

# De Wet collectieve afwikkeling massaschade als alternatief voor Amerikaanse *class action*-procedures voor het afwikkelen van massaschades bij beleggers

*Mr. S. Marić, LL.M.\**

## Introductie

Bij een collectieve afwikkeling van beleggingsschade is het starten van een *class action* in de Verenigde Staten een beproefd recept voor aandeelhouders van buiten de Verenigde Staten. In diverse uitspraken hebben Amerikaanse rechters beslist dat zij bevoegdheid hebben te oordelen over claims jegens de gedaagde niet-Amerikaanse ondernemingen waarvan de effecten niet op een Amerikaanse beurs verhandeld worden en waarvan de aandeelhouders buiten de Verenigde Staten woonachtig of gevestigd zijn. Deze aandeelhouders verkiezen de rechtsmacht van rechterlijke instanties in de Verenigde Staten boven hun eigen jurisdictie omdat gerechtelijke procedures in de Verenigde Staten een aantal aantrekkelijke elementen met zich meebrengen. Het Amerikaanse procesrecht kent onder andere een uitgebreide *pre-trial discovery*, waarbij partijen vooraf aan de zitting verscheidene mogelijkheden hebben om de feiten boven tafel te krijgen. Partijen kunnen bijvoorbeeld documenten opvragen bij elkaar, *depositions* (getuigenissen vooraf aan een zitting die opgenomen worden en waarbij getuigen onder ede vragen gesteld worden) afnemen en *interrogatories* (vragenlijsten die door de wederpartij schriftelijk en onder ede beantwoord moeten worden) afnemen van de wederpartij. Een ander element is dat partijen hun eigen (advocaten)kosten dragen, omdat de Verenigde Staten niet het *'loser pays all'*-stelsel kennen.

Recent is het risico dat buitenlandse ondernemingen betrokken raken bij een Amerikaanse *class action*, afgenomen. Op 24 juni 2010 heeft het Amerikaanse Hooggerechtshof (*Supreme Court*) in *Morrison v. National Australia Bank*<sup>1</sup> (hierna: *Morrison*) geoordeeld dat de Amerikaanse effectenregels geen extraterritoriale werking hebben en zodoende de bevoegdheid beperkt van Amerikaanse rechters met betrekking tot *foreign*

*cubed* (hierna: *f-cubed*) vorderingen. Dit zijn vorderingen van aandeelhouders van buiten de Verenigde Staten die een *class action*-vordering instellen tegen buitenlandse ondernemingen voor gedragingen die plaats hebben gevonden buiten de Verenigde Staten, terwijl van deze buitenlandse ondernemingen geen effecten op een Amerikaanse beurs werden verhandeld.

In deze bijdrage zal kort worden stilgestaan bij de uitspraak van het Hooggerechtshof en de mogelijke effecten van de desbetreffende uitspraak op het Nederlandse, vrij unieke, systeem van de afwikkeling van massaschades. Besproken zal worden in hoeverre Nederland voor niet-Amerikaanse aandeelhouders, ook voor zover zij geen *f-cubed* vordering hebben, als alternatief kan dienen voor de Verenigde Staten als centrum voor het afwikkelen van massaschades. Nadat eerst *Morrison* kort besproken wordt, zal de Nederlandse regeling met betrekking tot de afwikkeling van massaschades worden besproken. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de Nederlandse regeling aantrekkelijk zou kunnen zijn voor buitenlandse benadeelden van massaschades. Ten slotte zullen er enkele conclusies volgen.

## Morrison v. National Australia Bank

In 1998 neemt National Australia Bank (hierna: NAB) de hypotheekserviceverlener HomeSide Lending, Inc. (hierna: HomeSide), gevestigd te Florida, over. Drie jaar na de overname verklaart NAB dat haar financiële cijfers met ongeveer 2 miljard dollar naar beneden moeten worden bijgesteld, omdat HomeSide haar activa te hoog had gewaardeerd. Het gevolg is dat de aandelenkoers van NAB dramatisch daalt en door Australische aandeelhouders in de Verenigde Staten een *class action* wordt gestart. Deze aandeelhouders stellen dat NAB door het opnemen van de onjuiste financiële gegevens van HomeSide in strijd handelt met onder andere artikel 10(b) van de *Securities and Exchange Act 1934* (hierna: *Act*) en de bijbehorende *SEC Rule 10b-5*.

