleggers en de omvang van de pakketten

effecten die zij aanhouden en – binnen die groep – de omvang van de groep Petrobras obligatiehouders die schade heeft geleden, en – de consequenties voor de ontvankelijkheid van de Stichting indien de groep belanghebbenden waarvoor de Stichting opkomt zeer klein blijkt te zijn (zie 5.37);

6.2. Petrobras c.s. en POG kunnen op de rol van twaalf weken daarna een antwoordconclusie nemen;

*In conventie en in reconventie*

6.3. houdt iedere (verdere) beslissing aan.

## NOOT

1. Naar aanleiding van het fraudeschandaal rond Lava Jato zijn in Brazilië, de Verenigde Staten en in Nederland procedures gevoerd tegen de Braziliaanse oliemaatschappij *Petróleo Brasileiro SA* (Petrobras). Beleggers zijn diverse procedures tegen Petrobras gestart wegens het bewerkstelligen en toelaten van deze fraude en omkoping. Ook wordt haar verweten misleidende informatie hierover te hebben verstrekt. Beleggers stellen dat zij hun beleggingsbeslissingen (mede) op deze informatie hebben gebaseerd. Petrobras heeft jegens hen onrechtmatig gehandeld door met deze misleidende informatie de koers van haar aandelen en obligaties kunstmatig hoog te houden. Toen de fraude in de loop van 2014 en 2015 wereldkundig werd, zijn deze koersen gedaald en hebben beleggers schade geleden.

2. In Nederland is de Stichting *Petrobras Compensation Foundation* (Stichting) bij de Rechtbank Rotterdam begin 2017 een collectieve actie in de zin van art. 3:305a (oud) BW gestart. Zij vordert verklaringen voor recht over het onrechtmatig handelen van Petrobras en haar bestuurders jegens deze beleggers. De rechtbank ontleent internationale rechtsmacht aan de vestiging van de dochtervennootschap *Petrobras Global Finance BV* (PGF) in Rotterdam. PGF heeft obligaties uitgegeven. PGF fungeerde als ankergedaagde in de zin van art. 7 Rv. De rechtbank oordeelde bij tussenvonnis dat tussen de vorderingen tegen Petrobras en PGF een zodanige samenhang bestaat, dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen. Zie Rb. Rotterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7852 (*Stichting Petrobras*

*Compensation Foundation/Petrobras SA, Petrobras Global Finance BV e.a.*).

3. In de Verenigde Staten is op 8 december 2014 een class action aanhangig gemaakt tegen Petrobras en PGF (US Class Action). De Newyorkse rechtbank ontleent rechtsmacht aan de beursnotering aldaar. In lijn met de *Morrison v Australian National Bank*-uitspraak van het Amerikaanse hooggerechtshof wordt alleen opgetreden voor beleggers die hebben gehandeld via een Amerikaanse beurs. Zie *USSC, Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247 (2010). In januari 2018 is een US Class Settlement ten bedrage van \$ 2,95 miljard ter goedkeuring voorgelegd aan deze New Yorkse rechtbank. In juni en juli 2018 is deze US Class Action met de goedkeuring van de US Class Settlement geëindigd. Enkele beleggers hebben geopt-out en zetten een individuele schadevergoedingsprocedure voort.

4. In het eerdere vonnis tussenvonnis werd een verzoek tot aanhouding in afwachting van de uitkomsten in deze Amerikaanse en Braziliaanse procedures afgewezen. In de Braziliaanse procedures hebben rechters zich onbevoegd verklaard kennis te nemen van het geschil vanwege de arbitrageclausule (art. 58 Petrobras-staten). Het is onduidelijk of er binnen een redelijke termijn een inhoudelijk rechterlijk oordeel in deze procedures te verwachten is. Zie r.o. 5.47-5.49.

5. In het onderhavige tussenvonnis staan de ontvankelijkheid en het toepasselijk recht centraal. De rechtbank komt niet terug op de aangenomen rechtsmacht. Het beroep op gezag van gewijsde van de US Class Action en Class Settlement (art. 10:3 BW jo. art. 236 lid 3 Rv) wordt verworpen. De Stichting komt op voor beleggers die niet zijn betrokken bij deze procedures.

6. In lijn met eerdere arresten in de Shell Nigeria-zaak staat niet ter discussie dat in een procedure bij een bevoegde Nederlandse rechter een vereniging of stichting (305a-organisatie) kan opkomen in een collectieve actie in de zin van art. 3:305a BW. Het al dan niet kunnen instellen van een dergelijke vordering wordt beheerst door de *lex fori* (art. 10:3 BW). Het Hof Den Haag schetste in die zaak een kader voor hoe de verschillende aspecten van een collectieve actie internationaal-privaatrechtelijk moeten worden geduid. De vraag of – en, zo ja, in hoeverre en op welke wijze – een materieel vorderingsrecht (achterliggende schadevergoedingsvordering), behalve door of namens de rechthebbende, ook via een collec-



tieve actie in rechte geldend kan worden gemaakt, is een vraag van procesrecht die wordt beheerst door de *lex fori processus*. Een negatieve beantwoording ervan leidt tot niet-ontvankelijkheid.

