

EXHIBIT A

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/476532 / HA ZA 10-3800

Vonnis in incidenten van 6 februari 2013

in de zaak van

1. de stichting
STICHTING FAIRFIELD COMPENSATION FOUNDATION,
gevestigd te Amsterdam,
2. de vennootschap naar het recht van de Britse Maagdeneilanden
COLIMA INTERNATIONAL LIMITED,
gevestigd te Tortola (Britse Maagdeneilanden),
3. de vennootschap naar het recht van de Britse Maagdeneilanden
MERUS TRIDENT TRUST COMPANY (BVI) LIMITED,
gevestigd te Tortola (Britse Maagdeneilanden),

eisers in de hoofdzaak,

verweerders in het incident ex artikelen 85 Rv en/of 22 Rv en/of 843a Rv, 12 Rv en/of 223 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv),

eisers in het incident ex artikel 29 Rv,

advocaat: voorheen mr. M.A. Bolkenstein, thans mr. P.J. Soede te Utrecht,

tegen

1. de naamloze vennootschap
CITCO GLOBAL CUSTODY N.V.,
2. de naamloze vennootschap
CITCO BANK NEDERLAND N.V. DUBLIN BRANCH,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
CITCO FUND SERVICES (EUROPE) B.V.,
allen gevestigd te Amsterdam,

gedaagden in de hoofdzaak,

eisers in het incident ex artikelen 85 Rv en/of 22 Rv en/of 843a Rv, 12 Rv en/of 223 Rv,

verweerders in het incident ex artikel 29 Rv,

advocaat: mr. M. Deckers te Amsterdam.

Eisers in de hoofdzaak zullen hierna in vrouwelijk enkelvoud worden aangeduid als de Stichting c.s. en afzonderlijk als de Stichting, Colima en Merus. Gedaagden in de hoofdzaak zullen hierna in vrouwelijk enkelvoud worden aangeduid als Citco c.s. en afzonderlijk als CGC, CBN en CFS.

1. De procedure in de incidenten

1.1. Het verloop van de procedure in de incidenten blijkt uit:

- de dagvaarding van 23 november 2010, met producties;
- de provisionele en/of incidentele vordering tot afgifte van dan wel inzage in bescheiden ex artikel 85 Rv en/of artikel 22 Rv en/of 843a Rv, tevens houdende een incidentele conclusie tot het treffen van een provisionele voorziening dan wel aanhouding van de procedure ex artikel 12 Rv en/of ex artikel 223 Rv, met producties;
- de conclusie van antwoord in incident, met producties;
- het B-formulier van 30 mei 2011 aan de zijde van Citco c.s., waarbij Citco c.s. om pleidooi in het door haar opgeworpen incident heeft verzocht;
- het B-formulier van 31 mei 2011 aan de zijde van de Stichting c.s., waarbij zij zich heeft verzet tegen het door Citco c.s. verzochte pleidooi in het incident;
- de brief van de griffier van 24 juni 2011 aan de raadslieden van partijen, waarbij – kort gezegd – partijen is medegedeeld dat de rechtbank voornemens was het verzoek om pleidooi te honoreren;
- het faxbericht van mr. W.G. Folkers, raadsman van de Stichting c.s., van 29 juli 2011 waarbij hij namens de Stichting c.s. heeft verzocht om voorafgaand aan het pleidooi in het incident conclusies van re- en dupliek in het incident toe te staan;
- het faxbericht van mr. Deckers voornoemd van 9 augustus 2011, waarbij hij zich namens Citco c.s. heeft verzet tegen het nemen van conclusies van re- en dupliek in het incident;
- de brief van de griffier van 12 augustus 2011 aan de raadslieden van partijen, waarbij partijen – kort gezegd – is medegedeeld, dat het verzoek van de Stichting c.s. niet zal worden gehonoreerd;
- het proces-verbaal van de pleidooizitting, gehouden op 22 november 2011, met de daarin vermelde stukken;
- de akte van depot van 14 november 2012 met aktenummer 17/2012, waarin is opgenomen dat van de zijde van de Stichting c.s. ter griffie van deze rechtbank is gedeponereerd een akte houdende depot tevens houdende incidentele vordering tot geheimhouding;
- de akte houdende depot tevens houdende incidentele vordering tot geheimhouding van 14 november 2012 aan de zijde van de Stichting c.s., met producties;
- de antwoordakte houdende depot tevens houdende conclusie van antwoord in het incident tot geheimhouding.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald in de incidenten.

2. Het geschil

in de hoofdzaak

- ### **2.1. De Stichting heeft - kort gezegd - tot doel het behartigen van de belangen van investeerders in de beleggingsfondsen Fairfield Lambda Limited, Fairfield Sigma Limited en Fairfield Sentry Limited (hierna: de Fondsen). De Stichting stelt dat zij haar vorderingen in de hoofdzaak mede instelt krachtens een aan haar door een groot**

aantal in een bijlage bij de dagvaarding met name genoemde investeerders verstrekte last (ook wel: Participation Agreement).

- 2.2. In de hoofdzaak vordert de Stichting c.s. – sterk verkort weergegeven – een verklaring voor recht dat Citco c.s. jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld en hoofdelijke veroordeling van Citco c.s. tot vergoeding van schade geleden door de bij de Stichting aangesloten investeerders (hierna: de Investeerders), Colima en Merus. De Stichting c.s. stelt kort gezegd, dat de Investeerders, Colima en Merus (indirect) aandeelhouder zijn dan wel waren in de Fondsen. CGC en CBN waren bewaarder (*custodian*) en bewaarmaatschappij (*depository*) voor de Fondsen. CGC en CBN hebben volgens de Stichting c.s. onvoldoende zorg betracht bij het toezicht op de (aanwending van de) door de Investeerders, Colima en Merus geïnvesteerde gelden. Als gevolg hiervan zijn de Investeerders, Colima en Merus het slachtoffer geworden van zogenaamde ponzi-fraude, gepleegd door Bernard Madoff via zijn vennootschap Bernard Madoff Investment Securities LLC (hierna: BMIS). CFS was als beheerder (*administrator*) verantwoordelijk voor de maandelijkse berekening en publicatie van de Net Asset Value per Share (hierna: de NAV), de netto vermogenswaarde van de Fondsen per aandeel. CFS is volgens de Stichting c.s. onzorgvuldig geweest bij het berekenen van de NAV, doordat zij zich volledig baseerde op informatie afkomstig van BMIS. Zij heeft nagelaten, voor publicatie van de NAV, zelf onderzoek te doen naar de juistheid van deze informatie. Het waren juist de NAV-berekeningen die voor de Investeerders, Colima en Merus aanleiding waren om in de Fondsen te investeren.

in de incidenten

het incident aan de zijde van Citco c.s.

- 2.3. Citco c.s. vordert dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:
- A. de Stichting c.s. op de voet van artikel 85 Rv en/of 22 Rv en/of 843a Rv veroordeelt tot afgifte van dan wel inzage in:
- I.
- (a) registratiebewijzen van de aandeelhoudersposities van de Investeerders en Intermediairs in de Fondsen;
 - (b) het registratiebewijs van de aandeelhouderspositie van de Intermediair voor Colima;
 - (c) het registratiebewijs van de aandeelhouderspositie van de Intermediair voor Merus;
 - (d) de volledig ingevulde, ondertekende en complete bankstatements inclusief bijbehorende documenten;
 - (e) de volledig ingevulde, ondertekende en complete Participation Agreements, inclusief bijlagen;
 - (f) investeringsbewijzen betreffende Lambda;
- II.
- (g) alle (financiële) stukken waarop de Investeerders beweerdelijk hun beslissing zouden hebben gebaseerd om te investeren in de Fondsen, waaronder in ieder geval de door de Stichting c.s. genoemde NAV statements;

- (h) alle (financiële) stukken waarop Colima beweerdelijk haar beslissing zou hebben gebaseerd om te investeren in Sentry;
- (i) alle (financiële) stukken waarop Merus beweerdelijk haar beslissing zou hebben gebaseerd om te investeren in Sigma;
- (j) alle documenten die betrekking hebben op eventuele 'investment advisors', 'investment managers', 'brokers', 'auditors', 'custodians', 'nominees' of derden, die op enigerlei wijze betrokken waren bij de besluitvorming van de Stichting c.s. om te gaan investeren in de Fondsen, inclusief alle correspondentie die over dat onderwerp is gevoerd met deze personen;
- (k) alle documenten die betrekking hebben op eventuele 'placement agents' die de Stichting c.s. hebben geadviseerd of aangeraden om in de Fondsen te investeren, inclusief alle correspondentie die over dat onderwerp is gevoerd met deze personen;

III.