\* Mr. S. Marić, LL.M. is werkzaam als advocaat bij Clifford Chance.

1. *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. (2010).

Artikel 10(b) van de *Act* luidt als volgt:

‘It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce (...) to use or employ, in connection with the purchase or sale of any security registered on a national securities exchange (...) any manipulative or deceptive device or contrivance in contravention of such rules and regulations. (...)’

*SEC Rule 10b-5* luidt:

‘It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce (...) to make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, (...) in connection with the purchase or sale of any security.’

De aandelen van NAB zijn genoteerd aan de Australische beurs en andere buitenlandse beurzen, maar niet op een beurs in de Verenigde Staten. Slechts NAB's *American Depositary Receipts* (hierna: ADRs) zijn genoteerd aan een Amerikaanse beurs. Houders van ADRs hebben het recht om een bepaald aantal (gewone) aandelen van NAB te verkrijgen en zijn genoteerd aan de *New York Stock Exchange*.

Lagere rechterlijke instanties oordelen dat de *Act* van toepassing is en dat zij rechtsmacht hebben om over de zaak te beslissen, maar wijzen de vordering af.

Tot op heden beslisten Amerikaanse rechters vaak aan de hand van twee toetsen of zij bevoegdheid hadden ten aanzien van vorderingen ingesteld op grond van artikel 10(b) van de *Act*, te weten de *conduct test* en de *effects test*. Op grond van de *conduct test* heeft de rechter bevoegdheid de vordering te beoordelen indien een aandelenfraude in de Verenigde Staten het directe gevolg is van handelingen buiten de Verenigde Staten. Op grond van de *effect test* is er bevoegdheid indien een handeling buiten de Verenigde Staten wezenlijke invloed heeft op de Amerikaanse markten dan wel Amerikaanse investeerders. Voor een rechter is het voldoende dat voldaan wordt aan een van de genoemde toetsen, om bevoegdheid te hebben. Gezien de ruime reikwijdte van beide toetsen is het niet verwonderlijk dat lagere rechters op grote schaal oordelen dat zij bevoegdheid hebben om zogenoemde *f-cubed* vorderingen te beoordelen. In *Morrison* maakt het Hooggerechtshof korte metten met deze beslissingen van de lagere rechters. Het Hooggerechtshof oordeelt dat buitenlandse eisers geen vordering kunnen instellen tegen gedragingen in strijd met artikel 10(b) van de *Act* indien deze gedragingen betrekking hebben op effecten die slechts verhandeld worden op buitenlandse beurzen.<sup>2</sup> Hierna wordt slechts gesproken over

artikel 10(b) van de *Act*, maar hetzelfde geldt voor *SEC Rule 10b-5*.

Het Hooggerechtshof oordeelt dat het een gevestigd beginsel van het Amerikaanse recht is dat wetgeving van het Amerikaanse Congres slechts van toepassing is binnen de territoriale jurisdictie van de Verenigde Staten, tenzij anders blijkt. Indien de desbetreffende wet geen duidelijke indicatie geeft van een extraterritoriale werking, dan – zo oordeelt het Hooggerechtshof – is er geen. Het Hooggerechtshof tracht niet, in tegenstelling tot lagere rechters, de intentie van het Amerikaanse Congres te achterhalen door middel van het gebruik van allerlei toetsen (waaronder de *conduct test* en de *effects test*) die complex in het gebruik zijn en onvoorspelbare gevolgen hebben. Het Hooggerechtshof gaat in beginsel uit van de veronderstelling dat een wet geen extraterritoriale werking heeft ('presumption against extraterritoriality'), hetgeen het Amerikaanse Congres een stabiel uitgangspunt geeft van waaruit het wetgeving kan opstellen met voorspelbare gevolgen.<sup>3</sup> Het Hooggerechtshof vervolgt dat de tekst van artikel 10(b) van de *Act* noch de parlementaire geschiedenis blijk geeft van een mogelijk extraterritoriale toepassing, aldus is het desbetreffende artikel slechts toepasselijk indien effecten verhandeld worden op een Amerikaanse beurs. Investeerders – zowel Amerikaanse als buitenlandse – die effecten kopen in het buitenland kunnen na *Morrison* geen vordering meer instellen op grond van artikel 10(b) van de *Act*, maar zullen een vordering moeten instellen op grond van het recht van het land waar de effecten verhandeld worden.