7. Bij de materiële beoordeling van de vordering (achterliggende schadevergoedingsvordering) gaat het in een collectieve actie om de vraag of bij schending van de door de 305a-organisatie behartigde belangen een materiële aanspraak van de leden van haar achterban op de aangesproken partij bestaat. In dit geval of de beleggers een schadevergoedingsvordering uit hoofde van onrechtmatige daad jegens de gedaagden hebben. Deze vraag wordt, evenals die van de gegrondheid en/of toewijsbaarheid, beantwoord aan de hand van het recht dat deze vordering beheerst (*lex causae*). Zie Hof Den Haag, 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (*Milieude-fensie/Shell*), r.o. 3.2.

8. De rechtbank hanteert dit toetsingskader. Zij beoordeelt of de Stichting voldoet aan de voorwaarden voor het instellen van een collectieve actie. Tevens stelt zij het toepasselijke recht op de achterliggende schadevergoedingsvorderingen vast. De belangen van de rechthebbenden van deze achterliggende vorderingen worden door de Stichting behartigd met een vordering tot verklaring voor recht dat Petrobras c.s. onrechtmatig jegens hen hebben gehandeld wegens de fraude, omkoping en de misleidende informatieverstrekking daarover. De Stichting kon met haar vordering niet rechtstreeks voor deze materiële belangen opkomen. Het verbod van art. 3:305a lid 3 BW tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding in geld gold nog. Met de inwerkingtreding per 1 januari 2020 van het nieuwe collectieve-actieregime WAMCA (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie) is dit verbod vervallen. Indien partijen geen collectieve schikking bereiken, stelt de rechter een collectieve schadevergoedingsregeling vast indien hij tot het oordeel komt dat inderdaad onder het toepasselijke recht een materiële aanspraak van de achterban bestaat.

9. Ik bespreek het ontvankelijkheidsoordeel. Dit spitst zich toe op drie onderwerpen: i. belangengelijksoortigheid; ii. het commerciële motief; en iii. afwezigheid van belang (art. 3:303 BW).

10. De gelijksoortigheid wordt conform het arrest van de Hoge Raad in *WorldOnline* getoetst. De Stichting komt op voor de belangen van beleg-

gers die in een bepaalde periode in Petrobras-effecten hebben belegd. Hun belangen zijn geraakt door waardedaling van deze effecten. Deze belangen zijn gelijksoortig en lenen zich voor bundeling in een collectieve actie. Voor deze belangen wordt door de Stichting opgekomen door het instellen van een vordering tot verklaring voor recht dat Petrobras onrechtmatig jegens deze groep heeft gehandeld. Zie r.o. 5.13, verwijzend naar HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, «JOR» 2010/43, m.nt. Frielink, r.o. 4.8.1. De vraag of onrechtmatig is gehandeld en dit voor deze groep tot schade heeft kunnen leiden, kan worden beantwoord zonder daarbij de bijzondere omstandigheden van de individuele belegger te betrekken. In zoverre niets nieuws.

11. Interessant is het oordeel dat aan de ontvankelijkheid niet afdoet dat de achterliggende schadevergoedingsvorderingen kunnen worden beheerst door verschillende rechtsstelsels. Het eventuele oordeel dat niet alle verweten gedragingen zich hebben voorgedaan en/of tot schade hebben geleid en/of één of meer van gedaagden geheel of gedeeltelijk niet aansprakelijk is/zijn, leidt tot (gedeeltelijke) afwijzing van de vorderingen en niet tot niet-ontvankelijkheid. Zie r.o. 5.13. 12. De rechtbank herhaalt dit bij beoordeling van het belangvereiste. Volgens Petrobras heeft de Stichting geen belang bij louter vaststelling van feiten; een oordeel over (een element van) de rechtsverhouding vergt vaststelling van het daarop toepasselijke recht. Het belang hierbij ontbreekt vanwege de verschillende toepasselijke rechtsstelsels. De vraag of de voorliggende vorderingen tot verklaring voor recht (ook) via een rechtsvordering door de Stichting in een collectieve actie geldend gemaakt kunnen worden, is onderworpen aan de *lex fori* (Nederlands recht). De vraag of de achterliggende schadevergoedingsvorderingen van de beleggers toewijsbaar zijn, dient te worden beantwoord aan de hand van de *lex causae*. Die vraag speelt bij de gelijksoortigheid van belangen en het belang bij een verklaring voor recht niet. Zie r.o. 5.18.