- (j) per Investeerder een lijst van aan- en verkoop van aandelen in de Fondsen met vermelding van de prijs per aandeel en transactiedatum;
 - (k) een opgave per Investeerder of, en hoeveel aandelen zij in welke hoedanigheid (particulier of bedrijfsmatig) nog houdt in de Fondsen;
 - (l) per Investeerder die geen aandelen meer houdt in de Fondsen, een opgave te verstrekken voor welke bedragen en in welke hoedanigheid (particulier of bedrijfsmatig) de aandelen in de Fondsen zijn verkocht;
 - (m) een lijst van aan- en verkoop van de aandelen door Colima in de Fondsen met vermelding van een indicatie van de prijs en transactiedatum;
 - (n) een opgave van het aantal aandelen dat Colima nog houdt in de Fondsen;
 - (o) een lijst van aan- en verkoop van de aandelen door Merus in de Fondsen met vermelding van een indicatie van de prijs en transactiedatum;
 - (p) een opgave van het aantal aandelen dat Merus nog houdt in de Fondsen;
- B. de Stichting c.s. op grond van artikel 12 Rv litispudentie, connexiteit en/of artikel 223 Rv primair verbiedt om in de hoofdzaak verder te procederen zolang niet onherroepelijk is beslist in de class action en in de door de Fondsen geïnitieerde procedures, subsidiair de hoofdzaak aanhoudt tot onherroepelijk is beslist in de class action en in de door de Fondsen geïnitieerde procedures;
- C. op grond van de artikelen 223 en 208 lid 2 Rv het nemen van conclusies van repliek en dupliek in het incident toestaat;
- D. op grond van de artikelen 223 jo. 208 jo. 134 Rv, alvorens vonnis in het incident te wijzen, partijen in de gelegenheid stelt hun standpunt mondeling bij pleidooi toe te lichten;
- E. bepaalt dat tegen het vonnis in incident hoger beroep kan worden ingesteld voorafgaand aan de einduitspraak – naar de rechtbank begrijpt – in de hoofdzaak;
- F. de Stichting c.s. veroordeelt in de kosten van deze procedure.

De hiervoor onder (a) tot en met (p) genoemde stukken zullen hierna gezamenlijk worden aangeduid als de Exhibitiestukken.

- 2.4. Citco c.s. legt – samengevat – het volgende aan haar vorderingen ten grondslag.

-
- 2.4.1. Citco c.s. heeft er belang bij te onderzoeken en zelfstandig te kunnen vaststellen of de Investeerders, Colima en Merus in de Fondsen hebben geïnvesteerd en of door elk van hen aan de Stichting een voldoende last is gegeven. Als blijkt dat deze stellingen van de Stichting c.s. onjuist zijn, dan wel niet bewezen kunnen worden, dienen de Stichting c.s. niet in hun vordering te worden ontvangen. Citco c.s. vordert daarom de onder I genoemde Exhibitiestukken.
- 2.4.2. De Stichting c.s. heeft bij dagvaarding gesteld, dat als CFS bij de berekening en verstrekking van de NAV zorgvuldig te werk was gegaan, de NAV niet op dezelfde wijze als is gebeurd aan het publiek zou zijn gepresenteerd en dat de Investeerders, Colima en Merus niet op dezelfde wijze in de Fondsen zouden hebben geïnvesteerd. Om gemotiveerd verweer te kunnen voeren tegen deze stelling van de Stichting c.s., vordert Citco c.s. de onder II genoemde Exhibitiestukken.
- 2.4.3. De Stichting c.s. heeft bij dagvaarding gesteld dat de Investeerders, Colima en Merus schade hebben geleden door het beweerd onrechtmatig handelen van Citco c.s. Uit de door de Stichting c.s. bij dagvaarding in het geding gebrachte stukken volgt niet dat de Investeerders, Colima en Merus schade hebben geleden en wat de omvang van de schade is. Om gemotiveerd verweer te kunnen voeren tegen de stelling van de Stichting c.s., vordert Citco c.s. de onder III genoemde Exhibitiestukken.
- 2.4.4. Citco c.s. vordert de onder I, II en III genoemde stukken primair op grond van artikel 85 Rv. Subsidiair vordert Citco c.s. dat de Stichting c.s. op grond van artikel 22 Rv de Exhibitiestukken in het geding brengt. De rechtbank kan op grond van dit artikel een partij bevelen om bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden in het geding te brengen.
Meer subsidiair grondt Citco c.s. haar vordering op artikel 843a Rv. Volgens Citco c.s. heeft zij een rechtmatig belang bij de gevorderde bescheiden, omdat deze van doorslaggevende betekenis zijn voor de uitkomst van de procedure in de hoofdzaak. Verder zijn de gevorderde bescheiden voldoende bepaald, omdat het verzoek betrekking heeft op de hiervoor onder 2.3 onder (a) tot en met (p) genoemde bescheiden. Citco c.s. is weliswaar geen partij bij de rechtsbetrekkingen tussen de Investeerders, Colima en Merus enerzijds en de Fondsen anderzijds, noch bij de rechtsbetrekking tussen de Stichting en de Investeerders. Citco c.s. heeft echter als derde bij – naar de rechtbank begrijpt – voormelde rechtsbetrekkingen een rechtmatig belang bij de gevorderde bescheiden. Immers, er dient onomstotelijk vast komen te staan wat de rechtspositie van de Stichting c.s. is. Daarnaast dient de Stichting c.s., om te kunnen oordelen in het kader van het beweerd onrechtmatig handelen, afschrift te verschaffen van of inzage te geven in alle documenten die door de Investeerders, Colima en Merus zijn gebruikt bij het doen van hun investeringen. Als de Investeerders, Colima en Merus schade zeggen te hebben geleden, dan zullen zij deze schade inzichtelijk moeten maken door overlegging van de nodige stukken.
- 2.4.5. Met betrekking tot de vordering tot het opleggen van een procedeeverbod en de vordering tot aanhouding van de hoofdzaak, stelt Citco c.s. het volgende. Er zijn in verschillende landen procedures aanhangig met vorderingen die grotendeels gelijk zijn aan de vorderingen in de hoofdzaak. Zo is er in de Verenigde Staten van

Amerika (hierna: de Verenigde Staten) – voordat de Nederlandse procedure aanhangig werd gemaakt – door aandeelhouders in de Fondsen een “class action”-procedure aanhangig gemaakt tegen – onder meer – Citco c.s. De Investeerders, Colima en Merus maken deel uit van de class, zoals gedefinieerd in de Amerikaanse procedure en zijn daarmee partij in deze procedure totdat er door hen een opt-out heeft plaatsgevonden. Verder zijn de liquidators van de Fondsen procedures begonnen om de aandeelhouders te compenseren voor hun beweerde verliezen. Er is daarmee sprake van verschillende parallelle procedures, waar in wezen dezelfde schade en hetzelfde onderwerp wordt behandeld. De hoofdzaak moet daarom worden aangehouden totdat deze parallelle procedures zijn afgewikkeld. De hoofdzaak dient op grond van artikel 12 Rv wegens litispendentie met de Amerikaanse class action-procedure te worden aangehouden. Daarnaast bestaat tussen de Amerikaanse class action-procedure en de hoofdzaak een zodanige connexiteit, dat voor een goede rechtsbedeling de uitkomst van de Amerikaanse class action moet worden afgewacht, voordat de rechtbank in de hoofdzaak over de vorderingen kan beslissen.