Het Hooggerechtshof heeft met *Morrison* de weg naar de Amerikaanse rechter versperd voor de zogenoemde *f-cubed* vorderingen ingesteld op grond van artikel 10(b) van de *Act*. Overigens, niet valt in te zien waarom de redenering van het Hooggerechtshof niet ook van toepassing zou zijn op vorderingen die ingesteld worden op grond van de overige artikelen van de *Act* of van de *Securities Act 1933*. Deze overige artikelen geven immers ook geen blijk van een extraterritoriale toepassing. De uitspraak van het Hooggerechtshof verliest zijn kracht als het Amerikaanse Congres besluit de *Act* zodanig aan te passen dat deze extraterritoriale werking krijgt, maar een dergelijke aanpassing lijkt nog niet aan de orde te zijn.

Had het Hooggerechtshof anders geoordeeld indien de Amerikaanse houders van ADRs (die genoteerd zijn aan de *New York Stock Exchange*) zich aangemeld hadden bij de gestarte *class action*? Gelet op de redenering van het Hooggerechtshof zou er bevoegdheid zijn op grond van artikel 10(b) van de *Act* ten aanzien van deze groep beleggers. Het Hooggerechtshof had dan waarschijnlijk nog steeds geoordeeld dat er geen bevoegdheid was ten aanzien van de buitenlandse aandeelhouders, maar slechts ten aanzien van de ADR-houders. Vooralsnog hebben Amerikaanse rechters (slechts) bevoegdheid met betrekking tot een vordering op grond van artikel 10(b) van

2. 561 U.S. (2010), Slip Op. p. 24.

3. 561 U.S. (2010), Slip Op. p. 5-12.

de *Act* indien ADRs en effecten verhandeld zijn op de Amerikaanse beurzen.

Nu de rol van de Amerikaanse rechter – voor nu, voor wat betreft *f-cubed* vorderingen – enigszins beperkt is, lijkt het een voor de hand liggende gedachte om te bekijken of er een alternatief is. Nederland heeft een uniek stelsel en heeft zich in een kort tijdbestek van vijf jaar op de kaart gezet met een aantrekkelijk stelsel voor de afwikkeling van massaclaims, onder andere op het gebied van beleggingsschade. Hoewel volgens de wetgever deze Wet collectieve afwikkeling massaschade (hierna: WCAM) niet van toepassing zou kunnen zijn ten aanzien van buitenlandse benadeelden, heeft de WCAM ondertussen reeds haar internationale debuut beleefd bij de Shell-schikking, waarbij buitenlandse benadeelden betrokken waren.<sup>4</sup> In 2004 maakte Shell bekend dat er meer olie- en gasreserves in de boeken stonden dan was toegestaan. Shell moest de bewezen reserves herwaarderden, wat leidde tot een daling van 20% van de bewezen reserves. Dit leidde tot koersdalingen van het aandeel Shell. Naast boetes betaald aan de *Security Exchange Commission* en de *Financial Services Authority*, heeft Shell met de niet-Amerikaanse aandeelhouders een schikking getroffen die op grond van de WCAM verbindend is verklaard. Met de Amerikaanse aandeelhouders is een aparte schikking getroffen.