13. Het aantal op de achterliggende schadevergoedingsvorderingen toepasselijke rechtsstelsels speelt wel een rol bij het oordeel of de Stichting belang heeft bij haar vordering in het licht van de omvang en samenstelling van de groep waarvoor zij opkomt. Ondanks het ontbreken van een wettelijk representativiteitsvereiste in het oude

collectieve-actieregime (geldend tot 1 januari 2020) moet aan de gebundelde belangen waarvoor wordt opgekomen wel efficiënt en effectief rechtsbescherming worden geboden met de ingestelde 305a-vordering. Als een collectieve actie geen voordeel biedt boven procedures op naam van de groepsleden, is niet voldaan aan deze ontvankelijkheidsvoorwaarde. Bij de invoering van de collectieve actie vond de wetgever onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad dat als ontvankelijkheidsvoorwaarde geldt dat de collectieve actie meerwaarde biedt boven individuele acties. Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, 3, p. 22-23. In het WAMCA-regime is dit geëxpliciteerd in art. 1018c lid 5 sub b (nieuw) BW. De 305a-organisatie moet voldoende aannemelijk maken "dat het voeren [instellen, TMCA] van deze collectieve vordering efficiënter en effectiever is dan het instellen van een individuele vordering doordat de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn, het aantal personen tot bescherming van wier belangen de vordering strekt, voldoende is en, indien de vordering strekt tot schadevergoeding, dat zij alleen dan wel gezamenlijk een voldoende groot financieel belang hebben".

14. De Stichting hoeft geen lijst met aangemelde beleggers te overhandigen. Het kenmerkt de collectieve actie dat zonder volmacht belangen van anderen worden behartigd. Sterker, een 305a-organisatie is alleen ontvankelijk als zij opkomt voor niet bij haar aangemelde (rechts)personen. Zie Rb. Amsterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2693 (*Stichting GIN Schade/IDM Financieringen BV*), r.o. 4.6-4.7 (statutenwijziging om zo ook op te kunnen komen voor niet aangemelde belangen is een ongeoorloofde hoedanigheidswijziging art. 130 Rv, zie over een soortgelijke hoedanigheidskwestie de *Trafigura*-zaak HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:587, «JOR» 2020/136, m.nt. Arons (*Stichting Union des Victimes de Déchets Toxiques D'Abidjan et Banlieues/Trafigura Beheer BV*). De omvang en samenstelling van de groep is van belang bij de beoordeling van efficiëntie en effectiviteit van de gevorderde verklaring voor recht. Hieraan is niet voldaan indien de groep belanghebbenden zeer klein is. Bij een veelheid aan toepasselijke rechtstelsels dat de achterliggende, individuele vorderingen beheerst, kan de rechter slechts in beperkte mate uitspraken doen die voor de hele groep

relevant zijn. Zie r.o. 5.36. De mate van gemeenschappelijkheid van de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen is dan onvoldoende, in WAMCA-spraak.

15. Dit betekent dat bij een beperkt aantal toepasselijke rechtstelsels, de rechter in beginsel in staat is om te onderzoeken of de gevorderde verklaringen voor recht toewijsbaar zijn. De toewijsbaarheid van de verklaring voor recht is afhankelijk van het op de achterliggende schadevergoedingsvorderingen toepasselijke recht. Zie r.o. 5.40. Bij een beperkt aantal rechtstelsels kan de 305a-organisatie gemeenschappelijke feitelijke en rechtsvragen voorleggen waarbij de rechter in staat is uitspraken te doen die voor de hele achterban relevant zijn. De vraag of mededelingen van Petrobras misleidend waren, is gemeenschappelijk te beantwoorden. Kwesties als verjaring, causaliteit, toerekening, verwijtbaarheidsmaatstaf kunnen per rechtstelsel tot verschillende materiële uitkomsten leiden. De rechter kan deze verschillen in zijn oordeel over de gevorderde verklaringen voor recht meenemen door het maken van onderscheid per groep beleggers.

16. De rechtbank doet ook al aan groepsafbakening. Zij oordeelde dat de Stichting in deze procedure niet de belangen kan behartigen van de beleggers die (i) in staat waren Portugees te lezen bij aankoop op de Braziliaanse beurs Bovespa, (ii) een arbitrageprocedure zijn gestart, (iii) partij waren bij de Braziliaanse procedure waarin het statutaire arbitragebeding bindend is verklaard voor aandeelhouders, en/of (iv) via een Braziliaanse intermediair dan wel adviseur hebben gehandeld op de Bovespa. Gerechtigden tot een schadevergoeding onder de US Class Settlement zijn ook uitgesloten. Zie r.o. 5.35. Over de praktische uitvoerbaarheid van de groepsuitsluiting van degenen die Portugees lezen laat ik mij niet uit.