- 2.4.6. Gelet op de Amerikaanse class action-procedure en de omstandigheid dat de Investeerders, Colima en Merus slechts een van de vordering van de Fondsen afgeleide vordering hebben, hebben de Investeerders, Colima en Merus geen rechtens te respecteren belang bij het voeren van de procedure in de hoofdzaak. Door procederen in de hoofdzaak is volgens Citco c.s. zelfs onrechtmatig. Door verder te procederen misbruikt de Stichting c.s. het (proces)recht voor een illegaal doel en/of maakt zij misbruik van bevoegdheid, zoals bedoeld in artikel 3:13 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Daarom vordert Citco c.s. een verbod voor de Stichting c.s. om door te procederen.
- 2.4.7. Van het vonnis in incident dient tussentijds hoger beroep te worden opengesteld, omdat het verkrijgen van een afschrift van dan wel inzage in de onder I, II en III genoemde bescheiden beslissend is voor de uitkomst van de procedure in de hoofdzaak.
- 2.5. De Stichting c.s. voert verweer. Op de (nadere) stellingen van partijen zal, voor zover voor de beoordeling van belang, hierna nader worden ingegaan.

het incident aan de zijde van de Stichting c.s.

- 2.6. De Stichting heeft bij akte de Participation Agreements alsmede bank statements, en sub (sub) (sub) nomine statements ter griffie gedeponereerd. De Stichting c.s. vordert dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Citco c.s. veroordeelt tot geheimhouding ter zake van alle door haar gedeponeerde stukken, op straffe van de verbeurte van een dwangsom door Citco c.s. voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Citco c.s. daarmee (gedeeltelijk) in gebreke blijft.
- 2.7. De Stichting c.s. legt aan haar vordering ten grondslag, dat de door haar bij de rechtbank gedeponeerde stukken vertrouwelijke gegevens bevatten. Citco c.s. heeft geweigerd om een “confidentiality agreement” met de Stichting c.s. te sluiten. Het belang van de Investeerders bij geheimhouding is erin gelegen dat zij niet willen dat bekend wordt dat zij gedupeerd zijn door de “Madoff fraude” of dat zij zich hebben

aangesloten bij de Stichting. Daarnaast willen zij voorkomen dat de verstrekte gegevens gebruikt zullen kunnen worden in eventuele andere procedures. De Stichting c.s. vordert om die reden op de voet van artikel 29 lid 1 sub b Rv dat Citco c.s. een mededelingsverbod wordt opgelegd. Omdat Citco c.s. heeft geweigerd de vertrouwelijkheid vrijwillig te waarborgen, dient aan de veroordeling een dwangsom te worden verbonden.

- 2.8. Citco c.s. voert verweer. Op de (nadere) stellingen van partijen zal, voor zover voor de beoordeling van belang, hierna nader worden ingegaan.

3. De beoordeling in de incidenten

- 3.1. Colima en Merus zijn gevestigd op de Britse Maagdeneilanden, Citco c.s. zijn gevestigd in Nederland. Daarmee is, met betrekking tot deze partijen, sprake van een internationale zaak en is de "Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke zaken en handelszaken" (hierna: EEX-Vo) van toepassing. Vastgesteld wordt, dat de Nederlandse rechter (in ieder geval) op grond van artikel 2 lid 1 EEX-Vo rechtsmacht toekomt.

in het incident aan de zijde van Citco c.s.

- 3.2. Nu de Stichting bij dagvaarding stelt ingevolge de Participation Agreements op te treden als lasthebber van 691 met name genoemde Investeerders is zij gehouden (desverzocht) een afschrift daarvan bij de dagvaarding te voegen. De vordering van Citco c.s. is in zoverre reeds daarom toewijsbaar.
- 3.3. Vervolgens is de vraag aan de orde of de Stichting c.s. gehouden is om een afschrift te verstrekken van en/of inzage te geven in de overige door Citco c.s. gevorderde stukken.
- 3.4. Voorop staat, dat van partijen in een civiele procedure mag worden verwacht dat zij de voor de beslissing relevante feiten en omstandigheden volledig en naar waarheid aanvoeren (artikel 21 Rv) en dat zij een afschrift verstrekken van de stukken waarop zij zich beroepen (artikel 85 Rv). Een algemene exhibitieplicht kent het Nederlands procesrecht echter niet. Weliswaar kan de rechter een partij bevelen nadere informatie of stukken te verschaffen (artikel 22 Rv), een partij kan daartoe echter niet worden gedwongen.
- 3.5. De vordering van Citco c.s. tot afgifte van dan wel inzage in de overige door haar gevorderde bescheiden slaagt niet. Op de door Citco c.s. genoemde stukken heeft de Stichting c.s. (nog) geen beroep gedaan, zodat de vordering niet op grond van artikel 85 Rv kan worden toegewezen.
De vordering kan evenmin op grond van artikel 22 Rv worden toegewezen. In de hoofdzaak is immers nog niet voor antwoord geconcludeerd. Hoewel uit hetgeen Citco c.s. in dit incident naar voren heeft gebracht kan worden afgeleid dat zij zich niet in het door de Stichting c.s. gestelde kan vinden, heeft een specifieke betwisting van die stellingen nog niet plaatsgevonden. Onder deze omstandigheden en bij deze

stand van het tussen partijen gevoerde debat, zijn er geen aanknopingspunten op basis waarvan kan worden beoordeeld of en zo ja in hoeverre de Stichting c.s. gehouden is of zal zijn haar stellingen nader te adstrueren of bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen.

- 3.6. Ook artikel 843a Rv biedt geen grond voor toewijzing van de vordering, omdat niet wordt voldaan aan de in dit artikel gestelde voorwaarde dat de gevorderde stukken een rechtsbetrekking moeten betreffen waarin de partij die de stukken vordert of zijn rechtsvoorganger(s) partij zijn. Citco c.s. erkent dat zij geen partij is bij de rechtsbetrekkingen tussen de Investeerders, Colima en Merus enerzijds en de Fondsen anderzijds. Zij erkent verder geen partij te zijn bij de rechtsbetrekking tussen de Stichting en de Investeerders. Ten aanzien van de NAV-statements geldt dat Citco c.s. geacht moet worden daarover zelf te kunnen beschikken zodat zij in zoverre geen belang heeft bij een door de Stichting c.s. te verstrekken afschrift. Voor zover Citco c.s. meer het oog heeft op een afschrift van die specifieke stukken waarop de Stichting c.s. zich in het kader van deze procedure wil beroepen, beoogt zij niet zozeer een afschrift daarvan te verkrijgen als wel de Stichting c.s. ertoe te bewegen haar stellingen nader te concretiseren en/of daarvan reeds thans bewijs te leveren. Daarvoor is in dit incident echter geen plaats. Dat oordeel wordt niet anders door de stelling van Citco c.s., die er in de kern op neerkomt, dat de Stichting c.s. in ieder geval in de hoofdzaak het bewijs van haar stellingen zal moeten leveren. In dit verband wordt van belang geoordeeld, dat het aan de Stichting c.s. is om volledig en naar waarheid de feiten en rechten te stellen, en bij betwisting te bewijzen, die tot toewijzing van haar vordering moeten leiden. Voldoet zij daaraan niet, dan kan haar vordering al om die reden niet worden toegewezen. De beantwoording van de vraag of de Stichting c.s. bepaalde door haar gestelde feiten zal moeten en kunnen bewijzen zal echter uiteindelijk in de hoofdzaak aan de orde moeten komen en niet reeds thans in het onderhavige incident.

verbod tot doorprocederen in de hoofdzaak/aanhouding van de hoofdzaak

- 3.7. Tussen partijen is niet in geschil dat in de Verenigde Staten een class action-procedure aanhangig is tussen aandeelhouders van de Fondsen en (onder meer) Citco c.s. Die procedure is aangevangen voordat de hoofdzaak voor deze rechtbank aanhangig werd gemaakt. Verder heeft Citco c.s. gesteld dat door de liquidators van de Fondsen procedures zijn aangevangen, met als doel het verkrijgen van compensatie voor de aandeelhouders van de Fondsen.
- 3.8. Vooropgesteld wordt, dat het gevorderde verbod om in de hoofdzaak voort te procederen in ieder geval niet op grond van artikel 12 Rv toewijsbaar is. Artikel 12 Rv biedt daarvoor geen basis. Het artikel bepaalt immers – kort gezegd – slechts dat de rechter de voor hem dienende zaak kan aanhouden, wanneer tussen dezelfde partijen en over hetzelfde onderwerp in een ander land eerder een zaak aanhangig is gemaakt.
- 3.9. Het betoog van Citco c.s. met betrekking tot de primaire vordering (het procedeverbod) strekt ertoe dat de Investeerders, Colima en Merus geen belang hebben bij de procedure in de hoofdzaak, omdat zij partij zijn bij de Amerikaanse class action-procedure en omdat zij – als de hiervoor onder 3.7 vermelde procedures

succesvol zijn – schadevergoedingen zullen ontvangen. Daarnaast hebben zij slechts een van de Fondsen afgeleid vorderingsrecht, aldus Citco c.s.