### Nederlandse regeling voor het afwikkelen van massaschades: Wet collectieve afwikkeling massaschades

Zoals hiervoor besproken, beperkt *Morrison* de mogelijkheid voor buitenlandse aandeelhouders met *f-cubed* vorderingen om in de Verenigde Staten een *class action* te starten. Een *class action* betreft een collectieve procedure gestart door een groep benadeelden jegens de schadeveroorzakende partij. De rechter kijkt bij een dergelijke procedure eerst uitvoerig of de groep een representatieve weerspiegeling is van alle benadeelden. Een *class action* is verder een normale civiele aansprakelijkheidsprocedure met het verschil dat een rechterlijke uitspraak niet slechts tussen procespartijen geldt, maar ook ingeroepen kan worden tegen benadeelden die niet bij de *class action*-procedure betrokken waren.<sup>5</sup> Vaak wordt niet de uitspraak van de rechter afgewacht, maar schikken partijen onderling en wordt vervolgens de schikking door de rechter verbindend verklaard voor alle benadeelden. Bekende voorbeelden van deze *class action settlements* van de laatste jaren zijn: Enron, Worldcom en Ahold.<sup>6</sup>

In meerdere Europese landen zijn de laatste jaren verschillende ontwikkelingen geweest op het gebied van collectieve procedures ter afwikkeling van massaschades. Zo ook in Nederland, waar in 2005 de WCAM ingevoerd is die een aantal overeen-

komsten vertoont met de Amerikaanse *class action*-procedures. De WCAM-regeling is neergelegd in de artikelen 7:907-7:910 BW en 1013-1018 Rv.

Op grond van de WCAM kunnen één of meer belangenorganisaties met de schadeveroorzakende partij een schikking treffen die voorziet in een vergoeding van de schade van de benadeelden. De belangenorganisaties kunnen slechts namens de benadeelden optreden indien dat volgens hun statuten mogelijk is.<sup>7</sup> Nadat een schikking is getroffen, dienen partijen een verzoek in bij het gerechtshof te Amsterdam, dat de schikking verbindend kan verklaren voor alle benadeelden, zelfs voor degenen die niet aangesloten zijn bij de onderhandelende belangenorganisaties. De rechter kan op bepaalde gronden het verzoek afwijzen. Het bespreken van deze gronden valt buiten het bestek van deze bijdrage.<sup>8</sup> De desbetreffende schikking heeft het (rechts)karakter van een vaststellingsovereenkomst, waarbij de veroorzaker van de massaschade zich verbindt om een vergoeding aan de benadeelden te betalen, terwijl dezen op hun beurt afstand doen van hun claims.<sup>9</sup> Indien een benadeelde het niet eens is met de getroffen regeling, dan heeft hij ten minste drie maanden (een langere periode kan door het hof worden vastgesteld) om een opt-outverklaring in te dienen (art. 7:908 lid 2 en 3 BW en art. 1017 Rv), waarna hij zelf naar de rechter kan stappen om op die manier een hogere schadevergoeding te proberen te krijgen. Na afloop van de vastgestelde periode is de regeling voor alle benadeelden bindend, tenzij gebruik is gemaakt van de opt-outregeling. Na verbindendverklaring van de regeling hebben benadeelden ten minste een jaar om hun vergoeding bij de schadeveroorzakende partij op te eisen.<sup>10</sup>

Het voordeel van een dergelijke collectieve schikking is dat in één klap toekomstige claims (tenzij gebruikgemaakt is van de opt-outregeling) voorkomen worden. Anders dan een zuivere *class action*-procedure kan de WCAM het best gekwalificeerd worden als een *class settlement*-procedure. Een verschil is dat bij een WCAM-procedure niet de benadeelden zelf, maar belangenorganisaties, die opkomen voor de belangen van de benadeelden, een schikking treffen met de partij die massaschade heeft veroorzaakt. Een nadeel van een WCAM-procedure ten opzichte van een Amerikaanse *class action* is dat er geen dreiging is van een veroordelend vonnis dat als stok achter de deur kan dienen waarmee de partijen gedwongen worden om te onderhandelen. Niettemin hebben WCAM-procedures ook een aantal voordelen, namelijk dat het relatief efficiënte en effectieve procedures betreft in vergelijking met de *class actions*. Sinds de inwerkingtreding van de WCAM is een aantal schikkingen overeengekomen, te weten de DES-schik-

4. Hof Amsterdam 29 mei 2009, LJN BI5744, JOR 2009, 197 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Shell).

5. M.V. Polak, Iedereen en overal? Internationaal privaatrecht rond 'massaclaims', NJB 2006, p. 2347-2348.

6. Zie voor meer informatie over *class action*-procedures B.J. de Jong, Schade door misleiding op de effectenmarkt (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 105-110.