17. De fraudeperiode duurde van 2004 tot 2014. Bij het toepasselijk recht gelden twee regimes. Voor de periode tot 11 januari 2009 geldt de *lex loci delicti* (art. 3 lid 1 (oud) WCOD). Braziliaans recht beheerst deze schadevergoedingsvorderingen. Zie r.o. 5.50. Voor de periode na 11 januari 2009 geldt de Rome II-verordening met de *lex loci damni*. De rechtbank legt het begrip "plaats waar deze schade rechtstreeks is geleden" op dezelfde wijze uit als bij de toepassing van de Brussel I-verordening inzake de internationale be-

voegdheid. Op basis van de rechtspraak van het HvJ EU stelt zij vast dat de bank- of effectenrekening waarop de belegger zijn rechtstreekse financiële schade heeft geleden, geen goede aanknopingsfactor is. Zie r.o.5.45-5.46.

18. De rechtbank wacht niet op het oordeel van het HvJ EU in de lopende zaak VEB/BP. Zie voor de prejudiciële vragen HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1400 (VEB/BP), bij HvJ EU behandeld als zaak C-709/19, PbEU [2020] C19/9. Zij hanteert als aanknopingsfactor de plaats waar de markt is gelegen waarop de effecten van de betrokken beleggers zijn genoteerd en verhandeld. Daar is de schade (waardedaling effecten) geleden. De rechtbank vooronderstelt voorzienbaarheid van deze marktplaats. Zie r.o. 5.47. Deze uitleg beperkt de toepasselijke rechtsstelsels tot Brazilië, Argentinië, Duitsland en Luxemburg. Zie r.o. 5.48.

19. Ten aanzien van de vorderingen tegen de Petrobras-bestuurders wijst boek 10 BW het toepasselijk recht aan. Zie uitsluiting art. 1 lid 2 sub d Rome II-verordening. Hun verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor misleidende informatieverstrekking is nauw verbonden met vennootschapsrechtelijke regels. Het incorporatierecht beheerst ook de vraag wie naast de corporatie voor de handelingen waardoor de corporatie wordt verbonden, aansprakelijk is uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van bestuurder van de corporatie (art. 10:119 BW). De statutaire zetel is de aanknopingsfactor (art. 10:118 BW). Het Braziliaans (vennootschaps)recht bepaalt.

20. Bij tussenvonnis van 19 september 2018 is bevoegdheid ten aanzien van de verwijten aan deze bestuurders via de ankerconstructie van art. 7 Rv aangenomen. Voor het verwijt dat de bestuurders de obligatie-uitgifte hebben bewerkstelligd op basis van misleidende mededelingen is er voldoende samenhang. Zie r.o. 5.19. Voor vergelijkbare verwijten aan Steinhoff-bestuurders oordeelt de Rechtbank Amsterdam anders. De rechtsgrondslag wijkt af. Bestuurders worden aangesproken voor gedragingen in functie; niet voor de onrechtmatige daden van de vennootschap. Ondanks het grotendeels identieke onderliggende feitencomplex zullen de vast te stellen feiten en omstandigheden voor deze verschillende rechtsgrondslagen afwijken. Toerekening van onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon of aan haar afzonderlijke bestuurders vergt een an-

der toetsingskader. De afwijkende functies en verantwoordelijkheden van de bestuurders spelen hierbij een grote rol. Er is geen feitelijke en rechtens gelijke situatie en geen gevaar voor onverenigbare beslissingen. Zie Rb. Amsterdam 5 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:555 (*CalPERS/Steinhoff NV ea*), r.o. 5.20-5.24. Rechtspraak in hogere instantie moet meer duidelijkheid verschaffen. Mijn vermoeden is dat de Amsterdamse lijn school maakt.

21. Het is lang wachten bij de toegangspoort voor collectieve acties. De Stichting zal zich bij conclusie op 6 mei 2020 moeten uitlaten over de – met inachtneming van de door de rechtbank gemaakte groepsafbakening – omvang van de groep en hun belang in Petrobras. De rechtbank zal vervolgens tot een definitief ontvankelijkheidsoordeel komen. Als de relevante groep beleggers geen collectieve actie rechtvaardigt vanwege het ontbreken van efficiëntie en effectiviteit ten opzichte van individuele geschilbeslechting, zal dit oordeel na ruim drie jaar na aanvang van de procedure worden vastgesteld. Dit moet efficiënter en effectiever kunnen. Toekomstige eisende partijen doen er verstandig aan deze aspecten reeds mee te nemen in hun dagvaarding.

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