Citco c.s. wordt niet in haar betoog gevolgd. Dat de class action-procedure succesvol zal zijn en dat de door de liquidators aangevangen procedures succesvol zullen zijn, staat niet vast. Verder staat niet vast dat de Investeerders, Colima en Merus vervolgens een vergoeding zullen ontvangen, terwijl de vraag of zij slechts een afgeleid vorderingsrecht hebben een in de hoofdzaak te beantwoorden vraag is, waarop niet al in dit incident kan worden vooruitgelopen.

Ook overigens heeft de Stichting c.s. een gerechtvaardigd belang bij het doorprocederen in de hoofdzaak. Immers, een onherroepelijke beslissing in de class action-procedure en in de namens de Fondsen aangevangen procedures kan – mede gelet daarop dat volgens Citco c.s. sprake is van honderden procedures – jaren op zich doen wachten, althans heeft Citco c.s. geen concrete aanknopingspunten aangereikt op basis waarvan kan worden geoordeeld dat in al deze procedures binnen afzienbare tijd onherroepelijk zal zijn beslist. Het afwachten van al deze procedures kan voor de Stichting c.s. tot gevolg hebben dat bewijs verloren gaat.

Naar het oordeel van de rechtbank is er ook geen sprake van misbruik van procesrecht of een onrechtmatig handelen door de Stichting c.s. Zoals hierna zal worden overwogen kan, anders dan Citco c.s. betoogt, namelijk niet worden geoordeeld dat in de class action-procedure en in de hoofdzaak sprake is van dezelfde procespartijen. Ook het belang van de proceseconomie leidt er niet toe dat de Stichting c.s. moet worden verboden in de hoofdzaak verder te procederen. Citco c.s. heeft in dit verband gesteld dat mogelijk in de hoofdzaak vergeefs kosten zullen worden gemaakt, wanneer vast komt te staan dat de Investeerders, Colima en Merus reeds op een andere wijze worden gecompenseerd voor hun beweerde schade. Dan moeten de vorderingen immers worden afgewezen. Zoals hiervoor overwogen, staat echter niet vast dat en wanneer de Investeerders, Colima en Merus hun beweerde schade vergoed zullen zien, zodat niet op voorhand kan worden gezegd dat in de hoofdzaak gemaakte kosten vergeefs zullen worden gemaakt.

- 3.10. Hetgeen hiervoor onder 3.8 en 3.9 is overwogen, leidt ertoe dat de primaire vordering tot het opleggen van een procedeeerverbod zal worden afgewezen.
- 3.11. Daarmee wordt toegekomen aan de subsidiaire vordering tot aanhouding van de procedure wegens litispendingie en connexiteit, totdat onherroepelijk zal zijn beslist in de class action-procedure en in de door de Fondsen aangevangen procedures.
 - 3.11.1. In de verhouding tussen Colima en Merus enerzijds en Citco c.s. anderzijds wordt de vordering, gelet op de toepasselijkheid van de EEX-Vo, begrepen als mede gegrond op artikel 27 (litispendingie) respectievelijk 28 (connexiteit) EEX-Vo. Artikel 27 en 28 EEX-Vo stellen als voorwaarde dat sprake is van procedures voor gerechten van verschillende EEX-lidstaten. Nu Citco c.s. niet heeft gesteld in welke EEX-lidstaten procedures aanhangig zijn, kan de vordering niet op grond van artikel 27 of 28 EEX-Vo worden toegewezen. Ook ten aanzien van Colima en Merus zal, nu niet is gesteld of gebleken dat andere verdragsbepalingen aan de vordering ten grondslag kunnen worden gelegd, de vordering worden beoordeeld op grond van artikel 12 Rv.
 - 3.11.2. Artikel 12 Rv bepaalt:

“Indien een zaak voor een rechter van een vreemde staat aanhangig is gemaakt en daarin een beslissing kan worden gegeven die voor erkenning en, in voorkomend geval, voor tenuitvoerlegging in Nederland vatbaar is, kan de Nederlandse rechter bij wie nadien een zaak tussen dezelfde partijen over hetzelfde onderwerp is aangebracht, de behandeling aanhouden totdat daarin door eerstbedoelde rechter is beslist. Indien die beslissing voor erkenning en, in voorkomend geval, voor tenuitvoerlegging in Nederland vatbaar blijkt te zijn, verklaart de Nederlandse rechter zich onbevoegd.”

Hieruit volgt dat aan de volgende voorwaarden moet worden voldaan, wil de rechter gebruik maken van zijn (discretionaire) bevoegdheid tot het aanhouden van de zaak:

- er moet een zaak aanhangig zijn voor een rechter van een vreemde staat;
- deze zaak moet eerder aanhangig zijn gemaakt, dan de zaak die voor de Nederlandse rechter dient;
- de zaak voor de rechter in de vreemde staat en de zaak voor de Nederlandse rechter betreffende dezelfde partijen en hetzelfde onderwerp;
- in de zaak voor de rechter in de vreemde staat kan een beslissing worden gegeven die voor erkenning en (in voorkomend geval) voor tenuitvoerlegging in Nederland vatbaar is.

- 3.11.3. Vooropgesteld wordt, dat de stellingen van Citco c.s. zo worden begrepen, dat zij meent dat zowel ten aanzien van de class action-procedure als ten aanzien van de door de Fondsen aangevangen procedures voldaan wordt aan de voorwaarden van artikel 12 Rv.
- 3.11.4. Citco c.s. heeft, met betrekking tot de door de Fondsen aangevangen procedures, onvoldoende feitelijke gegevens naar voren heeft gebracht die tot het oordeel leiden dat in die procedures dezelfde partijen tegenover elkaar staan en dat zij over hetzelfde onderwerp procederen. De vordering ontbeert op dit punt een voldoende feitelijke grondslag om te kunnen worden toegewezen.
- 3.11.5. Met betrekking tot de stelling dat de hoofdzaak vanwege de Amerikaanse class action-procedure moet worden aangehouden, wordt het volgende overwogen. Het betoog van Citco c.s. komt erop neer, dat de Investeerders moeten worden geacht deel te nemen aan de class action-procedure, omdat zij nog niet kenbaar hebben gemaakt dat zij niet in die procedure betrokken willen worden (de zogenaamde “opt-out”). Daarmee is sprake van dezelfde partijen, zoals bedoeld in artikel 12 Rv, aldus Citco c.s. Omdat in de Amerikaanse class action-procedure dezelfde schade wordt gevorderd als in de hoofdzaak tussen de Stichting c.s. en Citco c.s., wordt volgens Citco c.s. ook voldaan aan de voorwaarde dat wordt geprocedeerd over hetzelfde onderwerp. Citco c.s. wordt in haar betoog niet gevolgd. De Stichting c.s. heeft namelijk onbetwist gesteld dat, voordat voor de Investeerders, Colima en Merus de mogelijkheid van een opt-out zal bestaan, door de Amerikaanse rechter eerst een “class certification” zal plaatsvinden. Bij deze class certification zal worden bepaald aan welke kenmerken een partij moet voldoen om tot de class te kunnen worden gerekend, aldus de Stichting c.s. Citco c.s. heeft dit niet betwist. Naar het oordeel van de rechtbank kan, gelet op het verweer van de Stichting c.s., pas worden aangenomen dat de Investeerders, Colima en Merus deel uitmaken van de class, en daarmee deelnemen aan de class action-procedure, nadat een class

certification heeft plaatsgevonden. Pas dan wordt immers duidelijk of de Investeerders, Colima en Merus tot de class worden gerekend. Tot dat moment kunnen slechts de bij naam genoemde partijen in de class action-procedure worden geacht partij te zijn in die procedure en is er geen sprake van dezelfde partijen als bedoeld in artikel 12 Rv. Op voormelde grond bestaat evenmin aanleiding om, zoals Citco c.s. ter pleidooizitting naar voren heeft gebracht, de zaak aan te houden totdat de class certification heeft plaatsgevonden. In de omstandigheid dat één van de Investeerders wél al partij is in de class action-procedure, ziet de rechtbank onvoldoende aanleiding om de hoofdzaak aan te houden. Dit zou immers ertoe leiden, nu de Stichting in de hoofdzaak partij is en niet de afzonderlijke Investeerders, dat de hoofdzaak ten aanzien van alle Investeerders zou worden aangehouden. Naar het oordeel van de rechtbank weegt het belang van de gezamenlijke Investeerders bij voortzetting van de procedure – zoals hiervoor beschreven onder 3.9 – zwaarder dan het belang van Citco c.s. bij aanhouding van de procedure in de hoofdzaak.