7. A.R.J. Croiset van Uchelen, Handhaven of bijschaven? De effectiviteit van de WCAM, WPNR (2008) 6772, p. 799.

8. Zie nader De Jong 2010, p. 77-78.

9. A.R.J. Croiset van Uchelen & B.W.G. van der Velden, Shell-shocked? Het internationale debuut van de wet collectieve afwikkeling massaschades, TOP 2009, p. 252.

10. Croiset van Uchelen & Van der Velden 2009, p. 252.

king,<sup>11</sup> Dexia-schikking,<sup>12</sup> Vie d'Or-schikking,<sup>13</sup> Vedioor-schikking<sup>14</sup> en de eerdergenoemde Shell-schikking.

Bij de snelste procedure – de DES-schikking – was binnen zeven maanden na het indienen van het verzoekschrift de schikking verbindend verklaard, terwijl het bij de langste procedure twee jaar duurde voordat het hof een verbindendverklaring uitsprak. Dit betrof de Shell-schikking die afhankelijk was van de onderhandelingen met de Amerikaanse aandeelhouders die een *class action* gestart waren in de Verenigde Staten.<sup>15</sup>

Sinds *Morrison* het moeilijker maakt voor niet-Amerikaanse aandeelhouders om een *class action*-vordering in te stellen, kan de WCAM wellicht als alternatief dienen voor deze groep. Om de WCAM als zodanig te beschouwen is het van belang dat (1) de belangen van de buitenlandse benadeelden ook behartigd kunnen worden door de belangenorganisaties, (2) de Nederlandse rechter bevoegdheid heeft ten aanzien van deze groep en (3) de verbindendverklaring door het hof ook erkend wordt in het buitenland. Hierna zullen deze drie punten worden bekeken.

## Toepasselijkheid WCAM op buitenlandse benadeelden

### *Behartiging van belangen van buitenlandse benadeelden door belangenorganisaties*

Belangenorganisaties moeten in hun statuten vermelden dat zij opkomen voor een groep benadeelden. Kan een belangenorganisatie ook de belangen van buitenlandse benadeelden behartigen? In de memorie van toelichting spreekt de wetgever de verwachting uit dat de belangenorganisaties niet voldoende representatief geacht kunnen worden voor buitenlandse benadeelden. Zolang belangenorganisaties niet in hun statuten opnemen dat zij slechts de belangen van Nederlandse benadeelden behartigen, lijkt zich mijns inziens geen probleem van representativiteit voor te doen. Bij grensoverschrijdende gevallen van beleggingsschade, zoals als gevolg van boekhoudfraudes, zullen de belangen van de Nederlandse en buitenlandse benadeelden niet ver uit elkaar liggen. Bovendien kunnen, in deze tijd van wijdverspreid internetgebruik, benadeelden makkelijk hun wensen aan de belangenorganisaties kenbaar maken. Dat Nederlandse belangenorganisaties gezamenlijk voldoende representatief kunnen zijn voor buitenlandse

benadeelden, is door het hof bevestigd bij de verbindendverklaring van de Shell-schikking.<sup>16</sup>

### *Bevoegdheid Nederlandse rechter*

Het volgende punt dat besproken wordt, is of de Nederlandse rechter bevoegdheid heeft met betrekking tot vorderingen ingesteld door buitenlandse benadeelden. De groep buitenlandse benadeelden kan worden onderverdeeld in benadeelden binnen het grondgebied van de EU en benadeelden daarbuiten. Bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van benadeelden buiten de EU wordt beoordeeld aan de hand van het commune IPR, dat neergelegd is in artikel 3 Rv voor verzoekschriftprocedures. Bespreking van deze groep benadeelden blijft buiten het bestek van deze bijdrage.<sup>17</sup> De rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van de benadeelden uit de EU dient te worden beoordeeld op grond van de EEX-Verordening (hierna: EEX).<sup>18</sup> De EEX bindt alle EU-lidstaten met uitzondering van Denemarken, waarvoor de voorloper, het EEX-Verdrag, nog geldt. Daarnaast geldt tussen de EU-lidstaten en Zwitserland, Noorwegen en IJsland het EVEX-Verdrag, dat gelijksoortige bepalingen kent. In deze bijdrage wordt slechts gesproken over de EEX, want met betrekking tot de te bespreken punten hierna wijken het EEX- en EVEX-Verdrag niet af van de EEX.