- 3.12. Citco c.s. heeft ook aanhouding van de hoofdzaak bepleit op grond van samenhang tussen de vorderingen in de hoofdzaak en de vorderingen in de class action-procedure. De enkele verwijzing naar de door haar in het geding gebrachte stukken is echter onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van de door Citco c.s. beweerde samenhang. De rechtbank rekent het niet tot haar taak om, zonder nadere toelichting van de zijde van Citco c.s., die ontbreekt, in de stukken aanknopingspunten te zoeken voor de stellingen van Citco c.s.
- 3.13. Nu er geen aanleiding bestaat om op de voet van artikel 12 Rv de hoofdzaak aan te houden, ziet de rechtbank evenmin aanleiding om dit op grond van artikel 223 Rv bij wijze van voorlopige voorziening te doen. Citco c.s. heeft aan haar vordering op grond van deze bepaling niet meer of anders gesteld, dan hiervoor behandeld.
- 3.14. In het incident heeft al pleidooi plaatsgevonden, waarbij partijen de gelegenheid hebben gehad over en weer te reageren op hetgeen in de incidentele conclusie en het antwoord in incident naar voren is gebracht. Er bestaat dus geen aanleiding alsnog conclusies van re- en dupliek in het incident toe te staan.
- 3.15. Citco c.s. heeft tot slot gevorderd tussentijds hoger beroep van dit vonnis open te stellen. De rechtbank ziet in de stelling van Citco c.s. dat het verkrijgen van een afschrift van dan wel inzage in de door haar gevorderde stukken beslissend is voor de uitkomst van de hoofdzaak, geen aanleiding om af te wijken van de hoofdregel dat slechts tezamen met de einduitspraak hoger beroep van het vonnis in incident kan worden ingesteld. Dit geldt te meer nu de door Citco c.s. gevorderde stukken mogelijk ook in het kader van bewijslevering aan de orde kunnen komen.
- 3.16. De vorderingen aan de zijde van Citco c.s. zullen grotendeels worden afgewezen. Citco c.s. zal, als de in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij, in de kosten van dit incident aan de zijde van de Stichting c.s. worden veroordeeld, tot op heden begroot op EUR 904,--.

in het incident aan de zijde van de Stichting c.s.

- 3.17. De Stichting c.s. vordert op de voet van artikel 29 lid 1 sub b Rv, dat Citco c.s. wordt veroordeeld tot geheimhouding met betrekking tot de door de Stichting c.s. gedeponeerde stukken, op straffe van een dwangsom.
- 3.18. De vordering zal worden afgewezen. Hiertoe wordt overwogen dat de door de Stichting c.s. gedeponeerde stukken door haar in het geding zijn gebracht om te voldoen aan de wens van Citco c.s. om een nadere onderbouwing van de stellingen van de Stichting c.s. De Stichting c.s. heeft ook bij dagvaarding stukken in het geding gebracht ter onderbouwing van haar stellingen. Ook in deze stukken staan gegevens vermeld betreffende de individuele Investeerders, Colima en Merus. De Stichting c.s. heeft niet gevorderd dat een op te leggen mededelingsverbod ook op deze stukken zal zien. Zonder nadere toelichting, die aan de zijde van de Stichting c.s. ontbreekt, valt dan niet in te zien waarom de inhoud van de gedeponeerde stukken zodanig privacygevoelig is, dat dit rechtvaardigt dat Citco c.s. onder dwangsom een mededelingsverbod wordt opgelegd.
- 3.19. De Stichting c.s. zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit incident aan de zijde van Citco c.s., tot op heden begroot op EUR 452,-.

4. De beslissing

De rechtbank

in het incident aan de zijde van Citco c.s.

- 4.1. veroordeelt de Stichting om aan Citco c.s. binnen 14 dagen na heden afschrift te verschaffen van de Participation Agreements;
- 4.2. veroordeelt Citco c.s. in de kosten van dit incident, tot op heden begroot op EUR 904,-;
- 4.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 4.4. wijst de overige vorderingen af;

in het incident aan de zijde van de Stichting c.s.

- 4.5. wijst de vordering af;
- 4.6. veroordeelt de Stichting c.s. in de kosten van dit incident, tot op heden begroot op EUR 452,-;
- 4.7. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in de hoofdzaak

- 4.8. verwijst de zaak naar de rol van **20 maart 2013** voor conclusie van antwoord;
- 4.9. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.W.H. Vink en in het openbaar uitgesproken op
6 februari 2013.

H. Doornbusch

UITGEGEVEN VOOR GROSSI
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam

ENGLISH TRANSLATION

JUDGMENT

COURT OF AMSTERDAM

private law section

case no. / cause-list no.: C/13/476532/ HA ZA 10-3800

Judgment in procedural issues of 6 February 2013

in the case of

1. The foundation
STICHTING FAIRFIELD COMPENSATION FOUNDATION,
With its registered office in Amsterdam,
2. The company incorporated under the law of the British Virgin Islands
COLIMA INTERNATIONAL LIMITED,
With its registered office in Tortola (British Virgin Islands),
3. The company incorporated under the law of the British Virgin Islands
MERUS TRIDENT TRUST COMPANY (BVI) LIMITED,
With its registered office in Tortola (British Virgin Islands),

plaintiffs in the principal action

defendants in the procedural issue pursuant to articles 85 Dutch Code of Civil Procedure (hereinafter: DCCP) and/or 22 DCCP and/or 843a DCCP, 12 DCCP and/or 223 DCCP,

plaintiffs in the procedural issue pursuant to article 29 DCCP,

attorney: formerly mr. M.A. Bolkenstein, current mr. P.J. Soede in Utrecht,

versus

1. The public company
CITCO GLOBAL CUSTODY N.V.,
 2. The public company
CITCO BANK NEDERLAND N.V. DUBLIN BRANCH,
 3. The private limited liability company
CITCO FUND SERVICES (EUROPE) B.V.,
- all with their registered offices in Amsterdam

defendants in the principal action,

plaintiffs in the procedural issue pursuant to articles 85 DCCP and/or 22 DCCP and/or 843a DCCP, 12 DCCP and/or 223 DCCP,

defendants in the procedural issue pursuant to article 29 DCCP,

attorney: mr. M. Deckers in Amsterdam.

Plaintiffs in the principal action will hereinafter be referred to in the female singular as the Foundation et al. and individually as the Foundation, Colima and Merus. Defendants in the principal action will hereinafter be referred to in the female singular as Citco et al. and individually as CGC, CBN and CFS.

1. The proceedings in the procedural issues

- 1.1. The course of the proceedings in the procedural issues is evidenced by:
- The writ of summons dated 23 November 2012, with exhibits;
 - The preliminary claim and/or claim in the procedural issue for the production or inspection of documents pursuant to article 85 DCCP and/or article 22 DCCP and/or 843a DCCP, also containing a claim in the procedural issue for providing preliminary relief or adjournment of the proceedings pursuant to article 12 DCCP and/or article 223 DCCP, with exhibits;
 - The statement of defence in the procedural issue, with exhibits;
 - The B-form of 30 May 2011 from the side of Citco et al., whereby Citco et al. requested pleadings in the procedural issue brought by it;
 - The B-form of 31 May 2011 from the side of Citco et al., whereby it opposed the pleadings in the procedural issue requested by Citco et al.;
 - The letter from the court registrar of 24 June 2011 to the counsels of parties, whereby – in short – parties were notified that the Court intended to grant the request for pleadings;
 - The fax message from mr. W.G. Folkers, counsel of the Foundation et al. dated 29 July 2011, whereby he requested on behalf of the Foundation et al. that statements of reply and rejoinders be allowed prior to the pleadings in the procedural issue;
 - The fax message from mr. Deckers aforesaid of 9 August 2011, whereby he opposed on behalf of Citco et al. the filing of statements of reply and rejoinders in the procedural issue;
 - The letter from the court registrar of 12 August 2011 to the counsels of parties whereby – in short – parties were notified that the request of the Foundation et al. would not be granted;
 - The official record of the plea hearing, held on 22 November 2011, with the documents stated therein;
 - The deed of deposit dated 14 November 2012 with deed number 17/2012, in which it was included that a deed of deposit also containing a claim in the procedural issue for secrecy was filed from the side of the Foundation et al. at the court registry of this court;
 - The deed of deposit also containing a claim in the procedural issue for secrecy dated 14 November 2012 from the side of the Foundation et al. with exhibits;
 - The defence containing deposit also containing a statement of defence in the procedural issue for secrecy.
- 1.2. Finally, a judgment was set in the procedural issues.

2. The dispute in the principal action

- 2.1. The Foundation – in short – aims to represent the interests of investors in the investment funds Fairfield Lambda Limited, Fairfield Sigma Limited en Fairfield Sentry Limited (hereinafter: the Funds). The Foundation argues that it institutes its claims in the principal action also by virtue of a mandate provided to it by a large number of investors specifically named in an annex to the writ of summons (also known as: Participation Agreement).
- 2.2. In the principal action the Foundation et al. demands – represented in abbreviated summary – a declaratory ruling that Citco et al. acted unlawfully vis-a-vis it and are jointly and severally liable to compensate damage suffered by the investors affiliated with the Foundation (hereinafter: the Investors), Colima and Merus. The Foundation et al. argues, in short, that the Investors, Colima and Merus are or were (indirect)

shareholders in the Funds. CGC and CBN were *custodian* and *depository* for the Funds. According to the Foundation et al., CGC and CBN observed insufficient care regarding the supervision of the (use of the) funds invested by the Investors, Colima and Merus. In consequence thereof the Investors, Colima and Merus became the victim of so-called Ponzi-fraud, committed by Bernard Madoff through his company Bernard Madoff Investment Securities LLC (hereinafter: BMIS). CFS as *administrator* was responsible for the monthly calculation and publication of the Net Asset Value per Share (hereinafter: the NAV), the net asset value of the Funds per share. According to the Foundation et al., CFS has been careless in calculating the NAV, because it completely relied on information furnished by BMIS. It failed, before publication of the NAV, to ascertain the accuracy of this information. It was precisely the NAV-calculations that were the cause for the Investors, Colima and Merus to invest in the Funds.

in the procedural issues

the procedural issue on the part of Citco et al.

- 2.3. Citco et al. demands that the Court by judgment provisionally enforceable,:
- A. orders the Foundation et al. pursuant to article 85 DCCP and/or 22 DCCP and/or 843a DCCP to produce or allow inspection in:
- I**
- (a) certificates of registration of the shareholder positions of the Investors and Intermediaries in the Funds;
 - (b) the certificate of registration of the shareholder position of the Intermediary for Colima;
 - (c) the certificate of registration of the shareholder position of the Intermediary for Merus;
 - (d) the fully filled out, signed and complete bank statements including documents relating thereto;
 - (e) the fully filled out, signed and complete Participation Agreements, including annexes;
 - (f) certificates of investment relating to Lambda;
- II**
- (g) all (financial) documents that allegedly served as a basis for the decision of the Investors to invest in the Funds, including in any event the NAV statements referred to by the Foundation et al.;
 - (h) all (financial) documents that allegedly served as a basis for Colima's decision to invest in Sentry;
 - (i) all (financial) documents that allegedly served as basis for Merus's decision to invest in Sigma;
 - (j) all documents pertaining to any 'investment advisors', 'investment managers', 'brokers', 'auditors', 'custodians', 'nominees' or third parties, who were in any way involved in the decision-making of the Foundation et al. to invest in the Funds, including all communications sent to these persons on that subject;
 - (k) all documents pertaining to any 'placement agents' who advised or recommended that the Foundation et al invest in the Funds, including all communications sent to these persons on that subject;
- III**
- (j) for each Investor a list of purchase and sale of shares in the Funds while stating the price per share and the transaction date;
 - (k) a statement for each Investor whether and how many shares they still hold in

- which capacity (private or professional) in the Funds;
- (l) for each Investor who no longer holds shares in the Funds, a statement for which amounts and in which capacity (private or professional) the shares in the Funds were sold;
 - (m) a list of purchase and sale of the shares by Colima in the Funds while stating an indication of the price and the transaction date;
 - (n) a statement of the number of shares Colima still holds in the Funds;
 - (o) a list of purchase and sale of shares by Merus in the Funds while stating an indication of the price and transaction date;
 - (p) a statement of the number of shares Merus still holds in the Funds;
- B. principally forbid the Foundation et al. pursuant to article 12 DCCP *litis pende*nce, connexity and/or article 223 DCCP to continue litigations in the principal action as long as the case has not been irrevocably decided in the class action and in the proceedings initiated by the Funds, alternatively stay the principal action until the case it has been irrevocably decided in the class action and in the proceedings initiated by the Funds;
 - C. permit the filing of statements of reply and rejoinders in the procedural issue pursuant to articles 223 and 208 paragraph 2 DCCP;
 - D. enable parties to orally explain their arguments in the plea pursuant to articles 223 in conjunction with 208 and 134 DCCP, before passing judgment in the procedural issue;
 - E. provide that an appeal can be filed against the judgment in the procedural issue prior to the final judgment – as the Court understands - in the principal action;
 - F. order the Foundation et al. to bear the costs of these proceedings.

The documents mentioned above sub (a) through (p) will hereinafter be jointly referred to as the Exhibits.

2.4. Citco et al. – in summary – substantiates its claims as follows.

- 2.4.1. Citco et al. has an interest in investigating and independently establishing whether the Investors, Colima and Merus invested in the Funds and whether a sufficient mandate was given by each of them to the Foundation. If it turns out that these arguments of the Foundation et al. are incorrect, or cannot be proved, the Foundation et al. should be declared to have no cause of action. Therefore Citco et al. demands the Exhibits referred to sub 1.
- 2.4.2. The Foundation et al. stated by writ of summons that if CFS had observed due diligence in calculating and providing the NAV, the NAV would not have been presented to the public in the manner concerned and that the Investors, Colima and Merus would not have invested in the Funds in the same way. In order to be able to carry a reasoned defence against this argument of the Foundation et al, Citco et al. demands the Exhibits mentioned sub II.
- 2.4.3. The Foundation et al. stated by writ of summons that the Investors, Colima and Merus suffered damage due to the alleged unlawful acts of Citco et al. It does not follow from the documents entered into the proceedings by the Foundation et al. by writ of summons that the Investors, Colima and Merus suffered damage and what is the amount the damage. In order to be able to carry a reasoned defence against the argument of the Foundation et al., Citco et al. demands the Exhibits mentioned sub III.
- 2.4.4. Citco et al. principally demands the documents mentioned sub I, II and III on the basis of article 85 DCCP. Alternatively, Citco et al. demands that the Foundation et

al. enters the Exhibits into the proceedings pursuant to article 22 DCCP. On the basis of this article the Court can order a party to enter certain documents pertaining to the case into the proceedings.

As a second alternative Citco et al. founds its claim on article 843a DCCP. According to Citco et al. it has a legitimate interest in the documents demanded, because they are decisive for the outcome of the proceedings in the principal action. Furthermore, the documents demanded have been sufficiently determined, because the request pertains to the documents mentioned above under 2.3 sub (a) through (p). Although Citco et al. are not a party to the legal relationships between the Investors, Colima and Merus on the one hand and the Funds on the other hand, or to the legal relationship between the Foundation and the Investors. However, Citco et al. as a third party has a legitimate interest – as the Court understands it – in the documents demanded in the legal relationships mentioned above. After all, it should be irrefutably established what the legal position of the Foundation et al. is. Furthermore, the Foundation et al, in order to be able to make an assessment in the context of the alleged unlawful act, should furnish a copy of or allow inspection of all documents used by the Investors, Colima and Merus in making their investments. If the Investors, Colima and Merus claim that they suffered damage, they must substantiate this damage by submitting the documents needed.