Alvorens de bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van buitenlandse benadeelden te beoordelen, dient eerst te worden beoordeeld of de WCAM-regeling onder de materiele en formele reikwijdte van de EEX valt. De EEX is van toepassing op burgerlijke en handelszaken (art. 1 lid 1 EEX), wat ruim geïnterpreteerd wordt, zodat ook collectieve vorderingen die betrekking hebben op privaatrechtelijke aansprakelijkheid en die ingesteld zijn door private partijen onder het materiële bereik van de EEX vallen.<sup>19</sup> Bovendien wordt voldaan aan de formele reikwijdte van de EEX (art. 2-4 EEX). Hiervoor is noodzakelijk dat de verweerder woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat. Wie kan als verweerder worden gekwalificeerd bij een WCAM-regeling? Aangezien tijdens de verzoekschriftprocedure ter verbindendverklaring van een WCAM-regeling de benadeelden als belanghebbenden worden opgeroepen, kun je dezen als verweerder kwalificeren.<sup>20</sup>

Indien er naast buitenlandse benadeelden ook Nederlandse benadeelden zijn, dan zal de Nederlandse rechter bevoegdheid

11. Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006, 461 (DES).  
12. Hof Amsterdam 25 januari 2007, JOR 2007, 71 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Dexia).  
13. Hof Amsterdam 29 april 2009, JOR 2009, 196 m.nt. A.F.J.A. Leijten onder JOR 2009, 197 (Vie d'Or).  
14. Hof Amsterdam 15 juli 2009, JOR 2009, 325 m.nt. A.C.W. Pijls (Vedioor).  
15. Croiset van Uchelen & Van der Velden 2009, p. 253.

16. M.F. Poot, Internationale afwikkeling van massaschade volgens de wet collectieve afwikkeling massaschade, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006*, Deventer: Kluwer 2006, p. 187-190; De Jong 2010, p. 79-80; M.J. Siegers, *Afwikkeling massaschade: aandachtspunten bij het totstandkomen van een collectieve regeling*, V&O 2006, p. 2.  
17. Voor nadere informatie hierover zie Poot 2006, p. 180-181; P. Vlas & M. Zilinsky, *Ontwikkelingen IPR: erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen (2002-2007)*, WPNR (2008) 6763, p. 591.  
18. Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PbEG L 12/1.  
19. Polak 2006, p. 2348-2350; Poot 2006, p. 172-173.  
20. Polak 2006, p. 2349.

hebben als de rechter van de woonplaats van een van de verweerders. Voorwaarde hiervoor is wel dat tussen de vorderingen van de verschillende benadeelden een 'zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om een gelijktijdige behandeling' waardoor onverenigbare beslissingen worden voorkomen (art. 6 aanhef en lid 1 EEX). In de Shell-uitspraak heeft het hof op deze grond bevoegdheid aangenomen ten aanzien van de buitenlandse benadeelden.<sup>21</sup> Andere omstandigheden op grond waarvan de Nederlandse rechter wellicht bevoegd zou kunnen zijn ten aanzien van buitenlandse benadeelden, zijn het geval dat het schadetoebrengeende feit zich in Nederland heeft voorgedaan (art. 5 aanhef en lid 3 EEX), of dat partijen stilzwijgend instemmen met de bevoegdheid van de Nederlandse rechter, of in het schikkingsvoorstel partijen overeenkomen dat de Nederlandse rechter bevoegd is.<sup>22</sup>

Gezien het vorenstaande zijn er genoeg aanknopingspunten voor de Nederlandse rechter om zich bevoegd te kunnen verklaren ten aanzien van buitenlandse benadeelden in het kader van een verbindendverklaring van een WCAM-schikking. Tijdens de procedure bij het hof wordt de schikkingsovereenkomst beoordeeld. Het toepasselijke recht op die overeenkomst zal ook moeten worden vastgesteld. De kwestie van het bepalen van het toepasselijke recht valt buiten beschouwing van deze bijdrage.<sup>23</sup> De volgende vraag die beantwoord moet worden, is of de verbindendverklaring erkend zou worden in het buitenland.