- 2.4.5. With regard to the claim to impose a ban on litigation and the claim to stay the principal action, Citco et al. argues the following. In several countries proceedings are pending involving claims that are largely identical to the claims in the principal action. Thus, a “class action” procedure was initiated in the United States of America (hereinafter: the United States) by shareholders in the Funds – before the Dutch proceedings were instituted – against Citco et al., among others. The Investors, Colima and Merus are part of the class, as defined in the American procedure and they are thereby party to these proceedings until an opt-out for them has taken place. Further, the liquidators of the Funds initiated procedures to compensate the shareholders for their alleged losses. Consequently, there are several parallel procedures, in which essentially the same damage and the same subject are being dealt with. The principal action should therefore be stayed until these parallel procedures have been settled.

The principal action must be stayed on the basis of article 12 DCCP on the grounds of *litis pendency* with the American class action procedure. In addition there is such connexity between the American class action procedure and the principal action that for the sake of a proper dispensation of justice the outcome of the American class action must be waited for, before the Court in the principal action can decide on the claims.

- 2.4.6. Given the American class action procedure and the fact that the Investors, Colima and Merus only have a claim derived from the claim of the Funds, the Investors, Colima and Merus have an interest to be respected at law in conducting the proceedings in the principal action. Continued litigation in the principal action is even unlawful, according to Citco et al. By continuing the litigations the Foundation et al. abuses the (procedural) law for an illegal purpose and/or abuses its authority, as mentioned in article 3:13 Dutch Civil Code (hereinafter: DCC). Therefore Citco et al. demands a ban for the Foundation et al. on continuing litigations.
- 2.4.7. The judgment in the procedural issue should be open for an interim appeal, because obtaining a copy of or being allowed to inspect the documents mentioned sub I, II and III is decisive for the outcome of the proceedings in the principal action.

- 2.5. The Foundation et al. carries a defence. The (additional) arguments of parties, insofar as relevant for the assessment, will be dealt with hereinafter.

the procedural issue on the part of the Foundation et al.

- 2.6. The Foundation filed the Participation Agreements and bank statements, and sub (sub) (sub) nominee statements at the court registry. The Foundation et al. demands that the Court orders Citco et al., by judgment provisionally enforceable, to observe secrecy in respect of all documents filed by it, on pain of forfeiting a penalty for Citco et al. for each day or half-day that Citco et al. remains in (partial) default.
- 2.7. The Foundation et al. founds its claim on the fact that the documents filed by it to the Court contain confidential information. Citco et al. refused to enter into a "confidentiality agreement" with the Foundation et al. The interest of the Investors in secrecy resides in the fact that they do not want it to become public that they were duped by the "Madoff fraud" or that they joined the Foundation. In addition they want to prevent the information provided from being used in any other proceedings. The Foundation et al. demands for that reason on the basis of article 29 paragraph 1 sub b DCCP that a prohibition of disclosure is imposed on Citco et al. Since Citco et al. refused to guarantee the secrecy voluntarily, the injunction must be connected with a penalty.
- 2.8. Citco et al. carries a defence. The (additional) arguments of parties, insofar as relevant for the assessment, will be dealt with hereinafter.

3. The assessment in the procedural issues

- 3.1. Colima and Merus are based on the British Virgin Islands, Citco et al. are based in the Netherlands. With regard to these parties there is therefore an international case and the "Regulation (EC) no. 44/2001 concerning the jurisdiction, the acknowledgment and enforcement of judgments in civil and commercial matters" (hereinafter: Brussels I Regulation) is applicable. It is established that the Dutch Court (in any event) on the basis of article 2 paragraph 1 Brussels I Regulation has jurisdiction.

in the procedural issue on the part of Citco et al.

- 3.2. Since the Foundation argues by writ of summons pursuant to the Participation Agreements that it acts as mandatary of 691 Investors mentioned by name it is bound (upon request) to attach a copy thereof to the writ of summons. Therefore the claim of Citco et al. can already be awarded to that extent.
- 3.3. The next question is if the Foundation et al. is obliged to furnish a copy of and/or allow inspection of the other documents demanded by Citco et al.
- 3.4. First, parties in civil proceedings can be expected to state facts and circumstances relevant to the decision fully and truthfully (article 21 DCCP) and that they furnish a copy of the documents they invoke (article 85 DCCP). However, the Dutch procedural law has no general duty of producing documents. The Court can order a party to provide additional information or documents (article 22 DCCP), but a party cannot be forced to do so.
- 3.5. The claim of Citco et al. to produce or allow the inspection of the other documents demanded by it fails. The Foundation et al. has not (yet) invoked the documents mentioned by Citco et al., so that the claim cannot be awarded on the basis of article 85 DCCP.

Nor can the claim be awarded on the basis of article 22 DCCP. For no statement of defence has been filed in the principal action. Although it can be deduced from what Citco et al. put forward in this procedural issue that it cannot concur with the arguments advanced by the Foundation et al., there has not yet been a specific challenge of those arguments. Under those circumstances and at this stage of the debate conducted between parties, there are no points of reference on the basis of which it can be assessed if, and if so, to what extent the Foundation et al. is or will be obliged to further support its arguments or submit certain documents pertaining to the case.

- 3.6. Also article 843a DCCP provides no basis for awarding the claim, because the condition set in this article that the documents demanded must concern a legal relationship in which the party demanding the documents or his legal predecessor(s) are a party is not met. Citco et al. acknowledges that it is not a party in the legal relationships between the Investors, Colima and Merus on the one hand and the Funds on the other hand. It also acknowledges that it is not a party to the legal relationship between the Foundation and the Investors. With respect to the NAV-statements Citco et al. must be deemed to be able to dispose of them so that it has no interest to that extent in a copy furnished by the Foundation et al. Insofar as Citco et al. is more interested in a copy of those specific documents that the Foundation et al. wishes to invoke in the context of these proceedings, it intends not so much to obtain a copy as to persuade the Foundation et al. to further specify its arguments and/or already to provide evidence thereof at present. There is no room for this in this procedural issue, however. That opinion will not be any different with the argument of Citco et al., which essentially implies that the Foundation et al. in any event in the principal action will have to produce evidence for its arguments. In this context it is deemed relevant that the Foundation et al. must argue the facts and rights fully and truthfully, and in case of a challenge provide evidence, which must lead to its claim being awarded. If it fails in this regard, its claim cannot be awarded for that reason alone. However, the answer to the question whether the Foundation et al. must and can prove certain facts argued by it will eventually be addressed in the principal action and not already at present in this procedural issue.

Ban on continued litigations in the principal action/adjournment of the principal action

- 3.7. It is not subject to dispute between parties that a class action procedure is pending in the United States between shareholders of the Funds and Citco et al (among others). That procedure commenced before the principal action was instituted before this Court. Citco et al. also stated that procedures were initiated by the liquidators of the Funds, in order to obtain compensation for the shareholders of the Funds.

- 3.8. First and foremost, the ban on continuing litigations cannot be allowed on the basis of article 12 DCCP at any rate. Article 12 DCCP provides no basis for this. For the article only provides – in short - that the Court can stay the proceedings at hand, when a case was previously instituted between the same parties and on the same subject in a different country.

3.9. The argumentation of Citco et al. pertaining to the principal claim (the ban on litigation) serves the purpose that the Investors, Colima and Merus have no interest in the proceedings in the principal action, because they are a party to the American class action procedure and because they – if the procedures mentioned above sub 3.7 are successful – will receive damages. In addition they only have a right of action derived from the Funds, according to Citco et al. The argumentation of Citco et al. is not concurred with. That the class action procedure will be successful and that the procedures initiated by the liquidators will be successful is not certain. Nor is it certain that the Investors, Colima and Merus will then be granted compensation, while the

question whether they only have a derived right of action is a question to be answered in the principal action, which cannot be anticipated in this procedural issue.

Besides, the Foundation et al. has a legitimate interest in continuing litigations in the principal action. After all, an irrevocable decision in the class action procedure and in the procedures initiated on behalf of the Funds can – also in view of the fact that there are hundreds of procedures according to Citco et al. – may take years, or at least Citco et al. has not provided any specific points of reference on the basis of which it can be held that all these procedures will be irrevocably decided within the foreseeable future. To wait for decisions in all these procedures may entail for the Foundation et al. that evidence is lost.