### *Erkenning verbindendverklaring WCAM-regeling*

Het voordeel van de EEX is dat een rechterlijke beslissing in beginsel zonder enige toetsing in de andere EU-lidstaten erkend wordt. Nadat een verlot tot uitvoering is gegeven, moet deze aan de wederpartij worden betekend. Hiertegen kan de wederpartij een rechtsmiddel instellen (art. 43 EEX). De buitenlandse rechter zal dan pas beoordelen of erkenning van de uitspraak geweigerd dient te worden op grond van de in de EEX limitatief opgesomde weigeringsgronden (art. 34-35 EEX).<sup>24</sup>

Omdat het te ver gaat om alle weigeringsgronden in deze bijdrage te bespreken, beperk ik mij tot het bespreken van de weigeringsgrond 'kennelijk in strijd met de openbare orde' (art. 34 aanhef en lid 1 EEX). De reden is dat het begrip 'openbare orde' geen vaste betekenis heeft, wat moeilijkheden kan veroorzaken bij erkenning van de verbindendverklaring van de WCAM-regeling in het buitenland. Of er strijd is met openbare orde, wordt door de buitenlandse rechter beoordeeld op grond van het eigen commune IPR. Wel moet het begrip restrictief worden uitgelegd en binnen de grenzen gegeven door

het Hof van Justitie (hierna: HvJ).<sup>25</sup> In Krombach/Bamberski<sup>26</sup> oordeelt het HvJ dat schending van fundamentele procesbeginselen gekwalificeerd kan worden als kennelijk strijdig met de openbare orde. Artikel 6 EVRM zal ook een rol spelen bij de invulling of er sprake is van schending van fundamentele procesbeginselen.<sup>27</sup> In de Nederlandse rechtspraak wordt niet snel aangenomen dat er strijd is met de openbare orde. Hoe is de situatie in de andere EU-lidstaten? Dit is moeilijk te zeggen zonder de jurisprudentie en literatuur van alle lidstaten te beoordelen.

Zolang de schikking als een succes gezien wordt door alle betrokken partijen wordt er de facto niet toegekomen aan de vraag of erkenning mogelijk is. Dit blijkt ook uit de Shell-schikking waar, voor zover valt na te gaan, geen van de buitenlandse benadeelden een verzoek heeft ingediend dat de erkenning van de verbindendverklaring geweigerd moet worden. Maar dit lost het juridische probleem natuurlijk niet op. Erkenning zal pas van belang zijn indien een van de buitenlandse benadeelden het oneens is met de overeengekomen schikking en geen gebruik heeft gemaakt van de *opt-out*-mogelijkheid of wellicht niet op de hoogte was dat een schikking is overeengekomen, maar hij wel gebonden is door de verbindendverklaring. Belangrijk is dat buitenlandse benadeelden deugdelijk worden opgeroepen. Gebeurt dit niet, dan zal dit tot gevolg hebben dat een fundamenteel procesbeginsel overtreden wordt, namelijk het recht op toegang tot de rechter. Indien buitenlandse benadeelden geen bekende woon- of verblijfplaats in Nederland hebben, maar wel een bekende woon- of verblijfplaats binnen de EU, zal oproeping moeten geschieden volgens de regels neergelegd in de Betekeningsverordening.<sup>28</sup> Dit zal geschieden door de oproeping te zenden naar de griffier van de aangewezen rechtbank in de desbetreffende lidstaat. Indien benadeelden geen bekende woon- of verblijfplaats hebben, worden zij opgeroepen op de wijze zoals door de rechter bepaald. In Nederland gebeurt dat door het plaatsen van advertenties in nieuwsbladen. Hoewel de wet hierover zwijgt, is het aan te raden ook buitenlandse benadeelden door middel van advertenties in internationale buitenlandse nieuwsbladen of via een website op te roepen. In dit kader zou het wenselijk zijn dat de WCAM meer eisen stelt aan het oproepen van onbekende buitenlandse benadeelden.<sup>29</sup> Bovendien zou het wenselijk zijn om de EEX aan te passen, zodat specifiek voorzien wordt in de bevoegdheid van de rechter en de erkenning van de uitspraken betreffende collectieve acties ter afwikkeling van massaschades.<sup>30</sup>