In the opinion of the Court there is no question of abuse of procedural law or unlawful act committed by the Foundation et al. either. For, as will be held below, contrary to what Citco et al. argues, it cannot be held that there are the same parties to the proceedings in the class action procedure and in the principal action. Also the interest of the procedural efficiency does not entail that the Foundation et al. should be forbidden to continue litigations in the principal action. Citco et al. stated in this context that costs are likely to be incurred in vain in the principal action, if it were established that the Investors, Colima and Merus already receive compensation for their alleged damage otherwise. For in that case the claims should be dismissed. As was held above, it has not been established, however, that and when the Investors, Colima and Merus will receive compensation for their alleged damage, so that it cannot be stated in advance that the costs incurred in the principal action will be in vain.

- 3.10. What was held above sub 3.8 and 3.9 entails that the principal claim to impose a ban on litigation will be rejected.
- 3.11. This leaves the alternative claim to adjourn the proceedings on the grounds of *litis pendentie* and connexity, until there is an irrevocable decision in the class action procedure and in the procedures initiated by the Funds.
- 3.11.1. In the relationship between Colima and Merus on the one side and Citco et al. on the other side the claim, given the applicability of the Brussels I Regulation, is taken to be also based on article 27 (*litis pendentie*) and 28 (connexity), respectively, Brussels I Regulation. Articles 27 and 28 Brussels I Regulation set as condition that there are proceedings before courts of different Member States. Since Citco et al. has not argued in which Brussels I Regulation Member States proceedings are pending, the claim cannot be awarded pursuant to articles 27 or 28 Brussels I Regulation. Also with regard to Colima and Merus, since it has neither been argued nor been established that the claim can be based on other clauses of the regulation, the claim will be assessed on the basis of article 12 DCCP.
- 3.11.2. Article 12 DCCP provides:
"If a case has been instituted before a court of a foreign state and a decision can be given therein that can be acknowledged and, in certain cases, enforced in the Netherlands, the Dutch Court which later has to decide on a case between the same parties on the same subject can adjourn the proceedings until the court first mentioned has decided. If that decision can be acknowledged and, in certain cases, enforced in the Netherlands, the Dutch Court declines jurisdiction."

This means that the following conditions must be satisfied for the Court to use its (discretionary) power to stay the proceedings:

- A case must be pending before a court in a foreign state;
- This case must have been instituted before the case that is pending before the Dutch court;
- the case pending before the court in the foreign state and the case pending

- before the Dutch court concern the same parties and the same subject;
- in the case pending before the court in the foreign state a decision can be given that qualifies for acknowledgment and (in certain cases) enforcement in the Netherlands.

3.11.3. First and foremost, the arguments of Citco et al. are taken to mean that it is of the opinion that both with respect to the class action procedure and with respect to the procedures initiated by the Funds the conditions of article 12 DCCP are met.

3.11.4. Citco et al, in respect of the procedures initiated by the Funds, has presented insufficient factual information that should lead to the opinion that in those procedures the same parties are litigating on the same subject. In this regard the claim lacks a sufficient factual basis for it to be awarded.

3.11.5. With regard to the argument that the principal action must be stayed due to the American class action procedure, the following is held. The argumentation of Citco et al. comes down to the fact that the Investors must be deemed to take part in the class action procedure, because they have not yet stated that they do not wish to be involved in that procedure (the so-called "opt-out"). This constitutes the same parties, within the meaning of article 12 DCCP, according to Citco et al. Since the same damages are being demanded in the American class action procedure as in the principal action between the Foundation et al. and Citco et al, the condition that the same subject is subject to litigation is also satisfied according to Citco et al. The argumentation of Citco et al. is not concurred with. For the Foundation et al. argued beyond dispute that, before the chance of an opt-out can exist for the Investors, Colima and Merus, a "class certification" will first be effected by the American Court. In this class certification it will be determined which characteristics a party must have in order to be considered part of the class, according to the Foundation et al. Citco et al. did not dispute this. In the opinion of the Court it can only be assumed, in view of the defence of the Foundation et al., that the Investors, Colima and Merus are part of the class, and therefore take part in the class action procedure, after a class certification has taken place. For only then it will be clear whether the Investors, Colima and Merus are considered part of the class. Up to that time only the parties mentioned by name in the class action procedure can be deemed a party to those proceedings and there is no question of the same parties as mentioned in article 12 DCCP. On this ground there is no reason either to stay the proceedings, as Citco et al. advanced at the plea hearing, until the class certification has taken place. The Court finds insufficient cause to stay the principal action in the fact that one of the Investors is already a party to the class action procedure. This would entail, after all, since the Foundation is a party in the principal action and not the individual Investors, that the principal action would be stayed in respect of all Investors. In the opinion of the Court the interest of the joint investors in continuing the proceedings - as described above sub 3.9 – outweighs the interest of Citco et al. in adjourning the proceedings in the principal action.

3.12. Citco et al. also advocated adjournment of the principal action on the grounds of connexity between the claims in the principal action and the claims in the class action procedure. The sole reference to the documents entered into the proceedings by it is insufficient, however, to assume the connexity asserted by Citco et al. The Court does not feel it is its duty, without further explanation on the part of Citco et al., which is lacking, to look for points of reference in the documents for the arguments of Citco et al.

3.13. Since there is no reason for adjourning the principal action pursuant to article 12 DCCP, the Court sees no reason either to do so by way of preliminary relief pursuant

to article 223 DCCP. On the basis of this clause Citco et al. did not present any arguments contrary to what was stated above.

- 3.14. In the procedural issue the plea already took place, on which occasion parties had the opportunity to respond to what was presented in the claim in the procedural issue and the reply in the procedural issue. Therefore there is no reason to still allow for statements of reply and rejoinders in the procedural issue.
- 3.15. Finally, Citco et al. demanded that it would lodge an interim appeal against this judgment. In the argument of Citco et al. that obtaining a copy of or inspecting the documents demanded by it is decisive for the outcome of the principal action the Court sees no reason to deviate from the principal rule that only with the final judgment an appeal can be lodged against the judgment in the procedural issue. This is particularly the case since the documents demanded by Citco et al. may also be addressed in the context of the furnishing of evidence.
- 3.16. The claims on the part of Citco et al. will be rejected for the major part. Citco et al., as the predominantly unsuccessful party, will be ordered to bear the costs of this procedural issue, currently estimated on the part of the Foundation et al. at EUR 904,—.

in the procedural issue on the part of the Foundation et al.

- 3.17. The Foundation et al. demands on the basis of article 29 paragraph 1 sub b DCCP that Citco et al. be ordered to observe secrecy in respect of the documents filed by the Foundation et al., on pain of forfeiting a penalty.
- 3.18. The claim will be rejected. To this end it is held that the documents filed by the Foundation et al. were entered into the proceedings by it in order to respect the wish of Citco et al. for a further substantiation of the arguments of the Foundation et al. The Foundation et al. also entered documents into the proceedings by writ of summons in support of its arguments. These documents, too, contain data stated relating to the individual Investors, Colima and Merus. The Foundation et al. did not demand that a prohibition of disclosure to be imposed will also pertain to these documents. Without further explanation, which is lacking on the part of the Foundation et al., it not clear why the contents of the documents filed would be so price-sensitive that this would justify that a prohibition of disclosure be imposed on Citco et al. subject to a penalty.
- 3.19. The Foundation et al. as the unsuccessful party will be ordered to bear the costs of this procedural issue currently estimated on the part of Citco et al. at EUR 452,—.

4. The decision

The Court

in the procedural issue on the part of Citco et al.

- 4.1. orders the Foundation to furnish to Citco et al. a copy of the Participation Agreements within 14 days of today;
 - 4.2. orders Citco et al. to bear the costs of this procedural issue, currently estimated at EUR 904,-;
 - 4.3. declares this judgment provisionally enforceable to that extent,
 - 4.4. dismisses all other applications;
- in the procedural issue on the part of the Foundation et al.*
- 4.5. rejects the claim;
 - 4.6. orders the Foundation et al. to bear the costs of this procedural issue, currently estimated at EUR 452;

4.7. declares the order for litigation costs provisionally enforceable;
in the principal action

4.8. refers the case to the cause list of **20 March 2013** for a statement of defence;

4.9. adjourns any further decision.

This judgment was delivered by mr. A.W.H. Vink and pronounced in open court on 6 February 2013.

H. Doornbusch

RECHTER VAN DE RECHTERSHOEF (RECHTER)
Afdeling 1 van de
Kantonsrechtbank