25. Vlas & Zilinsky 2008, p. 589-590; Freudenthal 2007, p. 74.

26. HvJ EG 28 maart 2000, zaak C7/98, Jur. 2000, NJ 2003, 626 (Krombach/Bamberski).

27. Poot 2006, p. 195-197.

28. Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of handelszaken, PbEG L 160/32. Deze verordening bindt alle EU-lidstaten met uitzondering van Denemarken.

29. Voor meer informatie over het oproepen van buitenlandse benadeelden zie Poot 2006, p. 190-193.

30. Zie hierover meer Croiset van Uchelen 2008, p. 804.

21. Hof Amsterdam 29 mei 2009, JOR 2009, 197 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Shell), r.o. 6.24 en 6.25. Zie verder Croiset van Uchelen & Van der Velden 2009, p. 255-257.

22. Polak 2006, p. 2349-2350; Poot 2006, p. 175-176.

23. Zie nader Polak 2006, p. 2352-2353; Poot 2006, p. 181-184.

24. Siegers 2006, p. 3; M. Freudenthal, Openbare orde of algemene processuele beginselen, TCR 2007, p. 72.

## Toekomst van de WCAM: ontwikkelingen binnen Nederland en Europa

Vijf jaar na inwerkingtreding en na afwikkeling van vijf grote gevallen van massaschades kan worden gezegd dat de WCAM een succes is voor zowel Nederlandse benadeelden als buitenlandse benadeelden. In 2008 heeft de toenmalige minister van Justitie de regeling geëvalueerd en aangekondigd enkele aanvullende maatregelen en verbeteringen te onderzoeken, zoals de preprocesuele comparitie en de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, welke maatregelen tot gevolg kunnen hebben dat de onderhandelingsbereidheid van partijen toeneemt.<sup>31</sup> Het streven was om in 2009 een voorontwerp van een wetsvoorstel ter consultatie uit te zetten. Inmiddels is de consultatie gesloten van het Wetsvoorstel prejudiciële beslissing Hoge Raad.<sup>32</sup>

De WCAM is uniek in Europa met haar opt-outregeling en komt het dichtst bij het Amerikaanse systeem van *class actions*. In andere EU-lidstaten, zoals Groot-Brittannië en Frankrijk, zijn er allerlei initiatieven betreffende het afwikkelen van massaschades. Voorts wordt er op Europees niveau gesproken over massaschades. De Europese Commissie heeft een Witboek<sup>33</sup> gepubliceerd op het gebied van communautair mededingingsrecht en een Groenboek<sup>34</sup> op het gebied van consumentenrecht. Anders dan bij de WCAM-regeling stellen beide regelingen een *opt-in*-regeling voor.

De WCAM heeft getoond geschikt te zijn om massaschades af te wikkelen op meerdere rechtsgebieden, maar met name met betrekking tot beleggings schade. Een voordeel is dat op grond van de EEX de verbindendverklaring van het hof in beginsel in de andere EU-lidstaten dient te worden erkend, tenzij een van de weigeringsgronden van toepassing is. Het is nog te vroeg om te voorspellen of als gevolg van *Morrison* niet-Amerikaanse aandeelhouders de WCAM als aantrekkelijk alternatief zullen zien. In ieder geval is met de Shell-schikking een goede eerste stap gezet.

---

31. Kamerstukken II 2008/09, 31 762, nr. 1; De Jong 2010, p. 82.

32. Zie <[www.internetconsultatie.nl/prejudiciële-vragen-hoge-raad](http://www.internetconsultatie.nl/prejudiciële-vragen-hoge-raad)>; De Jong 2010, p. 82-83.

33. Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels gepubliceerd op 2 april 2008 (COM(2008)165 def.).

34. Groenboek over collectief verhaal voor consumenten gepubliceerd op 27 november 2009 (COM(2008)794 def.).